HAL
open science

La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile

Élisabeth Deirmendjian

To cite this version:

Élisabeth Deirmendjian. La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile. Droit. Université de Toulon, 2012. Français. NNT : 2012TOUL0068 . tel-00843528

HAL Id: tel-00843528

https://theses.hal.science/tel-00843528

Submitted on 11 Jul 2013

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

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

UNIVERSITE DU SUD TOULON-VAR
Faculté de droit de Toulon

La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile

THESE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Soutenue publiquement
par

Elisabeth DEIRMENDJIAN

JURY

Madame Natalie FRICERO, Rapporteur
Professeure à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Monsieur Cyril BLOCH, Rapporteur
Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III

Monsieur Serge GUINCHARD
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Recteur honoraire
Directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires Pierre Raynaud (Paris II)
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon

Monsieur Jean-Baptiste RACINE
Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Madame Mélina DOUCHY-OUDOT, Directeur
Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

3 décembre 2012

L'Université n'entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse qui restent propres à leur auteur.

A la Très Sainte Trinité,

A Jean-Philippe Revel, Daniel Bourgeois, Christophe Leblanc

A Madame le Professeur Mélina Douchy-Oudot,

A Monsieur le Professeur Louis Coupet,

A Rémy,

REMERCIEMENTS

Je remercie vivement Monsieur le Doyen Pierre Sanz De Alba pour m'avoir proposé ce sujet qui m'a passionnée et Madame le Professeur Mélina Douchy-Oudot qui a accepté de diriger ce travail ; qu'elle soit honorée de la confiance qu'elle m'a prodiguée et qu'elle reçoive l'expression de ma profonde gratitude. Mes remerciements vont également à Monsieur Louis Coupet, Professeur émérite de la faculté de droit d'Aix-Marseille, qui m'a fait découvrir la procédure civile lorsque j'étais en troisième année de droit et grâce à qui j'ai orienté ma recherche vers cette matière. Je tiens à le remercier pour sa grande disponibilité qui m'a permis de mener à bien ce travail. Je voudrais remercier Madame Christiane Derobert, Maître de conférences à la faculté de droit de Toulon, pour son aide. Je tiens également à remercier Monsieur Jean-Jacques Galli, Juge du Tribunal de Grande Instance d'Aix-en-Provence, pour ses conseils. Je remercie mes amis, tous les membres de mon centre de recherche, le CDPC, pour leur soutien et mes étudiants qui m'ont permis de confirmer mon choix de poursuivre dans cette voie. Je souhaite également remercier ma famille qui m'a soutenue tout au long de mes études. Mes derniers mots seront pour Rémy à qui je voudrais exprimer toute ma reconnaissance pour sa patience et pour m'avoir toujours encouragée.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LA STRATEGIE D'ANTICIPATION APPLIQUEE AU LITIGE

TITRE 1 : La stratégie dans les solutions contractuelles de prévention ou de résolution du litige

Chapitre 1 : La stratégie dans la prévention du litige
Section 1 : L'anticipation de l'interprétation du contrat
Section 2 : L'anticipation des conflits d'interprétation du contrat

Chapitre 2 : La stratégie dans la résolution du litige né
Section 1 : La stratégie consistant à se faire justice à soi-même de manière provisoire ou définitive
Section 2 : Une stratégie risquée au regard de l'éventuelle tactique de l'adversaire

TITRE 2 : La stratégie dans le choix du mode de règlement du litige

Chapitre 1 : La stratégie dans le règlement négocié du litige
Section 1 : Le choix du recours aux modes alternatifs de règlement du litige
Section 2 : Le choix d'un mode alternatif de règlement du litige adapté

Chapitre 2 : La stratégie dans le règlement arbitral du litige
Section 1 : Le choix du recours à l'arbitrage
Section 2 : L'efficacité de la stratégie dans le choix du recours à l'arbitrage

DEUXIEME PARTIE : LA STRATEGIE D'ANTICIPATION APPLIQUEE AU PROCES

TITRE 1 : La stratégie dans la décision d'agir en justice

Chapitre 1 : La stratégie d'attente
Section 1 : L'analyse du profil de l'adversaire
Section 2 : L'utilisation de l'écoulement du temps par chacun des litigants

Chapitre 2 : La stratégie pour une action en justice efficace
Section 1 : L'évaluation des chances de succès de l'action au regard des éléments propres aux litigants et à la matière litigieuse
Section 2 : L'évaluation des chances de succès de l'action au regard des éléments ne dépendant pas de la volonté des litigants

TITRE 2 : La stratégie dans le cadre de l'instance diligentée

Chapitre 1 : La stratégie de chacune des parties au regard de leurs intérêts respectifs
Section 1 : La stratégie dans l'attaque du demandeur
Section 2 : La stratégie dans la riposte du défendeur

Chapitre 2 : La stratégie de chacune des parties au regard des pouvoirs du juge
Section 1 : L'incidence des obligations du juge dans l'exercice de sa fonction sur l'efficacité de l'action
Section 2 : L'incidence de la liberté du juge dans l'exercice de sa fonction sur l'efficacité de l'action

LISTE DES ABREVIATIONS

Act. Jur. Famille	Actualité juridique famille
Act. Jur. pénal	Actualité juridique pénal
ADL	Annales des loyers
Annales HSS	Annales Histoire, Sciences Sociales
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
Bull. civ.,	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. d'information	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Socétés
B.R.D.A.	Bulletin rapide de droit des affaires
c/ :	Contre
CA	Cour d'appel
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C.C.C.	Contrats-concurrence-consommation
CCI	Chambre de commerce internationale
contra	En sens contraire
CPC	Code de procédure civile
CE	Conseil d'Etat
Cf.	Confer
Chron.	Chronique
C.I.A.J.	Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique
CIVI	Commission d'indemnisation des victimes d'infraction
Conv. ESDH	Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire Defrénois
Dr. de la famille	Droit de la famille
Droit et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et procéd.	Droit et procédures
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem (au même endroit)
Infra	Ci-dessous
J.C.P.	La semaine juridique
J.C.P., G.	La semaine juridique, Edition générale
J.C.P., E.	La semaine juridique, Edition entreprise et affaires
J.C.P., N.	La semaine juridique, Edition notariale
J.O.	Journal Officiel de la République française
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne
LCA	Les Cahiers de l'Arbitrage
Loyers et copr.	Loyers et copropriété
LPA	Les Petites Affiches
obs.	Observations
op. cit.	*Opere citato*, oeuvre déjà citée
Pan.	Panorama
Préc.	Précité

PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.C.C	Revue de la Concurrence et de la Consommation
R.D.C.	Revue de droit des contrats
R.R.J.	Revue de la Recherche Juridique
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. de dr. intern. et de dr. comp.	Revue de droit international et de droit comparé
Rev. de l'arbitrage	Revue de l'arbitrage
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.J.D.A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Rev. jur. Personnes & Famille	Revue Juridique Personnes & Famille
Rev. Lamy dr. civ.	Revue Lamy Droit Civil
RSC	Revue de sciences criminelles
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
T.E.E.	Titre exécutoire européen
TGI	Tribunal de grande instance
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« Le résultat est ce qu'est le commencement parce que le commencement est but ».
HEGEL (Préface à la Phénoménologie de l'esprit)[1]

1. L'application de la formule d'Hegel au procès – Appliquée au procès, la formule d'Hegel laisse entendre que l'issue du litige est posée au départ. Il n'en demeure pas moins qu'il existe de multiples manières de résoudre un conflit et que le mouvement du procès conduit parfois à une transaction[2]. D'où la question de savoir s'il existe une stratégie en matière procédurale, dès la naissance ou avant le procès ainsi que tout au long de ce dernier.

2. La stratégie et le résultat – La stratégie tend à un résultat[3]. En effet, au sens figuré, la stratégie est une *« manœuvre plus ou moins habile en vue d'obtenir quelque chose »*[4], elle est une *« projection intellectuelle »*[5] ; plus précisément, il s'agit de *« toute conception d'ensemble d'actions destinées à produire un effet désiré et faisant entrer dans ses calculs aussi bien les conditions matérielles que les réactions prévisibles des adversaires ou concurrents »*[6]. Toutefois, si au final, le résultat prévu au départ n'est pas atteint, cela ne remet pas en cause l'existence de

---

[1]Traduction de Jean HYPPOLITE, Tome 1, AUBIER, Editions Montaigne, Paris, 1970, p. 20. Ou selon la traduction de Gwendoline JARCZYK et de Pierre-Jean LABARRIERE : *« Le résultat n'est la même chose que le commencement que pour la raison que le commencement est fin »*. Cf. même ouvrage aux éditions Gallimard, Folio, 1993, p. 37.

[2] F. TERRE, « Au cœur du droit, le conflit », in *La justice, L'obligation impossible*, Editions Autrement, Mai 1995, p. 115.

[3] V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, Editions Economica, 2007, p. 23. L'on pourrait aussi parler d'« objectif » qui est « un résultat à atteindre ». Cf. D. TRUCHET, « Rapport de synthèse », in *Les objectifs dans le droit*, Sous la dir. de B. FAURE, Colloque organisé les 25 et 26 septembre 2009 par le Centre d'études juridiques de La Rochelle (CEJLR), Editions Dalloz, 2010, p. 209.

[4] J.-P.COLIN, *Dictionnaire des difficultés du français*, Dictionnaires LE ROBERT, 1995, p. 534. Cf. aussi le *Grand Larousse Universel*, Tome 14, Editions Larousse, 1995, p. 9826.

[5] Consistant à mettre en œuvre des moyens permettant d'atteindre un objectif. Cf. F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 39, p. 60.

[6] Cf. N.BARAQUIN, A. BAUDART, J. DUGUE, J. LAFFITTE, F. RIBES, J. WILFERT, *Dictionnaire de philosophie*, Armand Colin, Paris, 1995 p. 305.
Selon la définition du *Grand Robert*, elle est une *« manière d'organiser un travail, une action, pour arriver à un résultat »*. Cf. P. ROBERT, *LE GRAND ROBERT DE LA LANGUE FRANCAISE*, Deuxième édition entièrement revue et enrichie par A. REY, Tome VIII, Dictionnaires LE ROBERT, 1992, p. 977.

la stratégie mais seulement son efficacité[7]. En effet, selon le dictionnaire le Robert, est efficace *« ce qui produit l'effet que l'on attend »*[8]. Ainsi, le degré de prévisibilité du résultat permet de rendre compte de l'efficacité de la stratégie.

3. L'extension de l'emploi du terme « stratégie » à d'autres domaines qu'à celui de l'armée – Au départ, le terme « stratégie » [9] est employé uniquement dans le domaine de l'armée. Les dictionnaires définissent en premier lieu la stratégie militaire, comme l'*« intelligence des rapports de forces »*[10] ou encore l'*« art de faire évoluer une armée sur un théâtre d'opérations jusqu'au moment où elle entre en contact avec l'ennemi »*[11]. Par ailleurs, il convient de distinguer la « tactique » de la « stratégie »[12]. *« La tactique règle les affrontements*

---

[7] Terme qui est souvent utilisé à notre époque. E. JEULAND, « Transformation et pérennité du nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 77 ; J.-F. BRISSON, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in *Les objectifs dans le droit*, *op. cit.*, p. 29 et s. ; C. MARIE, « Les objectifs dans le droit processuel », *Ibid.*, p. 192-193.

[8] P. ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert*, texte remanié et amplifié sous la direction de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Dictionnaire Le Robert, Paris, 2000, p. 542. Cf. aussi B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, spéc. n° 1 et 2, p. 4-6. *« L'efficacité est une notion qui suppose l'accomplissement d'un projet. Cela requiert un but, un instrument, une personne qui manie l'instrument et l'aptitude avérée de la personne dans son maniement de l'instrument à remplir le but posé »*. Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *R.C.C*, 2000, n° 118, p. 7. Selon ce même auteur, en matière procédurale, l'efficacité est *« l'aptitude de la procédure à rendre le plus directement effectifs les droits des personnes »*. Cf. « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, n° 19, p. 10.

[9] Du grec *strategia* : art de celui qui dirige. Cf. N.BARAQUIN, A. BAUDART, J. DUGUE, J. LAFFITTE, F. RIBES, J. WILFERT, *Dictionnaire de philosophie*, *op. cit.*, p. 305.
Le terme de *strategika* apparaît en Grèce à peu près au même moment que celui de *strategema* dans le deuxième quart du IVe siècle avant notre ère et ils sont synonymes, mais dès le Ier siècle avant notre ère, leur sens diffère : alors que *strategema* est relatif à l'idée de ruse et de tromperie, *strategika* concerne l'office du général. Pour les Romains, la *strategia* évoque la science militaire. Ensuite, en Occident, le terme disparaît pendant des siècles et ne réapparaît qu'au XVIIIe siècle. A cette époque, la stratégie est exclusivement « d'ordre militaire et relative au commandement en temps de guerre ». Cf. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 18, p. 58-60. Cf. aussi l'*Encyclopédie du monde actuel*, Collection dirigée par Charles-Henri FAVROD, Livre de Poche, 1975, p. 10.

[10] G. CHALIAND, A. BLIN, *Dictionnaire de stratégie militaire des origines à nos jours*, Librairie Académique Perrin, 1998, p. 16.

[11] P. ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert*, texte remanié et amplifié sous la direction de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Dictionnaire Le Robert, *op. cit.*, p. 2407. Selon le *Grand Larousse Universel*, elle est « l'art de combiner l'action de forces militaires en vue d'atteindre un but de guerre déterminé par le pouvoir politique ». Cf. Tome 14, *op. cit.*, p. 9826. D'une manière plus générale, il s'agit de l'art du commandement. Cf. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, n° 17, p. 57. Selon Clausewitz, la stratégie *« établit le plan de guerre et fixe en fonction du but en question une série d'actions propres à y conduire ; elle élabore donc les plans des différentes campagnes et organise les différents engagements de celles-ci »*. Cf. C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, p. 181. Jomini, quant à lui, définit la stratégie comme *« l'art de bien diriger les masses sur le théâtre de la guerre, soit pour l'invasion d'un pays, soit pour la défense du sien »*. Cf. A.-H. JOMINI, *Précis de l'art de la guerre*, Présentation de Bruno COLSON, Editions Perrin, 2001, p. 19. Même dans le domaine de la défense d'un pays, la stratégie évolue pour lutter notamment contre de nouveaux dangers. *« Mais ces stratégies ne pourront plus être militaires ou politiques. Une éthique nouvelle s'impose en ces temps de catastrophes, en ces temps où la catastrophe doit d'urgence être intégrée à la rationalité »*. Cf. R. GIRARD, *Achever Clausewitz*, Entretiens avec B. CHANTRE, Editions Flammarion, 2011, p. 64.

[12] En 1771, la stratégie est synonyme de tactique des armées. Ce n'est qu'à partir de 1783, et plus généralement de 1799 que l'on distingue la stratégie de la tactique. Cf. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, n° 20, p. 62-63. Cf. aussi J.-P. CHARNAY, *La stratégie*, Que sais-je ?, PUF, 1ère édition 1995, p. 8.

des combattants lors des « batailles ». La stratégie consiste à mobiliser l'ensemble des forces d'un ensemble socio-économique (entreprise ou pays) afin de désagréger, puis d'annihiler les forces d'un ordre adverse »[13]. Si *« la stratégie militaire tend à la réalisation des fins politiques par l'emploi réel ou virtuel de la force armée (...), la tactique est l'art de combiner les armes en présence de l'ennemi afin de détruire ses troupes et de protéger celles du tacticien »*[14]. Selon une théorie élaborée par certains auteurs, la stratégie est liée à la conception, la tactique à l'exécution[15]. La stratégie s'inscrit dans une relation d'échange, c'est-à-dire que son action implique une réaction de la part de son adversaire[16]. Par la suite, le terme « stratégie » sort de son domaine d'origine pour s'appliquer à d'autres activités[17]. Ainsi, il y a eu une évolution dans l'utilisation du terme stratégie[18] entraînant une certaine perte de sens[19]. La notion de stratégie n'est donc plus seulement associée au domaine militaire[20] mais aussi à celui de l'économie[21], des mathématiques et *« à toutes la actions qui requièrent de l'organisation et du calcul »*[22], ces dernières pouvant englober la procédure[23]. De même, le terme « tactique » est désormais

---

[13] Cité par C. CHAMPAUD, « Stratégie judiciaire (Droit des affaires) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1257. Cf. aussi Ph. MONGIN, « Retour à Waterloo, Histoire militaire et théorie des jeux », *Annales HSS*, janvier-février 2008, n° 1, p. 61.

[14] C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, Editions Dalloz, 2006, p. 4-5. Jomini évoque la grande tactique qui est « l'art de bien combiner et bien conduire les batailles » et la tactique de détail c'est-à-dire « la manière de disposer les troupes pour les conduire ». Cf. A.-H. JOMINI, *Précis de l'art de la guerre*, Présentation de Bruno COLSON, Editions Perrin, 2001, p. 19.

[15] D'autres auteurs énoncent que la différence entre les deux concepts tient au but à atteindre qui n'est pas immédiat concernant la stratégie alors qu'il l'est dans la tactique. Cf. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, n° 50, p. 109 ; n° 60, p. 135.

Raymond Aron a énoncé : *« Par stratégie, j'entends à la fois les objectifs à long terme et la représentation de l'univers historique qui en rend le choix intelligible ; par tactique j'entends les réactions au jour le jour, la combinaison des moyens en vue de buts préalablement fixés »*. Cf. R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962, édition de 2004, Imprimé en juillet 2008, p. 283.

[16] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, n° 31, p. 79.

[17] J.-P. CHARNAY, *La stratégie*, Que sais-je ?, *op. cit.*, p. 15.

[18] En effet, à partir de 1889 ainsi qu'après la Première Guerre mondiale, il s'étend à d'autres domaines, mais c'est surtout après la Seconde Guerre mondiale qu'il se diffuse rapidement et s'applique à toutes les activités sociales. Cf. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, n° 26, p. 73 ; n° 27, p. 74.

[19] La multiplication des concepts rend sa définition de plus en plus floue. *Ibid..*, n° 8, p. 42 ; n° 228, p. 441.

[20] C. CHAMPAUD, « Stratégie judiciaire (Droit des affaires) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1256.

[21] Cf. « Sratégie », in *Dictionnaire historique de la langue française*, Sous la direction de A. REY, Langage et Culture, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1992, p. 2024. Cf. aussi V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, *op. cit.*, p. 9 ; F. LE ROY, *Stratégie militaire et management stratégique des entreprises, Une autre approche de la concurrence*, Editions Economica, 1999, p. 5 ; R. PAPIN, *L'art de diriger*, Dunod, Paris, 1995, p. 217. D'ailleurs, au sein même de cette matière, on s'interroge sur la nature pluridimensionnelle de la stratégie. Cf. A. C. MARTINET et R. A. THIETART, « Les trois phases de la stratégie », in *Stratégies, Actualité et futurs de la recherche*, Coordonné par Alain-Charles Martinet et Raymond-Alain Thiétart, Librairie Vuibert, août 2001, p. 3. On peut notamment faire référence aux stratégies d'adaptation et d'anticipation. Cf. D. HURON, *Décisions et stratégies Marketing*, Gualino éditeur, EJA, Paris, 2007, n° 145-146, p. 162-163.

[22] J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 77.

[23] C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1.

Aujourd'hui, l'on fait aussi référence à la « stratégie patrimoniale » qui « accompagne toute prestation de services juridiques, économiques ou financiers ». Cf. H. LETELLIER, « Stratégie patrimoniale du couple », *Act. Jur. Famille*, février 2008, p. 52.

employé en matière judiciaire[24]. Notons toutefois qu'avant même l'extension du terme stratégie à d'autres domaines qu'à celui de l'armée, l'on retrouve la notion de stratégie procédurale dans le domaine du droit français des affaires dès le XVIIIe siècle dans l'ouvrage intitulé le *Parfait négociant* de Jacques Savary[25]. Par ailleurs, déjà en droit romain, l'on pouvait parler de stratégie selon le choix effectué entre la mise en œuvre de l'*actio legis* et le recours au *proetor*[26]. Mais est-il possible d'associer le terme « stratégie » à celui de « procédure » alors que ces deux termes semblent répondre à la même définition ?

4. La stratégie, inhérente à la procédure – D'une manière générale, il n'y a pas de règle de droit sans but[27]. Selon Jhering, *« dans le domaine du droit, rien n'existe que par le but, et en vue d'un but, le droit tout entier n'est qu'une unique création de but »*[28] et selon le doyen Carbonnier, *« l'application du droit est un processus, une suite d'actions et de réactions tendue vers un but »*[29]. En ce qui concerne plus particulièrement la procédure, l'on peut faire le même constat[30]. En effet, dans le langage courant, le terme « procédure » évoque « une manière de faire pour aboutir à *un certain résultat* »[31]. Il s'agit d'*« une marche à suivre ordonnée à une fin »*[32], ou en d'autres termes d'un *« moyen au service d'une fin »*[33]. D'un point de vue juridique, la notion de résultat est également bien présente puisque la procédure désigne tout d'abord dans un sens large « une série de formalités à accomplir pour atteindre un *résultat déterminé* indépendamment

---

[24] Messieurs les Professeurs L. CADIET et E. JEULAND font référence aux deux termes en énonçant qu'*« il existe des stratégies et des tactiques judiciaires qui permettent d'enliser un débat ou, au contraire, de tirer le meilleur parti d'une situation de faiblesse sur le fond du droit litigieux »*, in *Droit judiciaire privé*, Editions LexisNexis Litec, 7ième édition, 2011, n° 9, p. 5.

[25] Rédacteur de l'Ordonnance sur le Commerce de terre de 1713, dite « de Colbert ». Cité par C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 8.

[26] *Ibid.*, p. 10.

[27] A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, th., Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926, p. 24. Cf. aussi X. LABBEE, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Préface J.-J. TAISNE, Presses Universitaires du Septentrion, 2002, p. 25. Cf. M. VILLEY, *Le droit romain. Son actualité*, Que sais-je ?, PUF, 10e édition, 2002, p. 42.

[28] Cité par A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, th., *op. cit.*, p. 24. Cf. aussi R. TREVES, *Sociologie du droit*, Traduit de l'italien par W. BARANES et O. SIMSEK, Préface J. CARBONNIER, *Droit, Ethique, Société*, PUF, 1995, p. 103. Ainsi, *« Chaque droit est appelé à suivre une direction déterminée »* comme l'énonce Josserand. Cf. L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1905, p. 5.

[29] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs essais, Editions Flammarion, 1996, p. 75.

[30] Le but de la procédure est *« de permettre aux droits substantiels de bien fonctionner »*. Cf. J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, n° 1, p. 10.

[31] « Il inclut donc un mouvement, une marche à suivre, comme le suggère son étymologie latine *procedere* : aller en avant». Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 31ième édition, 2012, n° 1, p. 1. D'ailleurs, selon Messieurs les professeurs Gérard COUCHEZ et Xavier LAGARDE, « pour le non-juriste, le terme de procédure évoque des actes et des formalités à accomplir en vue d'un résultat généralement aléatoire ». Cf. G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, n° 1, p. 1.

[32] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n°1, p. 2. Le *Grand Larousse Universel* énonce de même qu'il s'agit d'une *« marche à suivre, d'un ensemble de formalités, de démarches à accomplir pour obtenir tel ou tel résultat »*. Cf. Tome 12, *op. cit.*, p. 8484.

[33] H. CROZE, « Le progrès technique de la procédure civile », *J.C.P.*, G., 2009, I, 108, p. 17.

de tout contentieux[34], de toute idée de conflit », mais aussi dans un sens plus étroit, « l'ensemble des formalités par lesquelles un litige, une difficulté d'ordre juridique peuvent être soumis à un tribunal, pour *aboutir à une solution »*[35]. Cette dernière définition implique la mise en œuvre d'une action en justice. Or, chaque action tend à atteindre un but particulier[36]. Par exemple, l'action en revendication permet d'obtenir la restitution d'un bien immobilier[37], alors que l'action en réintégration permet au possesseur dépouillé par la force de l'immeuble qu'il occupait d'en retrouver la possession et que la complainte protège le possesseur des troubles de droit ou de fait. Par ailleurs, si on englobe dans la procédure l'exécution ainsi que les modes alternatifs de règlement des litiges, on constate aussi que par définition, chacune de ces notions vise une fin particulière. Par exemple, la notion d'exécution tend en elle-même à un résultat car si elle évoque l'accomplissement par le débiteur de son obligation, elle *« désigne aussi l'ensemble du processus qui permet d'aboutir à ce résultat »*[38]. Il en est de même en ce qui concerne les composantes des modes alternatifs de règlement des litiges[39]. Ainsi, la stratégie et la procédure tendent toutes deux à un résultat. Toutefois, la stratégie semble pouvoir s'appliquer à la procédure.

5. L'application de la trilogie de la stratégie militaire à la procédure – Au-delà de la distinction entre la stratégie et la tactique, la conception de la stratégie repose sur une trilogie : *« la politique fixe les buts de la guerre dans le cadre du gouvernement du pays ; la stratégie se situe dans la guerre : elle met en œuvre les moyens militaires pour la réalisation des buts fixés par la politique ; au-dessous d'elle, la tactique met en œuvre les forces dans le cadre de l'action*

---

[34] Il existe ainsi des procédures sans procès, telles que la procédure législative, la procédure administrative non contentieuse, ou la procédure contractuelle. Cf. L. CADIET, « Procédure », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1218. Cf. aussi G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, n° 1, p. 1. Mais ces différentes procédures ne feront pas l'objet de notre étude.

[35] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 1, p. 1. Cf. aussi P. JULIEN, N. FRICERO, *Procédure civile*, Lextenso éditions, LGDJ, 2011, n° 1, p. 9. Comme l'énonce Jhering, *« Les formes de la procédure ne sont que les moyens d'atteindre les buts réels poursuivis par la loi ou de satisfaire aux exigences élevées par le sentiment juridique »*. Cf. R. VON JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, Du rôle de la volonté dans la possession*, T. III, Traduit par O. de Meulenaere, Marescq, Paris, 1891, p. 372.

[36] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 23, p. 25. Cf. aussi R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, Traduit par O. de Meulenaere, Marescq, Paris, 1902, n° 8, p. 8.

[37] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 49.

[38] G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Préf. J. NORMAND, Collection Droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Edition Bruylant, 2012, n° 1, p. 2.

[39] Par exemple, la médiation peut se définir comme *« une entremise réalisée par un tiers et destinée à réconcilier les parties en litige »*. Cf. C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1009. Désormais, depuis l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 qui transpose en droit français de la directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 21 mai 2008, la médiation *« s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige »*. Cf. J.-Ph. TRICOIT, « La transposition de la directive médiation en droit français », *LPA*, 2 avril 2012, n° 66, p. 7. De même, le recours à la conciliation constitue « la phase de la procédure *tendant à aboutir* à l'accord de « conciliation ». Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Conciliation », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 197.

violente elle-même »[40]. Si nous appliquons cette trilogie à la procédure, nous pouvons concevoir que la politique serait le but poursuivi par chacune des parties, la stratégie renverrait à l'utilisation des règles de procédure permettant d'atteindre l'objectif souhaité au départ et la tactique évoquerait l'action et la réaction dans le procès, ce rapport interactif entre les deux parties et souvent imprévisible qui s'effectue par le biais des règles légalement établies, c'est-à-dire sans l'utilisation de la violence. D'où la possibilité d'associer le terme « stratégie » à celui de « procédure ».

6. Justification de l'intitulé du sujet – Si la stratégie renvoie à la façon d'utiliser les règles de procédure, il existe plusieurs termes permettant de faire référence à ces dernières. Etant donné que l'on associe souvent la procédure au procès[41] qui au sens strict est assimilé à l'instance[42], la procédure se définit généralement comme l'*«ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision »*[43] et suppose l'intervention d'un juge public ou privé[44]. Pourtant, son objet est plus large[45]. Ainsi, le terme de « droit judiciaire privé[46] » semble être plus approprié[47] pour désigner la procédure puisque celui-ci n'est pas seulement *« le droit formel de la procédure »* mais *« touchant au fond du droit à travers l'objet du litige, il comprend l'ensemble*

---

[40] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, *op. cit.*, n° 48, p. 106. En effet, la guerre est liée à la politique. Cf. J.-Y. BORIAUD, Machiavel et l'« humanisme militaire », *Revue des deux Mondes*, Mars 2011, p. 93 ; R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, *op. cit.*, p. 35-36.

[41] Dont le terme est similaire au processus, *« enchaînement de données, d'évènements ou de facteurs produisant un résultat »* et ainsi comme la procédure vient du latin *procedere*. Cf. E. LE ROY, Le dédoublement de la figure du procès, « Cérémonie de reconstitution du lien social », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 15. et S. AMRANI-MEKKI, « Procès », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1081.

[42] C'est-à-dire au litige porté devant le juge. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n°7, p. 35. Voir aussi J. LEBLOIS- HAPPE, « Procédure pénale », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1074. L'instance « caractérise un rapport de droit spécifiquement procédural dont le litige forme l'objet ». Cf. H. SOLUS, R. PERROT, Droit judiciaire privé, Editions Sirey, 1991, n° 6, p. 7.

[43] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Procédure », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, p. 725. Ou encore comme un *« ensemble des règles qui doivent être nécessairement suivies, et dans un certain ordre, pour la revendication de certains droits ou le règlement de certaines situations juridiques »*. Cf. J.-P.COLIN, Dictionnaire des difficultés du français, Dictionnaires LE ROBERT, *op. cit.*, p. 446. Dans l'ancienne France, le caractère formaliste de la procédure est très marqué puisque selon Ferrière, elle est « une suite d'expéditions et d'instructions ». Cf. *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris 1769, 2 vol., cité par C. LECOMTE, « Le nouveau Code de procédure civile : rupture et continuité », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 9.

[44] L. CADIET, « Procédure », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1217 ; 1219.

[45] Si elle est *« la manière de demander et de rendre justice, de donner au litige sa solution juridique »*, ou de même selon Pothier, *« la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter »* ; il s'agit plus précisément de *« l'ensemble des règles relatives à l'organisation juridictionnelle, à la compétence juridictionnelle et aux procédures juridictionnelles, jus litem en même temps que jus ad litem »*. *Ibid.* et R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, n° 3, p. 2.
Elle est aussi, *« l'ensemble des règles à observer, des actes à faire et des formalités à remplir pour parvenir au règlement des droits sans recourir aux tribunaux »*. Cf. J. BROMBERGER, « Procédure », in *Nul n'est censé ignorer la loi, Petit dictionnaire juridique*, Litec, Librairies Techniques, 3ième édition, p. 363.

[46] Défini de manière générale *« comme l'ensemble des règles relatives aux juridictions civiles et à la procédure civile »*. Cf. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 13, p. 8.

[47] Bien qu'on peut lui reprocher d'être trop large. Cf. J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 2, p. 11.

des règles relatives à la solution du litige par le juge »[48]. En effet, si cette dernière est trouvée à la suite d'un procès, la série de *« procédés, de délais et de formalités »* ne se conçoit pas sans un organe juridictionnel c'est-à-dire en l'absence d'un juge et aboutit à un acte juridictionnel, le jugement[49] pouvant faire l'objet d'une exécution forcée[50]. De manière plus précise, le « droit judiciaire privé » englobe l'arbitrage y compris international, la conciliation, la médiation, la convention de procédure participative et la transaction qui sont des modes alternatifs au règlement des conflits, les règles de compétence internationale des juridictions françaises ainsi que celles relatives aux voies d'exécution[51]. Ces dernières sont en effet considérées comme étant le dernier acte du procès[52]. L'adjonction du terme « privé » au droit judiciaire ne signifie pas que celui-ci relève uniquement du droit privé. En effet, la procédure civile comme le droit international privé relève *« pour partie du droit public et pour partie du droit privé »*[53], il s'agit donc d'un droit mixte[54]. Toutefois, l'expression « droit judiciaire privé » pour évoquer la procédure n'a pas fait l'unanimité en doctrine[55]. En effet, certains auteurs comme Morel ont utilisé les termes « droit judiciaire civil » mais il semblerait qu'il soit encore plus simple de se référer uniquement au « droit judiciaire » [56]. Au regard des difficultés sémantiques concernant la définition de la procédure, nous préférons parler de « droit procédural »[57] d'où le titre de notre étude portant sur la stratégie « procédurale ». Par ailleurs, s'il convient de distinguer la stratégie de la tactique[58], nous ne citons pas cette dernière dans l'intitulé du sujet dans la mesure où nous considérons qu'elle *« se définit par rapport à la stratégie qui l'encadre »*[59] et qu'ainsi elle découle de celle-ci qui se situe à un niveau supérieur.

7. L'intérêt d'associer le terme « stratégie » à la procédure – Si toute procédure tend en elle-même à un résultat, le choix entre deux procédures qui visent la même fin est peut-être stratégique en fonction du but fixé au départ par le justiciable. La stratégie consiste ainsi à

---

[48] *Ibid.*, n° 4, p. 2.
[49] *Ibid.*, n° 7, p. 4.
[50] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 1, p. 1.
[51] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 13, p. 8-9.
[52] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, *op. cit.*, p. 8.
[53] F. TERRE, *Le droit*, Dominos, Flammarion, 1999, p. 28.
[54] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9ième édition, 2012, n° 114, p. 99.
Les règles relatives à l'organisation judiciaire relèvent du droit public, celles relatives à l'action, du droit privé et d'autres, notamment les règles de compétence et des règles de procédure concernent les deux droits car elles sont à la fois liées à la marche du service public et à la mise en œuvre des intérêts privés. Ainsi, afin d'éviter le recours à cette distinction entre le droit privé et le droit public, il est judicieux d'énoncer que le droit judiciaire privé est une branche particulière du droit judiciaire. Cf. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 11, p. 6.
[55] C. LEFORT, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 4ième édition, 2011, n° 8-10, p. 7.
[56] A. BOLZE, « Codification et procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, note de bas de page n° 1, p. 107. Cf. R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, n° 4, p. 3.
[57] Comme le pensent certains auteurs. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 15, p. 15.
[58] Comme l'énonce la commission sur la répartition des contentieux présidée par le Monsieur le Professeur Serge Guinchard, dont le souhait est que *« la stratégie l'emporte sur la tactique, la vision à long terme sur les illusions du court terme et la hauteur de vue sur l'attrait des détails »*. Cf. La commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *Rapport au Garde des Sceaux*, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, p. 29.
[59] V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, *op. cit.*, p. 53.

classer les actions entre elles afin de choisir celle qui est la plus opportune. Par exemple, si la procédure d'injonction de payer et celle du référé-provision tendent au recouvrement d'une somme d'argent, l'emploi de l'une plutôt que l'autre est susceptible d'entraîner des conséquences différentes. Par ailleurs, pendant le procès, les parties poursuivent le plus souvent des buts opposés. Alors que l'une des parties souhaite accélérer la procédure, l'autre tente de la ralentir. Chacune des parties est donc susceptible d'user d'une stratégie différente en effectuant un choix entre les alternatives qui s'offrent à elle. Ainsi, dans certains cas, le créancier d'une obligation de faire inexécutée pourra, soit utiliser la procédure d'injonction de faire conformément à l'article 1425-1 du Code de procédure civile (CPC), soit la procédure du référé-injonction de faire de l'article 849 du même code qui lui permettra d'obtenir une décision exécutoire de plein droit par provision, au besoin sous astreinte, et d'éviter les lenteurs de la procédure contradictoire ouverte en cas d'inexécution. En conséquence, dès lors que la procédure offre un choix aux parties, elle peut être vue comme une *« technique qui appelle la mise en œuvre d'une stratégie »*[60]. En effet, réciproquement, la stratégie implique une liberté d'action[61] qui rappelle celle qui est offerte aux joueurs par certains types de jeux.

8. Comparaison de la stratégie procédurale avec la stratégie du jeu – La stratégie est aussi évoquée en matière de jeu[62] *« dans la mesure où chaque acteur anticipe le comportement des autres et les prend en compte pour définir sa propre ligne d'action, afin d'accéder aux avantages qu'il recherche ou simplement pour protéger sa position »*[63]. Par exemple, en ce qui concerne le jeu d'échecs, au déplacement d'un pion, il y a diverses façons de réagir. Dans ce cas particulier, la stratégie consiste à mettre en œuvre une suite de coups dans le but de gagner, tout en anticipant les réactions possibles de l'adversaire[64]. Si des règles précises doivent être respectées, chacun des joueurs possède une part de créativité[65]. La théorie des jeux dont le

---

[60] Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 357.

[61] V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, *op. cit.*, p. 72 ; 219.

[62] Ce dernier ayant d'ailleurs des similitudes avec la guerre. Cf. R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, *op. cit.*, p. 22 et 35.

[63] W. ACKERMANN et B. BASTARD, « Les jeux organisationnels dans l'activité de justice », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 68.

[64] Clausewitz se montre cependant prudent concernant la comparaison avec un tel jeu, la situation de départ étant objectivement connue à l'avance alors que tel n'est pas le cas en matière militaire. L'analogie avec le jeu de cartes semble ainsi préférable. Cf. H. GUINERET, *Clausewitz et la guerre*, P.U.F., 1999, p. 38. Dans le même sens, cf. J.-F. PHELIZON, *L'action stratégique*, Editions Economica, 1998, p. 6. Concernant la procédure, si à l'image du jeu d'échecs une anticipation des différentes ripostes de l'adversaire est envisageable, la situation de départ n'est également pas obligatoirement certaine au regard par exemple de la présentation des faits par ce dernier.

[65] *« Le jeu suppose nécessairement une marge de liberté. Mais la liberté d'action se ramène à la mise en œuvre stratégique des possibilités de choix ouvertes par le jeu lui-même. Le bon joueur est, à cet égard, celui qui fait preuve d'un sens du jeu lui permettant de tirer le plus grand profit des incertitudes du système, tout en respectant ses enjeux et ses buts spécifiques »*. Cf. A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, M. CHIBA, J. COMMAILLE, A. DEVILLE, E. LANDOWSKI, F. OST, J.-F. PERRIN, M. VAN DE KERCHOVE, J. WROBLEWSKI, « Jeu », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., E.J.A., 2ième édition, Paris, 1993, p. 319. Cf. aussi M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 135-136 et F. OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *Arch. phil. dr.*, Tome 31, 1986, p. 153.

domaine de prédilection est celui de l'économie[66] s'applique aussi à la matière juridique[67] et plus particulièrement à la procédure[68]. Toute règle crée un ordre qui doit être respecté, d'où les similitudes entre la justice et le jeu[69]. Plus précisément, le procès évolue dans une sphère autonome à laquelle on ne peut déroger[70], à l'image du jeu qui implique de se plier à des règles particulières[71]. Ainsi, présentée comme la règlementation formelle du procès, la procédure peut être assimilée à une règle du jeu[72] à laquelle doivent se conformer les parties lors d'un conflit[73]. Selon Calamendrei, un grand juriste italien, le choix de l'utilisation de telle règle par l'une des

---

[66] Dans lequel certains auteurs ont énoncé que *« la théorie des jeux de stratégie est l'instrument le plus adéquat pour développer une théorie du comportement économique »*. En vertu de la théorie des jeux de stratégie, M. Plon a affirmé que *« le sujet-qui-choisit est…(un) sujet rationnel à la recherche du maximum de statisfaction : il tient compte de toutes les éventualités possibles, de tous les enchaînements possibles, qu'il s'agisse des choix s'offrant à lui ou des informations concernant les comportements possibles de l'autre joueur »*. Cf. respectivement J. von NEUMANN et O. MORGENSTERN, *Theory of games and economic behavior*, 3e édition, Princeton, Princeton University Press, 1953, p. 1 et 2, et M. PLON, La *théorie des jeux : une politique imaginaire*, Paris, 1976, p. 113, cités par M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992, p. 127-128.

[67] Ces deux secteurs ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Cf. A.-J. KERHUEL, *L'efficience stratégique du contrat, Un champ d'action de la liberté contractuelle*, th., Sous la direction de J. Mestre, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2008, n° 7, n° 8, p. 6-10.

[68] M.-A. FRISON-ROCHE, « Légitimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 3 et s.

[69] G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 19. V. notamment la comparaison avec le jeu de l'oie dont la progression de case en case renvoie aux différentes étapes de la procédure. Cf. A. BOLZE, « Codification et procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 109. Cf. aussi J. VERGES, *De la stratégie judiciaire*, Préface d'Amar Bentoumi, Editions de Minuit, 1968, p. 136 ; 141-142.

[70] A la différence de ce que décrit Kafka dans *Le procès* où l'espace juridique est partout et n'est pas enfermé dans un cadre qui lui est propre. Dans ce cas, la loi est inaccessible tant son domaine est large. Cf. A. GARAPON, « Espace du droit, espace de jeu », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 40 ; p. 43. Cf. aussi du même auteur *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, « Opus 1997 », Septembre 2001, p. 23 ; p. 293.

L'espace clos du procès est d'ailleurs bien décrit dans l'Illiade qui décrit la scène sculptée par Héphaïstos sur le bouclier d'Achille où l'on peut voir les vieillards assis « sur des pierres lisses, dans le cercle sacré ». Cf. S. ANDRINI, « Huizinga et le droit : le procès et le jeu en Italie », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 53. Cf. aussi J.-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, p. 194-195.

[71] Il s'agit d'un *« mouvement dans un cadre »*. Cf. M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, *op. cit.*, 1992, p. 11.

[72] R. MARTIN, « Les détournements de la procédure judiciaire », *R.T.D. Civ.* 2007, p. 723. Cf. aussi Y. ZAKINE, « Conclusion », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 191.

Mais pas uniquement car en plus, « c'est un acte de compréhension ». Chacune des parties doit pouvoir connaître la position de l'autre et comprendre le jugement. Cf. B. VATIER, « Rapport introductif », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, *op. cit.*, p. 10.

[73] Le procès peut être comparé à un « match » au cours duquel chacun des participants essaie de gagner par le biais de l'utilisation de règles. Telle est la théorie de S. Valzania dans le domaine de la culture juridico-philosophique italienne. Cf. in « La partita de diritto. Considerazioni sull'elemento ludico del processo », *JUS-Rivista di scienze giuridiche*, n° 2, 1978, pp. 204-248, cité par G. FERRARI, « Le droit dans la forme praxéologique du jeu », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 191. Par exemple, *« la possibilité pour un plaideur de refuser de produire un moyen de preuve qui lui soit défavorable s'intègre dans la théorie d'un procès organisé comme une partie de tennis ou d'échecs. Le demandeur à l'instance lance un fait et le prouve, le défendeur doit alors répondre par un autre fait qui annule les effets du premier, et le prouver. Allégations, répliques, dupliques se succèdent ainsi harmonieusement jusqu'au point gagnant »*. Cf. E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, Th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 25, p. 13.

parties implique une réaction de la part de son adversaire. Toutefois, à la différence du jeu, lors d'un procès, il n'y a pas seulement deux personnes qui s'affrontent mais intervient aussi le juge[74] et il convient donc d'intégrer les réactions de cette tierce personne dans la stratégie ayant trait à la procédure[75]. En effet, l'on peut s'interroger sur la façon dont vont évoluer ces trois personnages au cours du procès[76] : les parties pourront-elles user librement des règles de procédure sans que le juge puisse s'y opposer ? Mais l'on peut revenir à la comparaison du jeu lorsque l'on est dans le cas de la recherche d'une solution négociée entre les deux parties seulement. Toutefois, au regard de cette hypothèse, il n'est pas certain d'aboutir à la conclusion suivant laquelle, au final, que l'on soit dans le cadre du jeu ou du procès, il y a un gagnant et un perdant[77]. En revanche, si une part de hasard fait partie du jeu[78], il en est de même en ce qui concerne le procès. Dans son ouvrage intitulé *Homo ludens*, Huizinga énonce que dans le procès, il faut distinguer « trois formes ludiques : le jeu de hasard, la compétition ou le pari, la compétition de la parole »[79]. Mais l'on peut aussi distinguer de multiples sortes de jeux[80] de la même façon qu'il existe différents types de règlement des litiges, tels que les modes alternatifs de règlement des conflits ou le recours aux tribunaux étatiques. Toutefois, si en matière de jeu, la stratégie ne se conçoit qu'entre le moment où le jeu débute et celui où l'un des joueurs a été déclaré gagnant, en matière procédurale, son domaine est plus large. Si l'on assimile le procès à la guerre[81], l'on peut adapter à ce dernier la formule d'amiraux selon laquelle *« la stratégie s'exerce en deça et au-delà du combat »*[82] et envisager ainsi la stratégie procédurale tant en amont du procès qu'après le jugement. D'où l'importance de délimiter désormais notre sujet.

9. Délimitation du sujet – Nous envisagerons l'étude de la « stratégie procédurale » en adoptant une définition large de la procédure, de telle sorte que si cette dernière comprend l'ensemble des règles qui gouvernent le déroulement du procès jusqu'à l'exécution du jugement, ainsi que les règles d'organisation judiciaire et de compétence, elle englobe aussi *« les règles qui*

---

[74] M.-A. FRISON-ROCHE, « La philosophie du procès, propos introductifs », *Arch. phil. dr.*, Tome 39, Le procès, 1995, p. 22.

[75] M.-A. FRISON-ROCHE, « Légitimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils », in *Droit et économie du procès civil*, *op. cit.*, p. 21.

[76] A l'image d'une pièce de théâtre « où les acteurs se croisent et s'entrecroisent ». Cf. C. LECOMTE, « Le nouveau Code de procédure civile : rupture et continuité », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 12.

[77] Comme l'énonce Max Weber dans son essai sur Stammler dans lequel il fait état des nombreuses ressemblances entre le jeu et le procès. Cité par S. ANDRINI, « Huizinga et le droit : le procès et le jeu en Italie », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 52.

[78] A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, M. CHIBA, J. COMMAILLE, A. DEVILLE, E. LANDOWSKI, F. OST, J.-F. PERRIN, M. VAN DE KERCHOVE, J. WROBLEWSKI, « Jeu », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 319. Cf. aussi M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, *op. cit.*, p. 40 et F. OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *Arch. phil. dr.*, *op. cit.*, p. 151.

[79] *Homo ludens*, trad. Italienne : *Homo ludens*, Torino, 1946, p. 128, cité par S. ANDRINI, « Huizinga et le droit : le procès et le jeu en Italie », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 52.

[80] Tels que les jeux de conflit pur, les jeux de simple coordination et les jeux « mixtes ». Cf. E. MACKAAY, « Le droit saisi par le jeu », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 82.

[81] Notons que Clausewitz faisait déjà lui-même le parallèle entre la défensive dans la conduite de la guerre et celle qui concerne le cadre des affaires judiciaires. Cf. C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, p. 400.

[82] Citée par J.-P. CHARNAY, *La stratégie*, Que sais-je ?, *op. cit.*, p. 8.

sont extérieures et antérieures au procès »[83]. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) du 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce[84] a consacré le droit à l'exécution des décisions de justice[85]. L'effectivité du jugement implique le droit à l'exécution forcée[86] et ainsi la mise en œuvre des voies d'exécution. Si ces dernières peuvent exister en dehors de tout procès[87], elles sont comprises depuis longtemps dans la définition de la procédure[88]. Toutefois, étant susceptibles de faire à elles seules l'objet d'une thèse, nous y ferons référence très brièvement lors de l'anticipation du procès. D'où d'une manière plus générale, le cantonnement de notre thèse à la stratégie concernant l'anticipation en matière procédurale, l'anticipation[89] étant entendue ici comme la façon d'éviter ou de résoudre un litige sans recourir à un juge ou bien de prévoir le déroulement du procès devant celui-ci afin d'évaluer les chances de succès d'une éventuelle action en justice. Par exemple, il est peut-être judicieux pour un sujet de droit de pouvoir recourir non seulement aux actions préventives, telles que les actions déclaratoires ou les actions tendant à prévenir un péril mais aussi à des conventions pouvant jouer *« le rôle de mode non décisionnel de règlement d'un différend, préféré au mode juridictionnel »*[90]. Ainsi, le litige, cette réalité existant avant le procès[91] fait partie du droit procédural, même si la solution ne résulte pas d'un jugement rendu par un juge étatique[92]. La procédure se distingue donc du

---

[83] C'est-à-dire les règles posées en prévision du procès. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 2, p. 3-4.

[84] J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Thémis, Droit, PUF, 1ère édition, Juillet 2008, n° 294, p. 234.

[85] Selon la Cour EDH, il résulte du droit à un procès équitable un ensemble de garanties qui forment un triptyque comprenant « la garantie d'accès à un tribunal », « les garanties institutionnelles et procédurales » et « la garantie à l'exécution de la décision du juge ». Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Editions Dalloz, 6ième édition, 2011, n° 228, p. 503.

[86] L. CADIET, « L'exécution des jugements, entre tensions et tendances », in *Mélanges Pierre JULIEN*, *La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, n° 9-10, p. 55-56.

[87] Car afin de contraindre son débiteur à exécuter son obligation, il suffit dans certaines hypothèses au créancier de détenir un titre exécutoire autre qu'un jugement, indépendamment de tout procès. Cf. G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n°4, p. 12.

[88] Glasson énonce que le troisième objet principal des lois de procédure est d'assurer *« l'exécution des décisions de justice »*. Cf. E. GLASSON avec le concours au point de vue pratique de P. COLMET-DAAGE, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2ième édition mise au courant de la législation et de la jurisprudence par A. TISSIER, Tome 10, Paris L.G.D.J., 1908, n° 11, p. 9. Par ailleurs, selon Louis Crémieu, les voies d'exécution sont « la suite normale et le complément indispensable » de la procédure civile. Cf. L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, *op. cit.*, p. 163. Cf. aussi R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, n° 6, p. 4.

[89] Définie notamment par le dictionnaire *Le Petit Robert* comme le *« mouvement de la pensée qui imagine ou vit d'avance un événement »*. Cf. P. ROBERT, *Le petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, rédaction dirigée par A. REY et J. REY-DEBOVE, Tome 1, Dictionnaires LE ROBERT, 1992, p. 75.

[90] A. JEAMMAUD, « Propos introductifs », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 1.

[91] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n°7 p. 36. Cf. aussi Ph. THERY, « L'art de la procédure civile », in *Hommage à Gérard CORNU*, *Droit et sagesse*, Thèmes et commentaires, Association Henri Capitant, Editions Dalloz, 2009, p. 54 ; C. ROBIN, *Procédure civile*, Editions Magnard-Vuibert, Août 2012, n° 2, p. 7.

[92] Le litige peut « disparaître sans procès ». Cf. A. BOLZE, « La notion de litige juridique », in *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT*, *Liber amicorum*, Bruylant, Bruxelles, 2004, n° 2, p. 42 ; Ph. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 3, p. 854.

procès entendu de manière large[93] en ce qu'elle s'intéresse au litige en pouvant y mettre fin sans l'intervention du juge[94]. Etant un droit de pacification[95], elle permet ainsi aux parties de parvenir à une solution négociée[96] pour les litiges qui concernent des droits dont elles ont la libre disposition[97] avant le procès[98]. Les modes conventionnels de règlement des différends existent aussi tant en matière de procédure administrative[99] qu'en ce qui concerne la procédure pénale[100]. En effet, bien qu'ils demeurent l'exception dans le Code de procédure pénale en raison de l'indisponibilité de l'action publique[101], ils tendent à se développer[102]. Ainsi, comme en procédure civile, la procédure pénale englobe la phase antérieure au procès[103], c'est-à-dire la

---

[93] Qui par sa finalité et ses éléments qui le caractérisent *« est un mécanisme visant à établir ou à rétablir la paix sociale par l'intervention d'un tiers légitime devant régler un litige né, latent ou virtuel, selon une procédure respectant les garanties fondamentales du procès équitable »*. Cf. S. AMRANI-MEKKI, « Procès », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1088.

[94] Il faut, en tous les cas qu'il y ait un litige ou bien un éventuel litige mais non une absence de litige. En effet, nous ne traiterons pas des accords qui peuvent relever de la juridiction gracieuse.

[95] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n°4, p. 11.

[96] Ainsi, il convient d'intégrer au droit de la procédure *« les techniques, les concepts et les logiques du droit des contrats comme nous y invitent les modes alternatifs de règlement des conflits »*. Cf. L. CADIET, « Aide juridictionnelle et modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, *op. cit.*, p. 177.

[97] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 8, p. 45.

[98] Il en est de même pendant le procès. En effet, toute procédure n'aboutit pas obligatoirement à un jugement mais parfois à un accord entre les parties. Cf. L. CADIET, « Procédure », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1218.

[99] F. BURDEAU, « Procédure administrative », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1225-1226.

[100] L. CADIET, « Procédure », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1218. Cf. aussi D. d'AMBRA, « Du déclin des codes », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 157.

[101] Article 1er, al.1 du Code de procédure pénale. Cf. G. BLANC, « Le cas de la justice pénale », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 94.

[102] S. GUINCHARD, « Discours de remise, à Madame le Garde des Sceaux, du rapport sur la répartition des contentieux, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », site *Internet du gouvernement (www.premier-ministre.fr)*, p. 6. Cf. « Les 65 propositions de la Commision Guinchard », site *Internet du gouvernement (www.premier-ministre.fr*), p. 10-12.

[103] Ce dernier étant entendu au sens strict en matière pénale comme l'exercice de l'action publique « pour l'application des peines ». Cf. Code de procédure pénale, article 1er et 6, cité par J. LEBLOIS- HAPPE, « Procédure pénale », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1074 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Procédure pénale », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1230.

décision sur la poursuite et les « alternatives aux poursuites »[104]. Toutefois, les procédures administrative et pénale ne seront pas étudiées dans le cadre de notre sujet bien que des comparaisons avec celles-ci pourront être effectuées[105] et que la procédure pénale sera prise en compte lorsque la victime bénéficie d'une option de compétence entre la juridiction civile et pénale[106]. Les tribunaux répressifs peuvent donc parfois connaître de matières civiles[107], alors

---

[104] Telles que la médiation, la composition pénale conformément aux articles 41-1 à 41-3 du Code de procédure pénale, ou encore depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 ayant trait à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cf. J. LEBLOIS-HAPPE, « Procédure pénale », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1074-1077. La procédure pénale ne se limite donc pas aux règles régissant le déroulement d'un procès devant une juridiction de jugement mais comprend la constitution progressive d'un dossier de procédure : constatation des infractions, recherche des preuves, instruction. Cf. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, Litec, 7ième édition, 2011, n° 2, p. 1-2, n° 6, p. 6-7 ; n° 1617, p. 995. Cf. aussi C. AMBROISE-CASTERO, Ph. BONFILS, *Procédure pénale*, PUF, 2011, n° 130 et s. En effet, l'on peut faire application du droit pénal en dehors d'un procès pénal. Cf. E. VERGES, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, Chr., p. 1442. Cf. aussi G. BLANC, « Le cas de la justice pénale », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 96 ; M.-E. CARTIER, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale », in *Revue générale des procédures*, n°1, Janvier/Mars 1998, p. 6. Mais l'accord de l'auteur des faits sur une mesure proposée par le procureur de la République telle que la composition pénale limite le choix procédural du parquet qui ne peut plus ensuite déclencher l'action publique qu'à certaines conditions. Cf. Y. JOSEPH-RATINEAU, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », note sous Cour de cassation, crim. 20 novembre 2007, arrêt relatif aux conséquences résultant de l'accord de l'auteur des faits de recourir à la composition pénale sur la liberté procédurale du parquet, in *D.* 2008, Notes, p. 1035 et s.

[105] Une thèse est en cours concernant la stratégie en matière administrative. Cf. *Site Internet du Fichier Central des thèses : http://www.abes.fr*/. Dans un ouvrage récent le terme « stratégie » apparaît à plusieurs reprises dans ce domaine et un chapitre entier s'intitulant « Stratégies de la défense » y est ainsi totalement consacré. Cf. R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 213.12, p. 187 ; n° 413 et s., p. 484-495.

[106] La « stratégie » ayant trait à la procédure pénale pourrait faire l'objet d'une étude à part entière au regard de la spécificité de cette matière. D'ailleurs, un mémoire portant sur ce thème a déjà été effectué par un Avocat. Cf. A. KRID, *La stratégie de défense pénale devant le Tribunal correctionnel*, Mémoire dans le cadre du Master II Professionnel « Expertise dans le procès pénal », Sous la direction de Geneviève CASILE-HUGUES, Institut de Sciences Pénales et de criminologie, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006. A la différence de la procédure civile, la procédure pénale n'est pas la « chose des parties », elle ne connaît pas le principe dispositif, bien que l'on constate que, peu à peu, le rôle des parties dans le procès pénal est devenu plus important. Cf. E. VERGES, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, Chr., p. 1444.

Par ailleurs, la matière pénale est empreinte de certains dilemmes ressortant du rapport entre les accusés et les magistrats, tels qu'*« intérêt et crédibilité, conflit et coopération, reproche et sympathie, moralité et contrainte »*. Cf. B. DUPRET, « Sociologie pragmatique », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1246. Pour des exemples concernant la « stratégie judiciaire » dans le domaine de la procédure pénale, l'on se reportera notamment au *Dictionnaire amoureux de la justice* de Jacques Vergès, Editions Plon, 2002, p. 547-619, à l'ouvrage de Jean DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Postface d'Antoine GARAPON, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2010, spéc. p. 197-199 ainsi qu'à celui de Francis VUILLEMIN, *La robe et l'épée*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 99, qui fait état de l'importance de la préparation du client à l'audience en énonçant que *« c'est d'abord l'accusé, ou la partie civile, qui convaincra ou non le magistrat avant que l'avocat ne vienne renforcer ou contrebalancer cette impression première selon qu'elle aura été bonne ou mauvaise »*. De même, d'autres ouvrages font expressément référence à « la stratégie » en la matière. Ainsi, sont évoqués les « Systèmes et stratégies de défense » dans *Mémoires de justice* de M. ZAOUI, N. HERRENSCHMIDT et A. GARAPON, aux Editions du Seuil, mars 2009, p. 79, ou le choix de la « stratégie défensive » dans *La défense pénale, Technique de l'argumentation et de l'art oratoire*, d' A. TRAVERSI, Traduction de Michèle FANTOLI, Bruylant, Bruxelles, 2ième édition, 1999, p. 30-34, ou bien encore le « Choix de stratégies judiciaires » dans *Avocat de la défense* de F. SAINT-PIERRE, aux Editions Odile Jacob, Septembre 2009, p. 143.

[107] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.*, n°3 p. 7.

que d'une manière générale, le lien entre le fond du droit et la procédure est étroit[108]. La procédure fait partie des droits sanctionnateurs, c'est-à-dire qu'elle permet la réalisation des droits substantiels[109]. En outre, ne feront pas partie de notre étude les procédures qui résultent des autorités administratives indépendantes[110]. Toutefois ces dernières ainsi que les procédures administrative et pénale peuvent avoir une incidence sur le procès civil[111]. Est exclu également le contentieux de constitutionnalité[112]. Par ailleurs, il est possible que le litige comporte un élément d'extranéité impliquant la mise en œuvre du droit international privé ou de certaines règles du droit de l'Union européenne selon les cas, ce qui nous amène à préciser l'étendue des règles à respecter servant de cadre à la liberté individuelle en matière procédurale.

10. L'ambivalence entre les règles impératives et la liberté procédurale – D'une manière générale, quelle que soit la matière juridique, il existe une ambivalence entre le respect des règles d'ordre public et la liberté individuelle[113]. Ainsi, en matière de procédure civile, conformément au principe dispositif selon lequel le procès est la chose des parties, il est possible de prévoir de

---

[108] *« Une procédure est d'abord le reflet d'une matière substantielle »*. L'on peut donc dire que *« la procédure civile est la fille du droit civil »*. Cf. H. CROZE, « Retour sur la qualification », *Procédures*, Juillet 2008, p. 1, n° 7. Toutefois, dans l'ancienne France, il n'y avait qu'une seule procédure. Ce n'est qu'à l'époque de Louis XIV que l'on a distingué la procédure civile et la procédure criminelle. Cf. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 22.

[109] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 9, p. 5. Ainsi, l'on fait une distinction entre les procédures civile, pénale et administrative en raison des différentes branches du droit matériel : la procédure civile s'applique au droit privé, la procédure pénale, au droit pénal et la procédure administrative, au droit public. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 2 p. 6 ; n° 3 p. 7 et n° 4 p. 12. Cf. aussi Ph. THERY, « L'art de la procédure civile », in *Hommage à Gérard CORNU, Droit et sagesse*, *op. cit.*, p. 55. Par exemple, celui qui commet une infraction ne peut se voir appliquer une peine qu'après avoir été jugé selon les règles de la procédure pénale. Cf. J. LEBLOIS-HAPPE, « Procédure pénale », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1075.

[110] Ainsi que des autorités de régulation qui sont une sous-catégorie de celles-ci. En effet, les autorités administratives indépendantes sont considérées comme des « organismes administratifs », « de nature non juridictionnelle » et il semblerait que certaines autorités de régulation n'aient pas la qualité de tiers désintéressés. Par ailleurs, concernant ces dernières, si l'on peut penser qu'elles sont suceptibles d'être en concurrence avec le juge étatique au regard de leur attribution de nouvelles fonctions de règlement des litiges, il conviendrait mieux cependant d'employer le terme de « complémentarité ». Cf. J. CHEVALLIER, « Autorités administratives indépendantes », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 94 ; 97 et L. IDOT, « Autorités de régulation de marché », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 99-100 ; 102. Cf. aussi D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, th., Sous la direction de J. Mestre, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, 2008, n° 5, p. 23-24.

[111] M. DOUCHY-OUDOT, *Procédure civile*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, Paris, 5ième édition, 2012, n° 15, p. 27.

[112] Celui-ci ayant *« une part irréductible d'originalité »*. Cf. Th. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, th., Préf. de F. DELPEREE, Collection de droit public comparé et européen, Bruylant Bruxelles, 2010, p. 53. De même, notre sujet n'englobe pas le contentieux relevant du droit canonique eu égard à sa spécificité comme le montre l'exemple des procédures matrimoniales en la matière. En effet, *« si ces procès concernent sûrement les intérêts et le bien spirituel des parties, dans l'optique du législateur ils se rapportent aussi au bien public et surtout à l'alliance irrévocable que constitue ce contrat élevé par le Christ à la dignité de ce sacrement »*. Cf. A. BAMBERG, *Procédures matrimoniales en droit canonique*, Editions Ellipses, 2011, p. 4.

[113] Tel est le cas, par exemple, en droit de la famille, bien qu'en cette matière la notion d'ordre public semble évoluer. En effet, parallèment à un ordre public imposé, on peut énoncer qu'il existe désormais un « ordre public négocié ». Cf. V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Sous la direction d'A. Leborgne, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 17, p. 24. On peut prendre aussi l'exemple, en droit des personnes, des règles d'attribution du nom qui encadrent la volonté individuelle ayant trait à ce dernier. Cf. G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, th., Préface de J. Ghestin, Bibliothèque de droit privé, Tome 274, Paris, L.G.D.J., 1997, spéc. n° 22 et s., p. 26-52.

manière conventionnelle une modification des règles de procédure à condition de ne pas déroger *« aux lois qui intéressent l'ordre public »*[114]. Mais si la liberté peut se définir comme *« le droit de faire tout ce que les lois permettent »*[115], en ce qui concerne la procédure, qui est *« garante de l'ordre public »*[116] et qui tend aussi à protéger les *« intérêts privés des plaideurs »*[117], il n'est pas aisé de faire la distinction entre les règles impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger et celles qui ne le sont pas[118]. En effet, selon le degré d'impérativité des règles de procédure, les parties sont plus ou moins libres d'exercer leur volonté individuelle[119]. Certes, les parties ne peuvent en aucun cas déroger aux règles d'ordre public[120] car une telle violation pourrait être soulevée d'office par le juge à n'importe quel stade de la procédure et pourrait être dénoncée aussi bien par le ministère public que par toutes les parties. Toutefois, il convient de faire des distinctions en ce qui concerne l'efficacité de l'ordre public procédural à l'égard du juge puisque celui-ci est, dans certains cas, tenu de soulever d'office le non-respect des règles d'ordre public[121], alors que dans d'autres, il en a simplement la faculté[122]. Dans ce dernier cas, les parties peuvent ainsi tenter de modifier certaines règles de procédure dès lors qu'aucune d'entre elles ne souhaite soulever par la suite le vice procédural[123]. Par ailleurs, la liberté procédurale peut se manifester par le biais d'accords concernant le mode de règlement du litige[124]. Le plus souvent, le désaccord entre les justiciables est prévisible, latent avant le litige : les parties peuvent ainsi avoir recours à certaines conventions telles que la transaction et la clause compromissoire pour ce qui concerne les contestations à naître. Il convient donc d'étudier les clauses préparatoires à une solution conventionnelle ou juridictionnelle du litige[125] qui emportent renonciation à agir, au

---

[114] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 37.

[115] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome 1, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, Livre XI, Chapitre III, p. 292. Selon la philosophie de Kant, « la loi est ce qui rend connaissable la liberté ». Cf. P. RICOEUR, « Liberté », in *Encyclopaedia Universalis*, Paris, S.A., 2002, p. 570.

[116] C. LECOMTE, « Le nouveau Code de procédure civile : rupture et continuité », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 8.

[117] P. JULIEN et N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 5, p. 11.

[118] Selon Madame Gambier, *« l'origine de cette incertitude est simple. L'ordre public est la traduction de ce qui est estimé important à un moment donné dans une société et que les particuliers ne peuvent transgresser. […] Cette notion est donc variable »*. Cf. T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 345, p. 255. Cf. aussi Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : introduction, biens, personnes, famille*, Editions Dalloz, 1969, 2011, 17ième édition, n° 78, p. 34.

[119] Il faut donc faire une distinction entre les différents degrés d'impérativité de ces règles. Cf. R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, *op. cit.*, n° 16, p. 16. Cf. aussi S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, HyperCours, Editions Dalloz, 2011, n° 8, p. 5.

[120] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 42, p. 35.

[121] Comme dans l'hypothèse de l'article 125 du CPC relatif aux fins de non-recevoir.

[122] Tel est le cas en ce qui concerne l'article 92 du même code ayant trait aux moyens d'incompétence d'attribution. Cf. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 17, p. 11. Il s'agit ainsi de faire la distinction entre l'article du CPC qui énonce que « le juge doit » et celui qui dispose que « le juge peut ». Cf. Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Editions Paradigme, 2010, n° 10, p. 6.

[123] En effet, d'une manière générale, l'ordre public procédural est un « ordre public de protection ». Cf. H. CROZE, C. MOREL, *Procédure civile*, PUF, 1988, n° 15, p. 25.

[124] L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2004, n° 1, p. 17.

[125] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n°90, p. 39.

moins temporairement[126], devant les juridictions étatiques[127]. Hormis le cas du recours aux modes alternatifs de règlement des conflits, l'utilisation de certains procédés de justice privée permet aussi d'éviter à l'une des parties de saisir le juge[128], du moins de manière provisoire, en se faisant justice à elle-même. S'il nous semble ici nous éloigner des règles de procédure proprement dites, ces procédés doivent être pris en compte dans le cadre de notre étude étant donné qu'ils sont susceptibles d'avoir un effet sur la solution du litige. L'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même» comporte des limites[129] ; le monopole de la justice d'Etat n'est pas absolu[130] et doit pouvoir dans certains cas être écarté au profit de l'autonomie de la volonté[131]. Toutefois, si ces procédés permettent d'obtenir satisfaction sans avoir recours à la justice publique, ils ne sont valables que parce qu'ils sont autorisés par la loi et qu'ils sont soumis au contrôle du juge[132]. Ainsi, nous ne pouvons envisager la stratégie procédurale uniquement d'un point de vue de la liberté individuelle des parties mais aussi au regard des pouvoirs du juge. En effet, la procédure est, de surcroît, *« l'instrument dont se sert la justice pour remplir sa mission »*[133]. La recherche d'une stratégie en matière procédurale s'inscrit donc dans un domaine large susceptible d'englober certaines règles de droit substantiel qui ont une incidence sur les pouvoirs du juge.

Mais au-delà des différentes possibilités concernant la façon de régler le litige, si la liberté procédurale implique la liberté d'action, découle aussi de cette dernière celle de ne pas agir, l'abdication[134], ou bien encore la possibilité d'adopter une attitude susceptible d'avoir des conséquences sur le résultat d'un éventuel procès. Par ailleurs, une fois le litige né, lorsque les parties décident d'agir en justice malgré le caractère facultatif de l'action, la liberté procédurale leur donne en outre la possibilité d'aménager l'exercice de l'action en justice et d'apporter des modifications au déroulement du procès. Nous pouvons faire la distinction entre les clauses qui permettent aux parties d'aménager les règles de procédure comprenant les modalités d'action en justice et celles qui ont une incidence sur l'exercice des pouvoirs du juge[135]. Mais si dans le cadre de la stratégie, l'on se préoccupe de la finalité poursuivie par les parties lorsqu'elles rédigent de telles clauses concernant par exemple l'organisation du procès, il ne faut pas occulter

---

[126] Ph. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome II, Editions Litec, 1998, n° 7, p. 120.

[127] M.-C. RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 24.

[128] N. STOLOWY, *Institutions judiciaires*, Vuibert, 2006, p. 1.

[129] J. BEGUIN, Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, T. XVIII, Dalloz, 1969, p. 41. Cf. aussi R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, note de bas de page n° 1, p. 1.

[130] J. BEGUIN, Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, *op. cit.*, p. 46.

[131] *Ibid.*, p. 48.

[132] R. NERSON, Rapport de synthèse sur « Nul ne peut se faire justice à soi-même », le principe et ses limites en droit privé, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, *op. cit.*, p. 139-140. Cf. aussi D. ALLAND, « Justice privée (Droit de se faire justice à soi-même) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 909.

[133] E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, *op. cit.*, p. 8.

[134] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n°8, p. 46.

[135] Par exemple par le biais de l'utilisation de l'article 12 alinéa 3 et 4 du CPC.

le côté objectif de ces clauses c'est-à-dire leur incidence sur le rôle du juge[136]. D'où l'intégration, dans la stratégie, du pouvoir d'interprétation du juge[137]. La volonté individuelle des parties permet ainsi d'indiquer au juge les règles dont il doit faire application pour trancher le litige, mais peut aussi se manifester à tout moment et notamment en cours d'instance[138] lorsque, par exemple, les parties décident de transiger, de formuler une requête conjointe[139] ou de faire constater leur accord par le juge[140]. De même, concernant l'exécution du jugement, les parties ont la possiblité, de manière conventionnelle, de faciliter cette dernière, ou bien, en fonction de l'intérêt poursuivi par chacune d'elles, soit de mettre en œuvre des moyens procéduraux permettant de la rendre effective rapidement, soit d'y faire obstacle[141]. D'une manière générale, les « accords sur la procédure » peuvent concerner aussi bien le juge que les parties et il est difficile de les qualifier juridiquement[142]. Au-delà du respect des règles d'ordre public, le champ d'action de la liberté procédurale doit se concevoir en conciliant à la fois le principe selon lequel le procès est la chose des parties en matière civile, en application des articles 1 et 2 du CPC et celui selon lequel le juge assure la direction de la procédure conformément à l'article 3 du même code[143], d'autant que ce dernier a vu ses pouvoirs s'accroître dans la conduite du procès civil[144]

---

[136] Alors que le côté subjectif de ces clauses est la finalité recherchée par les parties, le point de vue objectif concerne l'effet de ces clauses à l'égard des pouvoirs du juge. Cf. P.ANCEL, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 8.

[137] C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 12.

[138] J. NORMAND, « Conclusions », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 140-141.

[139] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n°8, p. 45.

[140] Dans ce cas, *« l'acte prend la forme d'un jugement mais il conserverait la nature de contrat judiciaire, ou de jugement de donné acte »*. Cf. N. FRICERO, « Autorité du jugement », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 421.22, p. 1072.

[141] En effet, *« suivant l'intérêt de la partie concernée, il peut être avantageux pour elle que la justice avance d'un pas lent de vieux sénateur ou au contraire à la vitesse du vent. L'intérêt de l'adversaire étant évidemment le contraire »*. Cf. J. VERGES, « De la stratégie judiciaire », in *Dictionnaire amoureux de la justice*, *op. cit.*, p. 553. Cette remarque effectuée en matière de procédure pénale est aussi valable dans le cadre de la procédure civile.

[142] La question est de savoir si l'on peut les rattacher à la fois aux catégories processuelles et aux catégories contractuelles. Dans sa thèse sur *Le contrat judiciaire en droit privé*, Madame Muller énonce qu'il s'agit d'un *« acte hybride résultant d'une combinaison particulière des volontés privées et de l'autorité judiciaire »*. Cf. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th., Sous la direction de G. VINEY, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, Sciences économiques-Sciences humaines-Sciences juridiques, 1995, n° 1, p. 4 ; n° 26, p. 20 ; spéc. n° 257 et s., p. 279 et s. De manière plus précise, ce même auteur le définit comme *« un acte processuel » de nature conventionnelle*. Cf. Y. MULLER, « Contrat judiciaire », in *Rép. Pr. Civ.*, Dalloz, 1996, n° 3, p. 2. Selon Monsieur le Professeur Loïc Cadiet, les actes processuels conventionnels se subdivisent en deux catégories de conventions. Il s'agit d'une part, des conventions d'administration processuelle dans lesquelles le juge a le pouvoir de consentir ou non à l'accord des parties et d'autre part, des conventions de disposition processuelle, c'est-à-dire celles dans lesquelles les contractants ont la libre disposition des droits litigieux leur permettant ainsi, mais de manière expresse, d'imposer leur volonté au juge. On peut aussi rattacher les accords sur la procédure aux catégories contractuelles puisqu'ils produisent un effet de droit sur l'ordonnancement juridique du procès. Cf. L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 47-55.

[143] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 70, p. 21.

[144] V. LAMANDA, « Jean Foyer, les magistrats et la Cour de cassation », in *Jean FOYER, In Memoriam*, Litec, LexisNexis SA, 2010, p. 158-159. Cf. aussi J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 15 et s., p. 9 et s. ; B. GARNOT, *Histoire de la justice, France, XVIe-XXIe siècle*, Editions Gallimard, 2009, p. 380-381.

au point même que certains auteurs énoncent que le procès civil est *« la chose commune des parties et du juge »*[145]. Il est donc important de connaître les différentes manières dont le juge peut utiliser ses pouvoirs, tels que par exemple, impartir des délais ou élaborer un calendrier de procédure[146]. La validité des conventions relatives aux règles de procédure entre les litigants[147] dépend des pouvoirs du juge mais aussi du respect de certaines limites qui, outre celles qui résultent du CPC ou des principes consacrés par le Conseil constitutionnel[148], peuvent ne pas être issues de notre droit national[149]. En effet, en application de l'article 55 de la Constitution, les conventions internationales sont supérieures à la loi. Ainsi, eu égard à la primauté du droit européen[150], si certaines règles ne s'appliquent qu'aux Etats, d'autres peuvent être directement invoquées par les particuliers, telles que les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. ESDH) et notamment

---

[145] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 523, p. 387-388.
Alors que dans les ouvrages anciens, il est écrit que le juge a « un rôle purement passif » ; qu'il « assiste à la procédure mais ne la dirige pas ». Cf. E. GLASSON avec le concours au point de vue pratique de P. COLMET-DAAGE, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, *op. cit.*, n° 9, p. 8. Toutefois, on constate aussi la volonté d'accorder plus de pouvoirs aux juges : *« Une conception trop individualiste du procès conduit nécessairement à une justice lente, compliquée et coûteuse ; l'autorité du juge peut seule empêcher les abus traditionnels de la procédure »*. Cf. E. GLASSON, R. MOREL, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Tome 2, Recueil Sirey, 3ième édition, 1926, n° 455, p. 382. Cf. aussi R. DEGOUY, « La réforme de la procédure civile », *J.C.P.*, 1949, I, 790.

[146] E. VERGES, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007, *op. cit.*, p. 1443. Cf. aussi E. du RUSQUEC, « A propos du contrat de procédure », *J.C.P.*, G., 1994, I, 3774, n° 14, p. 316.

[147] Il convient de ne pas confondre le terme « litigant » qui est employé ici pour exprimer le justiciable qui n'est pas encore une partie au procès de celui de « Partie litigante » qui est définie comme la « partie au procès arbitral ».
Cf. J-J. A. SOUYRIS, G. CHETRITE, *Guide pratique de l'arbitrage en droit interne*, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2012, p. 202. Le terme « litigant » peut être synonyme de *« parties au procès »* mais dans un second sens de *« Parties en litige »* ; *« de personnes opposées par un différend non encore porté devant un tribunal (mais susceptible de l'être) »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Litigant », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 555.

[148] Ce dernier se portant notamment garant des libertés fondamentales qui peuvent concerner la procédure civile au titre des « droits-garanties » tels que « les principes du respect des droits de la défense et du droit à un recours ». Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 32-33, p. 43-45 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 167 et s., p. 367 et s. ; G. ROUHETTE, « L'ordre juridique processuel, Réflexions sur le droit du procès », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Editions Dalloz, 1985, n° 8 et s., p. 700 et s. ; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Editions Dalloz, 14e édition, 2011, n° 1362 à 1375, p. 985-989 ; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA-SOLER, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Editions Dalloz, 6ième édition, 2012, n° 359-394, p. 376-401. On peut aussi évoquer les principes généraux du droit dont le respect est assuré par le Conseil d'Etat. *Ibid.*, n° 61, p. 52-53.

[149] Il convient dès lors de respecter les sources internationales mondiales comme, par exemple, le Pacte des Nations unies ayant trait aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 ainsi que les sources internationales régionales telles que la Conventions européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit communautaire. Cf. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 11-19, p. 6-8. Notons que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux a la même valeur que les Traités. Néanmoins si les règles nationales comportent plus de garanties que celles issues de celle-ci, elles s'appliquent de plein droit. Cf. D. MAUS, « La protection des droits fondamentaux en Europe : complémentarité ou concurrence ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique BREILLAT*, *Les voyages du droit*, Université de Poitiers, L.G.D.J., p. 468-469.

[150] Qui résulte des principes d'immédiateté et d'effectivité. Cf. J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, op. cit., n° 8, p. 22 ; n° 462, p. 360.

l'article 6§1 relatif au droit à un procès équitable[151]. Les juridictions françaises doivent faire respecter le droit européen dans les rapports entre les personnes privées[152] ainsi que la jurisprudence qui résulte tant de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) que de la Cour EDH[153]. Nous nous intéresserons aussi aux règles qui sont issues du droit de l'Union européenne et qui ont un effet direct[154] concernant la compétence juridictionnelle[155] ou bien la loi applicable[156]. En effet, lorsque le litige comporte un élément d'extranéité et dans certaines hypothèses, les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable au litige sous réserve de respecter les lois de police de l'ordre juridique normalement compétent[157]. Par ailleurs, d'une manière générale, est valable l'*élection* de for c'est-à-dire l'attribution de juridiction qui permet aux parties de choisir la juridiction compétente mais également dans certaines limites[158]. En dehors des cas particuliers, toujours dans le but de résoudre un conflit qui implique des relations privées internationales, il convient de se référer aux règles de droit international privé pour connaître la juridiction compétente ainsi que la loi applicable au litige bien que par le biais de l'exception d'ordre public, la loi ainsi désignée par les règles de conflit de lois peut être écartée lorsque l'application de celle-ci aboutirait à un résultat qui n'est pas acceptable dans l'ordre juridique qui la met en œuvre[159]. Puisque la stratégie procédurale se conçoit à la fois dans l'exercice de la liberté individuelle laissée aux justiciables et dans le respect de certaines règles impératives, si aucune liberté de choix n'est possible, la stratégie est inexistante. Tel fut le cas à

---

[151] Que ce soit envers les institutions européennes et étatiques ou envers d'autres personnes privées. *Ibid..*, n° 17, p. 29 ; n° 292, p. 232 ; n° 434, p. 345 ; n° 463, p. 360-361.

[152] En effet, en cas de non-respect par les juges de ces droits fondamentaux, les particuliers ont la possibilité d'exercer une action individuelle devant la Cour EDH. *Ibid.*, n° 301, p. 238 ; n° 308, p. 242.

[153] Communications de la Cour de cassation, « L'Observatoire du droit européen de la Cour de cassation », *Bull. d'information*, 15 mai 2005, n° 619, p. 3. Cf. aussi J. BELL, « De la culture », in *Comparer les droits, résolument*, sous la direction de P. LEGRAND, Collection « Les voies du droit », PUF, 1ère édition, Juin 2009, p. 269.

[154] J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, *op. cit.*, n° 463, p. 361 et n° 468, p. 363-364.

[155] Tel est le cas du Règlement Bruxelles I (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 qui a modifié la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale. Cf. *JOCE* L. 12, 16 janvier 2001, p. 1-23 ; *ibid.*, n° 355, p. 282 ; n° 444, note de bas de page n° 1, p. 349. On peut également faire référence au Règlement Bruxelles II *bis* (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 ayant trait à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ou bien encore au règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 portant sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Cf. respectivement *JOUE* L 338, 23 décembre 2003, p. 1-29 et *JOUE* L 7, 10 janvier 2009, p. 1-79.

[156] Dont on peut citer notamment l'instrument communautaire récent du Règlement (CE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 dit « Rome III » mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Cf. *JOUE* L 343/10, 29 décembre 2010. Par ailleurs, dans le domaine du droit des obligations, on peut citer le régime de loi applicable qui est prévu dans le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit « Rome I » ainsi que dans le Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit « Rome II ». Cf. respectivement *JOUE* L 177, 4 juillet 2008, p. 6-16 et *JOUE* L 199, 31 juillet 2007, p. 40-49.

[157] B. ANCEL, « Droit international privé », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 495.

[158] Qui sont d'une part, que la décision rendue par un Etat étranger soit conforme *« aux exigences d'une bonne justice de droit privé »* et d'autre part que la force exécutoire de celle-ci résulte de la procédure d'*exequatur*. *Ibid.*, p. 497. Néanmoins, parfois, cette dernière est supprimée. Cf. F. PAULINO PEREIRA, « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 18.

[159] B. ANCEL, « Droit international privé », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 492 ; p. 494.

certaines périodes de l'histoire. Dans le domaine militaire, la pensée stratégique occidentale se différencie de la pensée stratégique chinoise[160]. Il en est de même en matière juridique, la stratégie ne se concevant qu'à un moment donné, dans un système juridique donné.

11. L'existence de la stratégie à un moment donné – Le droit est lié à l'histoire[161], et la stratégie procédurale évolue en même temps que celui-là. La stratégie procédurale n'est pas immuable et étant l'enjeu d'une certaine liberté laissée aux justiciables dans le cadre de la procédure, elle n'a pas toujours existé. L'on peut en effet évoquer les procès dans lesquels tout était décidé d'avance tels que le procès de Jésus[162], ou bien encore les procès russes[163] et tous ceux qui se sont déroulés pendant les périodes de dictature[164] . De plus, elle ne peut se concevoir dans les sociétés primitives dans lesquelles la justice résulte uniquement de l'individu lui-même. Lors du développement des sociétés humaines, celui qui était victime d'un délit ou de

---

[160] Puisque l'on énonce que *« c'est l'action volontariste pour parvenir le plus rapidement possible à un résultat qui est le principe majeur de l'une, alors que c'est la « non-action » qui constitue l'un des principes stratégiques majeurs de l'autre »*. Cf. V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, *op. cit.*, p. 36.

[161] Comme l'énonce Jhéring, *« c'est un problème insoluble (…) de rechercher ce qui constitue le contenu du droit, car il est éternellement changeant, tel il est ici, autre il sera là. C'est un chaos en perpétuelle fusion, s'agitant sans frein ni règle »*. Cf. R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, *op. cit.*, n° 180, p. 288. Cf. aussi F. TERRE, « Proximité, Espace, Espace-Temps », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 587 ; F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif, Première partie – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, T. I, Recueil Sirey, 1914, n° 17, p. 54 et du même auteur, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Préface de Raymond Saleilles, Tome II, Seconde édition, LGDJ, Paris, 1954, n° 185, p. 225 ; R. CABRILLAC, « D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, *op. cit.*, n° 2, p. 54 et D. d'AMBRA, « Du déclin des codes », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, *op. cit.*, p. 161 ; 163-164.

[162] A propos duquel il y a des divergences de vues entre les historiens. Pour certains, les débats du Sanhédrin sont une parodie judiciaire, alors que pour d'autres, il s'agit d'un véritable procès. Lors de la comparution de Jésus devant le Sanhédrin, les témoignages se contredisent et il n'est donc pas possible de fonder une sentence sur ces derniers. Les historiens pour lesquels la séance du Sanhédrin est une parodie judiciaire énoncent qu'elle a une finalité politique et non judiciaire car il s'agit de « perdre Jésus aux yeux de l'opinion publique ». Concernant la comparution de Jésus devant Pilate, il n'est fait état d'aucun motif permettant d'entraîner une condamnation. Pilate s'exprime ainsi : « rien de digne de mort n'a été fait par lui ». Il souhaite donc le relâcher après l'avoir châtié et associer la foule à cette libération. Toutefois, les Grands Prêtres et les anciens « persuadent la foule qu'elle demande Barabbas et qu'elle perde Jésus » afin de pouvoir conserver leur influence politique. La foule ainsi manœuvrée demande la libération de Barabbas. Pilate « cède à la pression de la foule » et revient ainsi sur son premier jugement. Par ailleurs, les Grands Prêtres n'admettent pas que l'on puisse « s'opposer à César ». Cf. J. IMBERT, *Le procès de Jésus*, Que sais-je ?, PUF, 3ième édition, 1999, p. 38 ; 41-44 ; 72-74 ; 77-78 ; 89-90 ; 117 ; 123. Cf. aussi P. GIBERT, « Le procès dans la Bible », in *Le procès : la justice mise à l'épreuve*, *Esprit*, 2007, p. 145 ; E. JEULAND, *Droit processuel*, Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, 2ième édition, n° 38, p. 46-49. On pourrait également citer le procès de Jeanne d'Arc. Cf. J.-N. DUMONT, « Jeanne d'Arc au tribunal », in *Le procès : la justice mise à l'épreuve*, *Esprit*, 2007, spéc. p. 170.

[163] Dont l'issue, pendant longtemps, ne dépendait pas des juges puisque ces derniers devaient se soumettre à l'autorité du Parti unique. En effet, il résulte de la pratique du « droit téléphonique » que : *« lorsqu'un juge devait prendre une décision ou rendre un jugement, le fonctionnaire du Parti l'appelait pour lui indiquer comment statuer et la peine à appliquer »*. Cf. N. MARIE-SCHWARTZENBERG, « Russie », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1183 ; 1186. Cf. aussi A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, *op. cit.*, p. 233 ; p. 235-236 et du même auteur, « Le droit mis à l'épreuve », in *Le procès : la justice mise à l'épreuve*, *Esprit*, *op. cit.*, p. 211.

[164] Car cette dernière opère un « véritable détournement du droit » comme l'a montré le nazisme. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 61, p. 46. Notons qu'il en est de même en France sous le régime de Vichy en matière pénale. Cf. J. FOYER, *Histoire de la justice*, Que sais-je ?, PUF, 1996, spéc. p. 94-97.

l'inexécution d'une obligation devait se faire justice à lui-même. Avant que la justice soit rendue par l'Etat, seule existe la justice privée[165] ou comme le dit Bacon, *la justice sauvage*[166]. Par ailleurs, si Eschyle, dans *Les Euménides*, a illustré le passage de la justice divine à la justice de la cité[167] en faisant état de l'instauration d'un tribunal humain : le conseil de l'Aréopage[168], pendant longtemps les individus ont associé le droit à Dieu[169] et faisaient ainsi dépendre le résultat de

---

[165] Mais l'on peut aussi se référer à la vengeance privée qui est dépourvue de tout encadrement formel à la différence de la justice privée. Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 15-16, p. 70. C'est ainsi que sous l'Antiquité, « triomphe l'image de Némésis », la déesse de la vengeance qui doit poursuivre les criminels. Cf. A. CABANIS, M. L. MARTIN, « La sanction et le temps : l'ombre de Némésis », in *A propos de la sanction*, Etudes réunies et présentées par C. MASCALA, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n° 6, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 63. D'ailleurs, la vengeance privée familiale est le mode principal de règlement des conflits dans les sociétés archaïques. Cf. N. ROULAND, « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », in *Essai de lecture anthropologique des systèmes juridiques : les Inuit et l'Antiquité romaine*, th., Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1984, p. 229. Cf. aussi E. FORSYTH, *La tragédie française de Jodelle à Corneille (1553-1640). Le thème de la vengeance*, Editeur Honoré Champion, Paris, 1962, édition revue et augmentée, 1994, p. 2. En effet, *« c'est le système judiciaire qui écarte la menace de la vengeance : il la limite effectivement à une représaille unique dont l'exercice est confié à une autorité souveraine et spécialisée dans son domaine. Les décisions de l'autorité judiciaire s'affirment toujours comme le dernier mot de la vengeance »*. Cf. R. GIRARD, *La violence et le sacré*, Editions Grasset et Fasquelle, 1972, rééditions Hachette Littérature, 1998, p. 29. Toutefois la vengeance et la peine instituée par l'autorité publique peuvent coexister dans certaines sociétés traditionnelles, telles que par exemple les sociétés Inuit. On peut faire le même constat dans les sociétés modernes, mais « chaque type de société tend à instituer la prévalence d'un mode de relations sur l'autre ». Cf. N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Que sais-je ?, PUF, 1ère édition, 1990, p. 28 et du même auteur, *Anthropologie juridique*, Collection Droit fondamental, PUF, 1988, n° 192, p. 319, 321 ; n° 197, p. 331. La loi du Talion illustre bien la justice privée. Cf. M.-L. RASSAT, *La justice en France*, Que sais-je ?, PUF, 8ième édition, 2007, p. 4. Cette dernière est le plus souvent la « justice du plus fort ». Cf. J. BEGUIN, Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, *op. cit.*, p. 45.

[166] A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, th., *op. cit.*, p. 13.

[167] G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 31. Et a montré que *« les dieux ont besoin de l'homme pour changer, pour faire advenir une justice plus magnanime et une loi meilleure »*. Cf. E. PUTMAN, « Mythe, justice et tragédie dans les *Euménides* d'Eschyle, in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, op. cit.*, n° 12, p. 48.

[168] Cf. Société d'édition Les Belles Lettres, Texte établi et traduit par Paul MAZON, 1997, Tome II, Notice générale, p.16 ; 128. Cf. aussi F. OST, « L'invention du tiers, Eschyle et Kafka », *Le procès : la justice mise à l'épreuve*, *Esprit*, *op. cit.*, p. 151 ; p. 154 ; E. FORSYTH, *La tragédie française de Jodelle à Corneille (1553-1640). Le thème de la vengeance*, *op. cit.*, p. 92 ; J. CANTEGREIL, « Remarques sur la vengeance et le droit. Homère, Eschyle, Kadaré », in *La vengeance*, Sous la dir. de C. PUIGELIER et F. TERRE, Editions Panthéon-Assas, 2011, p. 33 ; p. 49.

[169] En effet, en Mésopotamie, le code de Hammurabi est présenté comme un « droit révélé ». Cf. C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, Editions Dalloz, 4ième édition, 2011, n° 8, p. 10. De même, *« en Egypte le dieu Thot, adoré à Hermopolis était regardé comme le révélateur de la loi contenue dans le livre des Prophètes. Dans l'Inde, lorsque les Brahmanes écrivaient les codes, c'était le dieu Brahma qui les leur dictait. Moïse écrivit ses lois sur l'ordre d'Israël, et de même sur le territoire de l'ancienne Grèce, lorsqu'on voulait savoir la justice et la vérité, on allait religieusement consulter l'oracle de Delphes. Les dieux apparaissaient alors comme les défenseurs du droit et de l'équité. Aussi les particuliers prirent l'habitude lorsqu'une contestation s'élevait entre eux de prendre la divinité à témoin »*. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 54. Cf. aussi A. CASTALDO, *Introduction historique au droit*, Editions Dalloz, 3e édition, 2006, n°10, p. 2.

leur différend du jugement de Dieu[170]. Toutefois, en droit romain, la justice publique apparaît au moment de la République[171], puis s'impose avec l'avènement d'une justice centralisée lors de l'Empire[172]. Le même phénomène se produit sous l'Ancien Régime au moment de l'unification du royaume, alors que le régime féodal s'est caractérisé par le recours aux guerres privées[173]. Ainsi, au cours du Moyen-Age, si les capitulaires des rois Mérovingiens et Carolingiens ont réduit les cas dans lesquels l'on faisait application de la justice privée, lorsque la souveraineté s'affaiblit au Xe et XIe siècle, l'on assiste à un retour à la justice privée avec le déploiement du duel judiciaire[174]. Ce dernier est notamment utilisé comme mode de preuve principal par les juridictions seigneuriales[175]; celui qui ressortait vainqueur du combat était considéré comme

---

[170] En Egypte, le jugement a lieu lors du décès des égyptiens par le biais de la pesée de l'âme. Si le cœur du mort est plus lourd que la plume de Maat, « symbole de l'ordre, du respect des règles, de la vérité et de la justice », la balance penche de son côté et le condamne. Cf. Ch.-N. ROBERT, « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices, R.G.D.P.*, n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 54. Cf. aussi J. CHEVALLIER, A. GHEERBRANT, *Dictionnaire des symboles, Mythes, Rêves, Coutumes, Gestes, Formes, Figures, Couleurs, Nombres*, Edition revue et augmentée, Editions Robert Laffont S.A. et Editions Jupiter, Paris, 1982, Dixième édition 1989, p. 100.
En Grèce, on s'en réfère à l'oracle pour connaître l'issue du litige. C'est ainsi que Shakespeare fait référence, dans le *Conte d'hiver,* à l'oracle de Delphes qui est consulté par Hermione qui souhaite ne plus être accusée de haute trahison. Cf. Acte III, sc. II, vol. 2, p. 1423, trad. Suzanne Bing et Jacques Copeau, cité par G. LEGIER, « Shakespeare, les juristes et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 103. De même, à Rome, l'on interrogeait les dieux avant le début des combats afin de connaître à l'avance le résultat du litige. En effet, il était demandé à un guerrier de l'armée de se battre contre un prisonnier ennemi et l'issue de cette bataille était considérée comme celle qui était susceptible de se réaliser lors du vrai combat. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., Paris, Librairie de la société du recueil Sirey et du Journal du palais, 1908, note de bas de page n° 2, p. 61. Cf. aussi B. DURAND, C. CHENE, A. LECA, *Introduction historique au droit*, Montchrestien, EJA, 2004, p. 41.

[171] C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 20, p. 19-20.

[172] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 17, p. 71 ; n° 19, p. 72.

[173] L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 29-31. Cf. aussi E. BOURNAZEL, « Guerre privée », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 775. Notons que ce n'est qu'en 1303 que Philippe le Bel interdit la guerre privée. Cf. C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 272, p. 173.

[174] L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 14.

[175] *Ibid.*, p. 33. Selon les juristes de la fin du XVe et de la première moitié du XVIe siècle, il permet aussi de préserver son honneur mais doit dans ce cas faire l'objet d'une autorisation. Dans *Le Cid*, Corneille illustre ce type de duel qui n'a pas un but probatoire. Cf. J.-L. MESTRE, « Corneille et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, Tome VI, Aix-en-Provence 2001, Collection Iségoria, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 130. Cf. aussi E. FORSYTH, *La tragédie française de Jodelle à Corneille (1553-1640). Le thème de la vengeance*, *op. cit.*, p. 20.

titulaire du droit requis[176]. L'on avait aussi recours à la pratique des ordalies[177], épreuves selon lesquelles la justice divine se révélait aux hommes[178]. Mais dès le XIIe siècle, l'importance prise

---

[176] J. PRADEL, « Duel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 558. Or, le plus souvent, c'est celui qui n'avait pas raison juridiquement. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 41 ; 52. Les duels judiciaires pouvaient prendre des formes diverses dans les sociétés primitives. En effet, les duels ne s'expriment pas obligatoirement par des combats physiques. Par exemple, d'après Monsieur le Professeur Norbert Rouland, chez les Inuit, le règlement du litige s'effectue conformément à un rite selon lequel le combat se manifeste sous forme d'échange de chants, chacune des parties devant à tour de rôle chanter et la partie perdante étant celle qui ne trouve plus l'inspiration d'un chant. Toutefois, dans certains cas, la violence physique n'est pas épargnée puisque parfois des couteaux sont utilisés pour mettre fin au duel. Par ailleurs, Huizinga énonce que dans les sociétés nordiques, les compétitions d'outrages sont un mode de règlement des conflits. En effet, le gagnant est celui qui invente l'outrage le plus grossier. Chez certains peuples arabes, il y a une pratique qui se nomme la *munâfara* et qui consiste en un échange oral en vers faisant référence parfois à des invectives. De même, chez les Chinois, il est fait état de combats de vantardise. Cf. N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Editions Odile Jacob, 1991, p. 89-90, citant son article précité sur « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », *Etudes Inuit*, Québec, n° 3, 1978, p. 87-88 ; 146 ; 118 et s., 143 et s., cité aussi par G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 26. Par ailleurs, parfois les règlements des litiges privés résultaient du hasard. C'est ce qui résulte d'une coutume d'une tribu gauloise selon laquelle chacune des parties laissait dans un champ des morceaux de viande fraîche, et celle dont le morceau avait été dévoré en premier par les corbeaux obtenait gain de cause. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 60.

[177] Toutefois, ce mode de preuve existe depuis beaucoup plus longtemps puisque l'on relève, entre le XXVIIIe et le VIe siècle avant J.-C., l'ordalie du fleuve qui consistait à contraindre le suspect à aller dans une rivière : si cette dernière l'entraînait, sa culpabilité était établie. Cf. J.-Ph. LEVY, « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », *Droits* - 23, 1996, p. 4. Dans le droit germanique, l'on peut citer d'autres épreuves telles que celle du fer rouge, de l'eau bouillante ou encore celle de l'eau froide. Concernant les deux premières épreuves, il s'agissait pour le défendeur de prendre un fer en fusion ou de plonger sa main dans de l'eau bouillante et ensuite d'analyser ses plaies quelques jours après. Si ces dernières étaient en train de guérir, le défendeur avait gagné son procès alors que dans le cas inverse, il l'avait perdu. S'agissant de l'épreuve de l'eau froide, le défendeur, dont les mains et les pieds étaient liés, devait couler au fond de la cuve remplie d'eau froide pour gagner dans ses prétentions, car s'il ne coulait pas, il était considéré comme impur car rejeté par l'eau et ne pouvait donc pas triompher. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 62. Cf. aussi R. VON JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, Mélanges*, T. IV, Traduit par O. de Meulenaere, Marescq, Paris, 1902, p. 275 ; N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, n° 188, p. 313 ; A. CASTALDO, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 287, p. 94-95 ; M. P. DI BELLA, *Essai sur les supplices. L'état de victime*, Hermann éditeurs, Paris, 2011, p. 188. On trouve une illustration de l'épreuve du feu dans une œuvre de Shakespeare dans laquelle la Reine des Fées fait subir cette pratique à Falstaff pour savoir s'il est chaste. Cf. *Les Joyeuses Epouses de Windsor*, Acte V, sc. V, vol. 2, p. 70, trad. François-Victor Hugo, cité par G. LEGIER, « Shakespeare, les juristes et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 104.

[178] On peut, en effet, définir les ordalies comme *« des épreuves corporelles mettant en jeu l'action de forces (sur)naturelles en vue de départager, en l'absence de preuves visibles, des adversaires en situation d'accusateur et d'accusé et de tester leur bonne foi »*. Cf. R. VERDIER, « Justices de la Nature et rituels ordaliques. Le verdict du feu chez les montagnards Kabyès du Togo », in *Résolution des conflits. Jalons pour une anthropologie historique du droit, C.I.A.J.* n° 7, Textes réunis par J. Hoareau-Dodinau et P. Textier, Presses universitaires de Limoges, Mars 2003, p. 229. Ainsi, on utilise ce mode de preuve qu'à défaut de preuves « rationnelles » et tant en matière pénale que civile. Cf. A. LAINGUI, « Duels et ordalies », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 380-381 et M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Justice divine », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 752. De plus, les juges ont recours aux différents types d'épreuve en fonction de leur intime conviction. Par exemple, s'ils pensent que l'accusé n'est pas coupable, ils préfèreront choisir l'épreuve simple de l'eau froide plutôt que celle du fer rouge. Cf. C. LOVISI, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 9, p. 10-11 ; n° 149, p. 99 ; n° 178, p. 113-114. Cf. aussi B. DURAND, C. CHENE, A. LECA, *Introduction historique au droit, op. cit.*, p. 260. Des iconographies représentant ces épreuves irrationnelles se trouvent dans un ouvrage intitulé « Images de la justice ». Cf. R. JACOB, *Images de la justice*, Préface de P.TRUCHE et M. EZRATTY, Editions Le Léopard d'Or, Paris, 1994, p.135, figure 56.

par le droit canonique[179] permit de les faire disparaître progressivement[180]. En revanche, l'épreuve du duel est longtemps restée le symbole du rituel de la procédure[181] et son interdiction résulte des autorités temporelles[182]. L'apparition de la justice publique ne s'est donc constituée que progressivement[183] dès le XIIIe siècle, notamment en réaction contre les guerres privées qui étaient à l'origine de nombreux troubles. Ainsi, certaines pratiques, coutumes et ordonnances ont

---

[179] Dont la procédure s'inspire très fortement du droit romain et que l'on peut qualifier de « procédure romano-canonique ». Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 23, p. 77 ; A. CASTALDO, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 133, p. 41 ; n° 309, p. 102 ; n° 465, p. 162 ; C. LOVISI, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 259, p. 165-166 ; H. LEUWERS, *La justice dans la France moderne*, Editions Ellipses, 2010, p. 128. Notons en effet, l'apport du droit romain qui est redécouvert à la fin du XIe siècle et notamment le rôle joué par les glossateurs en la matière. Cf. M. VILLEY, *Le droit romain. Son actualité*, Que sais-je ?, PUF, 10e édition, 2002, p. 46-47 ; C. LOVISI, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 192-193, p. 12-127 ; n° 206, p. 133-134 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Edition revue et mise à jour par Félix Senn, Réédition présentée par Jean-Philippe Lévy, Editions Dalloz, 2003, 8e édition, p. 94-95.

[180] L'Eglise les prohibe depuis le quatrième Concile de Latran de 1215. En effet, « Prétendre dicter à Dieu les conditions d'exercice de sa justice, prétendaient les clercs, c'était le tenter, le provoquer par orgueil au miracle comme le Diable en avait usé avec le Christ au désert ». *Ibid.*, p. 72. Cf. aussi R. JACOB, « *Judicium* et le jugement, L'acte de juger dans l'histoire du lexique », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Etudes rassemblées par Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAME, Publications de l'Université de Rouen n° 298, Bruylant, L.G.D.J., 2001, p. 37 ; 57-58 ; B. GARNOT, *Histoire de la justice, France, XVIe-XXIe siècle, op. cit.*, p. 12 ; E. FORSYTH, *La tragédie française de Jodelle à Corneille (1553-1640). Le thème de la vengeance, op. cit.*, p. 29. Ainsi, le quatrième Concile de Latran a encouragé l'emprise du droit romain sur le droit canonique. En Allemagne, l'on peut faire référence à l'ordonnance criminelle de Charles Quint de 1532 qui a réduit les pratiques judiciaires arbitraires. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative, op. cit.*, n° 38, p. 27 ; n° 52, p. 38-39.

[181] Dont il est fait état dans l'œuvre de Shakespeare et notamment dans *Richard II* qui commence avec la description du rituel du combat : « après des fanfares, chaque combattant décline son identité, prête serment de dire la vérité et accuse l'autre de traîtrise envers Dieu et le roi ». Cf. Acte I, sc. III, p. 546, cité par G. LEGIER, « Shakespeare, les juristes et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 106.

[182] En effet, *« ceux qui s'y prêtent peuvent n'avoir eu que l'intention de déférer l'issue du litige à la fortune des armes, sans pour autant professer que l'issue du combat soit la manifestation de la justice divine »*. Cf. R. JACOB, *Images de la justice*, Préface de P.TRUCHE et M. EZRATTY, *op. cit.*, p. 134-136. Ainsi, l'usage du duel a été interdit par Saint Louis en 1254 en matière civile et en 1258 en matière criminelle. Cf. C. LOVISI, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 260, p. 166 ; n° 272, p. 173. Pour y recourir, il a fallu ensuite demander l'autorisation du roi. A partir de 1547, il est considéré comme un crime de lèse-majesté alors que par la suite, la loi pénale de 1791 et le Code pénal de 1810 n'énoncent aucune précision à son sujet. La Cour de cassation, quant à elle, a effectué un revirement de jurisprudence en considérant dans un arrêt du 15 décembre 1837 que les articles ayant trait à l'homicide volontaire devaient s'appliquer au duel. Néanmoins, pendant longtemps, le duel a subsisté dans les mœurs. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 274-275.

[183] M. ANCEL, Rapport général sur le principe « Nul ne peut se faire justice à soi-même », le principe et ses limites en droit pénal et en droit du travail, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française, op. cit.*, p. 148 ; C. LOVISI, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 257, p. 164.

contribué à écarter le recours à la justice privée[184]. Dès lors que la souveraineté royale a repris son empire, la justice est devenue « un attribut de la souveraineté de l'Etat » [185] entraînant l'interdiction pour tout individu de se faire justice à lui-même. Toutefois, la justice privée ne doit pas être uniquement assimilée à la violence, il en exite en effet aujourd'hui une autre forme qui subsiste et que l'on peut nommer la « justice privée subsidiaire » ou bien encore la « justice privée moderne », cette dernière ayant vocation à pallier les insuffisances de la justice étatique[186]. L'image d'un procès respectant les droits fondamentaux des justiciables apparaît tardivement car à la fin du Moyen-Age se manifestent les procès de sorcellerie bafouant les droits de la défense. Ce n'est qu'en 1624 que le Parlement de Paris met en place un appel contre les sentences ayant trait à la sorcellerie[187]. Après la Révolution, naît un nouvel ordre juridique inspiré de l'esprit des Lumières qui fait de l'Etat le seul dépositaire des règles de droit[188]. Avec la célèbre loi des 16-24 août 1790[189], l'on peut désormais parler de pouvoir judiciaire qui est toutefois placé à l'époque sous l'autorité de la loi. Mais depuis l'instauration des juridictions royales, des réformes se succèdent dans le but d'une gestion efficace des procès qui se

---

[184] Tout d'abord, la pratique de l'*asseurement* permettait l'échange de promesses entre deux personnes consistant à ne pas faire usage de la violence, ensuite des coutumes énoncèrent que dès lors que l'une des parties avait choisi de soumettre le litige à un tribunal, il n'était plus possible d'employer le procédé de la guerre privée, enfin Saint Louis interdit cette dernière en 1257 dans le domaine de la couronne et Charles V en 1367, dans une ordonnance confirma la coutume selon la laquelle dès lors que la voie du tribunal était choisie, il n'était plus possible de recourir à la force. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 45. Ainsi, *« La coupure avec la violence s'exprime par l'institution du procès comme cadre d'une répétition symbolique, dans la dimension de la parole, de la scène effective de la violence »*. Cf. P. RICOEUR, *Le juste, la justice et son échec*, Carnets de l'Herne, Editions de l'Herne, 2005, p. 29 ; 44. On peut désormais énoncer que le procès est doté d'une « dimension sociale ». Cf. E. VERGES, *Procédure civile*, PUG, 2007, n° 4, p. 10. Par ailleurs, ce dernier impliquant une certaine « mise en scène » peut être comparé au théâtre. Mais le « rituel » de l'institution judiciaire concerne plus particulièrement le procès pénal. Cf. F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, th., L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009, n° 21, p. 16 ; n° 25, p. 20. Cf. aussi A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, *op. cit.*, p. 91 ; p. 142 ; p. 194-195 ; p. 249-250.

[185] Eu égard notamment à la grande ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 et à l'ordonnance de 1667. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 85 ; 260-261. La centralisation de la justice qui est effectuée par le royaume de France a permis la création d'« une véritable organisation judiciaire ». Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 24, p. 78. « La justice redevient un service public ». Cf. A. CASTALDO, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 311, p. 104.

[186] « En effet, cette justice privée s'exerce sous le contrôle des tribunaux ; elle n'est accordée qu'à ceux qui ont le droit pour eux, tout excès, toute erreur sont réprimés. Ce n'est donc pas du tout le triomphe de la force ». Cf. A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, th., *op. cit.*, p. 12-13 ; 23 ; 342. Par ailleurs, « la justice privée » désigne aussi désormais l'arbitrage et n'est donc pas interdite sous cette forme. Cf. R. NERSON, « Rapport introductif », *« Nul ne peut se faire justice à soi-même », Le principe et ses limites en droit privé, Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, *op. cit.*, p. 9. Cf. aussi J. BEGUIN, Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, *op. cit.*, p. 46.

[187] En Angleterre aussi, les procès de sorcellerie sont nombreux durant cette période et Shakespeare s'en inspire lorsqu'il écrit *Macbeth*. Cf. C. PUIGELIER, « William Shakespeare et le droit élisabéthain », in *Jean FOYER, In Memoriam*, *op. cit.*, p. 362-366.

[188] C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 423, p. 266-267.

[189] Dont découle un droit nouveau favorisant le recours à l'arbitrage et à la conciliation pour le règlement des litiges. Cf. J.-P. ROYER, « Histoire de la justice (France), in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 586-587 et du même auteur « Révolution française », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 1158.

multiplient. Commence dès lors la lutte contre la lenteur de la justice[190] et l'utilisation de la procédure dans un but dilatoire[191]. Nous pouvons illustrer l'importance du lieu et du moment dans lesquels évolue la stratégie en matière procédurale à travers notamment deux exemples : celui du droit romain et celui des pays de *common law* avant la réforme des *Judicature Acts* de 1873-1875.

12. L'exemple de la stratégie procédurale en droit romain – Si à l'époque du droit romain, l'on n'associait pas encore le terme « stratégie » à la procédure, au regard des différentes options possibles dans le cadre de la procédure, l'on peut toutefois faire état d'une stratégie en la matière. Hormis, le cas du choix entre le recours aux actions de la loi et le recours au préteur[192], à Rome, par exemple, selon la loi des XII Tables[193], la vengeance privée peut être écartée par la composition pécuniaire. Or, dans le système des compositions volontaires, le créancier bénéficie d'un choix entre le recours à la justice privée et la composition qui est considérée comme sa rançon. Si le poursuivant opte pour la composition pécuniaire, le défendeur peut soit désintéresser le demandeur, soit se soumettre à l'exercice de la justice privée. Il était donc plus judicieux pour ce dernier de remettre la chose ou de payer la dette à son adversaire. Par la suite, lorsque la composition pécunaire devient obligatoire notamment dans le système de la procédure formulaire[194], si le demandeur ne bénéficie plus d'une option, rien ne change pour le défendeur qui doit répondre à la sommation, appelée l'*arbitratus*, effectuée par le juge qui s'est substitué au demandeur. Dans cette procédure, comme auparavant, il est plus opportun pour le défendeur d'accomplir les obligations énoncées dans l'*arbitratus* plutôt que devoir subir la condamnation pécuniaire, cette dernière étant susceptible de lui causer un dommage supérieur à celui de restituer la chose ou de s'acquitter de la dette[195]. De même, nous pouvons illustrer l'existence d'une liberté en matière procédurale en droit anglais notamment en ce qui concerne le choix de la juridiction compétente, ce dernier ayant des conséquences sur les règles applicables au litige avant la réforme des *Judicature Acts* de 1873-1875.

---

[190] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 34, p. 85-86.

[191] Cf. *infra* note de bas de page n° 300.

[192] Où lors de la période classique, notamment vers 120 avant notre ère, on peut mettre en oeuvre ces deux types de procédure, bien que d'une manière générale, on constate une préférence pour la seconde au regard de ses nombreux avantages, tels que la possibilité pour le préteur de désigner, dans son édit, de nouveaux cas susceptibles de faire l'objet d'une action. Cf. J. GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Armand Colin, Paris, 1974, p. 179 ; J.-F. BREGI, *Introduction historique au droit*, 2ième édition, Editions Ellipses, 2009, n° 431, p. 124 et J.-F. GERKENS, *Droit privé comparé*, Editions Larcier, 2007, p. 48 ; M. VILLEY, *Le droit romain. Son actualité*, *op. cit*., p. 11-13 ; 28 ; 33 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit*, Que sais-je ?, PUF, 2008, 2ième édition, 2010, p. 16-19 ; C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 75, p. 50 ; A. CASTALDO, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 104, p. 27-28 ; n° 109, p. 30. Notons toutefois, que ce choix s'effectue sous le contrôle du prêteur. Cf. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 41 ; p. 43 ; p. 1056-1057 ; p. 1079-1080.

[193] Qui permet de régler les questions les plus importantes. Cf. J. GAUDEMET, « Romain (Droit) », in *Encyclopaedia Universalis*, *op. cit.*, p. 55. Cf. aussi A. CASTALDO, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 88, p. 23.

[194] L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 159 ; p. 192.

[195] En effet, le montant de la condamnation peut dépasser la valeur du bien étant donné qu'habituellement, le créancier inclut dans la somme qu'il réclame la réparation du préjudice qu'il a subi ainsi que l'indemnisation du gain manqué. *Ibid.*, p. 202-203.

13. L'exemple de la stratégie procédurale en droit anglais avant la réforme des *Judicature Acts* de 1873-1875 – Selon René David, *« …la common law, bâtie de décision en décision par la pratique judiciaire des Cours, apparaît comme étant essentiellement une œuvre de raison (reason), exprimant le sentiment de la justice et de l'opportunité politique du XIIIe siècle, qui est le grand siècle de son élaboration. »*[196] Ainsi, pendant longtemps, les juges ont mis fin à des litiges en essayant de donner des solutions justes notamment en tenant compte des intérêts des parties, mais pas uniquement, puisqu'ils veillaient aussi à préserver l'intérêt général ou la sécurité dans les rapports juridiques[197]. La *common law*[198] a d'abord été le droit « commun » c'est-à-dire unique pour tout le royaume d'Angleterre en remplaçant les diverses coutumes locales jusqu'au XVe siècle[199]. Ensuite, à côté de la *common law* s'est développé un autre corps de solutions appelé l'*equity*[200] qui est inspiré de l'équité[201]. Il s'agit aussi d'un droit principalement jurisprudentiel, non écrit, inductif, et se fondant sur les « précédents » judiciaires[202]. Puis, plus tard, va se développer le *statut law* qui est un droit écrit. Au moment où apparaissent les règles d'equity, un choix est possible entre d'une part les règles de *common law* et d'autre part les règles d'*equity*. Par le biais de ce choix, une stratégie était concevable en ce

---

[196] R. DAVID, Cours polycopié de droit comparé 1961-1962, Paris, p. 49, cité par R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, *op. cit.*, n° 17, p. 15.

[197] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, *op. cit.*, n° 20, p. 16.
La common law est donc issue de la pratique en se formant par le biais des affaires qui ont été soumises aux juges. Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 61, p. 54-55.

[198] Certains auteurs préfèrent parler du *common law* au masculin étant donné que le terme *law* ne fait pas référence à la loi mais au droit dans un sens plus large. Cf. notamment P. LEGRAND, « Pour le *common law* (bis)», in *Mélanges Christian Mouly*, Tome I, Editions Litec, 1998, p. 85 et s. ; cf. aussi D. FAIRGRIEVE, H. MUIR WATT, *Common law* et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?, PUF, 2006, note de bas de page n° 1, p. 7 ; E. CARPANO et E. MAZUYER, *Les grands systèmes juridiques étrangers*, Gualino, Lextenso éditions, Paris, 2009, note de bas de page n° 10, p. 24.

[199] Notons que ce droit, construit par les juges, qui était défini lors des procès, rendait difficile la mise en œuvre de l'action en justice en raison de son caractère très formaliste. Cf. P. SANDEVOIR, *Introduction au droit*, Dunod, Paris, 1991, p. 49.

[200] P. SANDEVOIR, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 49. Cf. aussi J. GILISSEN, *Introduction historique au droit, Esquisse d'une histoire universelle du droit, Les sources du droit depuis le XIIIe siècle, Eléments d'histoire du droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 1979, p. 184 ; C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 190, p. 124 ; Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Préf. de Rémy CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, T. 329, L.G.D.J., E.J.A., 2000, n° 44, p. 29 ; R. SEROUSSI, *Introduction aux droits anglais et américain*, Edtions Dunod, Paris, 2011, p. 8 ; A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Lextenso éditions, LGDJ, 2011, spéc. n° 55.

[201] L'*equity* est venue corriger et modérer les excès de la *common law*. Cf. B. PETIT, *Introduction générale au droit*, Presses universitaires de Grenoble, 5ième édition, 2001, n° 25, p. 28 ; A. GUINCHARD, « Sécurité juridique en *Common Law* », in *Sécurité juridique et droit économique*, Sous la direction de L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, Editions Larcier, Groupe De Boeck s.a., 2008, n° 29, p. 132-133. Cf. aussi M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, Editions Dalloz, 2009, 6e édition, p. 92.
Ainsi, elle permettait de modifier la common law lorsque ses règles n'étaient pas en accord avec les exigences de la conscience sociale. Cf. P. SANZ de ALBA, *Sur quelques aspects de l'équité*, th., Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, Mars 1980, n° 79, p. 62-63.
Shakespeare illustre bien le conflit entre la *common law* et l'*equity* dans *Le marchand de Venise* qui fait état de cette opposition entre d'une part une application stricte du droit qui aboutit à un résultat inhumain et d'autre part une application plus souple de la loi permettant de corriger les rigueurs de cette dernière dans certains cas particuliers. Cf. G. LEGIER, « Shakespeare, les juristes et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 122.

[202] P. SANDEVOIR, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 49-50.
Cela signifie que les tribunaux sont liés par les solutions antérieurement rendues par eux-mêmes ou par les juridictions supérieures. Cf. J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, Editions PUF, 1987, n° 34, p. 39.

qui concernait le résultat sur le fond du droit litigieux. Puisque par exemple, en cas de violation d'un droit, la *common law* prévoyait uniquement une réparation en argent[203], les parties qui n'étaient pas satisfaites par ce mode de condamnation pouvaient préférer saisir le roi ou le chancelier afin d'obtenir une solution plus favorable. C'est pourquoi, tout d'abord le roi, puis le chancelier avaient développé des solutions en raison des lacunes de la *common law* et qui tendaient à corriger cette dernière lorsqu'elle ne parvenait pas à donner une solution adaptée au cas litigieux. Par exemple, dans le cas d'une violation d'un droit de propriété, la partie lésée pouvait peut-être obtenir par le biais des solutions d'*equity* la remise en état des lieux plutôt que seulement une réparation en argent comme le prévoyait la *common law*. En effet, dans certains cas, le chancelier, au nom du roi, pouvait ordonner une action ou une abstention, ou bien encore une exécution en nature[204]. Au XVIe siècle, la Cour de la Chancellerie devient une juridiction à part entière. Ainsi, se développe une procédure propre à chacune des juridictions, celle des Cours de *common law* étant orale, publique et accusatoire alors que celle relevant de la Cour du Chancelier est écrite, secrète et inquisitoire[205]. Ainsi, le choix d'agir devant les cours de chancellerie plutôt que devant celles de loi commune avait une incidence sur le fond du droit litigieux tant les procédures étaient différentes devant ces deux types de juridiction. En effet, à la différence des cours de droit commun, les cours de chancellerie permettaient tous les types de preuve et avaient la possibilité de déférer le serment aux parties. En outre, les cours de chancellerie statuaient sans jury excluant ainsi certaines formes requises devant les cours de droit commun. Toutefois, la procédure était longue et coûteuse. L'on pouvait en effet interjeter appel pendant cinq ans à compter du jugement contre quatre jours devant les cours de droit commun[206]. Par ailleurs, le fait que les décisions rendues par la Cour de la Chancellerie n'étaient pas directement exécutoires pouvait dissuader l'une des parties au litige de recourir aux solutions d'*equity*. Ainsi, afin de pallier cet inconvénient, le roi est intervenu pour que les Cours de common law puissent les faire exécuter. Mais à partir des *Judicature Acts* 1873-1875, il y a une réorganisation des juridictions et l'on trouve les anciennes Cour de la *common law* ainsi que la Cour du Chancelier au sein de la *Higth Court*. Alors que la compétence des premières est reprise par la division du Banc de la Reine, celle issue de la seconde émane ensuite de la *Chancery Division*[207], mais les juges de chaque division ont la possibilité d'appliquer tant les règles de *common law* que celles de l'*equity*[208]. D'où l'absence d'incidence du choix de la juridiction

---

[203] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative, op. cit.*, n° 22, p. 17 ; n° 24, p. 18.

[204] Toutefois, l'*equity* ne peut apporter que des correctifs ou des compléments à la *common law* et ne saurait admettre une obligation que refuserait de connaître la *common law*. *Ibid.*, n° 25, p. 18 et n° 28, p. 20. Cf. aussi Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Editions Dalloz, 2005, p. 59 et J.-F. GERKENS, *Droit privé comparé, op. cit.*, p. 133.

[205] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative, op. cit.*, n° 26, p. 19. Cf. aussi J.-F. BREGI, *Introduction historique au droit, op. cit.*, n° 118, p. 38.

[206] Bien que devant ces dernières, le délai d'appel pouvait être retardé de façon illimitée lorsque les parties en faisaient la demande. Cf. E. GLASSON, *Histoire du droit et des Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au droit et aux Institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, T. 6ième, Le droit actuel, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, Librairie de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats, G. Pedone-Lauriel, Successeur, Paris, 1883, p. 677-680.

[207] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative, op. cit.*, n° 80, p. 57.

[208] *Ibid.*, n° 33, p. 23. Cf. aussi P. SANDEVOIR, *Introduction au droit, op. cit.*, p. 49-50 et J.-F. GERKENS, *Droit privé comparé, op. cit.*, p. 140 ; M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers, op. cit.*, p. 93.

compétente sur les règles applicables au fond du droit litigieux[209]. Mais si la stratégie procédurale évolue avec le temps, elle semble aussi liée à un lieu géographique et plus précisément à un contexte social.

14. L'existence de la stratégie dans un contexte donné - Selon l'expression employée par le Professeur Emmanuel Jeuland, la procédure est une « affaire culturelle » [210]. D'où la difficulté de créer un espace judiciaire européen ou universel. En effet, « il n'y a pas de lieu plus révélateur de l'intimité d'une société qu'un procès »[211]. Les sociétés peuvent se différencier par le mode de règlement de leurs litiges[212] et cela n'est pas sans liens avec la stratégie procédurale puisque selon le contexte, le champ de la liberté individuelle des parties sera plus ou moins grand notamment au regard de la constitution d'« habitudes » incitant les parties à choisir un mode de résolution des conflits plutôt qu'un autre[213]. Selon E. Le Roy, si *l'ordre accepté* et l'*ordre contesté* se trouvent dans toutes les sociétés, tel n'est pas le cas pour l'*ordre négocié* et l'*ordre*

---

[209] Demeure néanmoins actuellement la distinction entre la *common law* et l'*equity*, mais le choix du recours à l'une ou l'autre de ces règles semble « commandé » par la nature du litige. En effet, *« il serait légitime de parler aujourd'hui de deux branches du droit anglais dont chacune embrasse un certain nombre de matières et est caractérisée par l'emploi d'une certaine procédure, en même temps qu'elle est marquée par une sensibilité propre des juristes »*. Cf. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Editions Dalloz, 11e édition, 2002, n° 248, p. 251 ; n° 257, p. 257. Toutefois, selon un auteur, « *la common law* et l'*equity* n'ont pas de domaine propre : même le trust est une matière régie en partie par *la common law* et en partie par l'*equity* ». Cf. M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, *op. cit.*, p. 103. Notons que selon la catégorie de règles dans laquelle on se trouve, les pouvoirs du juge sont plus ou moins importants. « C'est ainsi que le juge doit accorder un *remedy* en *common law* dès lors que le justiciable prouve qu'il a un droit alors qu'en *equity* le juge est libre d'accorder ou non de *remedy*. Cf. E. CARPANO et E. MAZUYER, *Les grands systèmes juridiques étrangers*, *op. cit.*, p. 185. Par ailleurs, dans certains cas, les juges « peuvent adresser discrétionnairement aux défendeurs des *injonctions* de faire ou de ne pas faire ». Cf. aussi M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, *op. cit.*, p. 103.

[210] E. JEULAND, *Droit processuel*, *op. cit.*, n° 9-10, p. 15-17 ; n° 26, p. 39 ; n° 145, p. 160-161 ; n° 557, p. 524-526. Cf. aussi A. BOLZE, « Codification et procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 113 et J. BELL, « De la culture », in *Comparer les droits, résolument*, sous la direction de P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 261.

[211] A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, Novembre 2003, p. 35. Cf. aussi J.-P. ANDRIEUX, « Formes et procédures », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 747 ; 749. Comme le dit Durkheim, le droit peut être assimilé « à un fait social ». Cité par J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 53, p. 61. Cf. aussi F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 186, p. 153-155 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, Th. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Editions Dalloz, 2011, n° 2, p. 2-3.

[212] Toutefois, dans un pays comme l'Afrique par exemple, l'on constate que parallèlement à l'instauration de pratiques modernes concernant l'administration de la justice, subsiste un mode « informel » de règlement des conflits. Cf. E. LE ROY, « Afrique », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 9 ; 12. Notons aussi la coexistence possible entre plusieurs formes de justice au sein d'un Etat comme la France par exemple au regard notamment du développement de la médiation à côté de la justice « classique ». Cf. J. COMMAILLE, « Formes de justice », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 747. Cf. aussi N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Collection Droit fondamental, Droit politique et théorique, PUF, 1998, n° 5, p. 22 et R. TREVES, *Sociologie du droit*, Traduit de l'italien par W. BARANES et O. SIMSEK, Préface J. CARBONNIER, *op. cit*, p. 227.

[213] L'on se rallie donc avec le point de vue de Staffan Zetterholm selon lequel *« la culture produit un ensemble de valeurs, de normes, d'institutions, tout en suscitant une façon traditionnelle d'agir dans une société donnée »*. Cf. Staffan Zetterholm, *National Cultures and European Integration*, Oxford, Berg, 1994, p. 2, cité par J. BELL, « De la culture », in *Comparer les droits, résolument*, sous la direction de P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 248.

imposé[214]. Par ailleurs, si certaines sociétés ne connaissent pas l'*ordre imposé*, d'autres au contraire lui font jouer un rôle prépondérant. Ainsi, selon les sociétés, les différents ordres varient dans leur degré d'intégration[215]. Par exemple, encore de nos jours, la Chine et le Japon favorisent l'« ordre négocié » étant donné que ces deux pays sont marqués par la philosophie confucianiste qui prône le recours à la médiation pour mettre un terme aux conflits[216]. Par ailleurs, la France qui d'une manière générale valorise l'ordre imposé, favorise aussi l'ordre négocié[217]. Afin de régler le conflit qui naît des comportements sociaux[218], toute société crée son propre système judiciaire[219] et selon les Etats, la violation d'un même droit implique une sanction plus ou moins importante en fonction notamment de la place accordée par les différentes législations au droit en question[220]. Le droit est étroitement lié à l'Etat dans lequel il

---

[214] Dans l'*ordre accepté*, les parties trouvent elles-mêmes une solution à leurs différends. Concernant l'*ordre négocié*, ces dernières ont recours à l'intervention d'un tiers pour mettre un terme à leur conflit. L'*ordre imposé* fait état de l'intervention du juge qui doit aboutir à une décision en mettant en œuvre les règles de droit positif. Quant à l'*ordre contesté*, il permet l'application de la loi du plus fort en interdisant à une tierce personne d'intervenir dans le processus de règlement du conflit. Cf. E. Le Roy, La conciliation et les modes précontentieux de règlement des conflits, *Bulletin de liaison du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*, 12, 1987, 39-50, cité par N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Que sais-je ?, *op. cit.*, p. 81.

[215] En effet, « si les sociétés traditionnelles connaissent surtout les ordres accepté et négocié, et si le Droit officiel des sociétés modernes valorise particulièrement l'ordre imposé, c'est parce que les premières, à l'inverse des autres, répugnent à s'en remettre à une autorité extérieure (l'adage « nul n'est censé se faire justice lui-même » exprime pour nous un progrès ; pour les sociétés traditionnelles, il s'agirait plutôt d'une régression) ». Cf. N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Que sais-je ?, *op. cit.*, p. 82. Cf. aussi R. DAVID, « Droit comparé », in *Encyclopaedia Universalis*, *op. cit.*, p. 611.

[216] C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1010. Cf. aussi N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1421. Ainsi, dans les pays de l'Extrême Orient, les personnes en litige préfèrent remettre leur affaire entre les mains d'un médiateur pour régler leur différend, plutôt que d'ester en justice, du moins conformément à la conception traditionnelle. Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 65, p. 57. Cf. aussi I. KITAMURA, « Japon », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 660 ; J. GILISSEN, *Introduction historique au droit, Esquisse d'une histoire universelle du droit, Les sources du droit depuis le XIIIe siècle, Eléments d'histoire du droit privé*, *op. cit.*, p. 111-112 ; J.-F. GERKENS, *Droit privé comparé*, *op. cit.*, p. 222 et Y. NODA, « Droit comparé et systèmes socio-politiques », in *Livre du centenaire de la société de législation comparée, Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, LGDJ, Paris, 1971, p. 169.

[217] Il convient donc de ne pas se borner à croire que l'ordre imposé succède de manière chronologique à l'ordre négocié car si ce dernier est prépondérant dans les sociétés traditionnelles, il est aussi en plein essort dans les sociétés modernes. Cf. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, n° 247, p. 449 ; n° 248, p. 449 ; p. 451 ; n° 251, p. 455. Cf. aussi E. LE ROY, « La médiation comme « dialogie » entre les ordonnancements de régulation sociale », in *Médiation et diversité culturelle, Pour quelle société ?*, Sous la direction de C. Younes et E. Le Roy, Editions Karthala, 2002, p. 85 et A. GARAPON, « La médiation, un nouveau mode de socialisation », in *Médiation et diversité culturelle, Pour quelle société ?*, Sous la direction de C. Younes et E. Le Roy, in *Médiation et diversité culturelle, Pour quelle société ?*, *préc.*, p. 207.

[218] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 51, p. 47.

[219] J.-P. SCARANO, *Institutions juridictionnelles*, Collection Universités-Droit, 10e édition, Ellipses, 2007, n° 1 et 2, p. 7. Ainsi, déjà Moïse avait fait appel à des juges pour l'aider dans sa tâche consistant à « juger le peuple » d'Israël. Cf. Livre de l'Exode, Chapitre 18, verset 13.

[220] Qui peut concerner tant la matière pénale que civile. Par exemple, en matière pénale, *« chaque Etat punit le plus sévèrement les délits qui menacent son principe vital particulier, tandis que pour les autres, il montre une indulgence qui fait parfois un étrange contraste »*. Ainsi, l'*« Etat commerçant mettra en première ligne la falsification des monnaies et le faux en général ; l'Etat militaire y mettra l'insubordination, les fautes de discipline, etc. »*. Cf. R. v. JHERING, *La lutte pour le droit*, 1890, réédition aux éditions Dalloz, 2006, p. 37-38.

s'inscrit[221]. Il est donc susceptible de varier en fonction de la géographie, de la religion, de la formation juridique ou des pratiques professionnelles qui se développent dans les différents pays[222]. Certaines circonstances, telles que l'environnement, l'économie, la politique ainsi que l'évolution des mentalités ne sont pas sans influence sur le procès. Par exemple, dans certaines régions de France, et notamment en Provence, l'on constate qu'à la fin du XIXe siècle, la majorité des contentieux concernaient le domaine de l'eau, de l'activité rurale et maritime[223]. En revanche, au siècle d'après et aujourd'hui les contentieux sont d'une autre nature ; alors que se font de plus en plus rares les procès ayant trait au monde rural, sont en continuelle expansion ceux liés au monde urbain, avec les litiges relatifs à la construction, l'immobilier, la copropriété. De plus, en dehors de toute spécificité régionale, l'évolution des mentalités a eu pour effet d'augmenter considérablement le contentieux des divorces[224]. Ainsi, d'une manière générale, l'explosion du contentieux qui s'effectue en même temps qu'évolue la société, montre que l'utilisation de l'action en justice pour faire reconnaître ses droits est en étroite relation avec la culture émanant des divers systèmes de droit[225]. Le social a donc des répercussions sur le droit[226] et si le droit positif se distingue du droit naturel[227] mais tend vers ce dernier[228], il a été soulevé le fait que le droit naturel n'était pas immuable eu égard notamment au grand nombre d'hommes

---

[221] En effet, selon Gény, ce dernier « représente son milieu d'éclosion naturel et normal ». Cf. F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif, Première partie – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, *op. cit.*, n° 18, p. 57. Il y a donc autant de droits différents qu'il y a de conceptions de l'Etat, même si le droit n'est pas seulement un « phénomène étatique ». Cf. J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 1, p. 11-12. Cf. aussi J. DABIN, « Droit, Théorie et philosophie », in *Encyclopaedia Universalis*, *op. cit.*, p. 601 ; Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Editions Dalloz, 2ième édition, 1999, n° 12, p. 15.

[222] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 57, p. 51. Cf. aussi A. TUNC, « Droit », in *Encyclopaedia Universalis*, *op. cit.*, p. 599 ; C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Thémis, PUF, 1999, 3ième édition, 2012, n° 54, p. 225.

[223] J.-L. GAZZANIGA, « La jurisprudence de la cour d'appel d'Aix-en-Provence au XIXième siècle, (Contribution à son histoire) », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 20-23.

[224] P. BREDEAU, « Rapport de synthèse », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, *op. cit.*, p. 132.

[225] Dans certains pays, il est difficile de faire reconnaître son droit en justice en raison notamment du rôle subsidiaire que joue le droit par rapport à certaines coutumes. Tel est le cas par exemple du droit hindou ainsi que des droits d'extrême orient. Cf. P. SANDEVOIR, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 53-54. En effet, parfois, il convient de faire référence à des coutumes ou à des règles de conduite résultant de la religion. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, *op. cit.*, p. X.

[226] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 33, p. 30. Cf. aussi H. VIZIOZ, « Observations sur l'étude de la procédure civile », in *Etudes de procédure*, Préface de Serge GUINCHARD, Editions Dalloz, 2011, p. 15.

[227] L'on peut faire le parallèle avec la distinction effectuée par Aristote entre la loi « particulière » et la loi « commune ». Selon lui, *« la loi particulière est la loi définie par chaque peuple pour lui-même, elle est soit non écrite, soit écrite ; la loi commune est la loi fondée en nature. Car il existe par nature – tous les hommes le savent comme par divination – une justice et une injustice communes, même en l'absence de toute vie sociale et de toute convention mutuelle »*, in *Rhétorique*, Introduction, traduction, notes, bibliographie et index par P. CHIRON, Editions Flammarion, 2007, p. 1231-232.

[228] Comme l'énoncent les auteurs du courant du jusnaturalisme pour lesquels il existe à la fois le droit positif et le droit naturel qui est au-dessus de celui-ci. Cf. M. TROPER, *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, PUF, 2ième édition, 2008, p. 16. Cf. aussi A. STANG, *La notions de la loi dans Saint Thomas d'Aquin*, th., Université de Paris, Faculté de droit, 1926, p. 55 ; p. 59. Selon Gény, le droit naturel *« soutient nécessairement, à lui seul, tout l'édifice de la construction juridique »*. Cf. *Science et Technique en droit privé positif, Deuxième partie – Elaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, T. II, Recueil Sirey, Deuxième tirage, 1927, n° 174, p. 409. Cf. aussi H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de Georges BOLARD, Editions Dalloz, 2010, n° 7, p. 64 ; J. GARELLO, « Economie, droit et religion : Christian Mouly, libéral et croyant », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome I, Editions Litec, 1998, p. 34.

ainsi qu'aux différents groupements humains dans le temps et dans l'espace et qu'en conséquence, il pourrait varier selon les époques et les lieux géographiques[229]. D'où l'importance de connaître les différents contextes dans lesquels la stratégie est susceptible d'évoluer notamment lorsque le litige comporte un élément d'extranéité. C'est ainsi que des classifications ont été effectuées en ce qui concerne les différents systèmes de droit même si toute classification ne paraît pas bien représenter la réalité au regard de l'évolution rapide du droit que peut connaître toute société[230]. Selon le Professeur René David, on peut distinguer trois grandes familles : les pays issus de la famille romano-germanique, des systèmes de *common law* ou encore des systèmes de droit socialistes[231]. Toutefois, aujourd'hui, il semble plus exact de faire la distinction entre « le groupe des systèmes de droit des Etats de droit à longue tradition juridique »[232] et celui des « systèmes de droit des Etats de droit sans tradition juridique ou des Etats subordonnant le droit, soit à une religion, soit à une idéologie, ce qui ne permet pas de les retenir comme Etats de droit »[233]. Par ailleurs, au sein des ces deux grands systèmes, des sous-

---

[229] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 184, p. 152. Tel est par exemple l'avis d'Aristote, de Saint Thomas, de Montesquieu et puis plus tard de M. Villey. Cf. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, n° 29, p. 48. Notons que Demolombe aussi avait exprimé ce point de vue en énonçant que *« le droit naturel lui-même, tel que le jurisconsulte doit le comprendre, est nécessairement approprié aux besoins, aux mœurs, à la civilisation des différentes sociétés humaines et que par conséquent, dans tout ce qui concerne ses dispositions dérivées et secondaires, il ne saurait être le même dans tous les temps et dans tous les lieux »*, in *Cours de Code civil*, De la publication, des effets et de l'application des lois en général, T. 1, Paris, Auguste Durand, 1845, p. 9-10. De même, selon Jhéring, *« tout dépend des buts en vue au moment présent »*. Cf. R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, *op. cit.*, n° 124, p. 181. Selon A. Sériaux, *« chaque fois que les circonstances changent, ce qui est naturellement juste peut aussi être amené à changer. En revanche, tant que les circonstances sont les mêmes, le droit naturel est immuable »*. Cf. A. SERIAUX, *Le droit naturel*, Que sais-je ?, PUF, 2ième édition, 1999, p. 44.

[230] J. BELL, « De la culture », in *Comparer les droits, résolument*, sous la direction de P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 271. Tel est le cas notamment dans l'hypothèse des transferts de droit qui peuvent être définis comme *« l'entrée, dans une société, de l'ensemble du droit ou de certaines règles juridiques, qui avaient été élaborées dans (et pour) un milieu social différent, parfois à une époque déjà lointaine »*. Cf. J. GAUDEMET, *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, p. 67. On peut prendre l'exemple de l'influence du Code civil français de 1804 sur les autres droits étrangers. *Ibid.*, p. 71-75. Cf. aussi A. MARAIS, *Introduction au droit*, Collection Dyna'Sup droit, Editions Magnard-Vuibert, 2ième édition, septembre 2009, n° 68, p. 70-71 ; C. LOVISI, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 485, p. 297. A l'inverse, certains droits étrangers, tels que les droits anglo-germaniques, ont permis au droit français de changer. Cf. A. LECA, *La fabrique du droit français, Naissance, précellence et décadence d'un système juridique*, PUAM, 2007, n° 487-493, p. 348-354. Cf. aussi C. KOURILSKY-AUGEVEN en collaboration avec M. ARUTIUNYAN et O. ZDRAVOMYSLOVA, *Socialisation juridique et modèle culturel, L'image du droit en Russie et en France*, Préf. de J. Commaille, Droit et Société, L.G.D.J., 1996, p. 11 ; p. 238-239.

[231] Auxquels, on peut ajouter les systèmes des droits religieux. Cf. Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 17, p. 16. Mais René David énonce qu'il ne considère pas la notion de « famille de droit », comme étant « une vérité de foi, ni surtout comme ayant des contours qui soient extraordinairement nets ». Cf. R. DAVID, « Droit comparé et systèmes socio-politiques », in *Livre du centenaire de la société de législation comparée, Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, *op. cit.*, p. 154. Monsieur Carpano et Madame Mazuyer critiquent aussi les classifications des systèmes juridiques en familles qui sont effectuées d'une manière générale par les différents auteurs tout en affirmant qu'elles sont nécessaires. Cf. E. CARPANO et E. MAZUYER, *Les grands systèmes juridiques étrangers*, *op. cit.*, p. 21-22.

[232] Comprenant notamment les Etats de droit situés en Europe, en Amérique du Nord et du Sud ainsi que l'Australie. S'il existe d'autres Etats de droit, ces derniers sont rattachés à l'autre groupe en raison de l'absence de longue tradition juridique. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, *op. cit.*, n° 150, p. 94.

[233] Dans la catégorie des Etats de droit sans véritable tradition juridique, l'on peut prendre l'exemple du Japon. Dans l'autre catégorie des Etats subordonnant le droit à une religion, il y a eu dans le passé, le droit canonique, mais aujourd'hui l'on n'en trouve plus que des aspects. Par ailleurs, l'on peut citer le droit musulman ainsi que le droit indou. Concernant les Etats subordonnant le droit à une idéologie, l'on peut faire référence à l'URSS avec l'idéologie du marxisme-léninisme. *Ibid.*, n° 141-144 ; 148 ; 155-156, p. 89-90 ; p. 93 ; p. 96-97.

distinctions peuvent être effectuées[234]. Concernant les systèmes romano-germaniques et ceux de *common law*, on constate une volonté de rapprochement tant en ce qui concerne le fond du droit que la procédure malgré les différences qui les séparent en raison notamment des classifications et des concepts qui ne sont pas identiques[235]. En effet, si des droits européens en matière contractuelle existent[236], pour ce qui a trait à la procédure, de nombreuses réformes récentes effectuées en droit allemand, en droit anglais et en droit italien tendent aux mêmes buts que celles entreprises en droit français[237]. Mais concernant plus particulièrement le droit anglais, déjà en 1996, le rapport du Lord Chancelier Woolf visait à accorder au juge le pouvoir de maîtriser la procédure en dénonçant notamment la trop grande liberté laissée aux parties dans le procès, cette dernière entraînant un ralentissement de la justice et une augmentation de son coût[238]. Or, cette évolution est susceptible d'avoir une incidence sur la stratégie procédurale. Il convient donc de prendre en compte le contexte culturel[239] dans lequel cette dernière se conçoit afin d'employer les moyens adéquats pour parvenir au résultat souhaité. Ainsi, étant propre à une époque donnée et à un contexte géographique déterminé, la stratégie procédurale est susceptible de changer[240]. Par ailleurs, il existe peut-être autant de stratégies qu'il y a de buts à atteindre ou plusieurs types de stratégie qui tendent à une finalité identique. Nous pouvons donc désormais nous intéresser à la façon d'utiliser les différents moyens procéduraux permettant d'obtenir le but prévu au départ. En effet, si dans le cadre militaire, une bonne stratégie permet de gagner une guerre, en matière procédurale, elle peut certes permettre de gagner un procès mais aussi de parvenir à une fin d'un autre ordre. Or, à cet égard, les auteurs font état de « stratégies judiciaires malveillantes », ou de

---

[234] C'est ainsi que parmi les principales, au sein du premier groupe, l'on peut distinguer d'une part, la famille des systèmes romano-germanique et la famille des systèmes de *common law* et d'autre part, les droits mixtes, tels que le droit écossais, le droit de la Province de Québec, le droit de la Louisiane, bien que concernant cette dernière et le droit public, c'est la *common law* qui prévaut. Pour ce qui a trait au deuxième groupe, hormis la distinction entre les Etats de droit sans véritable tradition juridique et les Etats subordonnant le droit soit à une idéologie, soit à une religion, il y a ceux qui sont issus des nouveaux Etats d'Afrique, d'Asie et d'Océanie, après la décolonisation. Toutefois, il convient de rappeler que certains Etats ayant une longue tradition juridique n'ont pas toujours fait partie des Etats de droit comme l'on a pu le constater avec le cas de l'Allemagne nazie et de l'Italie fasciste. A l'inverse, aujourd'hui, un Etat comme le Japon dont les institutions lui permettent d'atteindre le rang des Etats de droit ne rend pas suffisamment compte du droit en ce qui concerne sa culture. *Ibid.*, n° 149, p. 94 ; n° 153 ; 155-157, p. 95 ; 96-97.

[235] Par exemple, la catégorie « droit civil » n'existe pas en Angleterre. Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 61, p. 55. Cf. aussi A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs, op. cit.*, spéc. n° 36-38.

[236] A. MARAIS, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 81, p. 72-73. Cf. aussi V. CONSTANTINESCO, « La « codification » communautaire du droit privé, future constitution civile de l'Europe ? », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code, op. cit.*, p.117-118 ; 121 ; 128 ; D. MAZEAUD, « Rapport de synthèse », in *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre ?*, Sous la dir. de Guillaume WICKER, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Editions Litec, LexisNexis, 2008, p. 77.

[237] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 6, p. 9-32.

[238] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 47. Cf. aussi R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 266, p. 264.

[239] M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu, op. cit.*, p. 7.

[240] A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert : vers un Droit post-moderne », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 129.

« stratégies procédurales déloyales ou dilatoires »[241]. D'où, souvent, l'emploi de qualificatifs péjoratifs pour évoquer l'usage stratégique des règles de procédure[242].

15. Les qualificatifs péjoratifs associés à l'usage des règles de procédure – A l'égard du droit en général, il existe une opinion quasi universelle qui est empreinte de suspicion[243], et de manière plus particulière, l'on constate une crise de confiance des justiciables vis-à-vis de la justice[244]. Mais si cette dernière fait l'objet de critiques[245], il en est de même pour ce qui a trait à la procédure notamment en ce qui concerne « le coût, les délais excessifs et la complexité »[246].

---

[241] N. FRICERO, Observations sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Droit et procédures*, nov.-déc. 2006, p. 350. Cf. aussi J.-Cl. WOOG, *La résistance injustifiée à l'exercice d'un droit*, th., Préface de Roger Perrot, Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris, 1971, p. 10.

[242] J.-C. MAGENDIE, « L'effectivité des droits passe par des procédures adaptées », *J.C.P.*, G, 2008, I, 145, p. 17.

[243] J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 58, p. 64.

La description des gens de justice par shakespeare offre plusieurs exemples de ce sentiment de méfiance à l'égard du droit ou de la justice. En effet, dans *Le Marchand de Venise*, il est reproché aux avocats de mentir et de cacher la vérité :

« En justice, quelle est la cause malade et impure dont les tempéraments d'une voix gracieuse ne dissimulent pas l'odieux ? ».

Acte III, sc. II, vol. 1, p. 1238, trad. François-Victor Hugo.

Par ailleurs, dans *Comme il vous plaira*, les juges sont dépeints comme se contentant de jouer un rôle :

« Puis le juge entouré de sa panse fourrée d'un bon chapon ; œil dur et barbe formaliste, plein de sages dictons, d'exemples familiers. Ainsi joue-t-il son rôle… »

Acte II, sc. VII, vol. 2, p. 114.

Enfin, dans la deuxième partie *d'Henry VI*, Dick le boucher s'exclame : « Commençons par tuer tous les gens de loi ! »

Acte IV, sc. II, vol. 1, p. 283, trad. François-Victor Hugo, cité par G. LEGIER, « Shakespeare, les juristes et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 99 ; 101. Une critique des gens de justice est également effectuée par Monsieur Pierre SANZ DE ALBA, in *Satire, caricature et parodie judiciaires, Anthologie du XIIe siècle à la fin du XVIIe siècle*, T. 1, p. 3 ; 12-14 ; 22 ; 24. Cf. aussi F. OST, « L'invention du tiers, Eschyle et Kafka », *Revue Esprit, op. cit.*, p. 15 ; P. WACHSMANN, « Le juriste dans les codes de l'opéra », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code, op. cit.*, p. 849-850 ; 853 ; 859 ; D. SALAS, « La justice saisie par la littérature dans l'œuvre de Jean Carbonnier », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, op. cit.*, p. 56-57 ; C. PUIGELIER, « Pierre Corneille à l'épreuve du temps et du droit », in *Jean FOYER, In Memoriam, op. cit.*, p. 380-381 ; J.-P. JEAN, « Jean-Marc Théolleyre, l'observateur engagé (1945-1965) », in *La chronique judiciaire, Mille ans d'histoire*, Sous la dir. de Sylvie HUMBERT et Denis SALAS, Collection histoire de la justice, La documentation française, 2010, p. 128. De même, au cinéma, l'avocat français est souvent représenté sous divers défauts à la différence de l'avocat américain. Cf. Ch. GUERY, *Les avocats au cinéma*, Préface de Maître François SAINT-PIERRE, Presses Universitaires de France, 2011, p. 25-26.

[244] J.-L. NADAL et P. GHALEH-MARZBAN, « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN, op. cit.*, p. 281-282.

[245] L'on relève en effet depuis une dizaine d'années de nombreuses expressions dans des articles publiés critiquant l'institution judiciaire telles que : « la dérive de la justice », « une institution menacée d'embolie », « malaise dans la justice », « un système fourvoyé », « une justice défunte », « la justice et le travail de deuil », « la justice déboussolée », « le juge dans la tourmente juridique », cité par J.-M. COULON, « Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon, op. cit.*, p. 15.

[246] J.-M. COULON, « Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon, op. cit.*, p. 15. Cf. aussi A. BOLZE, « La notion de litige juridique », in *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT, Liber amicorum, op. cit.*, n° 4, p. 47. La question des délais n'est pas spécifique à la procédure civile. Cf. B. ODENT, « L'avocat, le juge et les délais », in *Mélanges René CHAPUS, Droit administratif*, Editions Montchrestien, E.J.A., 1992, p. 490 ; J. GEORGEL, « Le juge et la montre », in *Etudes en l'honneur de Georges DUPUIS, Droit public,* L.G.D.J., E.J.A., 1997, p. 116.

En effet, la procédure a mauvaise réputation[247]. Elle est par extension synonyme de chicane[248] et l'on y associe le terme « procédurier » qui est péjoratif[249]. Cette mauvaise image de la procédure ou du procès en lui-même[250] trouve son illustration à travers la littérature[251], la musique[252] ou

---

[247] A. BOLZE, « Codification et procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 95-96. En 1837, Boitard, qui enseigne cette matière, énonce que pour les étudiants, elle est *« affaire de mémoire, collection de formules et de délais arbitraires »*. Cf. C. LECOMTE, « De l'immobilisme en procédure civile, du Code de 1806 au XXième siècle », in *Coutumes, doctrine et droit savant*, Colloque des 20 et 21 octobre 2006, organisé par l'Institut d'Histoire du droit, Sous la responsabilité de J.-M. Augustin et V. Gazeau, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, L.G.D.J., 2007, p. 258. De même, Vizioz rappelle qu'une « fâcheuse réputation continue à peser sur la procédure ». Cf. H. VIZIOZ, « Observations sur l'étude de la procédure civile », in *Etudes de procédure*, *op. cit.*, p. 3. Cf. aussi B. BEIGNIER, C. PUIGELIER, « *Vetera et nova*. Existe-t-il une « idéologie de la magistrature » ?, in *Jean FOYER, In Memoriam*, *op. cit.*, p. 36 ; H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 3.

[248] H. BERTAUD DU CHAZEAUD, *Dictionnaire de synonymes et contraires*, Dictionnaires LE ROBERT, 1996, p. 569. Cf. aussi G. CANIVET, « Avant-propos, De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. XXIV. Cf. aussi J.-P. ANDRIEUX, « Formes et procédures », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 750. Il s'agit d'une expression qui est souvent utiulisée au barreau. Cf. M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, « Chicane », Tome 2, Chez Garnery, Librairie, Hotel Mirabeau, Rue de Seine, Paris, 4ième édition, 1812, p. 289.

[249] Cf. « Procédure », in *Dictionnaire historique de la langue française*, Sous la direction de A. REY, Langage et Culture, Dictionnaires Le Robert, *op. cit.*, p.1637. Cf. aussi H. CROZE, C. MOREL, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 5, p. 15 et S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 19 qui précisent qu'il en est ainsi dans un sens restreint.

[250] Comme l'écrit Maître Jacques VERGES, *« un procès, quelle qu'en soit la nature, n'est pas une mécanique mais bel et bien un monstre, Minautaure ou Frankenstein, né d'un sacrilège : le droit – inouï, à bien y réfléchir – que certains hommes s'arrogent d'en juger d'autres »*. Cf. J. VERGES, *Justice et Littérature*, Collection Questions judiciaires, P.U.F., Paris, 2011, p. 7.

[251] Nous en avons un exemple dans *Les Plaideurs* de Racine lorsque le personnage Chicaneau énonce :
« *Je produis, je fournis*
De dits, de contredits, enquêtes, compulsoires,
Rapports d'experts, transports, trois interlocutoires,
Griefs et faits nouveaux, baux et procès-verbaux.
J'obtiens lettres royaux, et je m'inscris en faux ».
Cf. Acte I, scène VII, Librairie Générale Française, 1997, p. 37.
Selon Maurice Garçon, pour écrire *Les Plaideurs*, Racine a pu s'inspirer des plaidoiries de l'avocat Claude Expilly qui étaient *« d'une longueur déconcertante, pleines d'inutilités et d'ornements sans intérêt direct avec le sujet »*. Cf. M. GARCON, *Tableau de l'éloquence judiciaire*, Editions Corrêa, 3ième édition, Paris, 1943, p. 17.
Mais bien avant Racine, Aristophane, dans *Les Guêpes*, fait la critique du fonctionnement de l'institution judiciaire en mettant en scène le vieux Philocléon qui a la maladie de juger et qui s'exprime ainsi :
« *Ce qui me plaît d'ailleurs, ce ne sont ni raies ni anguilles, j'aimerais mieux un petit procès mignon que je mangerais cuit en cocotte, à l'étouffée*. »
Cf. Société d'Edition « Les Belles Lettres », Paris, 1985, Tome II, Vers n° 510 et s., p. 39.
En outre, concernant la littérature étrangère, Shakespeare, dans *Hamlet* fait état de l'esprit de chicane des juristes. En effet, dans la scène du cimetière, Hamlet s'exclame de la façon suivante à propos d'un crâne :
« Pourquoi celui-ci ne serait-il pas le crâne d'un juriste ? Où sont maintenant ses distinguo, ses arguties, ses subtilités, ses chicanes ? Eh quoi ! Un manant lui heurte le ciboulot avec sa pelle sale et il ne lui intente pas un procès ? »
Acte V, sc. I, vol. 2, p. 688, trad. André Gide, cité par G. LEGIER, « Shakespeare, les juristes et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 99. Cf. aussi J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, L.G.D.J., 2001, p. 430-432.

bien encore le cinéma[253]. Par ailleurs, considérée comme *« un amas inextricable d'exigences formelles*[254]*, de formules sacramentelles, de vocabulaire abscons »*[255], la procédure semble mettre à l'écart le justiciable de la sphère de la justice[256]. En outre, l'évolution contemporaine, qui se manifeste par une multiplication des procès[257] faisant penser à l'émergence d'une société contentieuse[258] à l'image de la société américaine[259] ne fait que conforter le phénomène tendant à associer des qualificatifs péjoratifs à la procédure.Toutefois, si la procédure a « mauvaise réputation », elle seule libère en assurant la sanction des droits[260] de manière paisible[261] et fait la

---

[252] A l'opéra, dans Anna Bolena de Donizetti, le tribunal se fonde sur des preuves qui ne sont pas établies dans des conditions loyales. Cf. E. PUTMAN, « Les juristes vus par l'opéra », in *Droit et Musique*, Colloque de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, 23 juin 2000, Collection Iségoria, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001, p. 198. Cf. aussi P. WACHSMANN, « Le juriste dans les codes de l'opéra », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, op. cit., spéc. p. 851.

[253] En effet, dans le cinéma français, les arguments de procédure sont considérés comme « des artifices obstruant la manifestation de la vérité ». Cf. A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, *op. cit.*, p. 30. Cf. aussi A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, *op. cit.*, p. 158.

[254] Notons que le but du droit n'est pas de plaire. Cf. Ph. MALAURIE, *Droit et littérature*, Editions Cujas, 1997, p. 10.

[255] M.-A. FRISON-ROCHE, « 2+1= la procédure », in *La justice, L'obligation impossible*, *op. cit*, p. 215.
Dont on en trouve aussi une illustration dans la littérature notamment dans le roman de renart qui met bien en évidence l'inefficacité de la procédure, le vocabulaire juridique obscur, incompréhensible. Par ailleurs, Rabelais crée des personnages juristes qu'il rend détestables : *« les chiquanous (sergents), payés pour débiter aux justiciables des exploits incompréhensibles et recevoir d'eux des coups de bâton, les sieurs de Baisecul et Humevesne et leur ineffables plaidoieries, le juge Bridoye qui jouait ses jugements aux dés »*, cité par R. JACOB, *Images de la justice*, Préface de P.TRUCHE et M. EZRATTY, *op. cit.*, p.158.
L'on peut aussi prendre l'exemple du théâtre shakespearien, où Timon d'Athènes, pour rendre le monde plus pur, fait la proposition suivante : *« Cassez la voix du juriste : qu'il ne puisse plus plaider le faux ni glapir ses arguties »*. Cf. *Timon d'Athènes*, Acte IV, sc. III, vol. 2, p. 1226, trad. François-Victor Hugo, cité par G. LEGIER, « Shakespeare, les juristes et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 99. Cf. aussi Y. FLOUR, « Droit et théâtre, Rapport de synthèse », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 159.

[256] H. LECLERC, « Justice et exclusion », in *La justice, L'obligation impossible*, *op. cit*, p. 158. En effet, les décisions sont rédigées dans des termes difficilement compréhensibles pour le commun des mortels. Cf. A. SERIAUX, *Le Droit : une introduction*, Ellipses / Edition marketing S.A, 1997, p. 11. Cf. aussi M. AYDALOT, *Magistrat*, Editions Robert Laffont, 1976, Paris, p. 336-337.

[257] J. FOYER, « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens », in *Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit*, PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 751-753.

[258] En raison notamment de l'ouverture de l'accès au droit. Cf. L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in *Ecrits en hommage à Gérard CORNU, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Presses Universitaires de France, 1994, n° 3 ; n° 13 et s., p. 30-31, 37 et s.

[259] A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, *op. cit.*, p. 13.

[260] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 9, p. 5. Il s'agit donc d'un droit sanctionnateur. Toutefois, elle est aussi un droit subjectif par le biais de l'action en justice. Cf. L. CADIET, « Procédure », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1219.

[261] A. SERIAUX, *Le Droit : une introduction*, *op. cit.*, p. 9. *« La technique procédurale est un gage de paix sociale, puisqu'elle permet de faire vérifier par un tiers, le juge, la régularité d'une situation »*. Cf. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 4, p. 4.

justice[262]. L'on peut énoncer que la procédure civile est « l'expression et le moule de la justice »[263] ; elle est garante « des libertés fondamentales »[264].
D'ailleurs, elle avait déjà une grande importance en Grèce[265] et en droit romain[266]. Ainsi, de nombreuses critiques effectuées à l'encontre de la procédure ne sont en réalité pas fondées[267]. Il s'agit donc de redécouvrir « l'intelligence de ses fins », « l'esprit originaire qui doit animer toutes les règles de procédure » [268]. En effet, la procédure ne peut servir uniquement l'esprit de

---

[262] En effet, cette dernière n'existe pas sans le respect de la procédure. Cf. T. LEVY, « Vaut-il mieux subir l'injustice que la commettre ? », in *La justice, L'obligation impossible, op. cit.*, p. 51. Le formalisme de la procédure protège les droits des justiciables. Comme le dit Ihéring : *« Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »*. Cf. R.VON JHERING, L'esprit du droit romain, trad. O. de Meulenaere, Maresq, Paris, t.III, 3e éd., 1887, p. 164, cité par L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 16, p. 10-11 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, n° 1, p. 2. Cf. aussi R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile, op. cit.*, n° 7, p. 5 ; J.-P. ANDRIEUX, « Formes et procédures », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 747 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, Editions Dalloz, 5ième édition, 2012, n° 301, p. 367-368; M. GARCON, *Lettre ouverte à la Justice*, Editions Albin Michel, Paris, 1966, p. 41-42. La forme est nécessaire tant dans le domaine du droit pénal qu'en matière civile *« où de graves intérêts sont également en jeu »*. Cf. E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, Tome 2, Recueil Sirey, 3ième édition, 1912, n° 3, p. 6. Toutefois, dans certains cas, la forme peut donner l'impression inverse notamment à un débiteur qui a payé en application d'une décision exécutoire, qui est ensuite réformée, et qui ne peut recouvrer que le principal, sans intérêts, ou bien encore ne se voir rien restitué en cas d'insolvabilité de son adversaire. Cf. J. JUNILLON, « Le nouveau Code de procédure civile : une philosophie en danger », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 63. De même, en matière pénale, on peut s'interroger sur *« l'efficacité d'un système procédural répressif lorsqu'un individu, sur lequel pèsent de très lourdes charges, bénéficie d'une mise en liberté à la suite d'une nullité pour vice de procédure notamment à l'occasion de l'exercice d'une voie de recours »*. Cf. J.-J. GALLI, « La table des catégories kantiennes et la méthodologie de la recherche juridique, *R.R.J.*, 1996, p. 1158.

[263] B. VATIER, « Rapport introductif », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, *op. cit.*, p. 9.

[264] Ch. RICOUR, « Editorial, Mobilisation pour la justice civile », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, *op. cit.*, p. 6.

[265] Notamment lors de l'Antiquité grecque car comme l'énonce L. Gernet, *« s'il est un secteur où l'on ait une chance de voir se constituer une mentalité juridique, c'est celui de la procédure. On ne saurait en exagérer l'importance dans les débuts du droit, et pour l'importance même des droits archaïques »*. In *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, Flammarion, 1982, p. 62, cité par G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 29.

[266] En témoigne l'œuvre de Gaius nommée les *Institutes* dont une des trois parties est consacrée aux « Actions en justice ». Cf. J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 44, p. 47.

[267] En effet, celles qui le sont relèvent le plus souvent de l'abus des règles de procédure et non de la procédure elle-même. Par exemple, si l'un des reproches fait à la procédure résulte de sa lenteur, l'on constate que certains délais inhérents à la procédure sont nécessaires pour que les parties puissent organiser leur défense et que le juge puisse prendre le temps de statuer alors que d'autres, en revanche, ne doivent pas être imputés à la procédure. Selon Pigeau, les autres longueurs sont causées *« par les chicanes des parties, et souvent par la prévarication de leurs défendeurs, on doit bien se garder de les attribuer à la procédure, mais plutôt à la malice humaine, et à l'inaction de certains juges qui négligent de les réprimer : eux seuls méritent qu'on leur reproche les maux qui en résultent »*. Cf. E.-N. PIGEAU, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les Jurisdictions ordinaires du royaume, Démontrée par principes et mise en action par des Formules*, Paris, Veuve Desaint, 1779, p. XXIX-XXX. Cf. aussi J. BRAUD, « Un juge des procès civils : le temps », *J.C.P., G.*, 1968, 2143 ; J. BEAUCHARD, « La relativité du dilatoire », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 102-105.

[268] G. CANIVET, « Avant-propos, De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. XXIV.

chicane et les abus ; *«Elle est un droit nécessaire »*[269], le recours à la vengeance privée étant interdit[270] dans une société de droit. Ainsi, c'est à la justice de l'Etat qu'il incombe de rendre la justice[271]. Par ailleurs, dans le cadre de la justice publique, pour déclarer une partie perdante, les droits de chacune des parties doivent être respectés notamment par le biais du principe du contradictoire et du droit à un procès équitable[272].

Parvenir à la vérité[273], certes imparfaite[274], par le biais d'un procédé rationnel de mode de preuve[275] est déjà un bon résultat[276]. Mais si la procédure est désormais empreinte de rationalité,

---

[269] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.*, n°1, p. 1. Elle est le moyen de parvenir à la paix. Comme le dit Jhering : *« Le but du droit est la paix, le moyen est le combat »*. Cf. *La lutte pour le droit, op. cit.*, p. 1.

[270] Car en étant laissée à l'appréciation subjective de la victime, la vengeance peut se montrer excessive et injuste. Donc « nul ne peut se faire justice à lui-même ». Cf. A. SERIAUX, *Le Droit : une introduction, op. cit.*, p. 9. Cf. aussi R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 1, p. 13 ; F. TERRE, *Le droit, op. cit.*, p. 38 et J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 335 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.*, n° 40, p. 34.

[271] L'on retrouve cette mission dans le Livre des Rois. En effet, selon l'observation de Monsieur le doyen Trotabas : *« le songe de Gabaon, par lequel s'ouvre l'histoire de Salomon le Magnifique, démontre que la Justice est posée comme le devoir primordial de l'Etat : Dieu demande à Salomon ce qu'il désire et celui-ci, se présentant humblement, ne demande à Dieu ni de longs jours ni la richesse ni la vie de ses ennemis mais « un cœur plein de jugement pour discerner entre le bien et le mal, afin d'administrer son peuple »*. Cf. « La justice », Centre de Sciences politiques de l'Institut d'Etudes juridiques de Nice, P.U.F., Paris 1961, avant-propos, p. 5 et 6, cité par R. NERSON, « Rapport introductif », *« Nul ne peut se faire justice à soi-même », Le principe et ses limites en droit privé*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française, *op. cit.*, p. 9.

[272] L'illustration nous en est donnée par Lewis Carroll dans *Alice au Pays des Merveilles* :
« Que les jurés délibèrent en vue de rendre leur jugement dit, pour la vingtième fois peut-être de la journée, le Roi. – Non, non, s'écria la Reine. La condamnation d'abord…, le jugement ensuite. - Mais c'est de la bêtise ! dit à haute voix Alice. Condamner avant de juger, a-t-on idée de cela ? ». Cité par A. SERIAUX, *Le Droit : une introduction, op. cit.*, p. 12. Cf. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean FOYER, Université de Droit, d'Economie et des Sciences sociales de Paris, Paris II, 1988.

[273] Qui, dans le droit judiciaire privé, est peut-être *« l'idéal que le juge doit atteindre »*. Cf. A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Collection scientifique de la faculté de droit de l'université de Liège, 1971, p. 7. Cf. aussi F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Volume 2, Le mirage de la justice sociale, PUF, 1981, p. 64. En effet, elle doit être *« un but à atteindre »*. Cf. G. DEL VECCHIO, *La Justice-La Vérité, Essais de philosophie juridique et morale*, Collection « Philosophie du droit », Editions Dalloz, Paris, 1955, p. 198 ; p. 217 et L. ZOLLINGER, « L'intime conviction du juge », in *L'innocence*, Travaux de l'Institut de Criminologie de Paris, Dirigés par J. LEAUTE, Editions Néret, 1977, p. 33. Elle « *confère à la justice l'autorité nécessaire lui permettant d'assurer le règlement pacifique des conflits »*. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité, op. cit.*, n° 2, p. 2. Dans le cadre du droit pénal international, l'exigence de recherche de la vérité est même inscrite dans le Statut de la Cour pénale internationale notamment en tant que « devoir fondamental pour le procureur de cette institution » et « pouvoir essentiel des juges ». Cf. Articles 54, paragraphe 1 (a) et 69 paragraphe 3 du Statut de la Cour pénale internationale. Cf. B. COTTE et J. SEROUSSI, « La manifestation de la vérité en droit pénal international », *Arch. phil. dr.*, 2010, p. 87.

l'équité, qui est une notion très ancienne[277], n'en est pas totalement exclue[278]. En effet, l'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile autorise les parties à demander au juge de statuer en

---

[274] « Pour être la justice, il faudrait être Dieu, avoir tout le savoir, tout le pouvoir et tout le temps nécessaire ». Cité par W.BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE, Préface in *La justice, L'obligation impossible, op.cit.*, p. 9.
« La vérité est sans nom ». Cf. D. TOURET, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, Objectif Droit, Editions du Juris-Classeur, 2ième édition, 2003, n° 458, p. 200. Ainsi, selon M. Villey, « La Justice n'est pas de ce monde ». Cf. *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les carnets de Michel VILLEY*, Textes préparés et indexés par Marie-Anne Frison-Roche et Christophe Jamin, PUF, 1995, n° 63, p. 51. Du même auteur cf. *Critique de la pensée juridique moderne, Douze autres essais*, Préface de Michel Bastit, Editions Dalloz, 1976, réédition, 2009, p. 95. Selon Dostoïevski, « Dieu seul sonde les reins et les cœurs ». Cf. J.-N. DUMONT, « Le procès, un travail inachevable », in *Le procès : la justice mise à l'épreuve, Esprit, op. cit.*, p. 133. Dieu est la vérité comme l'énonce à plusieurs reprises Saint Augustin lorsqu'il s'adresse à lui : « vous, qui êtes mon juge et la vérité » (Livre premier, chapitre V) ; « vous qui êtes véritablement la vérité (…) » (Livre III, chapitre VI) ; « Mon Dieu, qui êtes un juge infiniment juste et la vérité même (…) » (Livre XII, Chapitre XXV), in *Confessions*, Edition présentée par Philippe Sellier, Traduction d'Arnauld d'Andilly établie par Odette Barenne, Collection Folio Classique, Editions Gallimard, 1993, p. 31 ; 97 ; 480. D'ailleurs, dans le procès de Jésus, à la question « qu'est-ce que la vérité ? », Jésus ne répond pas. Cf. J. IMBERT, *Le procès de Jésus*, Que sais-je ?, *op. cit.*, p. 67. Ainsi, comme l'écrit Pascal : *« La Justice et la Vérité sont deux pointes si subtiles que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement. S'ils y arrivent, ils en écachent la pointe et appuient tout autour, plus sur le faux que sur le vrai »* (*Pensée* n° 82), cité par J.-L. A. CHARTIER, « L'esprit de justice selon Pascal », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN, op. cit.*, p. 103. Cf. aussi F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif, Première partie – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution, op. cit.*, n° 55, p. 160 ; P. HUGONET, *La vérité judiciaire*, Préface de Simone Rozes, Editions Litec, 1986, p. 19 ; 21 ; A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire, op. cit.*, p. 148 et L. ZOLLINGER, « L'intime conviction du juge », in *L'innocence*, Travaux de l'Institut de Criminologie de Paris, Dirigés par J. LEAUTE, *op. cit.*, p. 33 ; p. 43 ; M. CARATINI, « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gaz. pal.*, 1986 (2e semestre), p. 405.

[275] A l'inverse du formalisme excessif qui caractérise la période féodale et qui pouvait conduire à la perte du procès uniquement en raison du non-respect de certaines règles de forme. Par exemple, dans certaines coutumes concernant la formule du serment, il est énoncé que : *« chaque partie doit tenir la main ferme et immobile sur les Saints Evangiles, le pouce sous les autres doigts pendant qu'elle prononce la formule du serment ; si elle a le malheur de retirer ou même de remuer la main avant d'avoir entièrement prononcé la formule, elle perd son procès »*. Cf. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française, op. cit.*, p. 62.

[276] Même s'il existe des restrictions à la recherche de la vérité dans le procès civil. C'est aussi en cela que la « vérité judiciaire » ne peut se confondre avec la Vérité. Cf. A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, th., Université de Strasbourg, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques, Editions Dalloz, Paris, 1965, n° 2, p. 1 ; n° 27-28, p. 31-33. On constate des variations selon les disciplines scientifiques notamment entre les sciences dures et les sciences « sociales » eu égard à la place qui est accordée à la recherche de la vérité. D'ailleurs, au sein même du droit, celle-ci est également variable entre le droit civil, le droit pénal et le droit international. Cf. E. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Sous la dir. de E. TRUILHE-MARENGO, Editions Larcier, 2012, p. 10 ; p. 18-20.

[277] Comme le montre Eschyle dans *les Euménides*. En effet, Athéna recommande au tribunal humain qu'elle établit de juger selon l'équité : *« Je reviendrai, quand j'aurai distingué les meilleurs de ma ville, pour qu'ils jugent en toute franchise, sans transgresser leur serment d'un cœur oublieux d'équité »*. Cf. Société d'édition Les Belles Lettres, Texte établi et traduit par Paul MAZON, 1997, Tome II, Notice générale, Vers 486-489, p. 150-151.
De même, bien plus tard, dans la littérature française, Corneille y fait référence dans *Le Cid*. En effet, Don Fernand qui doit rendre un jugement prend en considération l'équité en énonçant :
« Quand on rend la justice, on met tout en balance :
On a tué ton père, il était l'agresseur,
Et la même équité m'ordonne la douceur.»
Cf. *Le Cid*, IV, 5, v. 1396-1398, cité par J.-L. MESTRE, « Corneille et le droit », in *Droit et théâtre*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, *op. cit.*, p. 130.

[278] D'ailleurs depuis le droit romain, l'équité n'a jamais été complètement étrangère au droit même si elle se différencie de ce dernier. Des exemples tels que l'effet juridique de l'obligation naturelle, l'adage *fraus omnia corrumpit*, et la théorie de l'abus de droit le prouvent. Cf. W. BARANES, « Le droit naturel », in *La justice, L'obligation impossible, op.cit.*, p. 86-87. Cf. aussi Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé, op. cit.*, n° 30-31, p. 23-24.

équité[279], c'est-à-dire en amiable compositeur[280], de la même façon que les arbitres[281], chaque affaire impliquant ainsi une solution particulière[282]. Ainsi, s'il est vrai que la procédure « n'a pas toujours bonne réputation »[283], nous pouvons nous interroger sur l'évolution de son image et sur l'éventuelle incidence de cette dernière sur la stratégie procédurale.

16. L'évolution de l'image de la procédure et ses répercussions possibles sur la stratégie procédurale – Si l'allégorie de la Justice bénéficie d'une certaine « permanence » dans sa signification, se dessine néanmoins une évolution concernant ses symboles qui laisse peut-être augurer une autre façon d'appréhender le rituel du procès. En effet, alors que pendant longtemps, le glaive a signifié le moyen permettant de mettre en œuvre les peines corporelles et de servir la justice privée, aujourd'hui, « il est une arme de décision »[284] et représente ainsi la décision du juge, la force, « la puissance » [285]. Concernant le symbole de la balance, la suppression du poids est considérée comme l'affirmation de l'équité de la Justice[286]. De plus, selon Huizinga, la balance devient le symbole du « risque d'une entreprise hasardeuse »[287]. Par ailleurs, souvent, la

---

[279] Cela avait été interdit, en raison des antécédents historiques, par l'article 208 de l'Ordonnance de Blois en mai 1579, puis par l'article 6 de l'Ordonnance civile de Colbert ayant trait à la réforme de la justice en avril 1667. Cette défiance portée à l'égard de la notion d'équité s'est d'ailleurs maintenue au XXième siècle. Cf. Ch. ALBIGES, « L'équité dans le jugement, Etude de droit privé », in *L'équité dans le jugement*, Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Sous la direction de M.-L. PAVIA, L'Harmattan, 2003, p. 110.

[280] A. WEBER, « Pratiques : danse avec les juges », in *La justice, L'obligation impossible, op.cit.*, p. 207.

[281] F. ZENATI, « Le citoyen plaideur », in *La justice, L'obligation impossible*, op. cit., p. 202. C'est-à-dire en ne fondant pas son jugement sur les règles de droit. Cf. Ch. ALBIGES, « L'équité dans le jugement, Etude de droit privé », in *L'équité dans le jugement*, Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Sous la direction de M.-L. PAVIA, *op. cit.*, p. 108. La présence de l'équité dans le jugement a pour but de pallier les imperfections du droit comme le pense Aristote qui énonce dans *Ethique de Nicomaque*, que la singularité de l'équité *« consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général »*. Cf. ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, Traduction, préface et notes par Jean Voilquin, Flammarion, Paris, 1992, Livre V, Chapitre X, p. 163. Cf. aussi G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 16, p. 83 ; M. BESSONE, *La justice*, Flammarion, Paris, 2000, p. 216. Comme le dit saint Thomas : « l'équité ne va pas contre ce qui est juste en soi, mais contre ce qui est juste selon la loi ». Cf. Somme théologique, II a, II, ae, Q 120, A I, ad 1, 2, cité par F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n°16, p. 14. Toutefois, le jugement « en équité » et le jugement « en droit » ne s'opposent pas obligatoirement. L'amiable compositeur a la possibilité de statuer en droit. Cf. J. BEGUIN, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, *op. cit.*, n° 7, p. 3, n° 11, p. 4.

[282] E. LOQUIN, « Equité », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 425.

[283] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile*, *Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 2, p. 1.

[284] J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 14, p. 22-23.

[285] Qui renvoie à l'image du droit en Grèce, représenté par « Athéna pensive appuyée sur sa lance ». Cf. A. MALRAUX, *Hommage à la Grèce*, Discours, 1959, *in* Pléiade, *Œuvres complètes*, t.III, 1996, p. 921 et s., sp. p. 922, cité par Ph. MALAURIE, *Droit et littérature*, *op. cit.*, p. 16. Cf. aussi X. LABBEE, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Préface J.-J. TAISNE, *op. cit.*, p. 10.

[286] C.-N. ROBERT, « Bandeau, Glaive et Balance », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 122. Cf. aussi L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, *Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 7, p. 193.

[287] *Homo ludens*, trad. Italienne : *Homo ludens*, Torino, 1946, p. 122, cité par S. ANDRINI, « Huizinga et le droit : le procès et le jeu en Italie », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 54.

Justice est représentée avec les yeux bandés[288] comme en fait état P. de Ronsard[289] pour montrer d'une manière générale l'impartialité du juge[290]. Mais si cette dernière est importante et qui plus est, fait partie des dispositions relatives au droit à un procès équitable, on préfère désormais que la Justice soit représentée avec les yeux ouverts[291] telle qu'elle apparaît dans l'allégorie de Raphaël dans une des *Stanza della Signatura* du musée du Vatican. En effet, l'exigence d'efficacité eu égard aux décisions « judiciaires » et arbitrales est telle que la justice doit avoir les yeux ouverts pour rendre « une justice sur mesure »[292]. Cette image est plus conforme à celle que nous présente Raphaël, d'autant que dans l'allégorie de ce dernier, la Justice est représentée avec le Courage, la Sagesse et la Tempérance, qui ensemble font référence aux quatre vertus cardinales. La sagesse plus particulièrement renvoie à l'adaptation de la loi au cas d'espèce considéré mettant ainsi en exergue le pouvoir créateur du droit de la jurisprudence[293]. Ainsi, cette nouvelle représentation de la Justice notamment avec les yeux ouverts est en accord avec l'esprit des réformes qui tend à faire obstacle à l'usage à mauvais escient des règles de procédure. Si Kant sépare le droit de la morale[294], et que Kelsen envisage le droit comme devant être détaché de toutes considérations non juridiques[295], Georges Ripert, au XXe siècle, dans son ouvrage intitulé *La règle morale dans les obligations civiles* énonce que la morale a une incidence sur le droit comme le montre la prise en compte par les juges de la bonne foi des parties dans

---

[288] Dont l'origine remonte à l'illustration d'un ouvrage intitulé *La Nef des Fous*, publié en 1494 par Sébastien Brant, doyen de la faculté de droit de Bâle. En effet, afin d'illustrer une fable énonçant qu'il est inutile d'ester en justice pour les petites causes, l'une des gravures de cet ouvrage représente la Justice en présence d'un fou qui lui met un bandeau sur les yeux pour insister sur l'aveuglement de celle-ci et l'égarement du droit dans les cas de vaines querelles. Mais dès 1531, le jurisconsulte A. Alciat, donne un autre sens à la cécité des juges qui apparaît désormais comme le synonyme de l'impartialité de la justice. Cf. C.-N. ROBERT, « Bandeau, Glaive et Balance », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, op. cit., p. 123.

[289] Qui énonce dans le *Premier Livre des Hymnes*, De la Justice :
« Comme il disait tels mots, de Justice entourna
Les yeux d'un bandeau noir, et puis il lui donna
Une balance d'or dedans la main senestre,
Le glaive, pour punir ceux qui seront mauvais ;
La balance, à poiser (peser) également les faits
Des grands et des petits, comme équité l'ordonne ;
Le bandeau, pour ne voir en jugement personne. »
Cité par J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 18, p. 24.

[290] L'on énonce en effet que *« ses yeux sont bandés en direction des situations singulières »*. Cf. P. RICOEUR, *Le juste, la justice et son échec, op. cit.*, p. 16.

[291] Le juge doit en effet pouvoir prendre en compte le système économique et social et « les effets collectifs de l'acte particulier de juger ». Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « Légitimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils », in *Droit et économie du procès civil, op. cit.*, p. 9.

[292] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD, op. cit.*, p. 727.

[293] *Ibid*. Cf. aussi L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code, op. cit.*, n° 1, p. 66-67.

[294] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n° 39, p. 51-52. Bien qu'il pense que l'Etat de droit « doit conduire les hommes vers la moralité universelle ». Cf. aussi P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Librairie du Recueil Sirey, 2ième édition, 1951, p.42-43 ; D. TOURET, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit, op.cit.*, n° 321, p. 138.

[295] *Théorie pure du droit*, Traduit par C. EISENMANN, Editions Bruylant, L.G.D.J., E.J.A., 1999, spéc. p. 9 ; p. 73-76. Cf. aussi D. TOURET, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit, op.cit.*, n° 278, p. 124.

l'exécution de leurs obligations respectives[296]. Par ailleurs, selon lui, la morale joue un rôle important dans l'élaboration du droit[297]. Or s'il en est ainsi pour les règles matérielles[298], l'on peut penser qu'il en aille de même pour les règles procédurales. Selon la commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Serge Guinchard, les garanties d'une bonne justice que chaque Etat doit aux justiciables sont les suivantes : *« garantie du droit effectif à un juge, garantie d'un « bon » juge (indépendant et impartial, soucieux de l'équilibre des intérêts en présence et assurant l'égalité des armes entre les parties) et garantie du droit à l'exécution de la décision du juge. En effet, la Justice, considérée à la fois sous l'angle de l'organisation judiciaire et de la procédure suivie devant les juridictions, se définit, fondamentalement, comme la garantie de la garantie des droits »*[299]. La réforme a pour but l'apaisement des passions. Si d'une manière générale, les réformes tendent à lutter contre la lenteur de la procédure[300], certaines d'entre elles visent plus particulièrement à éradiquer la possibilité pour l'une des parties d'utiliser les règles de procédure dans l'unique fin de ralentir la procédure[301]. En effet, toutes les réformes préconisées tant en matière européenne[302] que nationale, souhaitent éviter les

---

[296] Cf. J. GHESTIN, « Essai sur le droit, la morale et la religion », in *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT, Liber amicorum, op. cit.*, n° 11, p. 161 ; F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Volume 2, Le mirage de la justice sociale, *op. cit.*, p. 67 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Domat droit privé, Montchrestien, L.G.D.J., 13ième édition, 2007, n° 24, p. 23-24 ; Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Editions Litec, 1994, p. 21 ; L. GRYNBAUM, « Les objectifs en droit civil », in *Les objectifs dans le droit, op. cit.*, p. 168.

[297] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4ième édition, Paris, 1949, n° 2, p. 5 ; n° 15, p. 24-25. Cf. aussi J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n° 39, p. 52 et G. DEL VECCHIO, *La Justice-La Vérité, Essais de philosophie juridique et morale*, op. cit., p. 209-210.

[298] Comme le montre, par exemple, la loi du 3 décembre 2001visant à mettre à égalité la situation entre les enfants adultérins, naturels simples et légitimes. Cf. H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, Editions du Juris-Classeur, Juin 2003, n° 12, p. 9.

[299] La commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *Rapport au Garde des Sceaux, op. cit.*, p. 32.

[300] Par exemple, on constate que le délai de la péremption a été raccourci d'un an puisque selon l'article 397 de l'ancien Code de procédure civile, il était de trois ans. De même, le délai d'appel a varié au cours du temps, alors que pendant longtemps qu'il a été de 30 ans, ensuite, certes avec des exceptions, il a été de 10 ans à compter du jour de la signification en application de l'article 17 du titre 27 de l'ordonnance de 1667, puis de trois mois selon l'artice 443 de l'ancien Code de procédure civile et de deux mois avec la loi du 3 mai 1862. Cf. POTHIER, *Œuvres de Pothier, Traité de procédure civile, Traité de la procédure criminelle*, T. X, Cosse et N. Delamotte imprimeurs-éditeurs, Paris, 1848, n° 246, p. 109 ; n° 337, p. 154 et note de bas de page n° 1, p. 155, et E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française, op. cit.*, p. 100-101. Aujourd'hui, l'article 538 du CPC énonce le principe selon lequel le délai d'appel est d'un mois en matière contentieuse, mais de nombreuses exceptions réduisent ce délai à quinze jours. Cf. J. JUNILLON, « Appel », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, *op. cit.*, n° 541.291, p. 1341.

[301] D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 2003, n° 16, p. 19.

[302] Par exemple, l'on peut citer une Recommandation de 1984 du Comité des ministres qui imposait notamment aux parties de présenter leurs prétentions et moyens de preuve dès le début du procès, ainsi qu'une Recommandation de 1995 ayant trait aux voies de recours en matière civile qui prévoyait l'exécution immédiate des décisions et surtout la limitation en appel du nombre d'écritures échangées « dans la mesure où l'affaire a déjà été examinée en première instance ». Par ailleurs, il résultait d'un avis, présenté en 2004 par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), la volonté de laisser au juge le pouvoir de rejeter les productions de pièces tardives et le changement des éléments du litige en appel, ainsi que l'instauration de l'exécution immédiate des jugements de première instance et d'un contrôle des recours abusifs. Cf. A. LACABARATS, « La réception du nouveau Code de procédure civile par la jurisprudence », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 43-44.

stratégies procédurales dilatoires[303]. Par exemple, en ce qui concerne plus particulièrement le droit national, l'instauration de l'exception d'inconstitutionnalité[304] envisage différentes modalités susceptibles de faire obstacle à la mise en œuvre de « procédures dilatoires qui ralentiraient ou paralyseraient l'action de la justice »[305]. De même, si le rapport Magendie I réforme la procédure de première instance afin d'éviter un appel[306], le Rapport Magendie II tend à permettre aux cours d'appel de rendre leurs décisions dans des délais raisonnables[307] pour dissuader les plaideurs de mauvaise foi d'utiliser la procédure d'appel dans un but dilatoire[308]. Il en est de même en ce qui concerne la jurisprudence eu égard à certains arrêts qui visent à

---

[303] Notons que des réformes anciennes poursuivaient déjà cet objectif. Cf. M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, « Chicane », *op. cit.*, p. 289. Par exemple, l'ordonnance de Montil-lès-Tours du 15 avril 1453 et l'ordonnance d'Ys-sur-Thylle d'octobre 1535 interdirent le cumul du possessoire et du pétitoire afin d'empêcher le demandeur de retarder l'instruction du possessoire en faisant état d'un motif pétitoire lui permettant ensuite d'obtenir la jonction avec l'instance concernant le fond du droit. Cf. T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 67-68. Par ailleurs, dès 1658, les parlementaires avaient « taxé d'amendes les procès qui tiraient en longueur ». Cf. C. LECOMTE, « De l'immobilisme en procédure civile, du Code de 1806 au XXième siècle », in *Coutumes, doctrine et droit savant*, Colloque des 20 et 21 octobre 2006, organisé par l'Institut d'Histoire du droit, Sous la responsabilité de J.-M. Augustin et V. Gazeau, *op. cit.*, p. 252. De même, l'article 1er du titre 25 de l'ordonnance de 1667 imposait à tous les juges de juger les affaires en état d'être jugées, sous peine de répondre en leur nom des dommages-intérêts des parties. Cf. POTHIER, *Œuvres de Pothier, Traité de procédure civile, Traité de la procédure criminelle*, *op. cit.*, n° 251, p. 112. De plus, cette ordonnance visait à décourager les appels dilatoires en appliquant le principe de l'exécution par provision des jugements. Cf. P. BASTIEN, B. GARNOT, H. PIANT, E. WENZEL, *La justice et l'histoire, Sources judiciaires à l'époque moderne (XVIe, XVIIe, XVIIIe siècles)*, Ouvrage dirigé par B. Garnot, Collection dirigée par N. Vivier, Editions Bréal, 2006, p. 183. Plus près de nous, on peut citer le décret-loi du 30 octobre 1935 qui a interdit le « défaut faute de conclure » car il s'agissait d'un instrument souvent utilisé pour ralentir le procès. Cf. L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, *op. cit.*, p. 119. Ce même décret-loi a aussi souhaité éviter qu'un procès ne se prolonge dans un esprit de chicane en soumettant les fins de non-recevoir au régime des exceptions. Cf. T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, *op. cit.*, n° 146, p. 99. Ainsi, la volonté de moderniser le Code de procédure civile de 1807 résultait essentiellement des critiques tenant aux complications et aux lenteurs de la procédure. Cf. R. DEGOUY, « La réforme de la procédure civile », *J.C.P.*, 1949, I, 790 ; F.TERRE, « La réception du nouveau Code de procédure civile par la doctrine », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 29 ; M. BANDRAC, « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile », *J.C.P.*, G, 1976, I, 2799, n° 23 ; B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., *op. cit.*, n° 7, p. 15 ; H. MICHAUX, *De la procédure d'enquête en matière civile*, th., Faculté de Droit de l'Université de Paris, Pédone, Paris, 1910, p. 18-19. Cf. aussi C. PARODI, « L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile », *Defrénois*, 1976, Art. 31120, p. 757.

[304] Appelée par la loi organique du 10 décembre 2009 « question prioritaire de constitutionnalité ». Cf. B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit, A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *J.C.P.*, G., 2009, n° 52, 602, p. 56.

[305] R. BADINTER, « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Editions Dalloz, 2009, p. 46. Cf. aussi E. ROYER, « Un projet de loi organique pour la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité », *D.* 2009, Actualité législative, p. 1006 et B. MATHIEU, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit, A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *J.C.P.*, G., 2009, *op. cit.*, p. 58-59.

[306] « Rendre une justice de qualité en première instance peut en effet éviter bien des appels ». Cf. J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, p. 12.

[307] *Ibid.*

[308] G. CANIVET, « Avant-propos, De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. XXXII.

« rationaliser et moraliser les stratégies judiciaires »[309] ainsi qu'à contribuer à la consécration d'un principe de loyauté en matière procédurale[310]. Les règles de procédure qui font le « délice » des avocats[311] ne doivent donc pas être considérées comme « de simples boîtes à outils »[312] mais comme des moyens permettant de tendre à une certaine loyauté en la matière[313]. En outre, les principes européens garantissant le droit à un procès équitable énoncés notamment à l'article 6 §1 de la Conv. ESDH font obstacle à la mise en oeuvre des règles de procédure utilisées dans un esprit de chicane, à mauvais escient, par le biais d'une tactique purement dilatoire[314]. Mais existe-t-il une stratégie d'anticipation en matière procédurale ? Inévitablement, cette interrogation nous conduit à nous pencher sur l'objet de notre recherche.

17. Objet de la recherche – Il y a plusieurs façons d'envisager la réponse à cette question et notamment celle tendant à rechercher s'il existe, à l'image d'une théorie générale du procès, une stratégie d'anticipation procédurale générale susceptible de s'appliquer à l'ensemble des trois contentieux pénal, civil et administratif. Pour ce faire, il faudrait au préalable envisager la stratégie dans chaque contentieux séparément afin de tenter de dégager des éventuelles ressemblances et distinctions ressortant de ces différentes études une conclusion permettant de faire état d'une stratégie générale embrasant les trois contentieux ou au contraire d'une stratégie propre à chaque contentieux, celle-là n'excluant pas obligatoirement celle-ci. Or, des études étant

---

[309] N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, *op. cit.*, p. 199.

[310] *Ibid.*, p. 202. Cf. aussi S. GUINCHARD, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de « changer le fondement juridique des demandes », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, *op. cit.*, p. 381-385 ; M. DOUCHY-OUDOT, « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.*, 15-17 nov. 2009, spéc. p. 6-7.

[311] J.-D. BREDIN, *Mots et Pas Perdus, Images du Palais*, Plon, 2005, p. 29. Cette expression est également employée par un magistrat lorsqu'il écrit à propos du justiciable que celui-ci *« ne va pas tarder à découvrir avec volupté les délices insoupçonnées de la procédure qui vont lui permettre de ferrailler devant toutes les juridictions »*. Cf. M. AYDALOT, *Magistrat*, *op. cit.*, p. 138.

[312] J.-L. NADAL et P. GHALEH-MARZBAN « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, *op. cit.*, p. 288. Dont il convient de connaître les pièges. Pour une analyse en droit belge, cf. J. ENGLEBERT, « Les pièges de la procédure civile », in *Les pièges des procédures*, Editions Jeune Barreau, Bruxelles, 2005, p. 11.

[313] L'évolution de ces dernières permet, en effet, de discerner *« l'émergence de nouveaux principes directeurs du procès qui traduisent les besoins de davantage de dialogue pour assurer l'écoute de l'Autre, de loyauté pour concrétiser la confiance légitime dans l'adversaire et dans le juge, mais aussi de célérité, forme moderne du besoin de proximité »*. Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel*, *Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 6, p. 9. Cf. aussi M.- E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2003 ; D. d'AMBRA, « Du déclin des codes », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, *op. cit.*, p. 153 ; J.-C. MAGENDIE, « Loyauté, dialogue, célérité : trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice… », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, op. cit.*, p. 329 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, op. cit.*, n° 7 et s., p. 418 et s.

[314] Une amélioration de l'application de cet article fait d'ailleurs partie des objectifs de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice. Cf. J. JEHL, « Efficacité de la justice : les petits pas de l'Europe des 47 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 51, 1428, p. 2558.

en cours ou ayant déjà été effectuées en matière administrative et pénale[315], reste le contentieux civil auquel nous faisons le choix de consacrer notre réflexion qui pourra d'ailleurs peut-être contribuer à l'élaboration d'une autre thèse en droit processuel sur ce thème. Néanmoins, nous effectuerons des parallèles avec les autres contentieux afin de nourrir la réflexion en la matière. Au sein même du contentieux civil, il convient également de nous demander s'il existe une stratégie procédurale générale par opposition à des stratégies spéciales ou bien encore une stratégie propre à chaque cas d'espèce. De manière plus précise, l'objet de notre étude consiste à rechercher s'il existe un usage stratégique des règles de procédure dans le but d'obtenir le résultat prévu au départ. Tel est en effet l'enjeu de la liberté procédurale laissée aux justiciables. Pour ce faire, il convient de démontrer, en cas de concurrence d'actions susceptibles d'aboutir à un même résultat, que l'une d'elles pourra au final être plus satisfactoire qu'une autre dans un contexte déterminé ou bien encore, en fonction du résultat à atteindre, que l'évaluation des chances de succès d'une action en justice peut dissuader les litigants d'intenter une action en justice et les inciter ainsi soit à abdiquer, soit à mettre en œuvre d'autres modes de résolution des conflits[316]. En effet, l'étude de la « stratégie procédurale » ne consiste pas seulement dans le choix le plus opportun entre deux procédures possibles devant se dérouler devant le juge étatique mais comprend aussi la recherche de l'intérêt d'effectuer une action en justice au regard de l'avantage escompté par rapport aux autres modes de résolution des conflits parmi lesquels l'on peut citer les modes volontaires de résolution du litige tels que, l'abdication, la conciliation, la médiation[317], la convention participative de négociation assistée par avocat, la transaction, ainsi qu'un mode particulier qui a une nature mixte : l'arbitrage[318]. Afin de faire un choix entre ces différentes options, il convient de prendre en compte le rôle respectif du juge et des parties concernant les divers stades de la procédure tels que « l'introduction de l'instance, l'émission des prétentions des parties[319], l'argumentation sur laquelle elles se fondent, la conduite de

---

[315] En plus des références citées dans la note de bas de page n° 98, on peut évoquer le dossier sur le thème de la stratégie en matière pénale intitulé de la façon suivante : « L'avocat et l'investigation du fait : quelle stratégie pour la défense ? » et divers articles qui en font partie. L'avocat a d'ailleurs été qualifié de « marchand de résultat ». La stratégie varie selon qu'il est l'avocat de la partie civile ou l'avocat de la défense. Cf. Ph. VOULAND, « La défense pénale est un métier », *Act. Jur. pénal*, 2007, p. 302-303. La stratégie se manifeste notamment par le biais de la rédaction des mémoires en défense et ainsi de l'utilisation du dossier de l'instruction dans lequel il fait état des étapes de ses actions et de ses moyens de défense. Cf. F. SAINT-PIERRE, « L'avocat face au dossier de la procédure », *ibid.*, p. 306. De manière encore plus précise, la stratégie est très visible dans le cadre du choix de la sanction. Cf. A. MOLLA, « L'avocat face à son client », *ibid.*, p. 309.

[316] B. DEFFAINS, « Economie de la justice », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 398-400.

[317] Si parfois la conciliation ou la médiation résultent de l'initiative du juge, elles font toujours partie des modes volontaires de solution du litige. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op.cit.*, n°8, p. 45. Cf. aussi C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1010-1011.

[318] Cf. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 32.
En effet, l'arbitrage trouve son origine dans une convention mais il est un mode juridictionnel du litige. Cf. M.-C. RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 23 ; du même auteur, « Arbitrage », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 52.

[319] Par exemple, conformément à la mission du juge, il incombe à ce dernier de sanctionner la mise en œuvre du droit par les justiciables lorsqu'elle va à l'encontre de sa fonction sociale. D'une manière générale, le droit qui comprend tant les règles matérielles que sanctionnatrices, ne tend pas seulement à garantir la Justice mais aussi à assurer l'ordre et la sécurité qui diffèrent de l'idée de justice. Cf. H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 13, p. 9 ; n° 35, p. 16.

l'instruction, la production ou la recherche des preuves »[320]. Par ailleurs, lorsque le litige comporte un élément d'extranéité, en fonction de l'intérêt poursuivi par les parties, par exemple, s'il va de l'intérêt de ces dernières d'obtenir rapidement une décision exécutoire, nous rechercherons s'il existe une stratégie consistant à choisir la juridiction compétente en fonction notamment du lieu d'exécution de la décision de justice. En effet, il convient de tenir compte des difficultés susceptibles de résulter de l'exécution dans un pays d'une décision rendue dans un autre ordre juridique au regard des formalités qui varient d'un pays à un autre[321], bien qu'en matière européenne, des Règlements existent pour faciliter la circulation des décisions de justice et qu'une réflexion en la matière a déjà été effectuée[322]. Si nous parvenons à faire état d'une stratégie en matière procédurale nous nous demanderons si nous pouvons confirmer son association à des qualificatifs péjoratifs ou si une stratégie peut être habile sans être déloyale[323]. Ce faisant, nous nous intéresserons aux projets de réforme qui permettent d'envisager le procès d'un point de vue économique[324] et nous analyserons s'ils peuvent avoir une incidence sur la stratégie procédurale. Mais avant de rechercher l'existence d'une stratégie quelle qu'elle soit, il convient de s'intéresser au but à atteindre, ce qui implique de prendre en compte des éléments qui ne sont pas strictement d'ordre procédural.

18. La prise en compte d'éléments qui ne sont pas exclusivement d'ordre procédural dans le cadre de notre étude – Les différents buts à atteindre auxquels tend toute stratégie dépendent en matière procédurale de l'intérêt de chacun des litigants. De plus, l'attitude de ces derniers peut avoir un impact sur l'obtention du résultat. En effet, le comportement ou le mode de conduite expriment une façon d'agir qui n'est pas sans incidence sur le droit[325]. Par exemple, en présence d'un conflit d'intérêts entre les justiciables, l'obtention du résultat est certes peut-être liée à la façon d'utiliser les règles de procédure mais aussi à la manière de se défendre, c'est-

---

[320] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 339.

[321] B. ANCEL, « Droit international privé », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 495.

[322] G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, *op. cit.*

[323] La frontière entre les deux ne semble en effet pas facile à déterminer. Cf. Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, *op. cit.*, p. 357. Mais il arrive que *« le stratagème profite à qui l'a employé, qu'il soit pour lui-même la source de droits, qu'il confère à l'acte accompli sous son pavillon une validité que la franchise et la loyauté n'eussent pu lui conférer »*. Il a par exemple été admis que le partage soit dissimulé sous l'acte de la transaction. Cf. L. JOSSERAND, *Evolutions et Actualités, Conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 117 ; 127-128. Notons que d'une manière générale, comme en matière de jeux, si l'on respecte les règles, certaines manœuvres ne font pas obstacle au devoir de loyauté. Cf. G. DEL VECCHIO, *La Justice-La Vérité, Essais de philosophie juridique et morale*, *op. cit.*, p. 193 ; p. 200.

[324] C'est-à-dire de concevoir le service public en termes de rationalisation des coûts et de gestion des ressources ». Cf. N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, *op. cit.*, p. 200 ; H. CROZE, O. FRADIN, C. MOREL, *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique*, Editions LexisNexis, Litec, 4ième édition, 2008, n° 10, p. 6. L'on parle aussi de management judiciaire. D'ailleurs selon le principe 11.2 des Principes Unidroit de procédure civile transnationale, *la gestion du procès doit être efficiente et équitable*. Cf. L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, *op. cit.*, n° 3, p. 69 ; n° 4-7, p. 72-75 ; n° 12, p. 85. L'analyse économique du droit concerne également l'anticipation de l'interprétation des règles de droit par le juge. Cf. S. FEREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit, Calcul rationnel et interprétation du droit*, Collection Droit et Economie dirigée par Thierry KIRAT et Laurent VIDAL, Bruylant, Bruxelles, 2008, spéc. p. 168 et s.

[325] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 4 et n° 21, p. 16 et 27.

à-dire de riposter ou de déstabiliser, de surprendre ou bien encore de se montrer imprévisible. Si dans bien des cas, l'exercice d'une action en justice est lié à la protection d'un droit, certaines vérifications sont indispensables avant le procès[326]. En effet, une action en justice visant à obtenir le recouvrement d'une créance peut s'avérer inutile si le débiteur est insolvable[327]. Pour démontrer l'existence d'une stratégie, il faut en conséquence connaître la finalité recherchée par chacune des parties, analyser les éléments extérieurs, la réaction de la partie adverse, le contexte du conflit, sa nature, sa manière d'évoluer et donc en quelque sorte anticiper sur le déroulement de ces différents éléments afin de mettre en œuvre les moyens nécessaires à l'obtention du résultat souhaité. La difficulté réside dans le fait que certaines données sont fixes, alors que d'autres évoluent ou sont le fruit du hasard[328]. Il s'agit donc de se servir des éléments certains pour affronter l'inconnu qui se manifeste à travers l'évolution des mentalités, des comportements[329] et parfois même des buts à atteindre. Par ailleurs, même si l'on est tenté de faire rentrer dans la catégorie des éléments certains, la règle de droit ainsi que son application jurisprudentielle au regard de la notion de prévisibilité[330], ces dernières sont aussi suceptibles de changer[331], le principe de sécurité juridique n'étant pas consacré en droit positif[332]. Ainsi, conformément à la nouvelle interprétation du symbole de la balance qui lie la justice à un certain aléa, il convient de prendre en compte des éléments incertains dans le cadre de la stratégie afin

---

[326] Il s'agit par exemple d'obtenir certains renseignements : « identification de la personne et des biens, régime matrimonial du débiteur, rédaction rigoureuse du contrat, clauses dissuasives pour faire échec aux retards, indexation, clause pénale, intérêts conventionnels élevés, sûretés réelles, sûretés personnelles ». Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 111.72, p. 10.

[327] L'efficacité du jugement peut ainsi être sans portée en raison d'une exécution impossible. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, *op. cit.*, n° 111.32, p. 7.
Afin d'éviter que le débiteur n'organise son insolvabilité, le créancier peut user de différents moyens qui relèvent de l'ordre des garanties notamment avec la pratique des mesures conservatoires telles que les sûretés judiciaires ou les saisies conservatoires.

[328] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, *op. cit.*, n° 111.51, p. 9 ; N. CAYROL, « La saisine du juge », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, *op. cit.*, p. 100. Tel est le cas aussi en matière militaire. Cf. C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, *op. cit.*, n° 20, p. 64 ; p. 86 ; p. 167.

[329] B. DEFFAINS, « Jeux (théorie des) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 667.

[330] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, th., Préf. L. Leveneur, Collection Doctorat & Notariat, t. 35, Editions Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n° 31, p. 44-45.

[331] On peut faire la comparaison avec le jeu qui peut conduire à deux types de changement : *« d'une part, les transformations au sein du jeu : ce sont les interprétations nouvelles de règles inchangées qui déterminent de nouveaux « coups » ; d'autre part, les transformations des règles elles-mêmes qui conduisent à modifier, plus ou moins radicalement et rapidement, le jeu lui-même »*. Cf. M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, *op. cit.*, p. 165.

[332] Et il ne semble pas opportun de l'ériger en principe général du droit ou en droit subjectif. Cf. T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, th., Préf. L. Leveneur, *op. cit.*, n° 234, p. 449 ; n° 242-244, p. 464-468 ; n° 313, p. 590. Mais notons qu'il est « sous-jacent à de nombreuses décisions » du Conseil constitutionnel. Cf. L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 1377, p. 990-991 ; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA-SOLER, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 392, p. 398-399 ; F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », in « Le principe de sécurité juridique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 69. Tel est le cas notamment concernant la décision 2005-512 DC du 21 avril 2005. Cf. L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Editions Dalloz, 15ième édition, 2009, n° 7, p. 787. Cf. aussi J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique, Propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique*, *op. cit.*, p. 9.

d'évaluer si le risque pris est proportionnel au gain espéré[333]. Mais si l'on essaie de concilier des éléments certains avec des éléments plus incertains, l'on constate qu'il existe une infinité de combinaisons possibles[334]. Or, l'objet de notre étude n'est pas d'envisager toutes les hypothèses sinon le sujet serait étendu à l'infini, mais de partir de quelques exemples nous permettant d'en tirer des conclusions concernant la stratégie procédurale. Notre recherche s'inscrit avant le litige ou une fois le litige né, c'est-à-dire avant le procès. Parmi les différentes stratégies possibles avant d'intenter une action en justice, l'on peut distinguer celles qui concernent l'anticipation liée au litige de celles ayant trait à l'anticipation liée au procès. D'où la division de notre sujet en deux parties :

La stratégie d'anticipation appliquée au litige (Partie 1)

La stratégie d'anticipation appliquée au procès (Partie 2)

[333] F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, *op. cit.*, p. 10.

[334] Qui peuvent s'appliquer dans de nombreux domaines. En effet, comme l'énonce SUN TZU : « *Les notes de musique sont seulement au nombre de cinq, mais leurs combinaisons sont si nombreuses qu'il est impossible de les entendre toutes. Les couleurs fondamentales sont seulement au nombre de cinq, mais leurs combinaisons sont si innombrables qu'il est impossible à l'œil de les percevoir toutes. Les saveurs sont seulement au nombre de cinq mais elles donnent des mélanges si variés qu'il est impossible de les goûter tous. Au combat, seules existent la force normale et la force extraordinaire, mais leurs combinaisons sont illimitées ; nul esprit humain ne peut les saisir toutes* », in *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 162.

Première partie : La stratégie d'anticipation appliquée au litige

19. La stratégie d'anticipation – « Selon la formule consacrée *si vis pacem para bellum*, la stratégie victorieuse est celle qui a préparé aux combats des forces vives de la Nation durant le temps de paix qui précède la guerre »[335]. Ainsi, si dans le cadre militaire, la stratégie qui permet de gagner une guerre se prépare en temps de paix, on peut énoncer, en raisonnant par analogie, qu'en matière procédurale, une stratégie efficace se conçoit avant le procès et même avant la naissance du litige[336]. Il convient donc, avant le litige ou une fois le litige né, d'anticiper les différentes attitudes susceptibles d'être adoptées. On considère souvent que le litige est synonyme de procès[337], pourtant il convient de distinguer les deux termes[338]. Le litige, c'est-à-dire le *« différend[339] qui divise les sujets de droit[340] sur le règlement de leurs intérêts »*[341], ne conduit pas obligatoirement à un procès[342], mais il en est la matière, une fois la juridiction

---

[335] C'est en application de cette maxime que la IIIe République gagne la guerre de 14/18 et c'est pour avoir hésité dans ses choix stratégiques qu'elle perd celle de 1940. Cité par C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, Editions Dalloz, 2006, p. 13. Cf. aussi N. MACHIAVEL, *Le Prince*, Ch. XIV, in *Le Prince et autres textes*, Editions Gallimard, Folio classique, 1980, p. 98.

[336] Il en est de même dans le domaine de l'économie où la stratégie d'anticipation concerne principalement la prise en compte de l'évolution des consommateurs, de l'environnement et notamment de la concurrence. Cf. D. HURON, *Décisions et stratégies Marketing*, Gualino éditeur, EJA, Paris, 2007, n° 146, p. 163. De surcroît, l'anticipation dans le cadre des entreprises implique le recours à des programmes de *compliance* consistant à éviter le non-respect des normes juridiques et extra juridiques afin de ne pas entraver l'atteinte des objectifs escomptés. Cf. W. AYED, « Les programmes de *compliance* ou le management des risques de non-conformité », *J.C.P.*, G, 2011, 96, p. 190.

[337] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Litige », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 555.

[338] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, p. 287.

[339] Non encore porté devant le juge. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n°7, p. 44.

[340] Le différend doit être d'ordre juridique. *Ibid.*, n°7, p. 41. *« Le litige apparaît lorsqu'un obstacle vient s'opposer à une prétention »*. Cf. Ph. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 2, p. 854.

[341] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 2, p. 4. Mais le litige ne naît pas uniquement d'une opposition entre deux prétentions ayant un caractère juridique. En effet, une décision de justice peut résulter d'une procédure sur requête ou d'une procédure par défaut et est donc susceptible d'être prise à l'insu d'une personne pourtant concernée par cette dernière. *« Ce qui compte, en somme, c'est donc moins l'existence d'un désaccord que l'existence d'une situation d'incertitude juridique, née le plus souvent d'un conflit potentiel d'intérêts, pouvant donner lieu à une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause »*. Cf. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 6, p. 2-3. *« Schématiquement, le litige est un conflit de prétentions dont l'une, celle du défendeur, peut demeurer plus ou moins informulée »*. Cf. Ph. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 2, p. 854. Si le terme « litige » peut parfois être employé pour désigner la « contestation », le « désaccord », le « différend », le « conflit », certains auteurs le distinguent de ces derniers termes et notamment du conflit en énonçant qu'à la différence de ce dernier, le litige est « juridiquement connoté ». Cf. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 71-72, p. 291-294. Pour notre part, nous ne ferons pas la distinction entre ces différents termes.

[342] Car il peut se régler en dehors d'une procédure juridictionnelle. Cf. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 290.

saisie[343]. Or, puisque la stratégie suppose une faculté de choix entre plusieurs voies possibles, en matière procédurale, elle induit une option qui existe avant même l'introduction d'une instance entre d'une part, par exemple, la préconstitution d'une preuve, la prise de garanties ou bien encore la rédaction de clauses permettant d'éviter de recourir au juge étatique et d'autre part l'inaction. Concernant plus spécifiquement l'anticipation du litige qui nous intéresse dans le cadre de cette partie, nous nous réfèrerons à la stratégie permettant d'éviter un contentieux au sein d'une relation contractuelle et en cas de survenance de celui-ci à celle consistant à trouver une solution sans recourir aux juridictions étatiques. Afin de mieux rendre compte de la diversité des situations envisageables, nous illustrerons nos propos à travers des exemples concrets.

20. Hypothèses de travail – Bien que nous ne nous limiterons pas à ces exemples de départ, nous nous interrogerons sur les moyens d'éviter la survenance d'un litige, la saisine d'un juge et sur ceux permettant d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. Ainsi, en matière contractuelle, selon les termes et les clauses employés, un conflit d'interprétation du contrat est plus ou moins susceptible de naître. Par ailleurs, la violation par l'une des parties de ses obligations n'entraîne pas toujours un procès. Imaginons, dans un cas n°1, un contrat de vente de marchandises entre deux commerçants dont l'un revêt la qualité d'acquéreur et l'autre de fournisseur. Ce dernier se prémunit d'un éventuel non recouvrement de sa créance en prenant une garantie intitulée « garantie à première demande » à l'égard d'un tiers qui « s'engage à payer les sommes dues par le débiteur ». De plus, il s'assure contre les risques de perte, pendant le transport, des marchandises à livrer. Par ailleurs, le commerçant acquéreur, remet une somme d'argent à une personne qu'il connaît bien pour que celle-ci puisse investir dans une autre activité, notamment celle d'un club hippique. Dans un cas n° 2, nous nous réfèrerons à un contrat de bail dans lequel sont insérées plusieurs clauses : une clause énonçant que « le locataire prendra les locaux dans l'état dans lesquels ils se trouvent », une autre affirmant qu'il « ne pourra pas faire de travaux sans l'autorisation du propriétaire » ainsi qu'une clause résolutoire. Concernant le droit des contrats, en cas de litige entre deux contractants en raison d'un manquement par l'un d'entre eux à ses obligations, nous verrons si en fonction des clauses ayant trait au mode de règlement du litige, du pays dans lequel sont implantés les cocontractants, du lieu de l'exécution du contrat, de la nature du manquement aux obligations contractuelles, du comportement des contractants, et du but poursuivi par ces derniers, les solutions sur le fond du droit litigieux sont susceptibles de varier. Par exemple, si nous nous plaçons du côté du contractant, victime de l'inexécution, nous essaierons d'analyser dans quelles mesures ce dernier peut obtenir satisfaction dans un délai raisonnable. D'où l'analyse des prétentions en recherchant plus particulièrement les résultats économique et/ou social souhaités par ce dernier[344] et les règles permettant d'y aboutir.

---

[343] S. AMRANI-MEKKI, « Procès », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1083. Cf. aussi G. CORNU (Publié sous la direction de), « Litige », in *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 555.

[344] De manière plus concrète, il s'agit de savoir ce qu'attend le justiciable d'une action en justice. Les avantages peuvent être multiples, tels que par exemple des sommes d'argent, des interdictions, des astreintes, des intérêts moratoires ou compensatoires. Cf. Ph. BLONDEL, « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005),* Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *op. cit.*, p. 163-164.

21. La recherche des diverses solutions possibles applicables aux cas considérés – Certes, dans le cadre de cette première partie, nous envisagerons les mesures permettant, avant tout litige, de tendre au résultat souhaité au départ. Néanmoins, il paraît difficile de cloisonner les deux parties de notre étude étant donné que certains choix ne peuvent être effectués sans au préalable s'être interrogé sur des points qui intéressent le déroulement du procès. En effet, anticiper sur la façon de mettre fin au litige, c'est par exemple se renseigner sur les pouvoirs du juge susceptibles d'avoir une influence sur le résultat de l'action en justice souhaité par les parties entraînant dès lors un renvoi à nos développements se situant dans la deuxième partie.

22. Les moyens contractuels visant à anticiper le litige – Il existe de nombreux moyens en matière contractuelle qui permettent d'encadrer les pouvoirs du juge concernant l'interprétation du contrat ainsi que d'envisager, en cas de survenance d'un litige, les différents modes de règlement possibles de ce dernier. Par exemple, au sein de certains contrats, on constate l'insertion de clauses telles que les clauses d'arrangement amiable, les clauses d'exécution de bonne foi, de collaboration[345], les clauses résolutoires, les clauses d'information, d'exclusivité ou de fidélité, de renégociation, de conciliation, de médiation[346] ou compromissoires. Or, parmi ces différentes mesures permettant d'anticiper le litige, il convient de faire la distinction entre celles qui tendent à prévenir la survenance du litige ou à le résoudre (Titre 1) et celles qui prévoient son mode de règlement en dehors du recours aux juridictions étatiques (Titre 2).

---

[345] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 78, p. 58-59.

[346] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 507, p. 274.

Titre 1 : La stratégie dans les solutions contractuelles de prévention ou de résolution du litige

23. La nécessité d'user des moyens contractuels tendant à éviter un litige de nature à déclencher un procès – Il est important d'insérer des clauses dans le contrat tendant à éviter un procès car même dans les cas où ce dernier a de nombreuses chances d'être gagné, il entraîne nécessairement une perte de temps, des dépenses non négligeables et peut faire obstacle à la poursuite des relations contractuelles notamment en matière commerciale[347].

24. Les différentes façons d'éviter une action en justice – Il s'agit d'une part d'éviter qu'un contrat soit ambigu et qu'il déclenche ainsi des conflits d'interprétation (Chapitre 1) et d'autre part, en cas de manquement par l'une des parties à ses obligations, de résoudre directement le litige par le biais de certains procédés sans recourir au juge (Chapitre 2).

[347] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 79.

Chapitre 1 : La stratégie dans la prévention du litige

25. Les multiples éléments déclencheurs du litige – En matière contractuelle, il existe de nombreux éléments pouvant donner naissance à un litige. Ce dernier peut, par exemple, résulter d'un manquement par l'une des parties à ses obligations en raison d'un changement dans les circonstances économiques modifiant les données initiales du contrat, ou bien encore des difficultés dans l'interprétation des termes du contrat. Ceci nous amène à nous interroger sur les moyens permettant d'éviter la survenance d'un litige.

26. Les différentes façons de faire obstacle à la survenance d'un litige – Il est possible d'empêcher la naissance du litige par le biais d'une rédaction claire du contrat qui supprime les problèmes d'interprétation ou par le biais d'une clause de renégociation du contrat[348] ou encore en insérant une clause de transfert des risques à la charge de l'autre partie, c'est-à-dire en empêchant l'un des cocontractants d'élever des contestations envers l'autre[349]. Plus les parties sont précises dans la rédaction du contrat et plus elles limitent les conflits d'interprétation. De même, si elles anticipent la survenance d'événements susceptibles d'entraver le bon déroulement de l'exécution du contrat, elles augmentent les chances d'éviter de se heurter à une impossibilité d'exécution des obligations par l'une d'elles. D'où, tout d'abord, la recherche des sources des conflits d'interprétation (Section 1) afin, ensuite, de déceler les moyens permettant de s'en prémunir (Section 2).

Section 1 : L'anticipation de l'interprétation du contrat

27. Il est important de connaître précisément le contenu des obligations à accomplir par chacune des parties afin d'éviter les difficultés d'interprétations[350]. Lorsque les clauses contractuelles sont claires et précises, le juge doit les appliquer sans les dénaturer[351], mais la ligne de partage entre l'acte clair et l'acte ambigu est parfois difficile à tracer (§1). Par ailleurs, en présence d'un contrat obscur ou ambigu[352], le litige est souvent généré par l'incertitude de

---

[348] C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 142.

[349] Mais il faut bien en délimiter le domaine car les clauses faisant obstacle à l'exercice du droit d'agir en justice, qui est un droit fondamental, sont interdites. Cf. J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n° 1623-1624, p. 654-655.

[350] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 78.

[351] Ph. Le TOURNEAU, avec la participation de C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, Editions Dalloz, 9e édition, Paris, 2012, n° 3615, p. 1089.

[352] L'absence de clarté peut résulter tant de l'obscurité que de l'ambiguïté et que la Cour de cassation ne *« s'est pas arrêtée à cette légère différence qui sépare l'obscur de l'ambigu »*. Elle utilise en effet les deux termes indifféremment. Cf. C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, th., Préf. de Paul LAGARDE, Université de Nancy II, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Presses Universitaires de Grenoble, 1974, p. 176.

l'interprétation effectuée par le juge, ce dernier ayant un pouvoir souverain d'appréciation en la matière (§2).

§1 : La difficile ligne de partage entre l'acte clair et l'acte ambigu

28. L'absence d'interprétation possible par le juge d'un acte clair en conformité avec l'expression de la volonté commune des parties – *« Un texte clair ne s'interprète pas, il s'applique ; le juge qui se livrerait à l'interprétation d'un texte clair le dénaturerait »*[353]. La dénaturation[354], qui fait l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation[355], peut résulter d'un changement dans le sens d'une clause claire[356], d'une modification du contrat[357], mais aussi du non-respect de la volonté des parties, indépendamment de la lettre du texte[358]. Certes, d'une manière générale, la clarté des clauses contractuelles fait présumer que ces dernières sont en conformité avec la volonté interne des parties[359]. Toutefois, même en présence d'un acte clair, si le juge parvient à démontrer que la lettre du contrat ne correspond pas à la volonté des parties, il peut ne pas tenir compte des termes de ce dernier[360]. L'hypothèse s'est par exemple présentée au moment du passage des « anciens francs » aux « nouveaux francs », les parties s'exprimant dans le contrat avec des « nouveaux francs » souhaitaient, en réalité, faire référence à des « anciens francs »[361]. C'est ainsi que le juge peut aussi changer la dénomination du contrat choisie au départ par les parties. Par exemple, lors d'un conflit, si le juge constate des manquements par les parties aux obligations énoncées clairement dans le contrat, il peut tenir compte du

---

[353] H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, n° 344, p. 334.

[354] Se définissant comme *« l'erreur des juges du fond qui ont donné à un document de la cause, cependant clair et précis, un sens qu'il n'avait pas »*. Cf. J. VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *J.C.P.*, G, 1971, I, 2410, n° 2. Ou encore comme *« une erreur d'interprétation grossière, manifeste, d'un acte juridique par les juges du fond »*. Cf. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, Droit, 2004, n° 165, p. 434.

[355] C'est ce qui résulte d'un arrêt du 15 avril 1872 dans lequel, la Cour de cassation énonce : *« qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment »*. Cf. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous cet arrêt, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 161, p. 156.

[356] Par exemple, les juges de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont considéré dans un arrêt du 15 octobre 1973, qu'était claire et précise la clause d'un contrat qui prévoyait que celui-ci était conclu pour une durée de cinq ans, renouvelable sauf dénonciation avec préavis et sans indemnité. Ainsi, en l'espèce, en énonçant que la durée du contrat était incertaine, les juges du fond avaient dénaturé la clause claire et précise du contrat.Cf. *Bull.civ.*, IV, n° 278, p. 252.

[357] Consistant dans la suppression ou l'ajout d'un élément de ce dernier ou bien encore dans la transformation de la nature d'une obligation, par exemple en faisant d'une condition suspensive, une condition résolutoire. Cf. M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-43 à 331-47.

[358] H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, n° 355, p. 341-342. D'où « ce choix incessant, dont elle [la Cour de cassation] garde la maîtrise, entre « la lettre » et « l'esprit » de l'acte ». Cf. T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *J.C.P.*, G, 1981, I, 3023, n° 18.

[359] H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, n° 344, p. 335.

[360] H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, n° 344, p. 334-335.

[361] Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 29, p. 10 ; n° 65, p. 19.

comportement de ces dernières et requalifier le contrat[362] sans faire ainsi prévaloir la lettre de celui-ci[363]. Mais si tant la dénaturation que l'opération de requalification du contrat effectuées par le juge font l'objet d'un contrôle par le Cour de cassation, cette dernière ne donne pas de définition abstraite d'un acte clair et précis[364].

29. Les difficultés résultant de l'absence de définition abstraite donnée par la Cour de cassation d'un acte clair et précis – Il incombe à la Cour de cassation d'apprécier le caractère clair et précis de l'acte dont est invoqué le grief de dénaturation[365]. Par exemple, ont été considérés comme clairs et précis par la Cour de cassation, les termes d'un contrat énonçant que l'engagement d'une caution ne pouvait prendre fin que par lettre recommandée avec accusé de réception[366]. Pourtant, il est parfois difficile de déceler les critères sur lesquels elle se fonde pour en déduire que l'acte a été dénaturé par les juges du fond ou qu'au contraire l'ambiguïté de ce dernier nécessitait son interprétation[367]. Par exemple, dans un arrêt du 9 décembre 1975, la Chambre commerciale de la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir fait droit à l'exercice de l'action en garantie des vices cachés par l'acquéreur contre le vendeur en déclarant qu'est ambiguë la clause contractuelle énonçant que le camion d'occasion est vendu « dans l'état dans lequel il se trouve »[368] alors que dans un arrêt antérieur du 25 juin 1968, la première Chambre civile avait donné raison aux juges de la Cour d'appel qui n'y avaient pas fait droit en énonçant qu'était claire la clause concernant un matériel d'occasion vendu « dans l'état où il se

---

[362] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 182, p. 108.

[363] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, Droit, 2004, n° 164, p. 431.

[364] B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 92 ; M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 171-172, p. 111-112.

[365] J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, *Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3e édition, 2001, n° 27, p. 37. Pour ce faire, la Cour de cassation analyse la motivation des juges du fond énoncée dans la décision attaquée. Cf. G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Recueil Sirey, 1929, n° 151, p. 317.

[366] Cass. com., 15 nov. 1978, *Bull. civ.*, IV, n° 264, p. 218-219; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Recueil Sirey, 1929, n° 156-157, p. 329-333. Cf. aussi l'exemple donné dans le paragraphe précédent.

[367] *« Certaines clauses identiques ont été jugées tantôt équivoques, tantôt claires et précises »*. Cf. B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 92. *« La frontière demeure incertaine entre le clair et l'obscur, entre la tentative d'interprétation favorable au contractant en situation de faiblesse et le respect du contrat clair et précis par le juge ou l'arbitre »*. Cf. M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-41 ; T. IVAINER, « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, Chron., n° 29, p. 157 ; Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl.*, *Civil code*, *Art. 1156 à 1164*, *fasc. 20*, 2009, n° 11 et 61, p. 5 et 18 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1063, p. 2177. Certains auteurs affirment qu'*« il n'existe pas de critère en la matière »*. Cf. Ph. DELEBECQUE, F.- J. PANSIER, *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, n° 291, p. 150. Cf. aussi C. TALAMON, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de droit, 1926, p. 31 ; p. 47 ; p. 50. Ainsi, *« concernant le moyen de dénaturation, l'embarras des juges de cassation ne fait aucun doute »*. Cf. C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, th., Préf. de Paul LAGARDE, Université de Nancy II, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Presses Universitaires de Grenoble, 1974, p. 398 ; D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th., Préf. de Georges WIEDERKEHR, Bibliothèque de Droit privé, Tome 236, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 52-53 ; p. 148.

[368] *D.* 1976, Somm., p. 28.

trouvait »[369]. De même, dans un arrêt du 12 novembre 1975, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel pour avoir permis à des preneurs de condamner leurs bailleurs à effectuer des travaux de remise en état alors que la clause du bail énonçait que les preneurs avaient accepté de « prendre les locaux loués dans l'état où ils se trouvaient »[370]. En revanche, la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 10 janvier 2007 a effectué une interprétation stricte de la clause « prise des lieux en l'état », qui ne permettait pas d'exercer l'activité prévue au contrat[371]. Par ailleurs, ont été jugées comme imprécises la clause d'un contrat de mandat déclarant que le transitaire était chargé d'assurer les marchandises « contre les risques courus en manutention, déchargement et embarquement, jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée, valeur unitaire des plus grandes caisses »[372] et celle énonçant qu'une police d'assurance garantissait les dommages causés « par les tempêtes de vent sous toutes leurs formes, orages, ouragans et cyclones » pouvant ainsi comprendre les sinistres engendrés par la grêle[373]. De même, les juges de la troisième Chambre civile de Cour de cassation ont censuré les juges du fond dans un arrêt du 19 octobre 1971 pour avoir dénaturé la clause énonçant que les acquéreurs renoncent à tout recours contre leur vendeur « pour cause de mauvais état de la construction » en n'étendant pas son application à des vices cachés[374]. L'ambiguïté peut résulter de la possibilité de donner plusieurs sens à un mot ou une expression[375], de la difficulté consistant à déterminer la façon dont les obligations doivent être exécutées, de deux clauses claires inconciliables[376] ou bien encore des termes du contrat qui se heurtent à un contexte extérieur[377] ou à un changement de circonstances dans lequel les parties doivent exécuter leurs obligations[378]. Par ailleurs, l'acte clair est considéré comme tel par la Cour de cassation lorsqu'il

---

[369] En assimilant cette expression à une clause de non-garantie. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 183, p. 138-139.

[370] *D.* 1976, I.R., p. 13.

[371] JurisData n° 2007-327252, cité par Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 31, p. 10-11.

[372] Permettant ainsi aux juges du fond de décider qu'elle englobait tous les risques de pertes, y compris en cas d'incendie dans le cas où le matériel est entreposé avant d'être embarqué sur un autre navire. Cf. Cass. com., 11 janvier 1977, *Bull. civ.*, IV, n° 12, p. 9-10.

[373] Cass. civ., 1ère, 28 octobre 1970, *Bull. civ.*, I, n° 285, p. 233-234.

[374] *Bull. civ.*, III, n° 498, p. 355.

[375] Par exemple, il a été jugé dans un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 18 février 1976 que devait être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond l'interprétation des termes ambigus des clauses du cahier des charges d'un lotissement énonçant que « seules devaient être construites des maisons à usage d'habitation ». En l'espèce, la question se posait de savoir si cette expression permettait, hormis la construction de villas, celle d'un immeuble collectif. Ainsi les termes « maisons à usage d'habitation » pouvaient signifier plusieurs types de construction. Cf. *Bull. civ.* III, n° 70, p. 55.

[376] C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, th., Préf. de Paul LAGARDE, Université de Nancy II, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Presses Universitaires de Grenoble, 1974, p. 181-182.

[377] C'est-à-dire, par exemple, avec d'autres actes, antérieurs ou concomitants. Cf. Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 67, p. 20.

[378] J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3e édition, 2001, n° 27, p. 37-38. Par exemple, pour des raisons, qui ne résultent pas des parties, l'exécution du contrat peut devenir impossible. Ainsi, il a été admis par la Cour de cassation que, dans ce cas, l'on puisse substituer une prestation en espèces à l'exécution en nature d'un bail à nourriture. Cf. Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 36, p. 12. C'est ce que montre un arrêt du 6 mars 1990 dans lequel la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce *« que la conversion en une rente viagère de l'obligation principale de faire, qui découle du bail à nourriture, n'entraîne pas novation par changement d'objet de la convention ; qu'elle ne fait que substituer au mode d'exécution prévu au contrat un autre mode d'exécution mieux adapté aux circonstances »*. Cf. *Bull. civ.* IV, n° 69, p. 47.

est susceptible de produire un effet utile. Certes, la solution est conforme à la présomption selon laquelle la volonté des parties est de faire produire un effet utile à l'acte[379]. Pourtant, au final, en faisant produire à l'acte des effets « sous couvert de la recherche de volonté »[380] qui n'étaient pas obligatoirement voulus par les parties, il semblerait qu'il y ait un assouplissement du contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation. En outre, dans d'autres cas, les juges du fond ne sont pas censurés par la Cour de cassation pour dénaturation de l'acte, alors même que ce dernier est clair est précis, pour des raisons d'équité[381], bien qu'il existe des arrêts de la Cour de cassation en sens contraire. Ainsi, *« la Cour de cassation s'est réservée un redoutable pouvoir souverain : celui de décider de la clarté ou de l'ambiguïté des termes d'un acte juridique »*[382]. La difficulté consistant à déterminer la ligne de partage entre l'acte clair et l'acte ambigu est telle, qu'elle incite chacune des parties à effectuer une action en justice pour tenter d'obtenir du juge une interprétation du contrat en sa faveur[383], celui-ci bénéficiant d'un pouvoir souverain d'appréciation en la matière.

§2 : Les méthodes de règlement des conflits d'interprétation du contrat

30. Les méthodes d'interprétation du contrat – *« En droit, interpréter un contrat consiste à dégager le sens et la portée de ses clauses et à fixer l'étendue des droits et obligations des parties en respectant le plus fidèlement possible la pensée mal exprimée de celles-ci »*[384]. Pour ce faire, conformément à l'article 1156 du Code civil, il incombe au juge de rechercher l'intention commune des parties et, si cette dernière n'est pas visible, de faire application des articles 1157 à

---

[379] En effet, *« la politique suivie par la Cour Suprême laisse à penser que peut être présumée claire et précise, jusqu'à preuve contraire de la volonté des parties, la clause pourvue d'un effet utile, dans la mesure où la solution ne méconnaît pas gravement un impératif d'équité »*. Cf. B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 65, p. 47 ; n° 94, p. 61.

[380] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 82, p. 54.
« La prétendue commune intention des contractants est, en fait, une volonté moyenne de conclure un accord équitable entre contractants présumés raisonnables et désireux de sauvegarder l'efficacité de leur accord ». Cf. M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 452, p. 235.

[381] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 76, p. 51 ; n° 362, p. 207 ; n° 366 et s., p. 208 et s.

[382] T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *J.C.P.*, G, 1981, I, 3023, n° 15. Ainsi, *« la Cour de cassation se réserve le dernier mot »*. Cf. T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome VII, Paris, Librairie Cotillon, 1894, n° 88, p. 59 ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, Obligations, Contrat – Responsabilité, Droits réels, Biens – Propriété*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 459, p. 179 ; M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 252, p. 146-147.

[383] *« Combien de fois, d'ailleurs n'arrive-t-il pas, que les parties insèrent dans leurs conventions une clause ambiguë, chacune sous-entendant l'interprétation qui la favorise et espérant la faire prévaloir au cas de contestation »*. Cf. G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Recueil Sirey, 1929, n° 158, p. 335. L'ampleur du contentieux est confirmée par le site Internet de Legifrance qui laisse apparaître plus de 500 décisions dès lors que l'on insère les mots-clés « clauses ambiguës » et « interprétation » sur la base de données et plus de 600 si l'on y insère les termes « clauses claires et précises » et « dénaturation ». Cf. *site Internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr*).

[384] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-3.

1164 du même code[385]. Toutefois ces techniques d'interprétation ne sont pas impératives[386]. Les juges du fond bénéficiant d'un pouvoir souverain d'appréciation en la matière[387], il semble difficile de prévoir la solution sur le fond du droit litigieux. Certes, par le biais de la dénaturation de l'acte, on peut anticiper la solution rendue par le juge étant donné que le contrôle effectué par la Cour de cassation permet d'unifier la jurisprudence. Pourtant, il semble difficile d'être certain du résultat tant la recherche de la volonté commune des parties paraît parfois divinatoire[388]. En effet, *« la séparation du fait et du droit n'est pas seulement délicate, elle est impossible à maintenir »*[389].

Si le droit français ne permet pas au juge de modifier le contenu du contrat, en revanche, par le biais de son pouvoir d'interprétation, il peut néanmoins insérer de nouveaux éléments dans le contrat. En recherchant l'étendue des obligations de chacune des parties, l'interprétation ne doit pas s'entendre de manière trop étroite. Il convient d'adopter une définition large du terme interpréter, ce dernier consistant non seulement à *« déterminer la signification de la lettre du*

---

[385] Ph. Le TOURNEAU, avec la participation de C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, Editions Dalloz, 9e édition, Paris, 2012, n° 3616, p. 1089.

[386] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, Droit, 2004, n° 164, p. 431. Cf. Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 1, p. 3.

[387] C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans l'arrêt *Lubert* du 2 février 1808. Si elle était parvenue à la solution inverse, *« probablement aurait-elle plus tard inventé un moyen de revenir en arrière et d'abandonner une partie de ce contrôle démesuré »*. Cf. G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, *D.E.A. de Droit privé*, Les Cours de Droit, Paris, 1977, n° 154, p. 120. Ainsi, le manquement aux méthodes d'interprétation résultant des articles 1157 et suivants du Code civil ne permet pas de former un pourvoi en cassation. Cf. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous cet arrêt, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 160, p. 153-155. Il existe toutefois des exceptions notamment en ce qui concerne les contrats types de baux ruraux et les conventions collectives du travail dont l'interprétation est contrôlée par la Cour de cassation. Cf. Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 88-89, p. 25-26 ; M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 183, p. 115.

[388] G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, Obligations, Contrat – Responsabilité, Droits réels, Biens – Propriété*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 455, p. 177 ; M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-3. Ce même auteur énonce que *« l'interprétation contractuelle a ses propres mystères »*, in « L'interprétation et la rédaction des contrats : dix ans de jurisprudence », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007/n° 42, n° 64, p. 77. Cf. aussi Ph. SIMLER, « Interprétation des contrats. L'instrument : Notion, normes, champ d'application », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 10*, 2009, n° 25, p. 9 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, Editions Dalloz, 2012, 15e édition, n° 399, p. 399. *« Si souvent son choix nous a paru normal, nécessaire parfois, il est des cas où, en refusant d'appliquer logiquement la censure, la haute juridiction nous a semblé en revanche adopter une position inexplicable »*. Cf. C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, th., Préf. de Paul LAGARDE, Université de Nancy II, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Presses Universitaires de Grenoble, 1974, p. 398-399.

[389] G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Recueil Sirey, 1929, n° 162, p. 350.

contrat en fonction de la volonté des parties » mais aussi à en combler les lacunes[390]. De ce fait, en cas d'ambiguïté des termes, l'on peut dire que le juge *« supplée à une carence de la pensée »*[391]. D'où la possibilité pour le juge de se référer à la notion de bonne foi conformément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil et à l'équité en application de l'article 1135 du même Code[392]. Ainsi, on peut faire la distinction entre l'interprétation de nature « déclarative » qui *« vise à donner un sens et une portée aux termes ou aux clauses figurant dans l'acte litigieux »* et l'interprétation « complétive » qui *« a pour effet de déterminer des droits et obligations qui, à l'inverse, n'y figurent pas »*[393]. Si l'utilisation, par le juge, des techniques d'interprétation permet parfois d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux (A), le caractère supplétif de celles-ci ainsi que le recours à d'autres procédés y font parfois obstacle (B).

A. La prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux

31. L'opposition inopportune de la méthode dite « subjective » d'interprétation à la méthode dite « objective » - En application de l'article 1156 du Code civil, « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes »[394]. *« Si donc les effets d'une convention ne sont pas déterminés d'une façon certaine, le juge devra avant tout s'attacher à pénétrer l'âme même des contractants, pour savoir s'ils ont vraiment eu le dessein d'arriver à telle ou telle fin ; c'est donc à un vrai travail*

---

[390] *« L'interprétation d'un contrat conduit toujours à en pallier les lacunes »*. Cf. B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, th., Préf. F. Ferrand, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2001, n° 661, p. 180. Cf. aussi Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 2, p. 3. En effet, les *« difficultés surgissent lorsque le contrat est obscur, incomplet, ambigu ou contradictoire »*. Cf. Ph. DELEBECQUE, F.- J. PANSIER, *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, n° 287, p. 149 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 312, p. 298 ; M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 106, p. 71.

[391] T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *J.C.P.*, G, 1981, I, 3023, n° 53. Cf. aussi du même auteur, « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, Chron., p. 153.

[392] M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 516, p. 253 ; n° 529, p. 257.

[393] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 386, p. 222. La bonne foi joue donc un rôle subsidiaire ou complémentaire dans l'interprétation du contrat. Cf. Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Editions Litec, 1994, p. 17.

[394] Mais *« c'est seulement si les termes de la convention ne sont pas absolument clairs qu'on doit rechercher quelle a été la commune intention des contractants »*. Cf. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, T. I, 3ième édition, Librairie du Recueil J.-B. SIREY et du journal du Palais, L. LAROSE et L. TENIN, 1906, n° 554, p. 571. Il faut donc qu'il y ait un doute sur les termes du contrat. Cf. M. C. S. ZACHARIAE, M. C. AUBRY, M. C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. II, F. LAGIER, Librairie-Editeur, Strasbourg, 1839, n° 347, p. 479 ; M. L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil, Art. 1101 à 1386*, T. II, Art. 1146 à 1182, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, Librairies de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats, G. Pedone-Lauriel, Successeur, Paris, 1885, n° 4, p. 107 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon XXV, Livre troisième, Titre troisième, Traité des contrats ou des obligations*, T. II, Durand et Pédone Lauriel, Hachette et Cie, Cosse, Marchal, Billard, 1877, Paris, n° 4, p. 5 ; LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, T. XII, Treutel et Würtz, Librairies, Paris, 1828, n° 55, p. 92 ; n° 55, p. 154.

d'analyse psychologique qu'il doit se livrer »[395]. C'est en cela que l'on énonce que le juge recourt à une méthode dite subjective d'interprétation du contrat. Or, en cas d'obscurité ou d'ambiguïté de l'acte, si le juge doit, en premier lieu, rechercher la commune intention des parties[396], cette dernière étant difficile à déceler lorsqu'elle ne ressort pas des termes de l'acte[397], voire même parfois inexistante[398], il a, pour ce faire, la possibilité de se référer à des critères objectifs permettant d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. Ainsi, *« l'exigence de la communauté d'intention introduit dans l'article 1156 un élément d'objectivité »*[399]. Il semble donc vain *« d'opposer la méthode dite subjective d'interprétation à la méthode dite objective »*[400].

32. L'utilisation des critères objectifs dans la recherche de la volonté commune des parties – Les articles 1157 à 1164 du Code civil, sauf l'article 1162 *« ne sont que le développement de l'idée contenue dans l'article 1156, que le juge doit, avant tout, rechercher quelle a été la commune intention des parties pourvu cependant que cette intention paraisse douteuse »*[401] et comprennent des critères objectifs[402] tendant à prévoir la solution sur le fond du droit litigieux. En effet, d'une manière générale, le juge recherche la volonté des parties en se référant à des finalités objectives telles que par exemple la sauvegarde du contrat[403] ou l'utilité

---

[395] C. TALAMON, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de droit, 1926, p. 34-35. Cf. aussi J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1968, n° 3, p. 9.

[396] L'article 1156 du Code civil a valeur de principe au regard de sa première position dans le Code concernant l'interprétation du contrat. Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil*, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10e édition, 2009, n° 450, p. 466.

[397] En effet, *« comment concevoir une rencontre de deux volontés purement internes sans aucun message transmis d'une conscience à une autre… à moins qu'il ne s'agisse de professionnels de la télépathie ? »* Cf. J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, n° 5, p. 184. Cf. aussi D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations*, Cours magistral, Editions Ellipses, 2008, n° 223, p. 170.

[398] *« En présence d'une formule ambiguë, il est vraisemblable que chacune des parties lui a donné le sens qui lui est le plus favorable. Les parties n'ont pas eu une intention commune, mais des arrière-pensées différentes comme le sont leurs intérêts. En présence d'une lacune, il est vain de rechercher la solution dans l'intention commune des parties, car si cette difficulté avait été envisagée, chacune d'entre elles aurait essayé de la résoudre dans le sens qui lui est le plus favorable »*. Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil*, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10e édition, 2009, n° 448, p. 465. Cf. aussi G. MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Etudes sur le rôle du juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, T. V, Dalloz, 1950, p. 90 ; G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1905, p. 322 ; 446-447 ; 484 ; 486.

[399] J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1062, p. 2176. *« Souvent cet attachement à la méhode subjective n'est en réalité qu'une façade, qu'un paravent qui permet au juge de rechercher quelle est la solution objectivement, socialement la meilleure, c'est-à-dire la plus conforme à l'équité »*. Cf. C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, Gualino éditeur, EJA, Paris, 2e édition, 2007, n° 382, p. 222.

[400] J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, n° 6, p. 185.

[401] T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome VII, Paris, Librairie Cotillon, 1894, n° 175, p. 243.

[402] Ph. SIMLER, « Interprétation des contrats. L'instrument : Notion, normes, champ d'application », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 10*, 2009, n° 12, p. 5.

[403] T. IVAINER, « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, Chron., n° 18, p. 156.

de l'acte[404]. C'est ce qui résulte notamment de l'article 1157 du Code civil qui dispose que *« lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun »* mais aussi de l'article 4.5 des principes Unidroit[405] ainsi que des principes de droit européen des contrats[406]. Par exemple, dans un litige entre deux commerçants concernant le nombre de véhicules commandés, la Cour d'appel d'Amiens a pu décider que *« les conventions liant les parties doivent être interprétées dans un sens qui en rende l'exécution possible, leur intention commune ne pouvant, sauf erreur de l'une d'elles, avoir été de convenir de dispositions impossibles à remplir »*[407]. De même, dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 20 février 1975, afin de tendre à l'efficacité d'une clause pénale, il a été décidé que celle-ci, prévoyant le versement d'une certaine somme d'argent lors de toutes infractions à la clause de non-concurrence, devait être interprétée comme donnant lieu au paiement de la somme énoncée dans l'acte à chaque violation de ladite clause et non une fois dans son ensemble pour la totalité des infractions commises[408]. Le cas s'est aussi présenté pour les lettres d'intention[409] dont la rédaction est parfois dépourvue de clarté. Si la commune intention des parties n'apparaît pas dans l'acte[410], le juge l'interprète de façon à ce qu'elle soit efficace pour le créancier. Par exemple, il a été jugé qu'il ressortait une obligation de résultat de l'expression *« prendre toutes les dispositions nécessaires pour que (notre filiale) soit en mesure de tenir ses engagements à*

---

[404] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 44, p. 34-35 ; n° 89, p. 58.

[405] Selon lequel *« Les clauses d'un contrat s'interprètent dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet plutôt que dans le sens avec lequel certaines n'en auraient aucun »*. Tel est le cas aussi de l'article 1139-1 de l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

[406] G. ALPA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 18.

[407] Il s'agit d'un arrêt du 15 février 1977, *Universal c. Saint-Quentin Motoculture*, cité par B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 44, p. 34-35 ; n° 90, p. 59.

[408] Y. SERRA, Note sous cet arrêt, *D.* 1976, Jurisprudence, p. 142-144.

[409] Il existe deux types de lettres d'intention : *« Les lettres d'intention utilisées dans le domaine bancaire et qui s'apparentent dans certains cas au cautionnement et les lettres d'intention utilisées lors de la négociation du contrat »*. Cf. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th., Préf. de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, Tome 241, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 214, p. 139. Ici, nous faisons référence au premier type de lettres d'intention qui sont aussi appelées lettres de confort.

[410] Il convient en effet de rechercher l'existence d'un engagement juridique par le biais de l'analyse de la rédaction des lettres de confort. Selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mars 1989, *« la mesure exacte de l'engagement du souscripteur de la lettre d'intention résulte, dans chaque cas, de l'analyse des termes employés par celui-ci pour manifester sa volonté de s'engager aux côtés de sa filiale et d'une manière qui peut être plus ou moins contraignante »*, c'est-à-dire une obligation de moyen ou de résultat. Cf. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th., Bibliothèque de droit privé, Tome 241, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 247, p. 156. Cf. aussi A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th., Préf. de Jacques Mestre, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 1992, n° 711-719, p. 429-434.

votre égard »[411]. Dans un autre arrêt du 17 mai 2011 dans lequel une société mère avait énoncé que son engagement souscrit « inconditionnellement et irrévocablement » de faire en sorte que la situation financière et la gestion de sa filiale soient telles qu'elle puisse à tout moment respecter ses engagements, la Chambre commerciale a affirmé que celui-ci constituait une obligation de résultat[412]. Il semblerait que l'article 1157 du Code civil, qui tend à faire produire un effet utile aux clauses litigieuses, s'applique au contrat dans son ensemble[413]. En valorisant ainsi le contrat[414], on objectivise la volonté commune[415] qui entraîne une prévisibilité de la solution en la matière. Par ailleurs, cette objectivisation consistant à faire produire un effet utile au contrat semble inhérente à d'autres techniques d'interprétation. On peut prendre l'exemple de l'article 1161 du Code civil[416] ayant vocation à rechercher la commune intention des parties eu égard au contexte de l'acte. Pour ce faire, le juge tient compte de l'ensemble des clauses contractuelles puisque ces dernières peuvent donner un sens à la clause obscure[417]. Le même constat peut être effectué concernant l'application, par les juges, de l'article 1164 du Code civil selon lequel *« lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés »*. Cet article permet d'objectiviser la volonté commune des parties, celle-ci étant présumée souhaiter étendre l'engagement aux cas dont il n'est pas fait état dans l'acte. Mais au-delà de la recherche de l'utilité de l'acte, les magistrats interprètent le contrat conformément aux objectifs fixés par ce dernier en se fondant sur l'article 1158 du Code civil selon lequel *« les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat »*. De la même façon que pour les articles 1157 et 1161 du même code, il s'agit pour le juge de présumer l'intention des parties[418] comme allant dans un certain sens. D'où une certaine prévisibilité du résultat en la matière. D'ailleurs, il en est de même lorsque le juge se réfère aux usages pour interpréter le contrat en application des articles 1135, 1159 et 1160 du Code civil. En effet, l'usage conventionnel semble pouvoir être considéré *« comme une pratique*

---

[411] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 54, p. 40. Mais si, dans un arrêt du 27 février 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a aussi décidé que l'engagement consistant *« à faire en sorte que les besoins de trésorerie de la société soient assurés au mieux »* devait être considéré comme une obligation de résultat, selon un commentateur de cette décision, il s'agissait en l'espèce d'une obligation de payer une somme d'argent et non d'une obligation de faire, l'analogie avec le raisonnement effectué pour les lettres d'intention est donc inappropriée. Cf. F. DESCORPS DECLERE, Note sous cet arrêt, « L'engagement des actionnaires peut conduire à une obligation de résultat », *J.C.P.*, G, 2007, II, 10082, p. 38-39.

[412] Il s'agissait en l'espèce d'une obligation de faire. Cf. Ph. SIMLER, Note sous cet arrêt, n° 09-16.186 : *JurisData n° 2011-009082*, *J.C.P., N.*, 2011, n° 43-44, 1285, Chron., Droit des sûretés, n° 7, p. 43.

[413] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 101, p. 65.

[414] Ph. DELEBECQUE, F.- J. PANSIER, *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, n° 289, p. 149.

[415] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 95, p. 61.

[416] Qui dispose que : *« Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier »*.

[417] Il concilie ainsi les différentes clauses de façon à ce qu'elles tendent à l'efficacité de l'acte. Cf. B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 106, p. 68.

[418] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 138, p. 85-86.

sociale, constituant donc un indice objectif d'une volonté raisonnable »[419]. Or, on peut présumer que les parties tiennent compte des usages à défaut de volonté contraire clairement exprimée[420]. Les juges ont ainsi retenu une *« interprétation raisonnable conforme à la vie des affaires »*[421]. La connaissance des usages permet donc d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux et ainsi d'éviter la naissance d'un contentieux en raison de l'interprétation du contrat. Parmi les « données objectives », hormis le recours aux usages, on peut aussi se référer à la bonne foi et à l'équité[422]. Par exemple, concernant l'obligation de bonne foi[423], on peut présumer, que dans le cadre d'un contrat de transport, la volonté des parties est d'emprunter le chemin le plus court afin de rendre le coût du transport le moins onéreux possible[424]. La jurisprudence ne semble pas citer directement la notion de bonne foi[425] même si l'article 1134 alinéa 3 paraît concerner tant l'interprétation[426] du contrat que son exécution[427]. Il convient néanmoins de distinguer cette

---

[419] J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, n° 16, p. 195.

[420] C'est notamment ce qui ressort de deux arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendus le 9 janvier 2001. Dans les deux espèces, le litige concernait des professionnels exerçant la même profession. Dans l'un, il a été décidé que *« selon un usage constant entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes, sauf convention contraire »*, et dans l'autre, il a été retenu que même si les parties ne s'étaient pas expressément référées dans le contrat à l'usage selon lequel dans la profession de fileur d'aluminium, les filières restent la propriété du fabricant, celui-ci devait néanmoins s'appliquer. Cf. J. MESTRE et B. FAGES, Note sous ces arrêts, *R.T.D. civ.*, 2001, n° 1, p. 870-871. Mais on constate que l'adoption de l'article 1135 du Code civil a fait l'objet de discussions. Selon Monsieur Laucée, *« cet article peut entraîner de graves inconvénients. Il étend les engagements bien au-delà des bornes que le débiteur a consenti de leur donner. Il soumet même ce débiteur à des obligations qu'il n'a pu prévoir, car personne ne connaît tous les usages »*. Cf. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, T. XII, Treutel et Würtz, Librairies, Paris, 1828, n° 31, p. 140.

[421] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-40.

[422] D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th., Préf. de Georges WIEDERKEHR, Bibliothèque de Droit privé, Tome 236, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 45.

[423] Qui peut être définie dans un sens spécifique comme un *« comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation »* ou *« une attitude d'intégrité et d'honnêteté »* ou bien encore *« un esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime (bénéfice de la bonne foi) »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Bonne foi », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 119.

[424] G. MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Etudes sur le rôle du juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, T. V, Dalloz, 1950, p. 92. Cf. aussi J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1968, n° 39, p. 125.

[425] G. MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Etudes sur le rôle du juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, T. V, Dalloz, 1950, p. 92-93.

[426] En effet, la bonne foi *« apparaît comme un élément d'interprétation du contrat »*. Cf. A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, th., Préf. de Catherine Thibierge, Bibliothèque de droit privé, Tome 447, Paris, L.G.D.J., 2005, n° 472, p. 266 ; G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, D.E.A. de Droit privé*, Les Cours de Droit, Paris, 1977, n° 282, p. 210 ; A. BENABENT, « Rapport français », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Editions Litec, 1994, p. 294. Selon Beudant, *« toutes les conventions doivent être interprétées de bonne foi »*. D'ailleurs, selon cet auteur, les articles 1156 et suivants du Code civil *« sont une paraphrase prolixe et médiocrement heureuse de l'article 1134 alinéa 3 »*. Cf. Ch. BEUDANT, avec la collaboration de G. LAGARDE, *Cours de droit civil français. Les contrats et les obligations*, T. VIII, 2ième édition, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1936, n° 307, p. 222 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon XXV, Livre troisième, Titre troisième, Traité des contrats ou des obligations*, T. II, Durand et Pédone Lauriel, Hachette et Cie, Cosse, Marchal, Billard, 1877, Paris, n° 33, p. 38 ; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. IV, Delamotte et Fils, Editeurs, 7ième édition, Paris, 1873, n° 467, p. 404.

notion selon qu'elle concerne le contrat ou qu'elle s'attache uniquement au contractant. Dans le premier cas, en fonction de la nature du contrat, la notion de bonne foi peut être envisagée de manière objective alors que dans le second, elle implique une certaine subjectivité de la part du juge comme nous le verrons plus loin[428]. L'appréciation de cette notion peut aussi être effectuée par un arbitre[429]. D'ailleurs, il est énoncé à l'article 7 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 que *« le juge ou l'arbitre doit faire assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international »*[430]. Certes, l'obligation de bonne foi est comprise dans tous les contrats[431] mais elle n'implique peut-être pas dans tous les cas, les mêmes obligations. La question s'est posée par la suite de savoir si elle devait comprendre une obligation de renégocier le contrat notamment lorsque celui-ci se déroule sur une longue période étant ainsi susceptible de rencontrer des difficultés en raison d'un changement de circonstances économiques bouleversant son économie initiale. La jurisprudence ne semble toutefois pas être fixée en la matière. S'il ressort de la théorie de l'imprévision que la survenance d'événements imprévisibles bouleversant l'équilibre du contrat n'engendre pas la possibilité pour le juge de réviser le contrat[432], selon un auteur, une obligation de renégociation de celui-ci devrait découler, dans ce cas, du devoir de loyauté contractuelle[433]. Il semble d'ailleurs qu'il y ait une évolution en ce sens en la matière. En effet, si le juge a l'interdiction de modifier le contrat au regard de la théorie de l'imprévision alors que l'exécution est devenue impossible au regard d'un changement de circonstances indépendamment de la volonté des parties, un arrêt *Huard* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 novembre 1992 a condamné à des dommages-intérêts le contractant qui ne voulait pas modifier les conditions d'exécution des obligations de son cocontractant alors que

---

[427] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10e édition, 2009, n° 439, p. 455. Si selon une partie de la doctrine « l'exécution selon la bonne foi est en réalité une règle d'interprétation du contrat », pour certains auteurs, l'article 1134 alinéa 3 du Code civil a trait uniquement à l'exécution du contrat. Par exemple, pour Monsieur Picod, cet article ne concerne que l'exécution du contrat et non son interprétation. Cf. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th., Préf. G.Couturier, Bibliothèque de droit privé, Tome 208, L.G.D.J., 1989, n° 9, p. 15-16. Mais d'une manière générale, lorsque les juges font référence à cet article, ils énoncent en même temps d'autres critères que la bonne foi tels que le but du contrat ou l'intention des parties. Cf. B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, th., Préf. F. Ferrand, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2001, n° 585, p. 159 ; n° 589, p. 161 ; n° 626, p.171.

[428] *Infra* n° 35.

[429] *Infra* n° 138.

[430] G. FLECHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 344.

[431] T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome VII, Paris, Librairie Cotillon, 1894, n° 90, p. 133. Cf. aussi L. AYNES, « Rapport introductif », in *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, Actes du colloque du 22 octobre 2009, *R.D.C.*, janvier 2010, n° 11, p. 382.
C'est d'ailleurs ce qui résulte aussi des articles 4.1 et suivants des Principes Unidroit qui énoncent notamment que : *« Faute de pouvoir déceler cette commune intention des parties, le contrat s'interprète dans le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans des conditions de même qualité placée dans la même situation »*.

[432] Comme l'énonce l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1876, *De Gallifet c. Commune de Pélissanne*, connu sous le nom de l'affaire du *Canal de Craponne*. Selon la Cour de cassation, en application de l'article 1134 du Code civil, le juge ne peut modifier le contrat quelles que soient les circonstances. Cf. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous cet arrêt, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 165, p. 187. Cette solution a été consiédérée comme faisant partie du « droit absurde ». Cf. P. SARGOS, « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *J.C.P., G.*, 2009, 442, n° 8, p. 64.

[433] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th., Préf. G.Couturier, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 208, L.G.D.J., 1989, n° 196, p. 218-219.

celles-ci conduisaient à la ruine de ce dernier[434]. Ainsi, lorsque la volonté a bien existé mais qu'elle n'est plus adaptée au contexte nouveau dans lequel le contrat doit être exécuté, en raison d'un bouleversement des circonstances extérieures, *« le contrat appellerait une révision »*[435]. Dans certains cas, résulterait donc de l'obligation de bonne foi, un devoir de réviser le contrat[436] entendu comme une obligation de renégocier le contrat[437]. D'une manière générale, découlent de cette obligation de bonne foi un devoir de loyauté[438] et de coopération. Si le premier d'entre eux *« commande, de façon négative, de s'abstenir d'un certain nombre d'attitudes manifestement déloyales »*[439], le second *« implique, de façon cette fois-ci plus positive, une coopération des parties en vue de la bonne exécution du contrat. C'est à ce titre que les parties sont tenues, en cours de relation contractuelle, de s'informer, de faciliter autant que faire se peut l'exécution des prestations de l'autre, de surmonter les difficultés, voire de renégocier le contrat en cas de bouleversement imprévu de l'équilibre économique »*[440]. Toutefois, si l'obligation de coopération

---

[434] Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 33, p. 11 ; J.-L. AUBERT, Note sous cet arrêt, *Soc. françaises des pétroles BP c. M. Hard, Defrénois*, 1993, Art. 35663, n° 131, p. 1377.

[435] J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1058, p. 2169.

[436] J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1067, p. 2181. Cf. C. JAMIN, « Pour en finir avec la formation du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, p. 26. Qui participerait ainsi à la pérennité contractuelle. Cf. A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, th., Préf. de Catherine Thibierge, Bibliothèque de droit privé, Tome 447, Paris, L.G.D.J., 2005, n° 735, p. 407-408.

[437] Et le juge devrait vérifier s'il n'y a pas eu un refus abusif de renégocier. Cf. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th., Préf. Ph. Le TOURNEAU, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2004, n° 289, p. 292. Cf. aussi D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François TERRE*, *L'avenir du droit,* PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 621-622.

[438] D'ailleurs, le principe de loyauté fait partie des trois piliers avec la liberté et la sécurité sur lesquels se fonde le groupe de travail issu de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée pour élaborer les « Principes directeurs du droit européen des contrats ». Cf. *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Avant-propos de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, Introduction de G. WICKER et J.-B. RACINE, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Société de Législation Comparée, Editions Société de législation comparée, Droit privé comparé et européen, Vol. 7, 2008, p. 133 et s.

[439] Telles que *« l'atteinte à la confiance légitime de l'autre partie, le manquement à la probité, l'appât démesuré du gain, le dénigrement du cocontractant, la ruse grossière pour échapper à l'exécution de ses obligations, le détournement d'une prérogative contractuelle, etc. »* Cf. B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 274, p. 267.

[440] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 275, p. 269. Cf. aussi A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, th., Préf. de Catherine Thibierge, Bibliothèque de droit privé, Tome 447, Paris, L.G.D.J., 2005, n° 476, p. 269. En effet, selon Demogue, *« Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale »*. Cf. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général – Effet des obligations*, T. VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931, n° 3, p. 9. La liste d'obligations est susceptible de s'agrandir. Tel est peut-être le cas de l'obligation pour le créancier *« de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant »* comme semble le laisser penser un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 juin 2001. Cf. C. COULON, Note sous CA de Paris, 25e ch. A, *D.* 2002, Jurisprudence, n° 7, p. 843.

existe dans certains types de contrats[441], il n'est pas certain que l'on puisse l'appliquer à tous les contrats en général[442]. Ainsi, il ne semble pas qu'il résulte de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, un devoir de renégociation[443]. En outre, dans l'arrêt *Huard* précité du 3 novembre 1992, si l'évolution économique avait entraîné des difficultés, ces dernières étaient aussi liées au comportement du contractant qui avait évincé le distributeur de son réseau et ne lui avait pas donné la possibilité de pratiquer des prix concurrentiels[444]. Ainsi, l'attitude de l'une des parties au contrat n'est pas totalement exempte d'incidence sur les difficultés qui sont survenues[445]. De même, dans un arrêt *But* du 30 janvier 1996, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a donné raison à la Cour d'appel qui avait engagé la responsabilité du franchiseur ayant omis de changer la politique commerciale afin de concorder avec celle du secteur du lieu du franchisé. Par ailleurs, dans l'arrêt *Chevassus-Marche* du 24 novembre 1998, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré les juges du fond pour ne pas avoir recherché si les sociétés mandantes *« avaient pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer*

---

[441] Elle *« doit jouer dans les contrats dominés par l'idée de confiance, tels que les contrats d'affrètement, de gérance ou encore de société : tous les associés doivent en principe collaborer à la bonne marche de la société, s'ils veulent qu'elle se développe et prospère. Il en est de même pour certains contrats internationaux, généralement de grande importance, qui s'exécutent dans le temps, ou pour les contrats dits de situation, tels les contrats de concession ou de franchise commerciales »*. Cf. Ph. DELEBECQUE, F.- J. PANSIER, *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, n° 319, p. 161. Cf. aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, Editions Dalloz, 2012, 15e édition, n° 411, p. 411-412 ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, Obligations, Contrat – Responsabilité, Droits réels, Biens – Propriété*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 464, p. 181. Le poids de l'obligation de coopération dépend de la nature des relations contractuelles. Cf. Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *J.C.P., G.*, 1988, I, 3318, n° 7 à 19.

[442] S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, 2e année, Les obligations*, HyperCours Dalloz, 7e édition, Editions Dalloz, 2012, n° 349, p. 173. Cf. aussi C. LACHIEZE, *Droit des contrats*, 3e édition, Ellipses Editions Marketing S.A., 2012, n° 344-1, p. 168-169 ; n° 384, p. 184-185. Dans le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2003, Monsieur le Professeur J. Cedras énonce qu': *« il ne semble pas […] que l'obligation de renégocier en cas de changement de circonstances existe en tant que telle et de manière générale »*, tout en relevant néanmoins l'exception des contrats de distribution. Cité par Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, p. 132.

[443] A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Collection Droit fondamental, P.U.F., 2006, p. 69. Selon certains auteurs, les clauses prévoyant expressément une solution en cas d'obstacle à l'exécution du contrat, ne doivent pas être privées d'effet. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1633, p. 659-660.

[444] En l'espèce, le recours à la notion de bonne foi semble « superflu ». Cf. J.-L. AUBERT, Note sous cet arrêt, *Soc. françaises des pétroles BP c. M. Hard, Defrénois*, 1993, Art. 35663, n° 131, p. 1378.

[445] Ce comportement a d'ailleurs été considéré comme abusif. Cf. A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, th., Préf. de Catherine Thibierge, Bibliothèque de droit privé, Tome 447, Paris, L.G.D.J., 2005, n° 692-693, p. 387-389 ; n° 730, p. 405-406. Ou bien encore comme « opportuniste ». Cf. D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations*, Cours magistral, Editions Ellipses, 2008, n° 208, p. 162.

des prix concurrentiels »[446]. Dans ces différents cas, la Cour de cassation n'oblige pas les parties à exécuter un devoir de renégociation mais impose un résultat susceptible d'être atteint par le biais d'une renégociation[447]. La position de la Cour de cassation ne semble donc pas être certaine en la matière. Dans un arrêt du 16 mars 2004, la première Chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi invoquant l'existence d'une obligation de renégocitation de bonne foi en raison de la survenance d'un déséquibre manifeste du contrat, en énonçant que ce dernier existait dès sa conclusion[448]. D'où la question de savoir si la solution eût été différente en cas de modification du contrat au cours de l'exécution de ce dernier. Cet arrêt pourrait le laisser entendre[449], mais la solution reste incertaine[450]. Toutefois, dans un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 26 septembre 2007, il a été décidé que l'obligation résultant des articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil *« doit inciter les parties à reprendre les négociations interrompues pour tenter de corriger le déséquilibre contractuel né, dans un contrat de fourniture de vapeur, de l'application du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, imprévisible à la date de conclusion du contrat »*[451]. Selon le doyen Olivier Cachard, en l'espèce, les juges ont fait preuve de *« paternalisme »* et si au final, les juges avaient révisé le contrat, la Cour de cassation n'aurait sans doute pas approuvé la décision de la cour d'appel sur ce point[452], d'autant plus que la situation d'imprévision n'était pas établie[453]. Ainsi, en présence de clauses claires et en dehors d'une situation d'imprévision caractérisée, le juge ne peut imposer aux parties une obligation de renégociation du contrat[454]. Même à supposer que la situation d'imprévision soit constituée, le

---

[446] Dans cette affaire, le devoir de loyauté du mandat s'exprime par l'obligation consistant *« à tout faire pour que l'agent commercial soit en mesure de bénéficier utilement du contrat en lui permettant de réaliser le but commun qui est de développer la clientèle »*. Or, cette obligation pouvait se réaliser par une modification du prix au regard des circonstances de la concurrence. Cf. Y. PICOD, « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat », Note sous cet arrêt, *J.C.P.*, G, 1999, II, 10210, p. 2151-2152. On peut ainsi énoncer que dans le cadre des contrats de distribution commerciale, les parties doivent faire en sorte que « l'objet du contrat s'accomplisse ». Cf. C. JAMIN, Note sous ce même arrêt, J.C.P., G. 1999, I, 143, n° 2, p. 1079. Selon le Professeur Pierre-Yves Gauthier, l'intervention du juge dans le contrat devrait être exceptionnelle et l'on peut s'interroger sur la question de la conciliation entre les impératifs du droit de la concurrence et une obligation à un alignement des prix. Cf. P.-Y. GAUTIER, « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial », Note sous Cass. com., 24 nov. 1998, *R.T.D. civ.*, 1999, p. 646.

[447] Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, p. 133.

[448] D. MAZEAUD, Note sous cet arrêt, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.* 2004, Jurisprudence, n° 12, p. 1757.

[449] D. MAZEAUD, Note sous cet arrêt, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.* 2004, Jurisprudence, n° 12, p. 1757.

[450] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 344, note de bas de page n° 27, p. 327.

[451] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, Editions Dalloz, 2012, 15e édition, n° 405, p. 406.

[452] O. CACHARD, Note sous cet arrêt, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat », *Rev. Lamy dr. Civ.*, 2008, n° 49, 2969, n°22-23, p. 11.

[453] En effet, la Cour d'appel de Nancy énonce que le déséquilibre est *« temporaire et sans incidence vitale »* pour la demanderesse. Cf. O. CACHARD, Note sous cet arrêt, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat », *Rev. Lamy dr. Civ.*, 2008, n° 49, 2969, n°12, p. 8.

[454] O. CACHARD, Note sous cet arrêt, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat », *Rev. Lamy dr. Civ.*, 2008, n° 49, 2969, n°15, p. 9.

juge n'aurait pu réviser le contrat[455], bien que la solution soit susceptible de changer en ce qui concerne l'obligation de renégociation imposée aux parties[456]. Néanmoins, cet arrêt montre qu'une évolution concernant l'obligation de renégociation est peut-être en train de se dessiner, celle-ci pouvant être imposée non pas seulement en présence d'une situation correspondant à la définition de l'imprévision mais lors d'un changement se manifestant par l'attribution d'un gain supplémentaire en faveur de l'un des contractants[457]. Cette évolution serait en conformité avec l'idée selon laquelle *« le fondement actuel de la force obligatoire du contrat se trouve dans l'utilité économique et la justice sociale »*[458]. D'ailleurs, dans un arrêt *Soffimat* du 29 juin 2010, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel *« qui n'avait pas recherché si l'évolution des circonstances économiques avait eu pour effet de déséquilibrer l'économie générale du contrat successif tel que voulu par les parties lors de sa signature et de priver l'engagement souscrit de toute contrepartie réelle »*[459]. Cependant, là encore la Cour de cassation ayant cassé l'arrêt de la Cour d'appel sur la première branche, elle ne s'est pas prononcée sur celle faisant état d'un manque de base légale en application de l'article 1134 du Code civil. D'où une incertitude en la matière. Néanmoins, puisqu'elle se fonde notamment sur

---

[455] O. CACHARD, Note sous cet arrêt, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat », *Rev. Lamy dr. Civ.*, 2008, n° 49, 2969, n°14, p. 8. D'ailleurs, selon un arrêt du 10 juillet 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé que *« si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »*, in " Cour de cassation: le Rapport 2007 ", *Rev. Lamy dr. Civ.*, 2008, n° 49, p. 19.

[456] Si celle-ci est déjà consacrée par les principes européens du droit du contrat par l'article 6.111(2) lorsque l'exécution est devenue *« onéreuse à l'excès »* et par l'article 6.2.1 et s. des Principes d'Unidroit, il en est de même concernant l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription qui prévoit cette obligation en application de l'article 1135 -1 lorsque l'équilibre initial des prestations réciproques est *« perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une (des parties) »*. Le rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur cet avant-projet de réforme a énoncé que *« les parties tiennent du principe de la liberté contractuelle le droit de convenir des modalités de renégociation de leur convention ; il n'est dès lors pas nécessaire qu'une disposition législative le précise »*. Ainsi, dans cet « avant-projet Catala », à défaut d'insertion d'une obligation de renégociation dans le contrat, celle-ci peut être ordonnée par le juge mais en cas d'échec, chacune des parties peut résilier unilatéralement le contrat. Dans l'avant-projet gouvernemental, en application de l'article 136, avec l'accord des parties, la révision judiciaire du contrat est possible. En revanche, indépendamment de l'accord des parties, le juge peut mettre un terme au contrat. Enfin, concernant l'« avant-projet Terré », l'article 92 prévoit que « les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». La révision judiciaire du contrat est admise en cas d'échec de la renégociation conventionnelle. Ainsi, les projets ayant trait à l'élaboration d'une réforme en droit des contrats adoptent des positions différentes. Par ailleurs, une harmonisation entre les différents droits européens semble difficile en la matière car elle est relative à la notion de temps qui varie selon l'idéologie de chaque Etat : *« les sociétés globales « manipulent » le temps suivant leurs idéologies, leurs principes, leurs structures et les intérêts qui sont à la base du système global individualisé qu'elles ont réussi à constituer, suivant aussi les problèmes qu'elles ont à résoudre, elles modifient le profil du temps juridique »*. Cf. A. BRIMO, « Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'Etat », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 162-163.

[457] C'est-à-dire en présence d'un « profit imprévu ». Cf. M. LAMOUREUX, Observations sous cet arrêt, *J.C.P.*, G., 2008, II, 10091, p. 32. En l'espèce, on pourrait justifier la solution eu égard à *« l'idée que les deux sociétés avaient ensemble contribué à l'effort environnemental »*. Cf. B. FAGES, Note sous cet arrêt, *R.T.D. civ.*, 2008, n° 4, p. 297.

[458] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, th., Avant-propos de D. MAZEAUD, Bibliothèque de droit privé, T. 380, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 476, p. 440. Selon un auteur, il convient cependant de ne pas aller trop loin afin de ne pas porter atteinte au principe de sécurité juridique. Cf. Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Editions Litec, 1994, p. 22.

[459] A.-C. CARPENTIER, « Les effets du changement de circonstances économiques sur les contrats à exécution successive », in « La Norme : déclin ou renouveau », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2012, p. 275.

l'article 1131 du Code civil, il semblerait qu'une révision du contrat soit possible en cas d'évolution des circonstances économiques déséquilibrant l'économie générale du contrat au cours de son exécution[460]. Certes, dans certains cas, le juge peut modifier les obligations initiales du contrat au regard d'une cause qui ne résulte pas des parties, en se référant à la volonté commune de celles-ci qui est apparue au moment de la conclusion du contrat mais qui s'est avérée par la suite inefficace[461], en revanche, il est plus critiquable qu'il interprète la volonté des parties lorsque le contrat est incomplet, cette dernière n'apparaissant pas[462]. Ainsi, toujours au titre des obligations découlant de la notion de bonne foi, on peut aussi évoquer l'obligation de garantie et l'obligation de sécurité[463] bien que celle-ci semble plus souvent être rattachée à l'une des suites que l'équité impose en application de l'article 1135 du Code civil, utilisé pour rechercher le contenu du contrat[464]. « *Il ne fait pas de doute que cette notion (d'équité) a une véritable fonction complétive* »[465]. Le contenu du contrat peut ne pas ressortir expressément de la volonté des parties étant donné qu'en cas de silence de ces dernières, le droit étatique prescrit au juge de compléter le contrat[466] en application de l'article 1135 du Code civil[467]. C'est pour cette

---

[460] La cause est donc susceptible de devenir « l'outil juridique de l'imprévision ». Cf. S. LE GAC-PECH, « L'équilibre du contrat au travers de la cause : un substitut à la théorie de l'imprévision ? », Note sous sous cet arrêt, n° 09-67.369, *J.C.P., E*, 2010, n° 50, 2108. Ainsi, de manière implicite, cette solution laisse penser que la disparition de la cause au cours de l'exécution du contrat en raison de l'imprévision pourrait permettre d'entraîner la caducité du contrat. D'ailleurs, dans cette hypothèse d'imprévision, l'ingérence du juge serait souhaitable. C'est ce qu'affirme le Professeur Denis Mazeaud : *« Le pouvoir exceptionnel du juge, lorsque le changement imprévisible de circonstances bouleverse profondément l'économie du contrat et lorsque la voie de la renégociation conventionnelle, préalable nécessaire à son intervention, a échoué, constitue, en effet, en situation de crise, la seule alternative à l'inexécution du contrat et à sa rupture, le seul remède propre soit à sauvegarder le contrat et à assurer sa pérennité, s'il se traduit par une révision, soit à préserver les intérêts légitimes du contractant que le changement imprévisible de circonstances accable quand il se solde par la cessation des effets du contrat pour l'avenir »*. Cf. D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », Note sous cet arrêt, n° 09-67.369, *D.* 2010, p. 2481. A l'inverse, Monsieur le Professeur Thomas Génicon énonce quant à lui qu'une telle solution est un « dérapage ». Cf. T. GENICON, « Théorie de l'imprévision… ou de l'imprévoyance ? », Note sous ce même arrêt, *D.* 2010, p. 2485. Selon, Monsieur le Doyen Jacques Mestre, les entreprises françaises sont *« fondées à exiger de leur droit national qu'il soit acteur du traitement de leurs éventuelles difficultés contractuelles »*. Cf. « Au cœur de la défense…de la révision des contrats », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, p. 3.

[461] Comme nous l'avons vu plus haut en substituant une prestation en espèces à un bail à nourriture. Cf. G. MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Etudes sur le rôle du juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, T. V, Dalloz, 1950, p. 95.

[462] Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 37, p. 12. *« En réalité le juge crée du droit, mais il prête aux intentions présumées des parties ce qui en réalité est son œuvre »*. Cf. A. WEILL, F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 3ième édition, Dalloz, 1980, n° 368, p. 409.

[463] G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, Obligations, Contrat – Responsabilité, Droits réels, Biens – Propriété*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 466-467, p. 181-182.

[464] B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, th., Préf. F. Ferrand, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2001, n° 628, p. 172. On peut énoncer que le recours aux usages et à l'équité sont « des règles subsidiaires d'interprétation des contrats ». Cf. J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1968, n° 19, p. 59.

[465] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 262, p. 257.

[466] Dans un arrêt du 4 décembre 1985, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a admis que le juge pouvait fixer une date limite à l'exécution d'une obligation contractuelle, consistant en l'espèce dans la construction d'une maison, étant donné que la convention comportait un terme à échéance incertaine. Cf. J. MESTRE, Note sous cet arrêt, *R.T.D. civ.*, 1987, n° 5, p. 98-100.

raison que l'on a recours à la notion d'interprétation « complétive » que l'on différencie de l'interprétation « déclarative »[468]. On peut dire que l'équité est objective car elle est prise en considération pour un « type » de contrat c'est-à-dire en fonction de la nature de l'acte et non uniquement en fonction des obligations qui incombent aux professionnels à l'égard des consommateurs[469]. La prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux est renforcée au regard de l'impérativité de cet article dans son volet portant sur l'équité. En effet, la Cour de cassation en contrôle l'application et par là même effectue une unification de l'interprétation en la matière[470]. De plus, les parties ne peuvent interdire au juge de se fonder sur les suites imposées par l'équité[471]. Ainsi, en cas de lacune du contrat, le juge peut ajouter des obligations accessoires au contrat telles que l'obligation de sécurité, de conseil, de renseignement ou de mise en garde notamment à l'égard de certains professionnels[472]. Néanmoins, la Cour de cassation veille à ce qu'il n'y ait pas une extension quasi automatique de l'insertion de ces obligations à tous les types de contrats. Il lui incombe de définir ce que l'équité comprend de manière objective[473]. Toutefois, le recours à la notion de bonne foi pour interpréter le contrat ne permet pas toujours d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. Par ailleurs, le caractère supplétif des méthodes d'interprétation est aussi un des obstacles à toute anticipation en la matière.

B. Les limites à la prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux

33. La recherche de la volonté commune des parties en application de l'article 1156 du Code civil : règle supplétive ou impérative ? – Si les techniques d'interprétation énoncées aux articles 1156 à 1164 du Code civil ne sont pas impératives[474], mais plutôt considérées comme

---

[467] *« Les contractants n'ont le pouvoir de créer des normes que parce que, et dans la mesure où l'Etat le leur reconnaît. Cette subordination permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties : soit que le droit étatique impose tel ou tel contenu au contrat par des lois impératives, soit que, dans le silence des parties, il prescrive au juge d'intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives et/ou de le compléter par le recours aux usages ou à l'équité selon la formule de l'article 1135 du code civil »*. Cf. P ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. civ.*, 1999, n° 7, p. 776 ; n° 34, p. 793.

[468] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 384, p. 219.

[469] Elle peut concerner des contrats conclus entre professionnels ou entre particuliers. Cf. Les différents exemples cités par B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 417-418, p. 240-242.

[470] D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th., Préf. de J.-L. SOURIOUX, Bibliothèque de droit privé, T. 320, L.G.D.J., Paris, 1999, n° 660, p. 353. Cf. aussi G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1905, p. 123.

[471] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 411, p. 237.

[472] Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 40-42, p. 13-14. Cf. aussi D. MAZEAUD, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 8.

[473] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 405, p. 234.

[474] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-5.

des règles doctrinales[475], des « directives à suivre »[476] « marquées au coin du bon sens et de l'équité »[477], des « axiomes[478] de logique »[479], des « recettes »[480], des « recommandations »[481], des « maximes d'ordre intérieur, des conseils adressés au juge »[482], ce dernier semble lié par l'article 1156 c'est-à-dire qu'il paraît difficile qu'il s'affranchisse de rechercher la volonté commune des parties pour interpréter le contrat en cas d'ambiguité de celui-ci[483]. Or, parfois, il n'est pas possible de prévoir comment le juge va interpréter la volonté des parties au regard notamment du caractère non impératif des autres règles d'interprétation. En effet, *« le juge peut prendre en main le destin du contrat en s'abritant sous le voile fallacieux d'une prétendue recherche de la volonté des parties »*[484]. Le caractère non impératif des règles d'interprétation rend ainsi difficile la prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux.

34. Le caractère supplétif des règles d'interprétation : facteur d'insécurité juridique – Certes, les méthodes légales d'interprétation permettent parfois d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux lorsque la volonté des parties n'apparaît pas clairement comme le montre l'article 1162 du Code civil selon lequel le contrat doit s'interpréter en faveur du débiteur et

---

[475] G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, Obligations, Contrat – Responsabilité, Droits réels, Biens – Propriété*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 458, p. 177 ; A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil, Obligations, Théorie générale, Droits réels principaux*, Tome II, Ouvrage refondu par Léon JULLIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Librairie Dalloz, 1959, n° 812, p. 454. Les auteurs du Code civil se sont inspirés des règles d'interprétation énoncées dans le traité de Pothier. Or, comme l'écrit Monsieur Huc, ils semblent ainsi *« avoir fait œuvre de doctrine plutôt que de législateurs »*. Cf. T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome VII, Paris, Librairie Cotillon, 1894, n° 175, p. 241 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, T. I, 3ième édition, Librairie du Recueil J.-B. SIREY et du journal du Palais, L. LAROSE et L. TENIN, 1906, n° 552, p. 568. L'on doit aussi mentionner antérieurement les ouvrages de Domat. Cf. G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, D.E.A. de Droit privé*, Les Cours de Droit, Paris, 1977, n° 50, p. 37.

[476] Ph. DELEBECQUE, F.- J. PANSIER, *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, n° 288, p. 149 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis SA, Litec, 12e édition, 2012, n° 491, p. 380.

[477] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, T. II, Librairie du Recueil Sirey, 3ième édition, Paris, 1939, n° 241, p. 139.

[478] P. A. FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires de Code civil*, T. XIII, Paris, Au dépôt, rue Saint-André-des-Arcs, n° 51, MDCCCXXVII, n° 1164, p. 238.

[479] M. L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil, Art. 1101 à 1386*, T. II, Art. 1146 à 1182, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, Librairies de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats, G. Pedone-Lauriel, Successeur, Paris, 1885, n° 2, p. 106.

[480] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, Editions Dalloz, 2012, 15e édition, n° 396, p. 397 ; C. LACHIEZE, *Droit des contrats*, 3e édition, Ellipses Editions Marketing S.A., 2012, n° 368, p. 178 ; J.-C. MONTANIER, *Le contrat*, Presses universitaires de Grenoble, 4ième édition, 2005, n° 201, p. 134.

[481] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, T. II, Librairie du Recueil Sirey, 3ième édition, Paris, 1939, n° 241, p. 139. Cf. B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 257, p. 255 ; V. TOULET, *Droit civil, Les obligations*, Editions Paradigme, 2006, p. 119.

[482] Ch. BEUDANT, avec la collaboration de G. LAGARDE, *Cours de droit civil français. Les contrats et les obligations*, T. VIII, 2ième édition, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1936, n° 307, p. 222. Ou encore un « petit guide-âne ». Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1062, p. 2175.

[483] D'ailleurs, des commentateurs de l'arrêt *Lubert* du 2 février 1808 énoncent que les articles 1157 et suivants du Code civil concernant l'interprétation du contrat sont supplétifs sans faire référence à l'article 1156 du même code. Cf. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous cet arrêt, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 160, p. 155.

[484] D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th., Préf. de Georges WIEDERKEHR, Bibliothèque de Droit privé, Tome 236, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 67.

contre le créancier. Toutefois, ces règles n'étant pas obligatoires pour le juge, l'espoir est maintenu dans l'esprit de l'une des parties d'obtenir néanmoins gain de cause[485]. Dans un arrêt du 10 mai 1948, il a été décidé que l'article 1162 du Code civil ne devait pas s'imposer au juge[486]. Le caractère facultatif des méthodes d'interprétation semble d'ailleurs, en pratique, se réaliser plus spécialement pour cet article[487]. Dans l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 20 février 1975 précité[488], alors même qu'en l'espèce la clause pénale était ambiguë, il a été décidé que l'article 1162 du Code civil, n'ayant pas un caractère impératif, pouvait ne pas s'appliquer au débiteur[489]. De même, dans des arrêts plus récents, les juges n'ont pas fait application de cet article, par exemple *« en clarifiant une police renfermant une clause parfaitement intelligible pour l'assuré, professionnel du bâtiment »*[490]. Par ailleurs, l'article 1157 du Code civil a été écarté par les juges qui ont choisi une interprétation ne donnant aucun effet au contrat[491]. En effet, si l'interprétation du contrat s'effectue d'une manière générale de façon à faire produire un effet utile à l'acte[492], il n'en demeure pas moins que *« l'interprète exerce sa mission herméneutique selon ses propres vues, et de façon souveraine »*[493]. Par exemple, dans un

---

[485] Il en va différemment en ce qui concerne l'application de l'article L. 133-2, alinéa 2 du Code de la consommation qui est impératif. Dans un arrêt du 23 janvier 2003, dans lequel la question se posait de savoir si les deux propositions résultant d'une clause d'un contrat d'assurance étaient cumulatives ou alternatives, la première Chambre civile de la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond sous le visa de cet article en énonçant que *« selon ce texte applicable en la cause, les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels s'interprètent, en cas de doute, dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel »*. La violation de cet article permet donc de former un pourvoi en cassation. Cf. J. MESTRE, B. FAGES, Note sous cet arrêt, *R.T.D. civ.*, 2003, n° 8, p. 292-294.

[486] En effet, selon la Cour de cassation, *« les dispositions de l'article 1162, édictées en faveur de celui qui contracte l'obligation, n'ayant nullement pour le juge, le caractère impératif, il était loisible à celui-ci de se prononcer, en la circonstance, en faveur de l'un quelconque des contractants »*. Cf. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, p. 344.

[487] T. IVAINER, « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, Chron., n° 19, p. 156. On peut expliquer cela par le fait que *« la disposition de l'article 1162 du Code civil est si peu une règle d'interprétation qu'elle suppose essentiellement que toutes les règles d'interprétation ne sont d'aucun secours »*. Cf. G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, T. I, 3ième édition, Librairie du Recueil J.-B. SIREY et du journal du Palais, L. LAROSE et L. TENIN, 1906, n° 571, p. 580 ; C. S. ZACHARIAE, M. C. AUBRY, M. C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. II, F. LAGIER, Librairie-Editeur, Strasbourg, 1839, n° 347, p. 480 ; M. L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil, Art. 1101 à 1386*, T. II, Art. 1146 à 1182, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, Librairies de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats, G. Pedone-Lauriel, Successeur, Paris, 1885, n° 2, p. 123 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon XXV, Livre troisième, Titre troisième, Traité des contrats ou des obligations*, T. II, Durand et Pédone Lauriel, Hachette et Cie, Cosse, Marchal, Billard, 1877, Paris, n° 23, p. 25.

[488] Cf. *Supra*, n° 32.

[489] Y. SERRA, Note sous cet arrêt, *D.* 1976, Jurisprudence, p. 142-144.

[490] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-40.

[491] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-40.

[492] Mis à part le cas des clauses qui sont d'interprétation stricte comme le montrent les clauses résolutoires. Cf. J.-A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n° 68, p. 9 ; J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1957, n° 16, p. 443. Pour des exemples d'interprétation restrictive, cf. M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats. Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 314 et s., p. 175-187 ; J. MESTRE, A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993, Avant-propos de J. MESTRE, P.U.A.M., 1993, p. 17.

[493] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Bibliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 195, p. 113.

arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 13 décembre 1994, l'engagement litigieux intitulé *« engagement autonome de garantie exécutable à première demande »* n'a pas été considéré comme une garantie autonome[494]. D'ailleurs, dans un précédent arrêt de la même année, il avait déjà été décidé qu'un acte intitulé « paiement à première demande » ne constituait pas une garantie autonome[495]. Toutefois l'insécurité juridique ne résulte pas uniquement du caractère supplétif des règles d'interprétation mais également d'une application extensive de ces dernières.

35. La difficile anticipation de la solution eu égard à l'interprétation extensive des techniques d'interprétation – Si l'objectivisation de la volonté commune peut s'effectuer par la valorisation du contrat, la prise en compte du contexte de ce dernier peut aussi se manifester par le biais d'une interprétation extensive de l'article 1161 du Code civil qui tient compte des éléments extrinsèques tels que les *« protocoles, témoignages, pourparlers, correspondances, projets, questionnaires, réticences ou exécutions volontaires postérieures »*[496]. Ainsi, le juge semble pouvoir se référer au comportement des contractants[497] au moment de la conclusion du contrat ou au cours de son exécution[498] afin d'interpréter des intentions tacites[499]. Or, la recherche du contenu du contrat au regard du comportement des parties permet difficilement d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. Dans un arrêt de la Chambre commerciale du 23 juin 1998, il a été décidé qu'un des contractants ne pouvait demander à l'autre la restitution des objets mis à sa disposition alors qu'il ne les avait pas réclamés pendant vingt-trois ans et qu'aucune clause contractuelle ne faisait état de cette obligation de restitution[500]. L'analyse du comportement des parties implique de tenir compte de la bonne foi de ces dernières lors de l'exécution du contrat. De plus, il ne leur est possible, par le biais de la volonté individuelle,

---

[494] Ainsi, en l'espèce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel en énonçant *« qu'en dépit de l'intitulé de l'acte et de la mention, même manuscrite, de paiement à première demande, l'engagement litigieux, ayant pour objet la propre dette du débiteur principal, n'était pas autonome »*. Cf. F.-J. CREDOT, « L'actualité des garanties autonomes », *LPA*, 17 juin 1998, n° 72, p. 70-71.

[495] C'est ce qu'a énoncé la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 10 mai 1994. Cf. F.-J. CREDOT, « L'actualité des garanties autonomes », *LPA*, 17 juin 1998, n° 72, p. 70.

[496] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 116, p. 73.

[497] Qui est considéré par le juge comme un des éléments de preuve les plus déterminants. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 157, p. 67.

[498] H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, n° 345, p. 336.

[499] *« Silence ne signifie pas nécessairement absence de volonté »*. Cf. Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 4, p. 4.

[500] J. MESTRE, Note sous cet arrêt, *R.T.D. civ.*, 1999, n° 10, p. 389. Par ailleurs, il a pu être déduit du comportement de l'un des contractants la volonté des parties d'insérer dans l'acte une clause d'exclusivité alors que celle-ci n'y figurait pas expressément mais qu'il résultait seulement des termes du contrat, l'expression : « son distributeur ». En l'espèce, l'une des parties avait en effet, lors de l'exécution du contrat, effectué de gros investissements et « autorisé à titre exceptionnel » son cocontractant à livrer le matériel à une société tierce. Cf. J. MESTRE et B. FAGES, Note sous Cass. com, 3 juill. 2001, *R.T.D. civ.*, 2002, n° 6, p. 293-294.

d'empêcher le juge d'user de moyens de preuve[501] ainsi que de recourir aux notions de bonne foi[502] et d'équité[503], ce dernier bénéficiant d'une grande liberté d'appréciation en la matière. D'où une anticipation difficile en ce qui concerne le résultat sur le fond du droit litigieux.

36. L'interprétation du contrat au regard de la notion de bonne foi et d'équité – Pour interpréter le contrat, le juge peut faire prévaloir le devoir de loyauté sur la lettre du contrat. Ainsi, l'obligation d'exécuter la convention de bonne foi fait obstacle à ce que l'une des parties invoque la lettre du contrat alors que l'esprit de celui-ci, *« présumé raisonnable et équitable »*[504] s'en détache. C'est notamment ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 23 juin 1998. En l'espèce, une société Mami qui a fait bénéficier l'un des ses préposés d'une carte accréditive de la société *American Express* tout en se portant codébitrice solidaire, a ensuite procédé à l'annulation de la carte en faisant état du départ dudit préposé de l'entreprise. Or, la société *American Express* énonce que la société Mami reste néanmoins responsable de tous les paiements effectués par le biais de cette carte. La société Mami s'oppose à une telle obligation mais obtient gain de cause car selon la Cour de cassation, bien que cette dernière n'ait pas respecté la lettre du contrat[505], il incombe à la société qui a fourni la carte de prendre les mesures nécessaires pour éviter que des paiements puissent être effectués par l'ex-préposé par l'intermédiaire de celle-ci après son annulation[506]. Dans le même ordre d'idées, l'un des contractants ne peut invoquer la stricte application de la clause d'un bail énonçant que les locaux sont pris dans l'état dans lesquels ils se trouvent alors que la mise en œuvre d'une telle clause fait obstacle à l'exercice de l'activité au sein dudit local[507]. Par ailleurs, si le principe de bonne foi, énoncé à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil est inhérent à tout contrat, il semble difficile de prévoir comment le juge va interpréter cette notion qui est « vague »[508]. Celle-ci permet parfois de ne pas respecter la lettre du contrat et de rejoindre la notion d'équité[509]. Se

---

[501] Tels que diverses mesures d'instruction : « expertise, enquête, vérifications personnelles, comparution personnelle des parties ». Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 157, p. 67.

[502] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10e édition, 2009, n° 439, p. 455. *« L'obligation de bonne foi constitue en effet une norme de comportement imposée par la loi, et à laquelle il n'est pas permis de déroger »*. Cf. B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 273, p. 266. Cf. aussi du même auteur, « L'exécution du contrat – Le comportement des parties », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Mais 2008, n° 365-6.

[503] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 319, p. 174.

[504] En application de l'article 1135 du Code civil. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1029, p. 2118 ; n° 1058, p. 2170.

[505] Selon lequel, « sauf en cas de vol ou de perte, le titulaire de la carte de la personne morale qui a sollicité son établissement demeure solidairement responsable du règlement de toutes dépenses qui auraient été effectuées avec la carte ». Cf. J. MESTRE, Note sous Cass. com., 20 oct. 1998, *R.T.D. civ.*, 1999, n° 11, p. 391.

[506] J. MESTRE, Note sous Cass. com., 20 oct. 1998, *R.T.D. civ.*, 1999, n° 11, p. 390-391.

[507] Cf. *Supra*, n° 29.

[508] *« La bonne foi n'est pas définie et peu d'autres dispositions auxiliaires concourent à cerner cette notion »*. Cf. G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, D.E.A. de Droit privé*, Les Cours de Droit, Paris, 1977, n° 279, p. 209. Il s'agit d'une notion floue. Cf. Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Editions Litec, 1994, p. 9, p. 11.

[509] En effet, si la bonne foi comprend un élément *« social »* et un élément *« moral »*, concernant ce dernier, il est fait référence à l'équité. Cf. A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil, Obligations, Théorie générale, Droits réels principaux*, Tome II, Ouvrage refondu par Léon JULLIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Librairie Dalloz, 1959, n° 814, p. 455.

référer au critère de l'homme raisonnable ou encore de l'homme moyen, c'est se rapprocher de l'homme équitable[510]. Le juge recherche la volonté des parties par le biais d'éléments objectifs *« tirés d'impératifs supérieurs d'égalité, de justice, d'équilibre ou d'efficacité »*[511] ; le plus souvent, l'équité permet, en effet, de rééquilibrer le contrat[512] notamment lorsque les parties ne sont pas de force égale d'un point de vue économique[513]. D'ailleurs, l'article 1162 du Code civil, qui dispose que *« dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »*, est inspiré de l'équité[514]. On peut faire la même remarque concernant l'article 1602, alinéa 2 du Code civil qui dispose que dans le cadre du contrat de vente, *« tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur »*[515]. Le principe de l'autonomie de la volonté semble ainsi limité par le respect de finalités supérieures telles que le juste[516] et l'utile[517] pouvant entraîner un rééquilibrage du contrat[518]. Cependant, si ces éléments sont objectifs, il est parfois difficile d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux tant les résultats peuvent varier d'une espèce à l'autre, d'autant qu'en pratique, on constate que

---

[510] *« Le sens normal équivaut au sens équitable »*. Cf. J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1968, n° 42, p. 136.

[511] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D. civ.*, 1997, n° 13, p. 368.

[512] Par exemple, dans les cas où les juges n'ont pas la possibilité de réviser les contrats en vertu de la loi, ils peuvent rééquilibrer le contrat en faisant droit à la demande de résiliation avec ou en l'absence de dommages et intérêts, et *« c'est dans l'appréciation de ces dommages qu'ils pourront rétablir la balance »*. Cf. E. de GAUDIN DE LAGRANGE, *L'intervention du juge dans le contrat*, th., Université de Montpellier, Faculté de Droit, Recueil Sirey, 1935, n° 55, p. 216.

[513] Elle joue ainsi *« un rôle régulateur pour éviter des interprétations trop tranchées ou trop déséquilibrées »*. Cf. B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 343, p. 194 ; n° 384, p. 219.

[514] Il est possible de justifier cette différence de traitement au regard de *« la connaissance de l'étendue de l'obligation que la partie rédactrice est présumée avoir ; connaissance dont elle tire une partie de sa force contre la méconnaissance de la partie faible, accrue par la nature du contrat »*. Cf. D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th., Préf. de J.-L. SOURIOUX, Bibliothèque de droit privé, T. 320, L.G.D.J., Paris, 1999, n° 208, p. 116. Les Principes Undidroit ainsi que les Principes européens du droit des contrats prévoient aussi une interprétation *« contra proferentem »* respectivement aux articles 4.6 et 5103 et visent ainsi à protéger la partie faible. Cf. G. ALPA, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 13.

[515] D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th., Préf. de J.-L. SOURIOUX, Bibliothèque de droit privé, T. 320, L.G.D.J., Paris, 1999, n° 211-214, p. 117-120.

[516] C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 447-448.

[517] S'il n'est pas certain que la règle utile rejoigne toujours la règle juste, les conflits en la matière ne sont pas fréquents. Cf. G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1905, p. 446 ; 460 ; 466 ; 472 ; 484.

[518] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D. civ.*, 1997, n° 12, p. 367. *« Par conséquent, les conventions sont obligatoires, non pas tant parce qu'elles ont été voulues, mais parce qu'elles sont justes ou présumées telles »*. Cf. J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *R.T.D. civ.*, 2001, n° 22, p. 282. Cf. aussi A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, th., Préf. de Catherine Thibierge, Bibliothèque de droit privé, Tome 447, Paris, L.G.D.J., 2005, n° 594, p. 337 ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 2, p. 179.

l'utilisation de l'équité est fréquente[519]. Le recours à l'effet utile de l'acte est parfois insuffisant pour interpréter ce dernier de manière satisfaisante. D'où le recours à l'équité, non pas expressément, mais par le biais de l'interprétation *« en se retranchant derrière la traditionnelle recherche d'intention »*[520]. Or, l'équité *« n'élimine pas tout ce qui est subjectif puisque, par hypothèse, elle implique la reconnaissance d'un rôle actif à la perception personnelle du juge, à sa vision individuelle de l'utilité et de la justice »*[521]. Pour illustrer nos propos, nous ferons par exemple référence à un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 27 mai 1975 dans lequel les juges se fondent à la fois sur l'article 1156 et 1134 alinéa 3 du Code civil mais il semblerait que la question concerne l'exécution de bonne foi et qu'il soit fait état d'un abus de droit[522]. La frontière entre les deux notions est difficile à tracer[523]. Selon le commentateur de cet arrêt, les juges du fond ont statué en équité. En l'espèce, des propriétaires fonciers avaient imposé à un industriel, qui souhaitait agrandir son installation, de supprimer les ouvertures qu'il avait effectuées dans le mur mitoyen. Alors que les juges de première instance avaient fait droit à ces derniers, les juges de la Cour d'appel de Lyon infirment le jugement en énonçant que les propriétaires ne faisaient pas état d'un motif sérieux et légitime à l'appui de leur demande[524]. Or, cette interprétation effectuée par les juges du fond semble ne pas respecter la convention litigieuse étant donné que l'acte mentionnait que les propriétaires se réservaient un droit discrétionnaire d'exiger la modification des lieux[525]. Ainsi, la difficile anticipation du résultat sur le fond du droit litigieux résulte du fait que, dans certains cas, la Cour de cassation censure les juges du fond qui ont statué en équité alors que dans d'autres, elle admet leur interprétation bien que ces derniers semblent avoir également été empreints d'un sentiment d'équité[526]. Par exemple, dans un arrêt du 13 mai 1974, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé

---

[519] En effet, *« l'équité guide souvent le juge dès qu'il n'est pas tenu par une volonté clairement exprimée »*. Cf. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, p. 332 ; n° 350-351, p. 337-339. Cf. aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, Editions Dalloz, 2012, 15e édition, n° 398, p. 399 ; D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th., Préf. de Georges WIEDERKEHR, Bibliothèque de Droit privé, Tome 236, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 101.

[520] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 343, p. 194 ; n° 345, p. 196. *« Le juge est, en effet, plus libre de statuer en équité sous couvert d'investigations psychologiques qu'il ne le serait dans un système d'interprétation objective »*. Cf. J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, n° 27, p. 204.

[521] J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1968, p. 247.

[522] Ph. SIMLER, « Interprétation des contrats. L'instrument : Notion, normes, champ d'application », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 10*, 2009, n° 15, p. 6.

[523] B. FAGES, « L'exécution du contrat – Le comportement des parties », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Mai 2008, n° 365-9.

[524] De même, dans un arrêt ancien du Tribunal de la Seine du 6 janvier 1927, le juge avait décidé que le propriétaire ne justifiait pas d'un intérêt sérieux pour reprendre les locaux alors qu'il était important pour le locataire de conserver son bail. Cf. E. de GAUDIN DE LAGRANGE, *L'intervention du juge dans le contrat*, th., Université de Montpellier, Faculté de Droit, Recueil Sirey, 1935, n° 55, p. 216.

[525] *« Il demeure bien entendu entre vendeurs et acquéreur que ce mur demeure également mitoyen aux deux fonds et que les ouvertures pratiquées dans le mur nouvellement construit ne pourront jamais constituer une servitude au bénéfice du fonds de G…, mais une simple tolérance temporaire de la part des propriétaires du fonds appartenant actuellement aux époux P… »*. Cf. Auteur anonyme J. P., note sous C.A. Lyon (1ère Ch.), 27 mai 1975, *D.* 1976, Jurisprudence, p. 637- 640.

[526] *Infra* n° 36, n° 271.

l'arrêt de la Cour d'appel qui a refusé d'accorder à un agent d'affaire une commission, sans doute pour des raisons d'équité étant donné que ce dernier n'avait pas effectué la vente prévue dans l'acte, alors que la clause insérée dans ce dernier énonçant que la commission promise à l'intermédiaire *« lui est due et lui reste acquise, même en cas de non réalisation »* était claire et précise[527]. Mais dans un arrêt du 13 avril 1988, c'est la troisième Chambre civile de la Cour de cassation qui semble censurer les juges du fond pour n'avoir pas pris l'équité en considération. En l'espèce, ces derniers avaient constaté la résiliation d'un bail commercial en application d'une clause résolutoire, étant donné que le locataire avait manqué, dans le délai requis, à son obligation consistant à envoyer au bailleur l'attestation d'assurance. Or, selon la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, en constatant que le locataire était néanmoins assuré, les juges de la Cour d'appel auraient dû en déduire qu'il exécutait le contrat de bonne foi et donc ne pas résilier le bail. La solution montre la volonté des juges de la Cour de cassation de limiter les effets de la clause résolutoire lorsque celle-ci est mise en œuvre pour des manquements légers ne satisfaisant vraisemblablement pas le sentiment de justice. Cet arrêt est néanmoins critiquable puisqu'il fait état de la bonne foi du débiteur qui ne devrait pas être prise en compte pour faire obstacle à la mise en œuvre de la clause résolutoire, seule la mauvaise foi du créancier pouvant avoir un tel effet[528]. En matière de responsabilité, lorsque le juge est amené à déterminer si l'obligation inexécutée par l'une des parties constitue une obligation de moyen ou de résultat, les solutions sont variables. D'une manière générale, le critère de la distinction entre ces deux types d'obligations est la présence ou l'absence d'aléa. Pourtant, ce critère semble insuffisant puisque d'autres circonstances peuvent être prises en compte par le juge pour trancher le litige. D'où l'incertitude concernant la solution sur le fond du droit litigieux[529]. Dans le même ordre d'idées, le juge tient compte du comportement des parties pour interpréter le contrat et même changer sa dénomination.

37. L'interprétation du contrat au regard du comportement des parties – Le juge a le pouvoir de changer la dénomination du contrat au regard du comportement des parties allant à l'encontre des obligations énoncées dans le contrat. Ainsi, dans un arrêt du 2 mars 1982, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a requalifié le contrat d'origine, en l'occurrence un acte instituant entre les parties *« une association régie par les règles du droit commun »*, en un contrat de société après avoir constaté que *« l'affectio societatis résultait de l'acte lui-même*

---

[527] *Bull. civ.*, IV, n° 152, p. 122.

[528] J.-L. AUBERT, Note sous Cass. civ. 3e, 13 avril 1988, *D.* 1989, Jurisprudence, p. 334-335. Cf. *Infra* n° 67.

[529] « Comme toujours en matière de responsabilité civile, l'*empirisme* a sa part (la solution désirée, ou perçue intuitivement comme satisfaisante, sera parfois posée avant d'être justifiée vaille que vaille) ; et c'est peut-être l'*équité* qui aura dicté la solution retenue. Dans d'autres espèces, auront été déterminantes la *puissance* économique (ou technique) respective des parties, notamment le fait que le débiteur agissait en tant que *professionnel*, ou la présence d'une *assurance* d'un seul côté. Voilà pourquoi certains jugements ou arrêts paraissent difficilement explicables ou contradictoires, dans des circonstances de fait comparables ». Cf. Ph. Le TOURNEAU, avec la participation de C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, Editions Dalloz, 9e édition, Paris, 2012, n° 3266, p. 1036-1037. De plus, *« si en présence d'obligations expresses, les termes utilisés par les parties sont un élément essentiel pour l'interprétation de la portée de leurs engagements, toute liberté est laissée aux juges (sous le contrôle de la Cour de cassation) pour les obligations qu'ils découvrent dans les contrats, au premier chef pour l'obligation de sécurité »*. Cf. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, Droit, 2004, n° 169, p. 439.

et mieux encore du comportement des parties avant et après l'acte »[530]. En conséquence, même si comme en l'espèce, il résulte de l'acte de départ, l'expression d'une volonté claire et précise quant à la nature des obligations devant être exécutées par chacune des parties, cela ne fait pas obstacle à une requalification du contrat par le juge lorsque les parties, ultérieurement, adoptent un comportement qui n'est pas en conformité avec celui qui est requis dans l'acte originaire.

38. Conclusion de la section 1 – Dès lors que la volonté commune des parties n'est pas clairement exprimée dans le contrat, la recherche de celle-ci entraîne obligatoirement une « part d'aléa »[531]. Au regard du constat de la diversité des solutions susceptibles d'être prises par le juge[532], il est difficile d'effectuer des prévisions en la matière[533]. *« Les tribunaux tranchent au cas par cas ; il n'y a aucune ligne directrice, si ce n'est l'interprétation en faveur du consommateur et au détriment du professionnel dans un contrat d'adhésion »*[534]. D'où l'importance de connaître les moyens permettant de faire état de termes clairs et précis en conformité avec la commune intention des parties. *« Le contrat étant un acte de prévision »*[535], c'est au moment de sa formation qu'il est possible d'anticiper la façon dont ce dernier sera interprété par le juge en cas de litige[536]. Il s'agit d'éviter un contentieux en étant le plus précis possible et notamment en prévoyant un changement du contexte dans lequel les parties doivent exécuter leurs obligations[537]. Afin que la lettre du contrat soit en conformité avec la volonté des parties, il convient donc non seulement d'employer des termes clairs et précis et d'adopter un comportement en conformité avec l'acte originaire mais en outre d'être le plus complet possible quant au contenu des obligations de chacune des parties et quant aux directives d'interprétation du contrat en cas de litige, le doute pouvant naître tant de l'obscurité du contrat que d'une carence de la commune intention des parties[538].

---

[530] Dans cette affaire, même si les contractants avaient « de manière claire et précise » fait état de la conclusion d'un contrat d'association, le but lucratif poursuivi par ces derniers, leur participation aux bénéfices et aux pertes prévue dans l'acte ainsi que l'*« affectio societatis »* résultant de celui-ci et de leur comportement caractérisaient le contrat de société. Cf. *Bull. civ*., IV, n°85, p. 76.

[531] Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 1, p. 3.

[532] *« Le contrat est, par définition, instrument de diversité juridique »*. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1059, p. 2171.

[533] T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *J.C.P*., G, 1981, I, 3023, n° 60.

[534] Ph. DELEBECQUE, F.- J. PANSIER, *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, n° 291, p. 150.

[535] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Libres propos sur la période de formation du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 19. Cf. aussi C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D. civ.*, 1997, n° 3, p. 359 ; L. AYNES, « Rapport introductif », in *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, Actes du colloque du 22 octobre 2009, *R.D.C.*, janvier 2010, n° 1, p. 380. La prévision *« porte sur un événement qui est postérieur au moment où elle est formulée et dont la survenance est peu ou prou incertaine »*. Cf. H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit,* PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 644.

[536] En effet, *« il n'est pas bon pour le justiciable de voir affirmer en justice comme vérité, ce qui ne correspond pas à la réalité »*. Cf. J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1968, n° 38, p. 124.

[537] De manière plus générale, les prévisions *« doivent notamment intégrer le risque d'insolvabilité et de défaillance de son partenaire, les maladies de l'économie et les exigences de la solidarité sociale »*. Cf. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit,* PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 631.

[538] T. IVAINER, « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, Chron., n° 9, p. 154.

Section 2 : L'anticipation des conflits d'interprétation du contrat

39. Alors que l'intitulé du contrat ne semble pas lier le juge quant à son interprétation, les informations insérées dans l'acte concernant notamment le détail des obligations à exécuter par chacune des parties ont une incidence sur les pouvoirs du juge en la matière, ce dernier bénéficiant d'une plus ou moins grande liberté d'appréciation selon que les termes employés sont vagues ou précis. Ainsi, une rédaction minutieuse du contrat permet d'éviter que ne surgisse un contentieux ayant trait à l'interprétation des termes contractuels (§1) et l'utilisation de certaines clauses d'interprétation limite les risques d'imprévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux dissuadant en conséquence l'une des parties d'effectuer un procès pour tenter d'obtenir une interprétation du contrat en sa faveur (§2).

§1.Une rédaction minutieuse du contrat

40. L'indication de la valeur juridique des différents documents contractuels – Certains documents préparatoires au contrat, portant notamment sur la rédaction de conditions générales[539], peuvent avoir une force contractuelle une fois le contrat conclu. Les documents contractuels *« sont une des formes par lesquelles la volonté peut s'exprimer »*[540]. Afin de ne pas créer de contentieux sur leur valeur contractuelle, il convient pour les parties de manifester leur volonté de leur faire produire des effets obligatoires, par exemple en les insérant dans le contrat par le biais d'une clause de référence[541] ou en les annexant à celui-ci[542]. La question s'est notamment posée de savoir si l'existence de relations antérieures suivies permettait de conclure à la connaissance des conditions générales, par le contractant, avant la conclusion du contrat[543]. Le contrat pouvant comprendre d'autres documents qui ont force contractuelle, afin de limiter les risques de contradiction entre ces différents documents contractuels, la meilleure solution est d'opter pour un instrument unique[544]. De plus, l'intitulé du contrat doit être en conformité avec le contenu de celui-ci.

---

[539] Définies comme *« des clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire »*. Cf. A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, 1974, p. 622-623.

[540] F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th., Bibliothèque de droit privé, Tome 241, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 10, p. 8. Il peut par exemple aussi s'agir de documents publicitaires. *Ibid.*, n° 137 et s., p. 101 et s.

[541] A condition que le renvoi soit clair. Cf. M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-4.

[542] B. FAGES, « La lettre du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2007, n° 325-27. Cf. A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, 1974, p. 627. Il convient aussi de prévoir dans le contrat une clause faisant référence aux documents annexes. Cf. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th., Bibliothèque de droit privé, Tome 241, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 344, p. 212.

[543] A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, 1974, p. 631.
Dans un arrêt du 18 octobre 2005, la première Chambre civile de la Cour de cassation a répondu par la négative en décidant que des relations d'affaires suivies entre les parties n'étaient pas suffisantes pour valoir acceptation des conditions générales. D'où l'importance, en cas de conclusion de plusieurs contrats dans le temps entre les mêmes parties, d'insérer la clause de référence aux conditions générales dans chaque contrat ou d'élaborer un contrat-cadre puisque dans cette dernière hypothèse, les contrats d'application doivent se référer aux conditions générales découlant de celui-ci. Cf. J. MESTRE, B. FAGES, Note sous Civ.1ère, 18 oct. 2005, *R.T.D. civ.*, 2006, p. 107-108.

[544] B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 83.

41. Un intitulé approprié au contenu du contrat – Si le juge a le pouvoir de requalifier le contrat, il convient de ne pas négliger l'intitulé de ce dernier étant donné qu'il a souvent une influence sur son interprétation. Un intitulé inapproprié est nécessairement source de contentieux[545]. Par ailleurs, après avoir bien identifié les parties, la rédaction d'un préambule semble d'une certaine importance pour exprimer la volonté commune des parties.

42. L'importance des données insérées dans le préambule – Il ne faut pas nier l'importance que joue le préambule du contrat en ce qui concerne les informations que le juge peut y trouver pour résoudre le litige. En effet, les parties ont la possibilité d'y d'inscrire des données, facilitant la compréhension des autres dispositions, susceptibles d'être prises en compte par le juge lors d'un conflit[546]. Les parties peuvent décrire les obligations qui ont été exécutées lors des pourparlers, telles que notamment les obligations d'information et de conseil[547] ou bien encore préciser le comportement à adopter concernant l'exécution de certaines obligations. On peut faire ici état de l'insertion des clauses d'exécution de bonne foi qui, si elles semblent redondantes eu égard à l'article 1134, alinéa 3, *« donnent néanmoins une tonalité particulière à la relation contractuelle. Elles signifient, dans les contrats où elles figurent, que les parties ont sans doute plus qu'ailleurs toutes les raisons de bien se comporter »*[548]. Il convient de définir ce que les parties entendent par clauses d'exécution de bonne foi pour éviter que le juge ne modifie le contrat dans un sens non voulu par celles-ci[549]. Si parfois, les juges rattachent à l'obligation de bonne foi, un devoir de coopération entre les parties[550], ce dernier ne semble exister que dans certaines catégories de contrats[551], *« la psychologie des contractants n'étant pas, en général, synonyme de coopération »*[552]. Selon le doyen Cornu, il convient de ne pas croire *« que dans tout contrat le respect de la bonne foi fait naître un devoir d'assistance, de collaboration, de coopération, d'aide matérielle et, à la limite, d'amitié et de fraternité »*[553]. Ainsi, la clause d'exécution de bonne foi encore appelée d'exécution loyale[554] peut se manifester dans la renégociation du contrat à la suite d'un bouleversement des circonstances économiques. Si la renégociation est attachée à cette unique fin, il est plus approprié que cette obligation découle

---

[545] B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 89. Il en est de même pour une clause qui, par exemple, est intitulée *« arbitrage amiable »* alors qu'elle désigne un tiers ayant pour fonction d'effectuer une conciliation. Cf. M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-11 et du même auteur *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 48, p. 43.

[546] Par exemple, dans un jugement du 26 février 1993, le Tribunal de commerce de Nanterre a donné au préambule une force obligatoire égale à celle du reste du contrat. Cf. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 125, p. 83.

[547] B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 90.

[548] B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 91.

[549] Le recours à des « concepts flous ne répond guère à l'impératif de prévisibilité ». Cf. D. MAZEAUD, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 10.

[550] *Supra*, n° 33.

[551] *Supra*, n° 33.

[552] Ph. DELEBECQUE, F.- J. PANSIER, *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, n° 317, p. 159.

[553] G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, *D.E.A. de Droit privé*, Les Cours de Droit, Paris, 1977, n° 280, p. 209 ; Y. LEQUETTE, « La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats », in *Hommage à Gérard CORNU, Droit et sagesse*, Thèmes et commentaires, Association Henri Capitant, Editions Dalloz, 2009, p. 36.

[554] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 11, p. 6.

d'une clause dénommée « clause d'imprévision »[555]. D'ailleurs, elle est souvent formulée de la façon suivante : *« les contractants s'engagent à négocier de bonne foi »*[556], mais elle se manifeste également sous d'autres dénominations[557]. Si des difficultés surgissent lors de l'exécution du contrat et qui se manifestent, par exemple, dans l'évolution du contexte, les parties s'engagent à négocier le règlement de ces dernières[558]. Certes, au regard de l'évolution en la matière[559], on peut s'interroger sur l'opportunité d'insérer une telle clause, mais au-delà du but de cette dernière qui est d'éviter que ne surgisse un litige lié à l'interprétation, elle permet aussi au juge d'établir plus rapidement la déloyauté des contractants dans l'exécution de leurs obligations. Il en résulte un gain de temps et une meilleure anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux. D'où l'intérêt pour les parties d'insérer un tel engagement dans leur contrat qui ne l'intègre pas de manière implicite. De même, l'insertion d'une clause d'arrangement amiable est dans le prolongement de la précédente en ce qu'elle *« suit l'échec de l'adaptation »*[560] en obligeant ainsi les contractants de tenter de trouver *« une solution négociée »*[561] dès lors que le conflit est établi[562] et ce, souvent avant la saisine d'un juge ou d'un arbitre[563]. Mais d'une manière générale, les différentes obligations à exécuter sont insérées dans le corps du contrat.

43. La précision ayant trait au contenu du contrat – Il convient d'être précis dans le contenu des obligations à effectuer et d'insérer certaines clauses[564] afin d'être complet et d'éviter

---

[555] Celle-ci ayant *« pour objet d'appréhender un événement venant modifier l'équilibre d'un contrat en cours, essentiellement par la mise en place d'une obligation de renégociation, d'une faculté de résiliation du contrat, d'une suspension de ce dernier, ou enfin de l'intervention d'un tiers pour le rééquilibrer »*. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause d'imprévision », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 473.

[556] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 13, p. 6.

[557] Cf. *Infra* n° 43.

[558] Il s'agit donc d'*« un engagement d'adopter une certaine qualité de comportement »*. Cf. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, p. 128.

[559] Eu égard notamment aux différents arrêts pouvant laisser penser que la notion de bonne foi contractuelle devrait impliquer une renégociation du contrat en cas de changement de circonstances économiques et aux projets de réforme sur ce point. Cf. *Supra* n° 33.

[560] Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, p. 128.

[561] Mais il ne s'agit pas d'une obligation de transiger. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 15, p. 7.

[562] Il peut également être fait appel à un tiers. De surcroît, en cas d'échec de la renégociation, la clause peut prévoir la résiliation du contrat ou bien sa suspension. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause d'imprévision », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 477.

[563] Elle peut être rédigée de la manière suivante : *« Tout litige qui n'aurait pas pu être réglé à l'amiable, relatif à la validité, l'interprétation du présent contrat sera de la seule compétence des Tribunaux du lieu de situation du restaurant »*. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 14, p. 6.

[564] Une clause peut être définie comme une *« disposition particulière d'un acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Clause », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 159.

que le juge, en interprétant le contrat, en comble les lacunes[565]. Dans le même ordre d'idées, certaines clauses peuvent faciliter le règlement du litige en cas d'anticipation de ce dernier. Tel est le cas en ce qui concerne la rédaction du contrat de mariage. A la stratégie du choix du type de divorce, selon les conséquences engendrées par chacun d'entre eux a succédé celle ayant trait, au choix du régime matrimonial et aux clauses y étant insérées. Certes, le régime de la séparation de biens semble être de plus en plus souvent adopté par les époux notamment en prévision d'une séparation au regard des facilités engendrées par la liquidation de ce régime matrimonial, celles-ci n'étant néanmoins pas toujours certaines[566]. D'où l'intérêt d'insérer certaines clauses, notamment relatives à la preuve. Hormis celles-ci, certains mécanismes permettent de faciliter la rupture, par exemple, par le biais de la possible révocation des avantages matrimoniaux. Certes, ceux qui ont pris effet pendant le mariage ne sont pas révocables mais il en va différemment de ceux qui ne prennent effet qu'au moment du décès de l'un des époux conformément à ce que prévoit l'article 265 alinéa 2 du Code civil, sauf accord des conjoints. De plus, les pactes de famille sont autorisés, la réforme de 2004 sur le divorce[567] paraissant même inciter le recours à ces derniers au moment du divorce[568]. Par ailleurs, la rédaction d'une convention d'indivision à durée déterminée qui permet d'éviter, sauf accord des conjoints, le partage susceptible d'être demandé à tout moment par chacun des époux en application de l'article 1873-3 du Code civil, ainsi que la constitution d'une société civile régie par les articles 1832 à 1873 du Code civil sont des moyens nécessaires à l'anticipation d'un litige lié à un divorce en facilitant la gestion des biens[569] et en conséquence la liquidation du régime matrimonial. Un soin tout particulier doit en conséquence être apporté à la façon de rédiger le contrat, notamment dans le choix du vocabulaire employé, mais aussi dans l'agencement des différentes clauses entre elles, qui ne

---

[565] Toutefois, il faut réserver le cas du contrat de mariage car si ce dernier doit indiquer le régime matrimonial choisi par les parties, ces dernières peuvent de surcroît insérer des clauses extrapatrimoniales telles que la reconnaissance d'un enfant naturel ou bien la vente d'un immeuble. Or, l'insertion de ces actes extrapatrimoniaux n'a pas pour objet d'anticiper l'incomplétude du contrat mais est susceptible d'avoir une incidence dans le cadre d'une éventuelle procédure ne concernant pas le régime matrimonial, la caducité du contrat de mariage n'entraînant pas la nullité de ces derniers. Ainsi, une reconnaissance d'enfant naturel gardera sa valeur même à défaut de célébration du mariage, un tel aveu pouvant avoir des conséquences juridiques. Il en est de même pour le contrat de vente. Dans cette hypothèse, il serait judicieux de signer une promesse de vente avec une clause subordonnant sa validité à la célébration du mariage. Cf. J. CHAMPION, *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, n° 31.14, p. 81. Il est donc plus prudent, dans le cas particulier du contrat de mariage d'effectuer des actes séparés pour ce qui n'est pas directement lié à la convention matrimoniale elle-même.

[566] Un couple, même marié sous le régime de la séparation de biens, durant la vie commune, ne permet pas à celui-ci d'atteindre les objectifs qui le caractérisent au regard, par exemple, de l'utilisation d'un compte joint dont l'origine des fonds ayant servi au financement de certains achats n'a pas été clairement déterminée. S'il existe un principe en vertu duquel la preuve de la propriété d'un bien de l'un des époux peut s'effectuer par tous moyens en application de l'article 1538 du Code civil, celle-ci n'est cependant pas toujours aisée à rapporter. Cf. C. ROBBE-PHAN, « L'anticipation contractuelle en amont du divorce », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 20, n° 22, p. 9.

[567] Issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004.

[568] Cependant concernant l'anticipation du règlement des conséquences du divorce, l'efficacité d'un accord portant sur la liquidation d'un régime matrimonial et plus précisément sur le sort des parts sociales n'est possible qu'une fois l'assignation en divorce effectuée en application de l'article 265-2 du Code civil. En dehors d'une instance en divorce, une telle convention violerait le principe d'immutabilité du régime matrimonial. Cf. J. PRIEUR, E. NAUDIN, R. COTREL, « Couples et situations de crise », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Janvier-février-mars 2012, n° 27, p. 45.

[569] C. ROBBE-PHAN, « L'anticipation contractuelle en amont du divorce », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 20, n° 35, p. 10.

doivent pas susciter d'équivoque[570]. Il ne s'agit pas de multiplier le nombre de clauses au risque d'engendrer des contradictions entre ces dernières[571] mais d'être très précis dans leur contenu[572] et d'anticiper les difficultés susceptibles d'entraver la poursuite du contrat. La clause d'imprévision est une variante de la clause de modification unilatérale[573]. D'ailleurs, la dénomination peut varier concernant les clauses qui tendent à prévenir un litige lié à la survenance de circonstances extérieures[574] puisque existent les clauses dites d'adaptation[575] pouvant rééquilibrer le contrat[576] ou de sauvegarde insérées dans les contrats de longue durée qui ont pour objet de « modifier quelque peu le contrat, d'en suspendre l'exécution, voire de déclarer forfait »[577]. On peut également se référer à la clause de « hardship »[578] qui est une clause de

---

[570] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-11 ; 311-13 ; 311-18.

[571] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-29.

[572] Par exemple, il est important pour les parties de bien préciser dans une clause de dédit qu'elles souhaitent se réserver la faculté de se rétracter afin que le juge ne l'interprète pas comme une clause pénale et ne puisse ainsi la réduire. Cf. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Libres propos sur la période de formation du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n° 13, p. 22.

[573] Puisqu'elle tend à adapter le contrat à l'évolution des circonstances. Ainsi, elle *« offre à l'une des parties de modifier unilatéralement un élément du contrat. Une telle disposition peut être utile pour adapter le contrat dans un environnement changeant »*. A la différence de la clause de résiliation unilatérale, elle ne fait pas disparaître le contrat. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause de modification unilatérale », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, n° 1115, p. 623, n° 1128, p. 628.

[574] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, LexisNexis SA, 2012, 4ième édition, n° 380, p. 237.

[575] Mais selon un arrêt du 3 octobre 2006, de telles clauses permettent uniquement de réviser le contrat sans qu'il s'agisse d'une obligation de parvenir à ce résultat. Les parties doivent ainsi engager des discussions visant à adapter le contrat, sous peine d'engager leur responsabilité. Cf. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, Editions Dalloz, 2012, 15e édition, n° 404, p. 404.

[576] Une révision est néanmoins prévue par la loi dans certains cas particuliers en application des articles L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle et 828 du Code civil. Cf. T. GENICON, « Les traitements légaux : mesures préventives », in *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, Actes du colloque du 22 octobre 2009, *R.D.C.*, janvier 2010, n°18, p. 464.

[577] Dans ce dernier cas, on les appelle aussi les clauses de résiliation-sauvegarde qui permettent de mettre un terme *« dans certaines situations à un contrat générateur de risques excessifs pour l'une ou l'autre d'entre elles »*. Cf. J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *R.T.D. civ.*, 1987, n° 18-23, p. 490 à 493 ; Ph. LE TOURNEAU, « De l'art et de la manière de négocier et conclure des contrats internationaux », *Gaz. Pal.*, 1996 (1er sem.), Doctr., n° 16, p. 11 ; R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1983, n° 74, p. 28. Ainsi, elles peuvent être définies comme des dispositions comprises dans *« certaines conventions internationales et permettant à l'un des contractants qui l'invoque – dans des circonstances particulières prévues par la convention et conformément à une procédure spécifique fixée par la convention de – déroger temporairement aux autres dispositions que contient ladite convention et de se soustraire en tout ou partie aux obligations découlant de celle-ci »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Clause de sauvegarde », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 160.

[578] A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Collection Droit fondamental, P.U.F., 2006, n° 55, p. 63. Cf. aussi H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit*, PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 654.

renégociation en cas de survenance de circonstances déséquilibrant le contrat[579], bien que la jurisprudence fasse douter de l'opportunité d'insérer une telle clause dans le cadre de ces contrats comme nous l'avons vu plus haut et que la loi prévoie parfois de lutter contre l'imprévision[580]. Néanmoins, il convient d'effectuer des nuances entre ces derniers types de clauses qui sont insérés dans les contrats internationaux[581]. Dans le même ordre d'idées, les parties peuvent insérer une clause relative au prix[582] ou une clause de « force majeure »[583]. Le litige peut être anticipé en prévoyant les risques résultant de la survenance d'événements extérieurs aux comportements des parties susceptibles d'entraver les relations contractuelles[584] et ainsi de donner lieu à un recours au juge pour interpréter le contrat. Pourtant, il ne suffit pas toujours d'être précis puisque *« même les clauses claires et précises doivent être expliquées »*[585]. Par ailleurs, étant donné que pour interpréter le contrat le juge peut tenir compte du comportement des parties après la conclusion de l'acte[586], il est parfois judicieux de faire

---

[579] Plus précisément, elle *« autorise les parties à demander, dans des cas exceptionnels, un réaménagement du contrat, lorsque les changements intervenus, indépendants de leur volonté, modifient substantiellement l'équilibre initial du contrat, mais que celui-ci peut-être rétabli (indépendamment d'une clause de révision du prix). […] La clause doit prévoir le mieux possible les circonstances qui enclencheront la procédure de négociation et les modalités de cette dernière »*. Cf. Ph. LE TOURNEAU, « De l'art et de la manière de négocier et conclure des contrats internationaux », *Gaz. Pal.*, 1996 (1er sem.), Doctr., n° 17, p. 11 ; R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1983, n° 46-47, p. 19. Elle permet ainsi de trouver une solution à la situation d'imprévision qui est différente du cas de force majeure. J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th., Préf. Ph. Le TOURNEAU, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2004, n° 271, p. 276 ; n° 273-274, p. 278-280.

[580] Notamment conformément à l'article L. 442-6 du Code de commerce en vertu duquel *« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque (…) manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu »*. Et il en est de même concernant le fait : *« 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »*. Or, si l'on n'exclut pas que cet article pourrait s'appliquer lors l'exécution du contrat, *« en continuant à demander l'exécution d'un contrat profondément inéquitable, ne pourrait-on considérer que le contractant « obtient un avantage manifestement disproportionné » et « soumet un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif »* ? Cf. T. GENICON, « Les traitements légaux : mesures préventives », in *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, Actes du colloque du 22 octobre 2009, *R.D.C.*, janvier 2010, n° 21, p. 465-466.

[581] *Infra* n° 44.

[582] Permettant une variation automatique en fonction de l'évolution des indices. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1061, p. 2173-2174. Cf. aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, Editions Dalloz, 2012, 15e édition, n° 404, p. 403. Cette clause peut ainsi encore être appelée « clause d'adaptation automatique ». Cf. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, p. 123.

[583] Notamment dans le cadre du commerce international dans lequel, en cas de force majeure, il convient d'assurer la survie du contrat. La clause de force majeure *« exprime souvent l'obligation pour la partie empêchée, voire pour les deux parties, de déployer tous leurs efforts en vue de lever l'obstacle au plus tôt »*. Cf. M. FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 11, p. 355.

[584] J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *R.T.D. civ.*, 1987, n° 9, p. 487. Cf. aussi R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1983, n° 11-12, p. 6.

[585] C'est ce qui résulte d'un arrêt du 22 mai 2001, dans lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si, en l'espèce, le professionnel avait accompli son devoir de conseil à l'égard des contractants alors même que le contrat était clair et précis. D'où l'importance d'insérer dans l'acte une clause faisant état de l'accomplissement de l'obligation d'information. Cf. J. MESTRE et B. FAGES, Note sous cet arrêt, *R.T.D. civ.*, 2001, n° 4, p. 875-877.

[586] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, Droit, 2004, n° 164, p. 432.

obstacle à une telle éventualité en insérant, par exemple, dans le contrat une clause de non reconduction tacite afin que le juge ne déduise pas du comportement actif des parties leur intention de rester liées par le contrat[587]. En effet, dans certains cas[588], au terme du contrat et sans opposition de la part de l'un des contractants, le contrat peut être renouvelé par tacite reconduction[589]. De même, il est opportun de distinguer les obligations principales des obligations accessoires afin de ne pas susciter de doute et donc un contentieux sur la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité[590]. Les parties souhaitent parfois modifier la charge des préjudices en aménageant la règle selon laquelle *« les risques liés à une faute sont à la charge du débiteur de l'obligation inexécutée »*. Dans le but de renforcer cette règle, elles ont recours à la clause pénale, celle-ci ayant pour objet d'évaluer la valeur du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation sous réserve du contrôle du juge[591] ou au contraire dans celui de la contourner, elles insèrent dans certaines hypothèses des clauses de non-responsabilité qui font peser la charge du risque sur le créancier[592]. La clause pénale est aussi un moyen de pression incitant le débiteur à exécuter ses obligations au regard notamment de son caractère comminatoire[593] et fait donc partie des clauses dissuasives des litiges au même titre d'ailleurs que la clause d'astreinte, ou la clause de remboursement forfaitaire des frais de justice. Par ailleurs, toujours en vue d'éviter le litige, les parties peuvent insérer une clause relative au non-

---

[587] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 56, p. 48.

[588] Notamment lorsque les parties continuent à s'acquitter de leurs obligations. Cf. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 50, p. 45.

[589] Toutefois, même en présence d'une clause énonçant expressément que les parties ne souhaitent pas que leur contrat soit renouvelé, si ces dernières maintiennent néanmoins des relations après le terme de leur contrat, le juge a la possibilité de faire produire des effets de droit à cette nouvelle situation bien qu'il ne puisse décider de l'existence d'un nouveau contrat. Cf. A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th., Préf. de Jacques Mestre, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 1992, n° 722-727, p. 435-439. A l'inverse, en présence d'une clause de tacite reconduction, il est conseillé aux contractants d'adjoindre une liste faisant état des clauses applicables au nouveau contrat car en cas de silence, le juge pourra interpréter ce dernier comme l'exclusion des clauses accessoires insérées dans le contrat qui prend fin. Cf. S. BERNHEIM-DESVAUX, « La clause de tacite reconduction », *C.C.C.*, 2012, 6, Formule, p. 71.

[590] Qui ont *« pour objet de limiter, voire d'écarter la responsabilité encourue en cas d'inexécution, d'exécution défectueuse ou d'exécution tardive du contrat »*. Pour être valable, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité doit contredire *« la portée de l'obligation essentielle »*, c'est-à-dire qu'elle la *« vide de toute substance »*. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause limitative ou exclusive de responsabilité », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 584 ; p. 590.

[591] *Infra* n° 69.

[592] Toutefois, ces clauses ne sont pas toujours valables. Par exemple, en application de l'article L. 133-1 du Code de commerce, il est interdit de prévoir dans le cadre des transports internes de marchandises une clause excluant totalement la responsabilité du transporteur en cas de pertes ou d'avaries. Par ailleurs, de telles clauses peuvent être qualifiées de clauses abusives dans les contrats de consommation. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause limitative ou exclusive de responsabilité », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 587.

[593] Tendant à l'efficacité juridique du contrat. Cf. G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat*, Sous la dir. de G. LARDEUX, Editions Dalloz, 2011, p. 6.

exercice du droit de préemption[594], une clause prévoyant un délai de régularisation[595] ou une clause résolutoire de plein droit permettant à la partie victime de l'inexécution tant d'anéantir le contrat[596] que de dissuader le débiteur de manquer à ses engagements contractuels[597]. L'exécution forcée peut néanmoins être mise en œuvre par le créancier sans recourir au juge si au moment de la conclusion du contrat, celui-ci a, par exemple, été passé par acte notarié afin de valoir titre exécutoire[598]. Le recours au juge peut encore être évité par l'insertion d'une clause de non-recours[599]. Mais d'une manière générale, il paraît opportun pour les parties d'anticiper la façon de régler un éventuel litige notamment en se donnant les moyens d'évaluer les chances de succès d'une action en justice. Pour ce faire, les contractants insèrent par exemple une clause d'expertise, l'expert ayant pour mission de mesurer l'opportunité d'une action en justice, ou bien encore d'éviter la survenance du litige en contrôlant l'exécution du contrat ainsi qu'en réglant les difficultés au fur et à mesure d'un point de vue technique. Une telle clause[600] semble appropriée dans le domaine de relations d'affaires comprenant des aspects techniques ou économiques complexes[601]. Dans ce cas, les difficultés sont réglées de manière définitive sans que les parties

---

[594] Si l'exercice du droit de préemption ne semble pas pouvoir entraîner une action en responsabilité contre le vendeur de la part de l'acquéreur évincé, ce dernier est néanmoins susceptible de faire naître un contentieux au regard de son absence d'information sur l'existence de ce droit et lui permettant de faire état d'un préjudice moral issu de la non conclusion de l'acte ainsi qu'éventuellement d'un préjudice matériel ayant trait aux dépenses liées aux démarches déjà entreprises. Or, cette clause a justement pour objet d'informer les parties sur l'existence du droit de préemption et ainsi de faire obstacle à toute contestation susceptible de donner lieu à une action en justice envers le vendeur ou le notaire. Une telle clause pourrait être rédigée de la façon suivante : *« Le présent contrat engage les parties sous réserve de non-exercice des divers droits de préemption. L'exercice d'un droit de préemption rend le présent contrat définitivement caduc, nonobstant toute annulation ou renonciation ultérieure »*. Cf. S. BECQUE-ICKOWICZ, « La condition suspensive de non-préemption, faculté de repentir pour le vendeur ? », *Defrénois*, n° 19, 15 nov. 2011, 40176, p. 1524.

[595] Qui a pour objet *« de donner à la partie défaillante une dernière chance de procéder à l'exécution »*. Cf. B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-17.

[596] *Infra* n° 62.

[597] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 28, p. 10. Cf. aussi M.-A. RAKOTOVAHINY, « La sanction unilatérale dans le contrat », in *A propos de la sanction*, Etudes réunies et présentées par C. MASCALA, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n° 6, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 175.

[598] P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, n° 8, p. 108. La force exécutoire est, en effet, un des avantages parmi d'autres de l'acte authentique. Cf. L. AYNES, « L'authenticité », in Dossier : Authenticité et sécurité juridique, *Droit et patr.*, 2010, n° 188, p. 56.

[599] Qui entraînent *« une renonciation au droit d'agir en justice sur le fondement ou à l'occasion du contrat »*. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause de non-recours », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, n° 1253, p. 697 ; n° 1501, p. 850. Le renonçant supporte ainsi la charge définitive de la dette. Parallèlement, le débiteur est libéré de ses obligations et de sa responsabilité. La renonciation doit cependant respecter les textes impératifs. Cf. Ph. DELEBECQUE, « Les renonciations à recours », *Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Editions Dalloz, 2006, n° 12, p. 567 ; n° 18, p. 571.

[600] Encore appelée « clause d'adaptation semi-automatique » en ce que le tiers peut être amené à parfaire le contrat notamment en application des articles 1592 et 1843-4 du Code civil et parfois aussi, en pratique, en cours d'exécution de celui-ci en cas de modification du contexte dans lequel les parties doivent accomplir leurs obligations. Cf. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, p. 124 ; R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1983, n° 33, p. 14.

[601] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 17, p. 7.

interviennent dans la recherche de l'accord[602]. Ainsi, en dehors des clauses tendant à éviter le litige, il en existe d'autres qui visent à anticiper le règlement de celui-ci en évaluant les chances d'obtenir gain de cause en justice notamment en ayant pour objet de régler la contestation qui découle de l'exécution du contrat[603]. A ce titre, hormis la clause d'expertise, on peut citer les clauses de conciliation et de médiation. Ces dernières ont un important impact psychologique au moment de leur exécution, de telle sorte qu'il est parfois opportun de rajouter dans la rédaction de ces dernières, qu'en cas d'impossibilité pour les parties de parvenir à mettre un terme à leur litige de manière amiable, une réunion aura lieu en présence des plus hauts directeurs des entreprises concernées[604]. C'est ainsi que les entreprises américaines ont eu recours à ce processus et ont créé une variété de médiation, nommée *« mini-trial »*[605]. En effectuant un certain rituel préalable à une éventuelle action en justice, dans le but d'éteindre le conflit, les parties parviennent plus facilement à résoudre leur litige[606] et à éviter qu'il donne lieu à un procès. En tentant de trouver des solutions, elles étudient à la fois les faiblesses et les qualités de leurs prétentions respectives et évaluent ainsi l'enjeu du litige[607], notamment les chances de succès d'un procès. De plus, souvent, la clause de conciliation ou de médiation prévoit, en cas d'échec d'autres modes de résolution des conflits[608]. Or, eu égard au grand nombre de clauses susceptibles d'être insérées dans les contrats[609], il convient de prendre seulement quelques exemples dans le cadre de ce paragraphe pour montrer leur intérêt dans une optique stratégique tendant à éviter un contentieux lié à l'interprétation du contrat. La phase de la négociation est aussi interprétée comme devant impliquer une obligation de négocier de bonne foi[610] ; donc il est

---

[602] X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 382. Il existe également la clause de prix à dire d'expert en vertu de laquelle un tiers fixe un prix qui s'impose. Il s'agit du tiers visé à l'article 1592 du Code civil. Cette clause trouve son utilité notamment dans le contrat de vente, le prix étant une condition de validité de celui-ci et permet d'éviter toute contestation en la matière. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause de prix à dire d'expert », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, n° 1496, p. 849.

[603] X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 380.

[604] En effet, par exemple, leur insertion dans un contrat de distribution de produits informatiques permet aux hauts dirigeants de conserver de bons rapports en matière commerciale entre leurs deux entreprises plutôt que d'effectuer un procès coûteux qui anéantirait leurs relations futures. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 158.

[605] Qui a pour finalité d'élaborer une procédure amiable dans laquelle participent des représentants de l'entreprise, chargés de défendre le dossier devant un collège constitué par deux ou plusieurs dirigeants des entreprises en conflit et présidé par une personne extérieure aux entreprises. Si une solution est trouvée, elle sera qualifiée de conciliation. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 158.

[606] Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 155 ; J. BEGUIN, Entretien avec Monsieur Marco DARMON, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *J.C.P.*, G., 1996, I, 3976, p. 438.

[607] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 79-80.

[608] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1634, p. 661.

[609] Des auteurs font par exemple état de cinquante et une clauses usuelles. Cf. Ph. DELEBECQUE, F.- J. PANSIER, *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, n° 286, p. 147-148.

[610] D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 10, p. 642.

opportun d'en prévoir les modalités dans le but d'une meilleure sécurité juridique et d'avoir ainsi recours à la clause de *material adverse change* (MAC) qui permet d'anticiper des changements durant la négociation du contrat[611]. Tous ces types de clauses sont d'ailleurs très fréquents dans le cadre des contrats internationaux, mais concernant ces derniers, il convient d'apporter des précisions.

44. Les précisions à apporter dans le cadre d'un contrat comportant un élément d'extranéité – Souvent, dans le cadre d'un contrat international, c'est dans le préambule que les parties indiquent la langue applicable au contrat[612] pour éviter les risques d'interprétation divergentes et les risques de traduction[613] notamment lorsque les systèmes de droit susceptibles de régir un éventuel contentieux sont très différents[614]. Afin de rendre le langage juridique plus accessible, il est possible pour les parties d'utiliser les *Incoterms* (*International commercial terms*, Termes commerciaux internationaux) consistant à *« préciser le sens de quelques mots importants »*[615]. Après le choix de la langue, il convient d'énoncer la loi applicable[616] au contrat ainsi que le lieu de la juridiction compétente lorsqu'une liberté est offerte aux parties dans ces hypothèses[617] pour anticiper la solution donnée par le juge en cas de procès[618]. Ainsi, les parties

---

[611] Elle a *« pour objet de protéger l'acquéreur contre la survenance, entre la signature du contrat (signing) et la réalisation de l'opération (closing), d'un changement significatif défavorable »*. Ce dernier fera obstacle à la conclusion du contrat. A la différence de la clause de *hardhip*, cette clause joue pendant la période de formation du contrat et permet à l'acquéreur de se dégager de l'opération. Cf. A.-C. PELISSIER, « La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives), *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, p. 5.

[612] Bien que dans certains cas, la langue s'impose à ces dernières comme le montrent les articles L. 112-3 alinéa1er du Code des assurances et L. 121-1 du Code du travail. Cf. B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 86.

[613] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-20.

[614] Il n'est, par exemple, pas conseillé de choisir une langue tierce comme l'anglais lorsque le contrat est conclu entre un Français et un Espagnol qui ont des droits assez proches, alors que les Anglais ont un droit différent de ces derniers. Cf. J. MAURO, « Au carrefour des droits et des langues : la langue applicable au contrat, les risques linguistiques », *Gaz. Pal.*, 1988 (1er sem.), Doctrine, p. 214-215. De plus, les nombreux « faux amis » que comporte cette langue par rapport au français peuvent induire les parties en erreur et ainsi donner lieu à des conflits d'interprétation. Cf. Ph. LE TOURNEAU, « De l'art et de la manière de négocier et conclure des contrats internationaux », *Gaz. Pal.*, 1996 (1er sem.), Doctr., n° 13, p. 10. Cf. aussi M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 3, p. 15 ; n° 117, p. 77 ; S. CHATILLON, *Le contrat international*, Editions Magnard-Vuibert, 2011, p. 88 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, LexisNexis SA, 2012, 4ième édition, n° 387, p. 243.

[615] J. MAURO, « Au carrefour des droits et des langues : la langue applicable au contrat, les risques linguistiques », *Gaz. Pal.*, 1988 (1er sem.), Doctrine, p. 216. Ils aboutissent à une codification des usages concernant la vente internationale en prévoyant pour chaque type de vente les obligations des parties. Cf. S. CHATILLON, *Le contrat international*, Editions Magnard-Vuibert, 2011, p. 37.

[616] Il est judicieux que celle-ci soit la loi du pays de la langue choisie afin d'éviter des difficultés d'interprétation. Cf. M. GORE, « La rédaction du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, p. 30.

[617] Par exemple, en présence de conventions internationales ou de Règements communautaires, il convient de se référer à ces derniers pour connaître si un tel choix est possible. Le Règlement Rome I du 17 juin 2008, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles énoncent qu'en principe le choix de la loi applicable au contrat est libre (Art. 3§1). Par ailleurs, concernant le choix de la juridiction compétente, la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat conclu entre un Américain et un Français et désignant les juridictions d'un Etat américain en cas de survenance d'un litige est possible même si des règles impératives résultant de la loi française sont applicables pour ce qui a trait au fond du litige. Cf. S. CHATILLON, *Le contrat international*, Editions Magnard-Vuibert, 2011, p. 315.

prévoient une clause de localisation du lieu d'exécution du contrat afin d'éviter les difficultés ressortant de la question, pour le juge, de la loi applicable au litige[619] dans le respect toutefois de certaines limites[620]. A défaut de choix, la loi applicable dépend des textes issus des Conventions ou Règlements communautaires ou bien des règles de conflit de lois du juge compétent qui n'applique pas obligatoirement son droit national[621]. Le choix de la loi applicable au contrat est également important au regard de certaines notions juridiques qui n'ont pas d'équivalent en droit français. Certes, la possibilité de choisir telle loi plutôt qu'une autre va peut-être perdre de sa vigueur avec l'élaboration d'un droit européen des contrats qui prévoit d'harmoniser certaines notions dans un but d'une meilleure cohérence en la matière[622]. Le but est de parvenir à un droit commun contractuel[623]. Néanmoins, l'aboutissement d'un tel projet nécessite du temps. D'une manière générale, le droit de l'Union européenne essaie d'élaborer des définitions autonomes afin de s'affranchir des spécificités résultant des ordres nationaux[624].Toutefois, actuellement, en matière contractuelle, certaines notions juridiques ne bénéficient pas d'une définition autonome européenne. Il s'agit par exemple des termes de contrat, de consentement, d'inexécution, de dommages et intérêts qui renvoient aux définitions des droits nationaux[625]. De plus, il existe des concepts spécifiques à chaque Etat[626]. Il est donc parfois difficile de faire des comparaisons, de traduire certains termes juridiques[627] et ainsi de trouver l'équivalent en droit français. Tel est le cas par exemple en ce qui concerne la notion du « dommage existentiel » ou encore de « préjudice biologique » qui sont des notions issues du droit italien et propres à ce dernier[628] ou bien encore de l'institution du *trust* anglais dont on ne retrouve pas l'équivalent en droit français

---

[618] Il est d'ailleurs conseillé de ne pas dissocier les deux. S. CHATILLON, *Le contrat international*, Editions Magnard-Vuibert, 2011, p. 98.

[619] E. PUTMAN, « Le contentieux contractuel – Solutions amiables », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2007, n° 396-4.

[620] H. FABRE-DUBOUT, *La localisation du contrat : entre lieux et espace*, th., Préf. J. Mestre, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, PUAM, 2007, n° 1102, p. 433.

[621] *« Par l'attribution de juridiction, les parties cherchent donc parfois à garantir l'application d'un certain droit ou, au contraire, à écarter une loi qui leur est défavorable »*. D'où l'importance de procéder à une élection de for en matière internationale. Cf. G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Juristische Fakultät der Universität Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1980, p. 2-3. Cf. aussi H. FABRE-DUBOUT, *La localisation du contrat : entre lieux et espace*, th., Préf. J. Mestre, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, PUAM, 2007, n° 508, p. 211-212.

[622] J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Thémis, Droit, PUF, 1ère édition, Juillet 2008, n° 406, p. 325.

[623] B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (Sous la dir. de), *Principes contractuels communs*, Association Henri CAPITANT, Société de législation comparée, Vol. 7, p. 15.

[624] J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Thémis, Droit, PUF, 1ère édition, Juillet 2008, n° 494, p. 380. Toutefois, un texte unique est susceptible de contenir des sens différents au regard des disparités entre la culture anglaise et la culture française. En effet, la formation juridique, la langue, la manière de rédiger les jugements sont des facteurs qui rendent difficile l'harmonisation en ce qui concerne l'interprétation des concepts. Cf. J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Méthodes du droit, Editions Dalloz, 2009, p. 31 ; 46.

[625] J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Thémis, Droit, PUF, 1ère édition, Juillet 2008, n° 494, p. 381.

[626] Notamment en ce qui concerne les concepts d'offre, de résolution du contrat, de bonne foi, ou encore de transfert de propriété. Cf. S. CHATILLON, « Droit et langue », *R.I.D.C.*, 2002, p. 692 ; 694-695 ; 696 ; 711.

[627] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 58, p. 48.

[628] Selon un avocat milanais, les préjudices moral, biologique et existentiel « composent le préjudice non patrimonial ». Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 425, p. 265.

même si la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 a introduit la fiducie dans notre droit national[629]. D'un point de vue stratégique le choix de la loi applicable au fond dépend du but poursuivi par les parties[630]. Elles ont aussi la possibilité d'appliquer au contrat les principes d'Unidroit[631] ou la *lex mercatoria*[632]. Certains articles relevant de ces principes de droit international ont trait au comportement des parties et permettent d'agir rapidement dès qu'un indice laisse apparaître un doute quant à l'exécution de ses obligations par l'une des parties[633]. D'ailleurs le droit européen semble favoriser l'efficacité économique du contrat[634]. Par exemple, si notre cas d'espèce n°1 comporte un élément d'extranéité, la Convention de Vienne ayant trait à la vente internationale de marchandises est susceptible de s'appliquer. Tel est le cas si le fournisseur est français et que l'acquéreur est allemand et reçoit ainsi la marchandise dans son pays. Or, les parties peuvent s'y soustraire à certaines conditions[635] afin d'opter pour un autre droit plus conforme à leurs attentes. En effet, s'il s'agit d'un contrat de longue durée, dès lors que cette convention ne prévoit pas une obligation de renégocier le contrat en cas de survenance de circonstances imprévisibles de nature à modifier gravement l'équilibre du contrat par le biais notamment d'une clause d'adaptation ou

---

[629] En effet, « ce qui fait le *trust* anglais, c'est toute une tradition, un contrôle judiciaire strict, une confiance généralisée dans l'institution, tous éléments que ne peut importer de manière instantanée le meilleur des législateurs ». Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 418, p. 256. V. aussi J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Méthodes du droit, Editions Dalloz, 2009, p. 225 ; Ph. DUPICHOT, « La fiducie en pleine lumière », A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, *J.C.P., G.*, 2009, I, 132, p. 24.

[630] *Infra* n° 385.

[631] Qui pourraient être considérés comme des *« règles matérielles adaptées au commerce international »*. Leur champ d'application est plus étendu que celui de la Convention de Vienne qui concerne uniquement la vente internationale de marchandises et leur portée plus grande que celle des Principes du droit européen du contrat (PEDC). Cf. B. FAUVARQUE-COSSON, « La nouvelle édition des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », in *Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE, Les droit entre tradition et modernité*, Editions Dalloz 2012, p. 179-180.

[632] Dont les sources sont *« les sentences de l'arbitrage international, les principes généraux, les usages et les instruments du commerce international »*. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, LexisNexis SA, 2012, 4ième édition, n° 359, p. 223.

[633] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 232, p. 133. Par exemple, à la différence du droit français, en application de l'article 7.3.4 des Principes d'Unidroit, l'une des parties peut ne pas exécuter son obligation de manière « anticipée » dès lors qu'il est manifeste qu'il y aura une « inexécution essentielle de la part de l'autre partie ». D'ailleurs, il en est de même en ce qui concerne l'article 9.201 des Principes du droit européen du contrat.

[634] Et par là même les intérêts du créancier. *« L'idée est, en effet, grâce à l'éviction du juge, de faire gagner du temps et de l'argent au contractant victime d'un vice du contrat ou de l'inexécution »*. Cf. D. MAZEAUD, « Rapport de synthèse », in *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre ?*, Sous la dir. de Guillaume WICKER, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Editions Litec, LexisNexis, 2008, n° 24, p. 84.

[635] Certes, l'article 6 de la Convention de Vienne prévoit que *« les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention »*, mais selon la jurisprudence, si cette exclusion peut être tacite, elle doit néanmoins ressortir de certains indices. En effet, « Faute d'indices révélant l'état de connaissance du droit uniforme, une argumentation commune des parties sur le fondement d'un droit interne de la vente ne vaut pas exclusion tacite de la Convention ». Par ailleurs, dans un arrêt du 3 novembre 2009, la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce qu'en faisant référence à la fois aux dispositions du Code civil et à celles de la Convention de Vienne, la volonté des parties d'exclure l'application de cette dernière n'est pas certaine. Cf. C. WITZ, Observations sous cet arrêt, *D.*, 2010, Pan., p. 924-925.

de *hardship*[636], la stratégie va consister pour les parties à ne pas faire application de celle-ci mais de choisir le droit allemand, ce dernier prévoyant une telle obligation dans cette hypothèse[637], de préférence au droit français bien qu'il semblerait qu'il y ait une évolution en la matière[638].Toutefois, cette stratégie semble ne plus avoir de raison d'être au regard d'un arrêt du 19 juin 2009 de la Cour de cassation belge qui, en interprétant la Convention de Vienne, consacre une obligation de renégociation du contrat en cas de changement des circonstances économiques correspondant au cas d'imprévision[639]. En cas d'inexécution du contrat de vente internationale de marchandises, la Convention précitée prévoit divers moyens permettant d'y remédier[640]. En dehors des hypothèses auxquelles s'applique la Convention de Vienne, le choix de la loi applicable à un litige comportant un élément d'extranéité peut s'effectuer en fonction de ce que permettent les différents droits substantiels des pays susceptibles d'être choisis par les parties[641]. A la différence du droit français[642], concernant les sanctions de l'inexécution des

---

[636] Cf. *Supra* n° 43. Il existe néanmoins des différences entre ces deux types de clause. Alors que le changement de circonstances énoncé dans la clause d'adaptation est prévisible, à l'inverse, il est imprévisible dans le cadre d'une clause de *hardship*. Cf. O. CACHARD, *Droit du commerce international*, Lextenso éditions, LGDJ, 2011, n° 505, p. 222.

[637] Notamment en application du § 313 du BGB. Cf. H. ULLRICH, « La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste », in *Sécurité juridique et droit économique*, Sous la direction de L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, Editions Larcier, Groupe De Boeck s.a., 2008, p. 84-85.

[638] *Supra* n° 32. D'ailleurs, face à un changement de circonstances, les solutions varient selon les différents droits nationaux. Par exemple, en droit italien, concernant le contrat synallagmatique, l'article 1467 du Code civil énonce que *« dans les contrats à exécution successive, périodique ou différée, si la prestation d'une des parties est devenue excessivement onéreuse en raison de la survenance d'événements extraordinaires et imprévisibles, la partie qui doit cette prestation peut demander la résolution du contrat, que cette résolution ne peut être demandée si l'onérosité rentre dans les aléas normaux du contrat, et que la partie contre laquelle la résolution est demandée peut l'éviter en offrant une modification équitable du contrat »*. Le droit anglais prévoit dans certaines hypothèses la caducité du contrat et le droit américain permet au débiteur de l'obligation inexécutée d'être exonéré ou libéré de son obligation dès lors que l'inexécution ou l'impossiblité d'exécution est issu d'un événement imprévisible au moment de la conclusion du contrat. Cf. S. CHATILLON, *Le contrat international*, Editions Magnard-Vuibert, 2011, p. 92-94.

[639] En l'espèce, la Cour de cassation affirme ainsi que la Convention comporte une lacune de nature à être comblée, selon l'article 7, alinéa 2, par des principes généraux qui *« gouvernent le droit du commerce international »* en énonçant que *« selon ces principes, tels qu'incorporés entre autres dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, la partie qui invoque un changement de circonstances perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel est en droit de réclamer la renégociation du contrat »*. Cf. C. WITZ, Observations sous cet arrêt, *D.*, 2010, Pan., p. 932.

[640] Elle permet par exemple l'exception d'inexécution et même une exception d'inexécution préventive en cas de risque de violation grave ou l'allocation de dommages-intérêts. Par ailleurs, en présence de l'hypothèse du défaut de conformité de la marchandise, il est possible pour l'acquéreur de demander son remplacement en application de l'article 46 alinéa 2 de la Convention ou la réparation du défaut de conformité conformément à l'alinéa 3 du même article. L'exécution en nature est également possible dès lors que le droit de l'exécution du for l'admet. Enfin, la résolution unilatérale se manifestant par une simple déclaration notifiée par le créancier est permise à condition d'être en présence d'une contravention essentielle. Selon l'article 72 de la Convention, une résolution anticipée est prévue dès lors que les circonstances laissent entrevoir que la contravention essentielle est certaine. Cf. O. CACHARD, *Droit du commerce international*, Lextenso éditions, LGDJ, 2011, n° 603-606, p. 261 à 263.

[641] Ou bien encore de ce qu'ils prévoient concernant la sécurité juridique. Toutefois, si l'on peut penser qu'à la différence des pays issus de la tradition romano-germanique, les pays de *common law* qui appliquent la règle du précédent garantissent une meilleure prévisibilité des solutions sur le fond du droit litigieux en cas de procès, on constate cependant que cette sécurité juridique n'est pas absolue. Cf. A. GUINCHARD, « Sécurité juridique en *Common Law* », in *Sécurité juridique et droit économique*, Sous la direction de L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, Editions Larcier, Groupe De Boeck s.a., 2008, n° 2, p. 103, n° 27, p. 129-131, n° 39, p. 149.

[642] Dont la jurisprudence énonce que l'exécution en nature doit prévaloir sur l'octroi de dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle à moins que l'exécution en nature ne soit pas possible. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. 1ère civ., 16 janv. 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 84, p. 19-20.

obligations contractuelles, en droit anglais, l'exécution en nature est exceptionnelle alors que l'allocation de dommages-intérêts est le principe[643] et en droit allemand, il n'est pas possible de demander la résolution du contrat dès lors que l'exécution en nature est possible[644]. De même, les hypothèses licites de rupture du contrat varient selon les différents droits nationaux. Contrairement au droit français, le droit anglais admet la théorie de la violation efficace[645], *l'efficient breach*[646]. En application de celle-ci, *« lorqu'une partie trouve son intérêt à manquer à ses obligations contractuelles, il est économiquement judicieux de le lui permettre, à condition qu'elle indemnise son partenaire »*[647]. Ainsi, dans notre exemple concernant la vente de marchandises, au regard de cette théorie, si le fournisseur vend des marchandises à un acquéreur pour une certaine somme d'argent mais qu'un autre acheteur montre son souhait d'acquérir ces dernières à une somme plus élevée, le fournisseur a la possibilité de vendre les marchandises à ce second acquéreur tout en indemnisant le premier acheteur d'une somme à la hauteur du gain qu'il espérait retirer de l'opération contractuelle. Or, une telle possibilité peut justifier le choix du droit anglais plutôt que celui du droit français, d'autant qu'il ne semble pas que l'on s'oriente vers une telle option en droit français qui attache une certaine importance à la morale au sein des contrats notamment en protégeant la partie faible[648]. Par ailleurs, concernant la rédaction du contrat, que ce dernier comporte ou pas un élément d'extranéité, il convient d'y insérer des clauses lisibles ou apparentes et d'utiliser des termes clairs et précis.

45. L'insertion de clauses lisibles, apparentes et compréhensibles dans l'acte – Lorsqu'une clause est insérée au verso d'un bon de commande, il est nécessaire au recto d'y faire un renvoi de manière apparente. S'il y a des contradictions entre les clauses, la priorité est donnée aux clauses manuscrites sur celles qui sont préimprimées[649], d'où l'importance d'apporter un soin particulier à la rédaction de ces clauses. De même, selon la jurisprudence, en cas de conflit au sein d'un contrat entre les conditions particulières et les conditions générales,

---

[643] M. FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, note de bas de page n° 9, p. 350.

[644] Et inversement en application des articles 325 et 326 du Code civil allemand le *Bügerliches Gesetzbuch (BGB)*. De plus, il n'y a pas de cumul entre la résolution et l'allocation de dommages-intérêts, conformément à l'article 283 du même code et aux articles précités. Cf. S.-K. MYOUNG, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, th., Préf. de Jacques GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, T. 255, L.G.D.J., 1996, n° 190, p. 167-168.

[645] C'est notamment ce que montre Posner au regard de sa théorie économique du droit en énonçant que le but du droit n'est *« pas de forcer les agents à obéir à la loi »* mais de *« forcer ceux qui ont violé le contrat à payer le coût d'opportunité de la rupture de ce contrat »*. Cf. S. FEREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit, Calcul rationnel et interprétation du droit*, Collection Droit et Economie dirigée par Thierry KIRAT et Laurent VIDAL, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 215.

[646] Qui s'explique par l'importance qui est faite en droit anglais aux dommages-intérêts par rapport à l'exécution en nature. Cf. D. FAIRGRIEVE, H. MUIR WATT, *Common law* et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?, PUF, 2006, n° 55, p. 53.

[647] M. FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 7, p. 351. Cf. aussi B. RUDDEN, Ph. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *R.I.D.C.*, 1986, n° 4, p. 1017.

[648] M. FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 7, p. 352. Cependant selon une étude, certaines règles de droit civil ne feraient pas obstacle à la réception de cette théorie en droit français. Cf. B. RUDDEN, Ph. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *R.I.D.C.*, 1986, n° 67 et s., p. 1033 et s.

[649] Ph. SIMLER, « Interprétation du contrat. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164, fasc. 20*, 2009, n° 16, p. 7.

les premières doivent prévaloir sur les secondes[650]. De plus, la clause doit être lisible, c'est-à-dire comporter des caractères d'une taille raisonnable, et compréhensible[651]. Elle ne doit pas être abusive[652]. L'idéal à atteindre est que toutes les clauses insérées dans le contrat aient été voulues[653]. L'utilisation d'un vocabulaire précis contribue ainsi à la clarté des clauses.

46. L'emploi d'un vocabulaire précis - Les termes trop vagues sont sujets à interprétation et sont ainsi à l'origine de nombreux litiges[654]. Tel a été notamment le cas, comme nous l'a montré l'arrêt du 18 février 1976 de l'emploi des termes : *« maisons à usage d'habitation »*[655]. En revanche, sont considérées comme des expressions claires *« les nombres, les noms propres, les mesures – monétaires, de poids, de longeur, de surface… –, les dates »*[656]. En outre, il est bienvenu de détailler le contenu des obligations à exécuter en précisant par exemple leur force c'est-à-dire s'il s'agit d'une obligation de moyen ou de résultat, ces deux obligations ayant un régime distinct. L'utilisation d'un vocabulaire juridique permet, en effet, de laisser moins de pouvoirs aux juges concernant son interprétation. Tel est le cas des termes « propriété », « pas-de-porte », « obligation de résultat », alors qu'il en va différemment avec l'emploi de termes vagues ayant trait par exemple aux délais d'exécution des obligations tels que « la livraison aura lieu dès que possible »[657] ou le « temps d'utilisation d'un ordinateur », ou bien encore les termes « sérieux et grave », puisqu'il convient dans cette hypothèse de rechercher la volonté commune des parties[658]. Par exemple, si lors de la conclusion du contrat, les parties n'énoncent pas si les obligations prescrites sont des obligations de moyens ou des obligations de résultat, le juge devra interpréter la force de ces différentes obligations[659] au regard du comportement décrit notamment, dans certains cas, dans des clauses appelées de meilleurs efforts qui peuvent à leur tour poser des difficultés d'interprétation. Ainsi, la clarté et la précision du vocabulaire employé concernent les clauses insérées au sein du contrat mais il ne ressort pas de l'objet de notre étude de faire un inventaire de la façon dont toutes les clauses doivent être rédigées. Nous prendrons

---

[650] C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, th., Préf. de Paul LAGARDE, Université de Nancy II, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Presses Universitaires de Grenoble, 1974, p. 184.

[651] Par exemple, il a été décidé dans un arrêt du 23 septembre 1971 qu'une abréviation 03-DF signifiant « durée fixe trois mois » ne pouvait pas être opposée au contractant qui pensait s'être engagé pour une durée d'un an. Cf. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th., Bibliothèque de droit privé, Tome 241, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 23, p. 20 ; n° 25, p. 21 ; n° 26, p. 22.

[652] Conformément à l'article L. 132-1 alinéa 1 du Code de la consommation sont abusives, les clauses qui sont à l'origine d'un *« déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »*.

[653] Or lorsqu'une clause est de style, elle n'a pas été voulue. Cependant la preuve de cette absence de volonté est difficile à rapporter et donne souvent lieu à un litige lié à l'interprétation du contrat. Alors que l'une des parties soutient que ladite clause est inapplicable car elle n'a pas été voulue, l'autre, au contraire fait état de la thèse inverse. Cf. D. DENIS, « La clause de style », *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, n° 10, p. 123 ; n° 15, p. 127.

[654] B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 87.

[655] *Bull. civ.* III, n° 70, p. 55. Cf. *supra*, n° 29.

[656] C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, th., Préf. de Paul LAGARDE, Université de Nancy II, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Presses Universitaires de Grenoble, 1974, p. 187-188.

[657] M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 139-140, p. 91-92.

[658] T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *J.C.P.*, G, 1981, I, 3023, n° 31-32.

[659] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 144, p. 93.

seulement l'exemple de la clause résolutoire et des clauses de règlement des différends dont les termes « d'arbitrage, expertise, conciliation » font souvent l'objet de confusions[660].

47. L'importance de la précision du vocabulaire employé dans la rédaction de certaines clauses – La clause résolutoire doit être rédigée de manière spécifique pour ne pas être considérée comme ambiguë. Par exemple, elle doit énoncer qu'elle sera acquise « sans l'intervention judiciaire », de « plein droit », « par dérogation à l'article 1184 du Code civil »[661] et pas seulement que « la résolution sera prononcée en cas d'inexécution » puisque cette formule n'est qu'un rappel de ce dernier article[662]. De plus, elle doit énoncer les manquements qu'elle sanctionne ou bien, de manière plus générale, qu'elle pourra être mise en œuvre « dès lors qu'une quelconque obligation visée au contrat sera inexécutée » [663]. De même, concernant la clause d'imprévision, afin d'éviter la survenance d'un litige portant sur l'interprétation ayant trait aux circonstances de nature à engendrer un déséquilibre du contrat, il convient de définir l'événement déclenchant la mise en œuvre de la clause[664] ainsi que de prévoir les modalités de la clause[665] comme c'est le cas également concernant la clause de *material adverse change*[666]. Quant aux clauses de règlement des différends désignant par exemple un tiers pour trouver une solution au litige, selon leur rédaction, ce dernier peut avoir la qualité d'expert, de conciliateur, de médiateur ou d'arbitre. Il convient donc de ne pas insérer une clause rédigée en termes trop vagues car celle-ci sera nécessairement sujette à interprétation[667]. En effet, souvent le terme d'« arbitre » est utilisé alors que les parties souhaitent en réalité désigner un médiateur ou un conciliateur[668]. Il en est ainsi lorsque la clause énonce qu' *« un arbitre aura pour mission de*

---

[660] M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT, « L'interprétation et la rédaction des contrats : dix ans de jurisprudence », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007/n° 42, n° 23, p. 69.

[661] J.-A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n° 68, p. 9.

[662] J.-A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n° 68, p. 9. Cf. aussi G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat*, Sous la dir. de G. LARDEUX, Editions Dalloz, 2011, p. 13.

[663] J.-A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n° 68, p. 9.

[664] Il est notamment conseillé d'insérer une clause mixte comportant à la fois *« une description générale de ce que peut être un événement activant la clause, suivie d'une liste non exhaustive d'événements précis qui déclencheront la clause »*. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause d'imprévision », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 480.

[665] Par exemple en décidant que la renégociation a pour but de *« parvenir à un équilibre comparable à celui trouvé lors de sa conclusion »*. Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause d'imprévision », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 481.

[666] Il est conseillé d'éviter une définition subjective et large du material adverse change mais de faire apparaître explictement le caractère décisif des événements envisagés ainsi que l'intention des parties. Cf. A.-C. PELISSIER, « La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives), *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, p. 7-8.

[667] Tel est le cas de la convention énonçant que « Tout différend né de ce contrat serait porté devant arbitrage ». Cf. M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats*. *Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, n° 129, p. 83. Ou bien encore lorsque les parties se réfèrent à « l'arbitrage contractuel ». Cf. E. PUTMAN, « Le contentieux contractuel – Solutions amiables », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2007, n° 396-20 ; J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, th., Préf. de Serge GUINCHARD, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2003, n° 38, p. 40-41.

[668] E. PUTMAN, « Le contentieux contractuel – Solutions amiables », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2007, n° 396-20.

concilier les parties et que si sa sentence ne recueille pas leur assentiment, le litige pourra être porté devant tel tribunal »[669]. Les clauses d'arrangement amiable ou de conciliation qui ne comprennent pas l'intervention d'un tiers sont plus ou moins contraignantes à l'égard des parties[670] et doivent préciser la nature des obligations découlant de la mise en œuvre de ces clauses. Tantôt il s'agit d'obligations de résultat[671], tantôt d'obligations de moyens[672]. Si l'une des parties n'effectue pas de négociation amiable avant de saisir un arbitre ou un juge, elle n'exécute pas son obligation contractuelle et engage en conséquence sa responsabilité contractuelle[673]. Toutefois, la solution a évolué en la matière. Il convient pour les parties de préciser si ces clauses sont un préalable obligatoire à la saisine d'un juge ou d'un arbitre. Un arrêt d'une Chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003 énonce que : *« licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent »*[674]. Si la solution est justifiée lorsque la clause de conciliation ou de médiation est obligatoire, elle semble plus critiquable lorsqu'elle n'est pas énoncée clairement comme telle dans l'acte. A défaut de précision, ces clauses peuvent donner lieu à un contentieux bien qu'il semblerait que, selon la jurisprudence, elles soient consédérées comme devant être obligatoirement mises en œuvre avant d'intenter un procès. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 8 avril 2009, dans lequel il a été jugé que la clause qui n'énonce pas expressément qu'elle est un préalable obligatoire et dont la mise en œuvre suscite des difficultés au regard de l'absence de désignation d'un médiateur, est considérée comme obligatoire entraînant ainsi

---

[669] Si les parties emploient le mot « arbitre », dans leur esprit, elles font, en fait, référence à un conciliateur. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 156.

[670] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 24, p. 9.

[671] Telles que l'organisation de réunions, le non dépassement de certains délais…etc. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 159.

[672] Comme par exemple : *« discuter de bonne foi pour essayer de trouver un accord »*. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 159.

[673] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1647 et s., p. 667 et s.

[674] L. CADIET, observations sous cet arrêt, *J.C.P.*, G., 2003, I, 128, n° 17, p. 720 ; J. MESTRE, B. FAGES, « Conciliation au plus haut niveau en faveur… des clauses de conciliation », Observations sous Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *R.T.D. civ.*, 2003, n° 9, p. 295 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1651, p. 669. V. aussi L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 23, p. 8-9 ; J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 211.25, p. 40. Cf. *Infra* n° 312.

l'irrecevabilité de l'action devant le juge en cas de non-respect[675]. Ainsi, la sanction de l'inexécution de cette obligation de ne pas faire est plus efficace lorsqu'elle est une sanction d'ordre procédural qu'une sanction contractuelle qui paraît inadaptée[676]. Si la procédure conventionnelle de conciliation ou de médiation qui a lieu en dehors d'une instance n'est pas souvent très détaillée[677], et plus ou moins informelle selon les cas[678], elle est désormais réglementée par le Livre V du CPC institué par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012[679]. Lorsque la clause est précise et qu'elle prévoit par exemple les modalités de la saisine de l'intervention d'un tiers[680], elle permet de gagner du temps[681]. Il est important que la clause fixe un délai assez bref pour le temps de la procédure de conciliation, bien que les procédures judiciaires susceptibles de lui faire suite ne soient pas jugées irrecevables par le juge en raison notamment de l'interruption du délai de prescription de ces clauses prévue par la loi du 17 juin 2008[682] qui confirme ainsi la solution rendue par l'arrêt précité de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003[683]. Concernant la précision dans la définition des termes du contrat, il est parfois nécessaire d'avoir recours à des clauses de définition.

---

[675] Or, en l'espèce, il n'était pas certain que les parties aient voulu insérer une clause de médiation obligatoire puisque cette dernière prévoyait qu'« en cas d'échec ou de refus de la médiation, le tribunal de commerce de Paris sera seul compétent pour connaître des litiges susvisés ». Cf. O. CUPERLIER, « Une nouvelle avancée de la médiation ? », note sous Cass. 1ère civ., 8 avril 2009, *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 43, p. 20. D'ailleurs selon certains auteurs, dès lors que la clause est vague il semble difficile d'en sanctionner le non-respect par une fin de non-recevoir. Cf. H.-J. NOUGEIN, Y. REINHARD, P. ANCEL, M.-C. RIVIER, A. BOYER, Ph. GENIN, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Editions du Juris-Classeur, 2004, n° 324, p. 196-197.

[676] En effet, il semble difficile de mettre en œuvre l'exécution forcée et d'évaluer le préjudice subi résultant de l'inexécution pour l'octroi de dommages et intérêts. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 23, p. 8. Une sanction en la matière ne devrait être possible qu'en cas d'abus eu égard au principe de la liberté d'agir en justice. Cf. X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 392 ; p. 395.

[677] Il est par exemple énoncé dans ces clauses de conciliation ou de médiation que les parties essaieront de trouver un accord sans que soient connus les moyens matériels nécessaires pour atteindre cet objectif. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 157.

[678] Elle sera par exemple moins informelle en prévoyant de se conformer au règlement de conciliation élaboré par une institution d'arbitrage. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 158.

[679] *Infra* n° 73.

[680] Ce dernier pouvant être *ad hoc* ou institutionnel. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 20, p. 7. Cette situation est identique après la transposition de la directive « Médiation », la référence à un processus structuré pouvant concerner ces deux hypothèses. Cf. O. CACHARD, « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, 4721, n° 16, p. 76.

[681] Il convient ainsi de préciser la mission, les étapes et les délais dans la convention. Cf. O. CACHARD, « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, 4721, n° 16, p. 76.

[682] Alors qu'auparavant, on pouvait craindre que ne s'écoule le délai de prescription de l'action notamment le court délai prévu pour l'action en garantie des vices cachés. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1634, p. 660. Cf. *Infra* n° 87.

[683] Qui a en effet énoncé par un « *bel obiter dictum* » que la mise en œuvre de la clause de conciliation préalable et obligatoire suspendait « jusqu'à son issue le cours de la prescription ». Cf. L. CADIET, observations sous cet arrêt, *J.C.P.*, G., 2003, I, 128, n° 17, p. 720.

48. L'utilisation des clauses de définition – D'une manière générale, dans les hypothèses dans lesquelles les termes employés font l'objet de plusieurs sens[684], il est judicieux de recourir à des clauses de définition[685].Tel est le cas du terme « garantie »[686] qui recouvre de nombreux sens[687]. Il convient, par exemple, d'employer les termes de « garantie indépendante » ou de « garantie autonome » plutôt que ceux de « garantie à première demande »[688] afin de bien distinguer cette garantie du cautionnement[689]. L'intérêt de telles clauses est aussi non négligeable dans le cadre d'un contrat international. Pour atteindre leur objectif consistant à éviter un litige concernant l'interprétation d'un terme ou d'une expression, les clauses de définitions doivent être dépourvues d'ambiguité[690]. En effet, l'ambiguïté des termes est une « source de liberté d'interprétation »[691] pour le juge. Afin d'anticiper la solution résultant d'un conflit d'interprétation, hormis la possibilité d'insérer dans le contrat une clause d'interprétation amiable permettant aux parties directement de s'entendre sur le sens des termes du contrat ou bien encore une clause attributive de compétence permettant de choisir l'interprète, il convient désormais de faire état des clauses d'interprétation servant de guide au juge.

§2 : L'usage des différentes formes de clauses d'interprétation pour une meilleure prévisibilité de l'interprétation du contrat

49. Définition de la clause d'interprétation – Etant donné que les règles légales d'interprétation des contrats ne sont pas impératives, il est possible que les parties encadrent les pouvoirs du juge en la matière[692]. Tel est l'objet de la clause d'interprétation qui, au sens strict, vise à *« aménager les règles que le Code civil consacre à la question aux articles 1156 à 1164*

---

[684] Notamment selon que l'on se réfère au langage courant ou au langage juridique. *« Le paiement, par exemple, désigne dans le langage courant le versement d'une somme d'argent, alors qu'il est synonyme pour les juristes d'exécution d'une obligation quel que soit son objet »*. Cf. M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-19.

[685] « Définir est une fonction de sélection puisqu'il s'agit de privilégier un sens parmi d'autres ». Cf. Cf. J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n° 121, p. 65.

[686] Exemple donné par J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n° 124, p. 66.

[687] En effet, le mot « garantie » désigne non seulement les sûretés mais évoque aussi la garantie d'assurance ou encore les garanties d'exécution ou d'indemnisation telles que la garantie d'éviction ou la garantie des vices cachés. Cf. P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 304.

[688] F.-J. CREDOT, « L'actualité des garanties autonomes », *LPA*, 17 juin 1998, n° 72, p. 70. Cf. aussi M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT, « L'interprétation et la rédaction des contrats : dix ans de jurisprudence », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007/n° 42, n° 9, p. 65.

[689] C'est en effet souvent dans le but d'éviter le caractère accessoire de la garantie que le créancier a recours à la garantie à première demande qui est une manifestation des garanties autonomes. Cf. P. CROCQ, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome II, Editions Litec, 1998, n° 6-7, p. 320.

[690] Or, tel n'est pas le cas par exemple de la définition des *« dommages matériels »* faisant référence aux *« détériorations ou destructions d'une chose ou d'une substance »*. Cf. B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 88.

[691] T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *J.C.P.*, G, 1981, I, 3023, n° 5 ; n° 45.

[692] M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation du contrat », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2008, n° 331-40.

du Code civil »[693]. Par exemple, il peut être opportun pour les parties de modifier la règle selon laquelle le contrat s'interprète contre le stipulant. Par ailleurs, si pour interpréter le contrat, le juge a la possibilité de tenir compte du comportement de chacune des parties pendant l'exécution du contrat[694], il est parfois judicieux d'empêcher que cette éventualité ne se produise en précisant, par le biais d'une clause d'interprétation, que l'attitude de l'une des parties, pendant l'exécution du contrat, ne peut entraîner la modification des obligations contractuelles. Il peut donc être fait obstacle à l'incidence du constat par le juge d'une tolérance de l'une des parties à l'égard de son cocontractant qui n'exécute pas son obligation contractuelle[695]. En revanche, il ne semble pas possible pour les parties d'interdire au juge d'effectuer une interprétation sans se référer à leur volonté commune[696] ou bien encore à la bonne foi ou à l'équité[697]. Afin de pallier l'incertitude de la solution du juge susceptible de découler des éventuelles contradictions au sein du contrat, un recours aux clauses de priorité est envisageable.

50. Les clauses de priorité – Etant donné l'importance que peut jouer le préambule dans l'interprétation du contrat, il convient d'anticiper les conflits susceptibles de surgir lorsque les différentes parties du contrat se contredisent, notamment par rapport à ce qui est inséré dans le préambule et le corps de contrat. Une plus grande attention effectuée lors de la rédaction du contenu même du contrat résulte, par exemple, de l'insertion d'une clause de priorité dite *de hiérarchie*[698] énonçant qu'en cas de litige avec d'autres documents contractuels, c'est le corps du contrat en lui-même qui doit prévaloir. Il s'agit donc d'un moyen permettant d'anticiper l'interprétation du contrat. A l'inverse, la clause de voisinage[699] visant à autoriser le juge à se référer à d'autres documents que le corps du contrat pour interpréter celui-ci semble pouvoir être à l'origine d'un conflit d'interprétation au regard des différents accords qui sont susceptibles de se contredire[700]. D'où dans le but d'éviter un tel conflit d'interprétation l'insertion d'une clause d'intégralité.

---

[693] W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Editions Litec, LexisNexis SA, 2011, p. 392.

[694] *Supra* n° 37 et *infra* n° 182.

[695] Par exemple, en matière de bail, avec l'insertion de la clause affirmant qu'*« il est formellement convenu que toutes les tolérances de la part du bailleur relatives aux clauses et conditions du bail ne pourront jamais être interprétées comme modifiant ou supprimant ces clauses et conditions »*. Cf. W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Editions Litec, LexisNexis SA, 2011, p. 392.

[696] W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Editions Litec, LexisNexis SA, 2011, p. 393.

[697] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Bibliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 307, p. 169 ; n° 315, p. 173.

[698] M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT, « L'interprétation et la rédaction des contrats : dix ans de jurisprudence », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007/n° 42, n° 39, p. 71.

[699] Qui se différencie de la clause de complémentarité dont l'objet est de « prévoir que l'ensemble des documents préparatoires ou de ceux précisés par la clause font partie intégrante du contrat ». Cf. J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause de voisinage », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, n° 1874, p. 1064.

[700] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 299, p. 165. Cf. aussi J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause de voisinage », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, n° 1871, p. 1063.

51. Les clauses d'intégralité – La clause d'intégralité qui *« a pour objectif d'enfermer les droits et obligations des parties dans le contenu exprès du contrat écrit et de faire obstacle à ce que le juge ou l'arbitre puisse, en cas de litige, faire produire des effets juridiques aux éléments qui lui sont extérieurs »*[701], permet aussi de limiter les pouvoirs du juge quant à l'interprétation du contrat. Afin de s'assurer de son efficacité, il est judicieux d'y insérer une mention énonçant que l'acte ne pourra être modifié qu'uniquement par le biais d'un écrit. Ce faisant, les parties font échec à la prise en compte par le juge de leur comportement lors de l'exécution du contrat pour interpréter ce dernier. Par ailleurs, cette clause d'intégralité, encore appelée clause des *quatre coins* permet d'écarter les documents échangés par les parties lors de la période précontractuelle afin que le juge ne puisse faire référence aux données y figurant pour interpréter l'acte[702]. La portée de cette clause semble toutefois amoindrie par l'impossibilité pour les parties d'interdire au juge de rechercher en la matière leur volonté commune ainsi que de recourir à l'équité en application de l'article 1135 du Code civil pour faire état des obligations qui en résultent[703]. En effet, les éléments insérés dans ces documents sont souvent *« utiles et efficaces, voire décisifs dans la recherche de la volonté des parties »*[704]. D'où la faculté pour le juge d'utiliser néanmoins ces documents pour interpréter le contrat, même s'il n'a pas la possibilité de créer de nouvelles obligations tirées de ces derniers[705].

52. Conclusion de la section 2 – Dans notre hypothèse de travail n° 1, si la garantie prise par le fournisseur peut lui permettre d'augmenter ses chances de recouvrer sa créance, l'imprécision du vocabulaire employé est aussi susceptible de déclencher un litige lié à l'interprétation du contrat. L'intitulé de l'acte dénommé « garantie à première demande » ne suffit pas à caractériser l'autonomie de la garantie par rapport au contrat. De même, si l'acte comportait une lettre de confort[706], l'efficacité de celle-ci dépendrait des termes employés. Selon le vocabulaire utilisé, la lettre de confort peut avoir la valeur d'un engagement moral ou être constitutive d'une obligation de moyens ou de résultat[707]. Ainsi, le titulaire de cet engagement pourrait être tenté de ne pas

---

[701] M. LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007, n° 2478, p. 75.

[702] Par exemple, dans un arrêt du 15 juin 2005 de la Cour d'appel de Paris, les juges du fond se sont référés à la clause affirmant qu'*« aucune des parties ne pourra être tenue à autre chose que ce qui a été expressément convenu dans le présent contrat »*, afin de faire échec au paiement d'une redevance qui avait été prévue dans un document effectué antérieurement. Cf. J. MESTRE, B. FAGES, Note sous Paris, 15 juin 2005, 5e ch. A, *SA Thomson Télévision Angers c/ SAS française de restauration Sodexho, R.T.D. civ.*, 2006, p. 111-112. Cf. aussi F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th., Bibliothèque de droit privé, Tome 241, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 303, p. 192.

[703] M. LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007, n° 2478, p. 80.

[704] E. RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D.* 2001, Doctr., n° 2, p. 223.

[705] *« Certes, le juge ou l'arbitre peut respecter la clause lorsqu'il lui est loisible d'interpréter le contrat par d'autres moyens à part les documents précontractuels. Mais que peut-il faire lorsque les moyens habituels utilisés pour interpréter le contrat ne sont pas d'un grand secours et que seul l'examen des documents précontractuels permet de déceler le sens réel de l'engagement ? »*. Cf. E. RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D.* 2001, Doctr., n° 7, p. 225 ; n° 12, p. 226.

[706] Qui permet au créancier d'augmenter ses chances de voir son débiteur exécuter ses engagements. Cf. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 94 ; n° 99, p. 66 ; p. 69.

[707] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 98, p. 68.

exécuter son obligation et d'obtenir une interprétation du contrat en sa faveur dès lors que l'acte ne mentionnerait pas le teneur de l'obligation c'est-à-dire s'il s'agit d'une obligation de moyen ou de résultat. Toutefois, cette éventualité ne semble pas certaine au regard de la jurisprudence récente selon laquelle cet engagement engendre une obligation de résultat. D'une manière générale, l'acte est interprété de façon à ce qu'il produise un effet utile. Afin d'éviter tout contentieux, l'acte devrait être rédigé d'une autre façon en utilisant une clause de définition énonçant, d'une part, pour la garantie à première demande qu'il s'agit d'une « garantie indépendante » ou d'une « garantie autonome », et d'autre part, concernant la lettre de confort, que celle-ci comporte une obligation de résultat. De même, toujours concernant notre cas n°1, si le fournisseur s'est assuré contre les risques de perte des marchandises à livrer pendant le transport, dans l'hypothèse non prévue du vol de celles-ci qui ont été entreposées dans un local en raison, par exemple, d'une panne de véhicule les transportant, un litige peut avoir lieu comme cela a été le cas dans l'arrêt cité plus haut de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 janvier 1977[708]. D'où l'importance d'être le plus complet possible dans la rédaction du contrat en essayant d'envisager tous les cas de figure susceptibles de survenir pendant son exécution. Il y a donc bien une stratégie d'évitement du contentieux dans la manière de rédiger le contrat. On peut faire le même constat au regard de notre cas d'espèce n° 2 dans lequel un litige est susceptible de survenir en raison des différentes décisions de la Cour de cassation concernant l'interprétation de la clause énonçant que « les locaux sont pris dans l'état dans lesquels ils se trouvent » et de l'insertion d'une clause vague affirmant que le locataire doit demander l'autorisation d'effectuer des travaux au propriétaire. De plus, cette dernière semble être redondante par rapport à ce qu'énonce la loi[709]. S'il s'agit d'un bail d'habitation, la loi énonce que le locataire ne peut entreprendre de gros travaux sans l'autorisation du propriétaire. Certes, si la jurisprudence tend à faire produire un effet utile au contrat, cette clause pourrait être interprétée dans le sens suivant lequel il serait impossible pour le locataire d'effectuer tous types de travaux même les travaux d'entretien qui habituellement ne doivent pas faire l'objet d'une autorisation par le propriétaire. Mais un litige portant sur l'interprétation de cette clause pourrait être évité en visant expressément la liste des travaux qui ne doivent pas être entrepris ou bien encore en énonçant directement que sont interdits au locataire tous types de travaux sans l'accord du propriétaire. Par ailleurs, il serait opportun de préciser ce qu'implique la clause selon laquelle « les locaux sont pris dans l'état dans lesquels ils se trouvent », tant les solutions varient d'une décision à l'autre pour cette même disposition. Au final, la stratégie consiste ainsi à éviter un litige par le biais de l'instrument contractuel en employant des termes clairs et précis, en définissant les obligations à exécuter ainsi qu'en anticipant tout changement pouvant entraver la bonne exécution du contrat à l'avenir. Elle tend, en outre, à limiter les pouvoirs du juge concernant l'interprétation du contrat notamment par le biais de certaines clauses d'interprétation. Toutefois, il semblerait qu'il y ait une part irréductible laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond qui échappe à la volonté des parties, engendrant ainsi une certaine imprévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux. Les cocontractants ne peuvent totalement empêcher le juge de se référer à certains documents contractuels pour interpréter le

---

[708] *Supra* n° 29.

[709] L'article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 énonce notamment que le locataire ne doit pas *« transformer les locaux et équipements loués sans l'accord écrit du propriétaire »*.

contrat et lui interdire en la matière de se fonder sur la bonne foi ou l'équité en application des articles 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil. L'interprétation des contrats est donc un art et va dépendre *« de la qualité et de la personnalité de l'interprète »*[710]. S'il existe une stratégie d'anticipation des conflits d'interprétation, l'efficacité de celle-ci n'est pas certaine. Par ailleurs, à elles seules, les solutions contractuelles de prévention du litige ne rendent pas compte de tous les cas où celui-ci pourrait apparaître. Certaines précautions ayant trait au comportement d'une personne envers une autre sont nécessaires pour parvenir à cette fin.

53. Conclusion du chapitre 1 – Il ressort de notre étude une lacune dans les moyens contractuels de prévention du litige qui ne permettent pas d'englober d'autres faits à l'origine de celui-ci alors que les conséquences juridiques sont suceptibles d'être anticipées. Lorsqu'une personne agit d'une façon telle que l'on pourrait croire qu'elle est engagée dans les liens d'un contrat, il est possible d'intenter envers cette dernière une action en justice. Conformément à la théorie de l'apparence[711], le comportement d'une personne peut créer un lien contractuel notamment lorsqu'il est similaire à celui qu'adopte habituellement un contractant. Dans cette hypothèse, un tiers qui se fonde sur cette attitude est en droit de croire que cette personne est unie à une autre par le biais d'une convention[712]. Par exemple, des époux ont pu bénéficier de la vente d'un immeuble qui a été déclarée parfaite entre eux et deux autres personnes alors que celles-ci n'avaient pas l'intention de vendre. Dans cette affaire, *« ils avaient signé le compromis dans la croyance légitime que la personne qui se comportait envers eux comme mandataire des propriétaires, l'était réellement »*[713]. Par ailleurs, il est possible qu'une personne, par son comportement, s'immisce[714] dans le contrat, les tiers pouvant dès lors la considérer comme étant partie au contrat[715]. Pour ce faire, il convient néanmoins de constater de la part de cette dernière une participation active au contrat auquel elle n'était pas partie lors de sa conclusion. Dans un arrêt du 15 juin 1993, la Chambre commerciale de la Cour de cassation confirma la décision de la cour d'appel en énonçant qu'une société anonyme qui s'était immiscée dans le contrat de bail conclu par sa filiale devait s'acquitter des loyers. Par son attitude, cette société était devenue débitrice de certaines obligations dont l'autre partie au contrat pouvait exiger l'exécution et en cas de non exécution, agir en justice afin d'obtenir son dû. Il en est de même dans le cas d'une

---

[710] J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1968, p. 247 ; J.-C. MONTANIER, *Le contrat*, Presses universitaires de Grenoble, 4ième édition, 2005, n° 201, p. 134 ; G. FLECHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 345.

[711] Qui est définie comme une *« théorie prétorienne en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Apparence », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 62.

[712] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 61, p. 50-51.

[713] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 64, p. 52.

[714] Dans un sens large, l'immixtion désigne *« toute intervention sans titre dans les affaires d'autrui, se traduisant par l'accomplissement d'un acte ; englobe en ce sens même les actes de gestion d'affaires accomplis dans l'intention de rendre service à autrui ou les initiatives prises au su d'une personne mais sans opposition de sa part »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Immixtion », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 467.

[715] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 73, p. 56.

société de fait entre les époux qui exploitent un fonds de commerce puisque même si ces derniers ont adopté le régime de la séparation de biens, les biens du conjoint non commerçant ne pourront pas échapper au gage des créanciers de son époux commerçant[716]. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont pris en compte *« l'apparence même de la société de fait »*, afin de condamner solidairement les deux époux au paiement des dettes professionnelles concernant le fonds de commerce[717]. Ainsi, l'attitude d'une personne est susceptible, dans certains cas, de donner naissance à un contrat et en conséquence parfois à un litige. La jurisprudence nous en donne d'autres exemples notamment lorsque le comportement est destiné à satisfaire une intention d'aide ou d'assistance à autrui comme le montre le contrat d'assistance bénévole[718]. Il convient donc d'être attentif aux effets juridiques susceptibles de résulter du comportement d'une personne envers une autre. Mais au-delà des litiges liés à ce dernier ou bien encore à l'interprétation du contrat, nombreux sont ceux qui trouvent leur origine dans l'inexécution par l'une des parties de ses obligations. D'où l'intérêt de prévoir dans le contrat le moyen de résoudre le litige sans faire appel au juge, au moins de manière provisoire, ou de se faire justice à soi-même de manière définitive, par le biais de certains procédés.

---

[716] C'est ce qui résulte d'une jurisprudence constante qui énonce *« qu'il y a exploitation en commun lorsque la femme (mais ce pourrait être l'homme) « prend une part habituelle et non subordonnée à l'exploitation du commerce », et doit en conséquence être condamnée à payer les dettes du mari contractées pour les besoins du commerce »*. Cf. J. CHAMPION, *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, n° 182.12-182.13, p. 359.

[717] J. CHAMPION, *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, n° 182.12-182.13, p. 359.

[718] En revanche, en présence d'actes de courtoisie, les relations entre les personnes concernées restent en dehors de toute relation contractuelle. *« Cette extériorité résulte de la nature des choses : en effet, celui qui agit par courtoisie n'est pas animé par la volonté de se situer sur le terrain juridique et donc de se lier. Son comportement n'exprime que de l'attention pour autrui, qu'un désir de rendre service. Il ne peut être interprété par le juge comme le signe de l'existence d'un contrat »*. Il en est de même en cas de réalisation d'actes relevant de l'affection notamment en matière familiale mais aussi pouvant englober d'autres notions proches telles que « la confiance, l'altruisme, la bienfaisance, la gratitude », etc. Cf. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 473, p. 252 ; n° 474, p. 253.

Chapitre 2 : La stratégie dans la résolution du litige né

54. Les différentes options offertes à la victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle – Lorsqu'un litige survient, notamment en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, « une vaste palette »[719] de sanctions est offerte à la victime de l'inexécution qui peut agir en responsabilité contractuelle ou bien demander au juge, par exemple, d'ordonner des mesures de sauvegarde[720], d'exécution forcée, la possibilité de faire exécuter elle-même l'obligation aux dépens du débiteur[721], la réfaction du contrat, ou sa résolution accompagnée ou pas de dommages-intérêts[722]. Le juge bénéficie d'une grande liberté d'appréciation en la matière[723] entraînant ainsi une incertitude quant au résultat sur le fond du droit litigieux[724]. Pour éviter cet aléa judiciaire, les parties prévoient parfois, lors de la conclusion du contrat, d'insérer dans celui-ci certains types de clauses ayant pour objet de résoudre les difficultés sans recourir au juge. Il s'agit de clauses qui concernent l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation par l'une des parties mais non pas celle ayant trait à la possibilité de se « délier de son engagement » alors que le contrat n'a pas encore été exécuté comme c'est le cas, par exemple de la clause de dédit qui est un droit « de ne pas exécuter »[725] en « permettant ainsi au débiteur, moyennant un prix ou non, de se délier de son engagement »[726]. La clause de dédit offre ainsi la possibilité aux

---

[719] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 277, p. 271.

[720] Telles qu'une saisie conservatoire, une sûreté judiciaire, ou bien celles qui résultent d'une action en référé en application des articles 808 et 809 du Code de procédure civile. Cf. B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-30.

[721] En application de l'article 1144 du Code civil qui prévoit, en outre, que ce dernier *« peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution »*.

[722] B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-30.

[723] B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-35. C'est ce qui résulte d'un arrêt ancien de la Cour de cassation du 14 avril 1891, *Ceccaldi c. Albertini*, selon lequel il revient au juge du fond de décider s'il y a eu ou non inexécution, et en cas d'inexécution partielle, il ne lui incombe pas de résoudre obligatoirement le contrat. Cf. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous cet arrêt, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 178, p. 265.

[724] Le juge a en effet le pouvoir d'aménager la sanction qui résulte de l'inexécution et peut ainsi ordonner une chose différente de celle qui est demandée par le créancier. Cf. I. E. POSTACIOGLU, « Rapport général », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968, p. 23. Toutefois, l'exécution forcée ne peut être imposée par le juge au créancier si elle n'a pas été demandée. Cf. J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *J.C.P.*, G., 2008, n° 21, I, 143, n° 10, p. 14 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis SA, Litec, 12e édition, 2012, n° 517, p. 400-401.

[725] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Dédit », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 273.

[726] L'on peut prendre aussi l'exemple du droit légal de rétractation, C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, th., Avant-propos de D. MAZEAUD, Bibliothèque de droit privé, T. 380, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 5, p. 6 ; n° 30, p. 27. Si le contrat a été conclu et qu'il a fait l'objet d'un commencement d'exécution, il est parfois aussi possible par le biais d'une rémunération de se libérer du contrat comme le prévoit par exemple l'article 1794 du Code civil concernant le marché à forfait. Cf. pour d'autres exemples : Ph. DELEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », in « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 60.

cocontractants de se désengager de leurs obligations[727]. Souvent, lorsque des difficultés se présentent, les cocontractants ont recours à la clause de renégociation[728] bien qu'il leur soit aussi possible de s'en rapporter à un tiers comme nous le verrons dans le prochain chapitre. En application de la clause de renégociation du contrat, ils ont la possibilité de poursuivre le contrat s'ils se mettent d'accord sur ses modalités d'exécution[729] mais en cas d'échec de la négociation, ils peuvent eux-mêmes constater l'inexécution et conclure à la résolution du contrat. L'acquéreur ne payant pas le vendeur, rend ainsi à ce dernier volontairement son bien. Toutefois, cet accord, parfaitement valable entre les parties, souffre d'une certaine faiblesse à l'égard des tiers car il ne semble pas pouvoir toujours leur être opposable[730]. L'utilisation de la clause de renégociation du contrat ou de la résolution amiable est une stratégie efficace à condition que les parties partagent l'intérêt commun d'éviter le recours au juge et qu'elles parviennent à s'entendre suffisamment, soit pour modifier le contrat permettant la continuation de ce dernier, soit pour y mettre un terme de manière conventionnelle. Or, souvent, les intérêts des parties changent au fil du temps, et dans le cadre de cette section, nous rechercherons uniquement s'il existe une stratégie permettant à la

[727] Mais si cette clause est caractéristique du pouvoir de la volonté individuelle des parties, le juge peut refuser sa mise en œuvre au contractant qui souhaite l'invoquer à son profit dès lors que celui-ci a manqué à son devoir de bonne foi. Cf. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 742, p. 402.

[728] *Supra* n° 43.

[729] La renégociation peut ainsi engendrer une modification du contrat qui diffère de la transaction susceptible de résulter d'un arrangement amiable. « Aussi, chronologiquement, la modification précède-t-elle la transaction puisqu'elle a pour objet d'éviter qu'une situation litigieuse puisse naître ; elle est une pré-transaction ». Cf. A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Etude de Droit civil français*, th., Préf. D. TALLON, Bibliothèque de droit privé, T. CLXVI, L.G.D.J., Paris, 1980, n° 140, p. 67 ; n° 143, p. 68 ; n° 161, p. 74 ; R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1983, n° 44 et s., p. 18-20 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 585, p. 1272.

[730] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, n° 392, p. 281.

victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle imputable au débiteur[731] de résoudre le litige de manière unilatérale.

55. La solution unilatérale du litige – Par le biais de certains procédés considérés comme des « mesures de justice privée »[732], il est possible d'éviter la saisine du juge étatique pour régler le litige[733]. Certains d'entre eux résultent de clauses contractuelles[734], alors que d'autres sont issus de la seule nature du contrat. Mais si nous sommes dans un cadre contractuel d'où découle la notion d'autonomie de la volonté, la solution du conflit n'est pas conventionnelle[735]. Il s'agit d'une solution unilatérale du litige[736].Tel est le cas des clauses pénales qui évitent au créancier la saisine du juge d'une action en dommages-intérêts contre le débiteur qui a manqué à ses obligations[737], des clauses résolutoires expresses[738] qui mettent fin au contrat en cas

---

[731] Si l'inexécution est qualifiée de « licite », par exemple, si elle résulte d'un cas de force majeure, il n'est pas possible de mettre en œuvre toutes les mesures de justice privée, notamment la clause résolutoire. Par ailleurs, l'hypothèse de l'inexécution licite est prévue par la loi dans le cadre de la vente à réméré avec la « faculté de rachat » en application des articles 1659 et s. du Code civil. Cf. C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, th., Avant-propos de D. MAZEAUD, Bibliothèque de droit privé, T. 380, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 65 et s., p. 63 et s. Il existe aussi de nombreux autres cas dans lesquels l'une des parties peut résilier le contrat de manière unilatérale et ainsi cesser d'exécuter ses obligations de manière licite. Hormis le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée en application de l'article 1780 du Code civil, on peut prendre l'exemple du contrat de bail d'habitation à durée déterminée qui offre au locataire le droit de résilier celui-ci unilatéralement avant le terme prévu. Concernant le contrat de mandat cette faculté de résiliation unilatérale est accordée aux deux contractants avec toutefois des différences selon la qualité de ces dernières. Cf. M.-A. RAKOTOVAHINY, « La sanction unilatérale dans le contrat », in *A propos de la sanction*, Etudes réunies et présentées par C. MASCALA, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n° 6, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 173-174 et T. GENICON, « Les traitements légaux : mesures préventives », in *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, Actes du colloque du 22 octobre 2009, *R.D.C.*, janvier 2010, n°12, p. 461-462. L'article 1889 du Code civil énonce que dans le cadre d'un prêt, le prêteur peut demander la restitution de la chose avant le terme prévu « s'il survient un besoin pressant et imprévu de la chose » et les articles 1769 et 1770 du même Code accordent au fermier le droit de demander une remise de loyer si la totalité ou la moitié de la récolte au moins est enlevée par cas fortuit. Cf. T. GENICON, « Les traitements légaux : mesures préventives », in *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, Actes du colloque du 22 octobre 2009, *R.D.C.*, janvier 2010, n°14, p. 463 ; Ph. DELEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », in « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 59 et s.

[732] B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-5.

[733] Il convient toutefois de réserver le cas de la victime de l'inexécution qui pourrait procéder à l'exécution forcée du contrat sans saisir le juge dès lors que le contrat a été effectué par acte authentique valant ainsi titre exécutoire.

[734] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 25, p. 9.

[735] En effet, ces clauses permettent à l'une des parties de ne pas agir en justice et de se faire justice elle-même sans l'intervention du juge, qui habituellement sanctionne l'inexécution, par l'autre partie, de ses obligations. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 202.

[736] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n°90, p. 30.

[737] Toutefois, conformément aux articles 1152 et 1231 du Code civil, le juge peut d'office modérer la peine manifestement excessive ou augmenter celle qui est manifestement dérisoire. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 203.

d'inexécution, par l'une des parties de ses obligations[739] ainsi que des clauses de garantie à première demande[740] qui permettent de garantir l'exécution d'une obligation incombant à un tiers, le garant s'engageant envers le créancier à lui verser une certaine somme « à première demande et sans pouvoir soulever aucune exception ni aucune contestation de quelque nature que ce soit »[741]. Il en résulte un paiement rapide ne pouvant faire l'objet de contestations qu'*a posteriori* devant un juge. Le créancier bénéficie ainsi d'un privilège du préalable alors que le garant est dans une position moins confortable car c'est à lui qu'il incombe de saisir le juge pour effectuer sa défense concernant la somme versée[742]. Etant donné que la clause de garantie à première demande concerne un cas particulier, nous ne faisons ici que l'évoquer. Par ailleurs, concernant la faculté de mettre un terme au contrat de manière unilatérale sans recourir au juge, on peut citer le cas de la résolution unilatérale qui ne résulte pas de la mise en œuvre d'une clause contractuelle mais de « la gravité du manquement de l'autre partie »[743] ou encore de la loi[744]. Toutefois, le souhait de mettre un terme au litige n'implique pas obligatoirement l'anéantissement du contrat mais peut en outre consister, dans certains cas déterminés, à émettre un moyen de pression pour inciter le débiteur à exécuter son obligation[745] notamment par le biais du droit de rétention ou de l'exception d'inexécution. S'il est interdit de se faire justice à soi-même, certains procédés de justice privée sont licites[746] comme ceux que nous venons d'énoncer (section 1) mais peuvent néanmoins, *a posteriori*, faire l'objet de contestations devant le juge (Section 2).

---

[738] Enonçant que la résolution s'effectuera de plein droit. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 207. Cf. aussi C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th., Préf. J. DEVEZE, Bibliothèque de droit privé, T. 258, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 18, p. 26 ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, th., Avant-propos de D. MAZEAUD, Bibliothèque de droit privé, T. 380, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 83, p. 81.

[739] Et qui évitent ainsi à l'autre partie d'agir en justice sur le fondement de l'article 1184 du Code civil.
Toutefois, ces clauses sont interdites dans le domaine des baux ruraux et des procédures collectives, ou limitées en matière de bail commercial ou de bail d'habitation. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 204-205.

[740] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n°90, p. 30.

[741] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 32, p. 12.

[742] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 33, p. 12.

[743] B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-25.

[744] En application de l'article 1657 du Code civil qui dispose qu'*« en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur après expiration du terme convenu pour le retirement »*.

[745] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 278, p. 272.

[746] B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-20. Cf. aussi C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, th., Avant-propos de D. MAZEAUD, Bibliothèque de droit privé, T. 380, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 71, p. 69.

Section 1 : La stratégie consistant à se faire justice à soi-même de manière provisoire ou définitive

56. Dans certains cas, le recours à la justice privée est considéré comme un moyen de contrainte à l'égard du débiteur de l'obligation inexécutée (§1), alors que dans d'autres, il permet de mettre fin au contrat (§2).

§1 : La stratégie consistant à se faire justice à soi-même de manière provisoire dans le but d'inciter le débiteur à l'exécution de son obligation

57. Lorsque la victime de l'inexécution recourt à des moyens de contrainte à l'égard du débiteur, elle utilise des « armes » incitant ce dernier à exécuter son obligation, mais reste néanmoins « sur la défensive »[747], le but n'étant pas de mettre un terme au contrat. Pour ce faire, elle peut invoquer le droit de rétention ou l'exception d'inexécution.

58. Le droit de rétention – Il s'agit d'un droit, *« au nom duquel le créancier détenant une chose qu'il est tenu de rendre refuse sa restitution aussi longtemps qu'il n'est pas payé »*[748] en application de l'article 2286 du Code civil. Il s'agit d'un *« moyen conservatoire »*[749]. Selon cet article dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, l'exercice du droit de rétention n'implique pas obligatoirement que le propriétaire du bien soit le débiteur du rétenteur, comme l'avait déjà énoncé la jurisprudence[750]. Ainsi, dans notre cas d'espèce n°1, en admettant que les biens vendus ne concernent pas des choses de genre[751], et qu'ils appartiennent déjà à l'acquéreur avant que ce dernier en soit en possession, le commissionnaire pourra lui opposer son droit de rétention sur ceux-ci même si ce dernier n'est pas son débiteur dès lors qu'il a été chargé par le fournisseur d'en organiser le transport et qu'il n'a pas été payé en vertu du

---

[747] R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *R.T.D. civ.*, 1907, p. 247 ; p. 251. Cf. aussi S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, 2e année, Les obligations*, HyperCours Dalloz, 7e édition, Editions Dalloz, 2012, n° 513, p. 259 ; n° 517, p. 260.

[748] B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-25.

[749] Qui nécessite donc le recours au juge pour procéder à des mesures d'exécution. Cf. J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968, p. 37.

[750] En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 1962, *Van Elverdinghe c. Boucher*, un séquestre a pu exercer son droit de rétention alors même que le propriétaire de la chose retenue n'était pas son débiteur mais que la créance était née à l'occasion de celle-ci. Cf. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous cet arrêt, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 300, p. 875. Par ailleurs, l'article 74, I, 9e de la loi sur la modernisation de l'économie du 4 août 2008 a étendu le droit de rétention aux gages sans dépossession. Cf. S. PIEDELIEVRE, « Le nouvel article 2286, 4e du Code civil », *D.* 2008, Etudes et commentaires, p. 2951.

[751] Dans ce cas, le transfert de propriété ne peut s'effectuer que lorsque les biens ont été individualisés. Il peut s'agir, par exemple, de « la mise en possession de l'acquéreur, la remise d'un document donnant droit à la livraison ou la remise de la chose au transporteur ». Cf. J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968, p. 40.

contrat de commission. Le droit de rétention est aussi consacré par des dispositions spécifiques[752]. Par ailleurs, on peut faire état de l'existence, en droit commercial, d'une sorte de droit de rétention *« à rebours »*[753], consistant pour le destinataire de la marchandise de ne pas prendre livraison de celle-ci dès lors que l'obligation est mal exécutée, en application de l'article L. 133-4 du Code de commerce[754]. Tel est le cas, par exemple, lorsque la marchandise ne correspond pas au type convenu, qu'elle est avariée ou bien encore en cas de retard dans la livraison, ou de taxe excessive. En laissant la marchandise en possession du transporteur, et ainsi en l'encombrant, le destinataire oblige ce dernier à exécuter son obligation : « payer une indemnité ou faire réparer les objets »[755]. Mais l'on peut dès lors, dans cette hypothèse, considérer qu'il s'agit d'une rupture unilatérale du contrat. Toutefois, si le refus de prendre livraison s'avère injustifié, le destinataire pourra être condamné à payer des dommages-intérêts[756]. Ainsi, toujours dans notre cas d'espèce, le commerçant destinataire de la marchandise peut refuser d'en prendre possession si celle-ci est avariée par exemple. Mais ce cas particulier du refus de prendre livraison de la marchandise se rapproche de l'hypothèse de l'exception d'inexécution consistant à suspendre son obligation en cas de mauvaise exécution par l'autre partie de ses obligations, c'est-à-dire dans notre espèce à ne pas payer le prix des marchandises.

59. Le recours à l'exception d'inexécution : une mesure permettant de se faire justice à soi-même de manière provisoire et parfois de manière définitive – L'exception d'inexécution *« permet à chaque partie de refuser d'accomplir son obligation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due »*[757]. Elle est une sorte de *« légitime défense contractuelle »*[758]. Elle n'est possible que dans les contrats synallagmatiques dans lesquels les obligations s'exécutent de façon simultanée[759], dans les contrats dont les obligations sont réciproques[760] ou bien encore dans les contrats unilatéraux à titre onéreux[761]. Elle peut être exercée sans l'intervention du juge et sans mise en demeure préalable du débiteur. Son efficacité est néanmoins limitée par la tactique de l'adversaire qui a la possibilité de saisir le juge pour invoquer des moyens de défense visant à contester la mise en œuvre de cette mesure car celle-ci s'effectue aux risques et périls de son auteur[762] comme nous le verrons dans la seconde section. De plus, l'exception d'inexécution

---

[752] Tel est le cas dans le cadre du contrat de vente conformément à l'article 1612 du Code civil. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Rétention », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 825.
[753] R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *R.T.D. civ.*, 1907, p. 254.
[754] Ancien article 106 du Code de commerce.
[755] R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *R.T.D. civ.*, 1907, p. 254.
[756] R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *R.T.D. civ.*, 1907, p. 255.
[757] B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2007, n° 368-25. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Exception d'inexécution », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 381.
[758] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, n° 387, p. 278. Ou bien encore de « Talion contractuel ». Cf. D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations*, Cours magistral, Editions Ellipses, 2008, n° 286, p. 209.
[759] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, n° 385-386, p. 277.
[760] Tel que l'échange.
[761] En application de l'article 1947 du Code civil.
[762] C'est-à-dire que ce dernier *« court le risque de ne pas emporter la conviction du juge »*. Cf. C. ATIAS, « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.*, 2003, Chron., n° 5, p.1104.

est temporaire. Si le cocontractant exécute finalement son obligation, le contrat doit se poursuivre. Il s'agit donc d'une *« solution d'attente »*[763]. Or, l'intérêt de l'auteur de la mesure peut, au contraire, ne pas se manifester dans la reprise des relations contractuelles, notamment lorsque l'inexécution de l'obligation par son cocontractant, perdurant dans le temps, lui a permis d'effectuer d'autres projets et qu'il ne peut cependant pas conclure un contrat avec un autre partenaire. En effet, pendant cette période provisoire, le créancier ne doit pas effectuer de violation définitive du contrat[764]. La stratégie visant à recourir à l'exception d'inexécution trouve donc ici ses limites. En cas de perte d'intérêt pour la victime de l'inexécution de l'obligation de poursuivre le contrat, il convient pour celle-ci de changer de stratégie en demandant au juge la résolution du contrat[765] à moins qu'une clause contractuelle ne soit prévue à cet effet ou que la gravité du manquement de l'autre partie au contrat soit de nature à entraîner la résiliation unilatérale du contrat[766]. Si le débiteur est susceptible de croire à tort qu'il est définitivement libéré de ses obligations au regard de la longue période de suspension de l'exécution des obligations par son cocontractant, cela peut le conduire à conclure un contrat avec une autre partie et ainsi à payer des dommages-intérêts à son créancier en raison de sa faute. L'efficacité de l'exception d'inexécution semble varier selon la nature du contrat. S'agissant de l'exemple du contrat de bail énoncé dans notre hypothèse de travail n° 2, l'efficacité de l'exception d'inexécution, tant à l'égard du bailleur que du preneur, n'est envisageable que dans de rares hypothèses. En cas de non paiement par le preneur de ses loyers, si le bailleur a l'intention que le contrat se poursuive néanmoins, il exercera par exemple un moyen de pression en mettant en œuvre l'exception d'inexécution pouvant consister dans l'interruption de travaux nécessaires à la jouissance normale du bien loué. Mais encore faut-il que des travaux soient entrepris et qu'ils soient nécessaires à la jouissance du bien car dans le cas inverse, la mesure ne sera certainement pas efficace. De même, à l'inverse, cette dernière peut produire son effet à l'égard du bailleur le non-paiement des loyers par le locataire étant un bon moyen de contrainte susceptible de l'inciter à effectuer les travaux nécessaires. Cependant, cette hypothèse n'est pas fréquente car ces derniers ne doivent pas être de simples réparations ne privant pas le preneur de la jouissance normale des lieux. La suspension des paiements des loyers par le locataire ne peut être opposée à une obligation secondaire. En revanche, si le locataire est dans l'impossibilité d'exercer son activité dans les lieux loués, il peut suspendre le paiement de ses loyers. Par ailleurs, dans d'autres cas, l'efficacité de l'exception d'inexécution dépend de la qualité du contractant qui la met en œuvre. Par exemple, dans l'hypothèse du contrat de vente de marchandises, le recours à l'exception d'inexécution est peut-être plus opportun à l'égard du fournisseur qui ne livre pas la marchandise, le non-paiement du prix pouvant le mettre en difficulté[767], qu'à l'égard du créancier étant donné que ce dernier, victime de l'inexécution de l'obligation de son cocontractant peut recourir à d'autres mesures plus efficaces car plus rapides telles que le

---

[763] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, n° 388, p. 279.

[764] B. FAGES, « L'inexécution du contrat – Exception d'inexécution et droit de rétention », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2008, n° 370-23.

[765] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, n° 388, p. 279. Cf. aussi I. E. POSTACIOGLU, « Rapport général », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968, p. 21.

[766] *Infra*, n° 61.

[767] Bien qu'il puisse demander la résolution de la vente en application de l'article 1654 du Code civil.

remplacement[768] le conduisant dès lors à effectuer une rupture unilatérale du contrat[769]. L'efficacité de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est susceptible de varier en fonction du but poursuivi par la victime de l'inexécution. Dans le cas du contrat de vente, l'acquéreur du bien non livré peut souhaiter suspendre temporairement le contrat en attendant de poursuivre les relations contractuelles. Tel est le cas si le bien vendu est une chose rare que l'acquéreur ne peut trouver chez un autre vendeur. En revanche, dans l'hypothèse d'un bien produit en série, l'intérêt de l'acquéreur n'est peut-être pas d'attendre que le vendeur exécute son obligation notamment s'il y a des chances qu'il tarde à le faire, mais plutôt de résoudre le contrat pour conclure avec un nouveau vendeur. A l'inverse, en cas de non-paiement du bien par l'acquéreur, si le vendeur peut demander la résolution de la vente, étant donné que pour ce faire, il doit recourir au juge, il peut préférer effectuer une injonction de payer permettant d'inverser le contentieux[770] et étant ainsi un moyen rapide d'obtenir satisfaction. L'exception d'inexécution n'étant qu'un *« moyen purement temporaire »*[771] d'obtenir l'exécution de l'obligation et ainsi la poursuite du contrat, son efficacité n'est pas toujours établie. Selon un auteur, il est *« excessif d'y voir un procédé de justice privée »*, mais on pourrait la considérer comme *« une préfiguration de la résolution dont elle serait un diminutif »*[772]. L'exception d'inexécution est parfois définitive et aboutit ainsi à la résolution du contrat[773]. Dans le cadre d'un contrat comprenant l'exécution d'une obligation en nature, telle que par exemple la réalisation d'un tableau en échange du paiement d'un prix, le créancier de cette obligation ne pouvant en obtenir l'exécution forcée en justice en cas d'inexécution imputable à son débiteur, peut néanmoins en suspendre le paiement du prix et donc user de l'exception d'inexécution qui pourra aboutir à la résolution du contrat. L'exception d'inexécution peut donc être vue comme un procédé visant à mettre fin au contrat de manière anticipée[774] et pouvant ainsi prendre le nom d'*« exception d'inexécution active*

---

[768] En effet, en matière commerciale, le recours préalable au juge n'est pas exigé dans cette hypothèse. En revanche, d'une manière générale, il en va différemment en dehors de ce domaine en application de l'article 1144 du Code civil. Cf. A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Collection Droit fondamental, P.U.F., 2006, n° 69, p. 75-76. Cf. aussi J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968, p. 42 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis SA, Litec, 12e édition, 2012, n° 520, p. 402.

[769] *Infra*, n° 61.

[770] C'est-à-dire que la procédure d'injonction de payer « cantonne l'appréciation judiciaire aux cas – très rares en pratique – où le débiteur conteste ». Cf. P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, n° 8, p. 108.

[771] J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1110, p. 2246.

[772] J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968, p. 36.

[773] J. GHESTIN, « L'exception d'inexécution, Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Sous la direction de Marcel FONTAINE et de Geneviève VINEY, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, XXXII, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2001, n° 4, p. 6.

[774] Il en est de même pour le laissé pour compte qui désigne un usage commercial donnant la possibilité à un acquéreur de laisser une marchandise non-conforme aux stipulations conventionnelles pour le compte du vendeur entraînant souvent l'extinction du contrat. Cf. S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois*, 2002, 37688, n° 13, p. 377.

anticipative »[775]. D'où l'intérêt de recourir à une telle mesure[776]. Il semble néanmoins parfois plus judicieux de tenter directement de se faire justice à soi-même de manière définitive.

§2 : La stratégie consistant à se faire justice à soi-même de manière définitive dans le but de mettre un terme au contrat

60. Certes, en application de l'article 1184 du Code civil, le recours au juge est indispensable pour que le contrat soit résolu, mais il existe quelques exceptions permettant de mettre un terme au contrat de manière unilatérale.

61. La résiliation du contrat de manière unilatérale – Dans certaines hypothèses exceptionnelles, la loi prévoit que le contractant victime de l'inexécution peut rompre le contrat de manière unilatérale sans recourir au juge préalablement[777]. Selon la jurisprudence, tel est aussi le cas dans une situation d'urgence. Dans les cas dans lesquels l'inexécution de l'obligation par l'une des parties tend à causer à son cocontractant un préjudice irréparable, la jurisprudence a permis à ce dernier de rompre le contrat avant la saisine du juge. Par exemple, il est possible pour un employeur de licencier immédiatement son salarié en cas de vol ou de faute grave[778]. La solution est ancienne puisque dans un arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1910, la rupture unilatérale a été admise dans le cas où *« le maintien provisoire du contrat causerait à l'une des parties un préjudice considérable dont elle ne pourrait par la suite obtenir réparation et notamment en cas de mauvaise foi de l'autre partie »*[779]. On rencontre en outre l'hypothèse de la

---

[775] C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, th., Préf. de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 134 et s., p. 128 et s.

[776] De plus, en application des Principes du droit européen des contrats, elle est un moyen de contrainte par anticipation étant donné qu'elle peut être mise en œuvre *« dès lors qu'il est manifeste qu'il y aura inexécution de la part du cocontractant à l'échéance »* (art. 9-201). Dans le même ordre d'idées, les Principes Unidroit prévoient que la partie *« qui croit raisonnablement qu'il y aura inexécution essentielle de la part de l'autre partie »*, peut *« exiger des assurances suffisantes de bonne exécution et peut, dans l'intervalle, suspendre l'exécution de ses propres obligations »* (art. 7-3-4). Si tel n'est pas le cas en droit français, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 février 1993 a néanmoins admis cette solution concernant un cessionnaire de parts sociales qui a pu *« suspendre le paiement du prix d'acquisition, au motif qu'il sera probablement fondé à faire bientôt jouer une clause de garantie stipulée en sa faveur »*. Cf. B. FAGES, *« L'inexécution du contrat – Exception d'inexécution et droit de rétention »*, in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2008, n° 370-17.

[777] Tel est le cas pour l'assureur lorsque les primes ne sont pas payées en application de l'article L. 113-3 du Code des assurances, pour le consommateur dès lors que les délais d'exécution ne sont pas respectés conformément à l'article L. 114-1 du Code de la consommation, pour le vendeur d'objets mobiliers en cas de non-retirement comme le prévoit l'article 1657 du Code civil, ainsi que pour les parties à un contrat de travail par le biais d'une « prise d'acte » de la rupture due à la faute de l'autre dont le régime est issu de la jurisprudence. Cf. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, n° 393, p. 281. Cf. aussi B. FAGES, « La disparition du lien contractuel fondée sur la gravité du comportement – La résolution extrajudiciaire », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2008, n° 462-20.

[778] C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, Gualino éditeur, EJA, Paris, 2e édition, 2007, n° 465, p. 258.

[779] G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, Obligations, Contrat – Responsabilité, Droits réels, Biens – Propriété*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 535, p. 206.

rupture unilatérale du contrat lorsque celui-ci est commercial[780]. Par ailleurs, il est admis depuis plusieurs années que *« la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »*[781]. Cette solution a été reprise par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 20 février 2001[782]. Ainsi, dans ce cas, la rupture unilatérale du contrat dépend uniquement du comportement de l'une des parties[783] et l'urgence n'a pas à être obligatoirement caractérisée[784]. Un comportement grave peut être défini comme *« un comportement mettant en péril les intérêts contractuels de la victime et menaçant par conséquent l'avenir même du contrat »*[785]. La qualification d'un tel comportement résulte d'une appréciation objective notamment au regard des effets qu'il est susceptible d'entraîner sur l'exécution du contrat[786]. La gravité du comportement peut, par exemple, être établie par la violation d'une obligation essentielle[787]. Mais si le comportement grave est souvent issu d'un manquement aux obligations contractuelles, il peut également découler d' *« une attitude contraire à la bonne foi »*[788]. La rupture unilatérale peut aussi résulter d'une perte de confiance dans son cocontractant comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 juin 2003 (25e ch/, SA Elysée Tours) qui énonce que la société *« est fondée à invoquer une perte de confiance dans son cocontractant pour rompre unilatéralement le*

---

[780] L'acquéreur qui n'a pas été livré peut « se remplacer » et si la livraison est défectueuse, il peut « laisser pour compte » la marchandise au vendeur. Cf. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, n° 393, p. 281.

[781] Cette solution a été consacrée par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 13 octobre 1998. En l'espèce, une clinique avait conclu un contrat avec un médecin anesthésiste-réanimateur qui s'était engagé à ne prodiguer les actes relevant de sa compétence qu'à l'intérieur de la clinique. Or, n'ayant pas respecté cette obligation, ce dernier a causé de graves incidents à des patients notamment en raison de son manque de disponibilité et ce comportement a été considéré par les juges de la Cour de cassation, qui ont maintenu la solution de la Cour d'appel de Rouen, comme pouvant être de nature à justifier la résiliation unilatérale du contrat par la clinique. Cf. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous cet arrêt, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 180, p. 267 et s.

[782] Enonçant que *« la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée indéterminée ou non »*.
Cf. S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois*, 2002, 37688, n° 1, p. 369 ; n° 15, p. 379.

[783] B. FAGES, « La disparition du lien contractuel fondée sur la gravité du comportement – La résolution extrajudiciaire », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2008, n° 462-5. Mais au regard des moyens de contestation de l'adversaire, mieux vaut « être sûr de son coup ». Cf. J.-P. GRIDEL, « La rupture unilatérale aux risques et périls », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007/41, 2678, p. 55.

[784] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 302, p. 292.

[785] L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 68.

[786] *« En effet, la légitimité de la résolution unilatérale repose, en premier lieu, sur une analyse économique »*. Cf. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 73.

[787] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 302, p. 292.
Pour différents exemples ayant trait au caractère de gravité du comportement, cf. B. FAGES, « La disparition du lien contractuel fondée sur la gravité du comportement – La résolution extrajudiciaire », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2008, n° 462-45 ; J.-P. GRIDEL, « La rupture unilatérale aux risques et périls », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007/41, 2678, p. 54.

[788] J.-B. SEUBE, « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », Note sous Cass. 3ième civ., 15 sept. 2010, n° 09-10339, *R.D.C.*, 2011, p. 175.

contrat » [789]. Or, en plus de l'obligation pour l'auteur de la rupture du contrat de faire état de la gravité du comportement de son cocontractant, il lui incombe de notifier à ce dernier les motifs de la rupture[790] ainsi que d'effectuer à son encontre une mise en demeure bien que cette dernière formalité ne soit peut-être pas indispensable[791]. Néanmoins, dans un arrêt du 14 février 2012, la Chambre commerciale a décidé que la résiliation immédiate du contrat n'avait pas lieu d'être au regard de la tolérance de l'auteur de la mesure à l'égard de son cocontractant annihilant par là même la gravité du manquement de ce dernier. En l'absence de clause permettant de mettre un terme au contrat en cas de manquement grave, il est possible au juge de contrôler la gravité du comportement sur laquelle repose la rupture du contrat. Or, en l'espèce, le fournisseur à l'origine de la rupture de celui-ci avait dénoncé le comportement du revendeur par un courrier faisant état d'un simple avertissement. Selon les juges de la Cour de cassation le comportement du fournisseur ne pouvait justifier la rupture du contrat sans préavis. La tolérance de l'auteur de la rupture ne permet pas d'établir la gravité du comportement de nature à justifier la résiliation du contrat[792]. La rupture unilatérale s'effectuant aux risques et périls de son auteur signifie qu'elle est aléatoire[793]. Le domaine d'application de la résolution unilatérale n'est pas encore certain et l'on peut s'interroger sur la question de savoir si elle est susceptible de s'appliquer à des contrats dont le législateur prévoit des spécificités concernant leurs modalités de rupture comme c'est le cas par exemple pour le bail commercial concernant la réglementation du congé[794]. Si le but de la victime de l'inexécution est d'éviter le recours au juge, la saisine de celui-ci semble néanmoins indispensable pour régler les conséquences de la résolution du contrat notamment eu égard aux restitutions réciproques et aux dommages-intérêts[795]. L'utilisation de ce procédé paraît toutefois utile pour permettre rapidement au créancier de *« réallouer ailleurs ses ressources »*[796]. D'ailleurs ce mode de résolution extrajudiciaire du contrat est prévu à la fois par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, les Principes Unidroit,

---

[789] En l'espèce, un groupement avait résilié le contrat conclu avec une agence de voyage qui avait pour objet d'organiser de grands voyages car celle-ci avait manqué à ses obligations en n'organisant pas correctement certains voyages et en choisissant des transporteurs peu sérieux. Cf. Ph. DELEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », in « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 63.

[790] Et de lui laisser un certain délai pour organiser les conséquences de la rupture. Cf. L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 67.

[791] Notamment au regard d'un arrêt récent du 10 février 2008, dans lequel la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce que *« la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de la résiliation contractuelle »*. En l'espèce, le non-respect des formalités prévues dans le contrat n'a pas été considéré comme pouvant faire obstacle à la mise en œuvre de la résiliation unilatérale. Cf. V. MAUGERI, Note sous cet arrêt, *Rev. Lamy, dr. civ.*, 2009/59, 3373, p. 16.

[792] N. MATHEY, Note sous Cass. com., 14 févr. 2012, n° 11-10.346, « Mise en œuvre d'une clause résolutoire dans un contrat de distribution », *C.C.C.*, 2012, Commentaires, n° 150, p. 54.

[793] *« Son caractère bénéficiaire ou, au contraire, déficitaire dépend de la survenance d'un événement futur »*. Cf. L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 68. Cf. *Infra* n° 5.

[794] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 301, p. 291.

[795] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 305, p. 293.

[796] P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, n° 13, p. 112.

les Principes du droit européen du contrat[797] ainsi que par l'avant-projet de réforme du droit des obligations[798]. Or, de la même façon que le prévoit l'article 1158 de l'avant-projet Catala, le droit français semble s'orienter vers une alternative entre la résolution unilatérale et la résolution judiciaire[799], les deux modes de résolution ayant pour fondement un comportement grave[800], il ne semble pas opportun de choisir une loi d'un autre pays que la France dans le cas d'un litige comportant un élément d'extranéité. En effet, dans cette dernière hypothèse, concernant le contrat de vente de marchandises issu de notre exemple n° 1, étant donné que tous les instruments internationaux prévoient le cas d'une rupture unilatérale, ainsi que de nombreux droits internes, notamment le droit allemand et le droit anglais[801], il n'est pas, sur ce point, stratégique concernant le choix de la loi applicable au contrat d'opter pour celle d'un Etat plutôt que celle d'un autre[802] ainsi que de se soustraire à l'application de la Convention de Vienne. Dans notre espèce, un comportement grave susceptible de résoudre le contrat pourrait par exemple résulter pour l'acquéreur de ne pas payer le prix des marchandises alors que ces dernières sont en train de périr[803]. Certes, en dehors de ce cas d'urgence, s'il est prévu par l'article 1654 du Code civil que le vendeur peut demander la résolution de la vente dans le cas où l'acheteur manquerait à son obligation de paiement, il n'est pas nécessaire de recourir au juge dans l'hypothèse particulière dans laquelle l'acquéreur ne retirerait pas les marchandises dans le délai prévu au contrat, alors que la date de livraison a été une condition déterminante de la vente[804] conformément à l'article 1657 du Code civil[805]. *« Cette règle est très avantageuse pour le vendeur qui se trouve libéré sans avoir à agir en justice ni à accomplir aucune formalité ; par*

---

[797] Respectivement aux articles 49 et 64, 7.3.1 et s., 9.301. Cf. B. FAGES, « La disparition du lien contractuel fondée sur la gravité du comportement – La résolution extrajudiciaire », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2008, n° 462-25.

[798] En application des articles 1158 et 1581. Le créancier bénéficie d'une option entre le recours au juge ou la résolution unilatérale du contrat quelle que soit l'importance du manquement contractuel par l'autre partie. En effet, conformément à l'article 1158 alinéa 2 *« Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat »*. Mais selon l'article 1158-1, un contrôle du juge *a posteriori* est possible.

[799] P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, n° 14, p. 113.

[800] L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 68 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous Civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Tocqueville c. Clinique des Ormeaux*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 180, p. 273 ; 278.

[801] L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 66 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Note sous Civ. 1ère, 13 octobre 1998, *Tocqueville c. Clinique des Ormeaux*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, n° 180, p. 271.

[802] Il convient néanmoins de réserver l'hypothèse du droit anglais qui admet la théorie de la violation efficace (*efficient breach*). Cf. *Supra* n° 44.

[803] En effet, dans un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 7 février 1975, il a notamment été décidé dans cette hypothèse qu'une rupture unilatérale par le vendeur était possible. Cf. Ph. DELEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 62.

[804] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, th., Avant-propos de D. MAZEAUD, Bibliothèque de droit privé, T. 380, L.G.D.J., Paris, 2002, n° 84, p. 84.

[805] Cette « justice privée nécessité » ne se réalise que dans des cas particuliers. Cf. A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, Thèse, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926, p. 420.

le seul fait de l'expiration du délai, il peut disposer de la marchandise au profit d'un autre acquéreur »[806]. De même, un moyen efficace semble résulter dans le recours à un usage commercial qui permet au vendeur d'effectuer *« la liquidation du marché par revente de la marchandise non retirée »*[807]. En dehors de ces hypothèses particulières, dès lors qu'une clause résolutoire de plein droit est insérée dans le contrat, il est judicieux de la mettre en œuvre pour la victime du manquement prévu par celle-ci notamment parce que le juge, saisi postérieurement, ne peut y faire obstacle même si la violation de l'obligation invoquée ne semble pas être proportionnée à la sanction qui en résulte. D'ailleurs celle-ci peut être mise en œuvre avant celle ayant trait à la résiliation unilatérale du contrat[808].

62. La rupture du contrat en cas de mise en œuvre d'une clause résolutoire de plein droit – En cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, le contrat est résolu de plein droit dès lors que la victime de l'inexécution fait jouer le jeu de la clause résolutoire insérée dans le contrat. Toutefois, la validité de cette dernière comporte des limites selon les contrats dans lesquels elle est insérée[809]. Par ailleurs, la clause résolutoire n'est envisageable que pour l'inexécution de certaines obligations dans le cadre des baux d'habitation conformément à l'article 4 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 qui fait référence au non-paiement des loyers, des charges, du dépôt de garantie de la non-souscription d'une assurance aux risques locatifs et n'est admise que sous certaines conditions dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels[810]. On peut s'interroger sur la question de savoir quel est l'intérêt pour la victime de l'inexécution de pouvoir mettre fin au contrat de manière automatique après une mise en demeure adressée au débiteur sauf s'il existe une disposition claire et expresse en sens contraire[811]. Par exemple, la clause peut être formulée de la façon suivante : *« le contrat sera résolu de plein droit, si bon semble au créancier, par la seule échéance du terme et sans sommation ni autre formalité »* en permettant dans ce cas de ne pas effectuer de mise en demeure et de faire obstacle à l'octroi d'un délai de grâce[812]. D'une manière générale, le juge ne peut entraver la mise en œuvre d'une clause résolutoire en appréciant la proportionnalité entre le manquement contractuel et la sanction résultant du jeu de la clause ou en faisant bénéficier le

---

[806] J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968, p. 56.

[807] J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968, p. 43.

[808] J.-B. SEUBE, « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », Note sous Cass. 3ième civ., 15 sept. 2010, n° 09-10339, *R.D.C.*, 2011, p. 175.

[809] Tel est le cas concernant par exemple le droit des assurances, le bail rural et la vente d'immeuble à construire en application, respectivement, des articles L.113-3 du Code des assurances, L. 411-31 du Code rural et L. 261-13 du Code de la construction et de l'habitation. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 30, p. 11.

[810] En effet, en application de l'article R. 132-1 et L. 132-1 du Code de la consommation, il ne faut pas que le professionnel en soit l'unique bénéficiaire.

[811] J.-A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n° 68, p. 9.

[812] J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1104, p. 2236.

débiteur de délais de grâce[813]. Par exemple, un retard dans le paiement des loyers de quelques jours par le locataire peut donner lieu à la résolution du contrat de bail. Toutefois, la loi émet des limites en matière de baux commerciaux puisqu'en application de l'article 23 du décret du 30 septembre 1953 le juge a la possibilité de suspendre la mise en œuvre de la clause en cas de retard de paiement des loyers, dans la limite de deux ans. De même, une suspension de celle-ci est prévue en ce qui concerne les baux d'habitation par l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 puisqu'elle ne peut produire effet que deux mois après un commandement et à l'expiration des délais de grâce qui peuvent être octroyés par le juge, en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil[814]. La question se pose toutefois de savoir si en dehors de ces régimes particuliers, le débiteur est aussi susceptible d'obtenir des délais de grâce en application de l'article 1244-1 du Code civil[815] bien que nous venons de voir que selon la rédaction de la clause ces derniers peuvent être exclus. Un autre avantage ayant trait à la mise en œuvre de la clause résolutoire résulte de l'indifférence du comportement du débiteur pendant l'instance si un juge est néanmoins saisi, ce qui rend plus prévisible la solution sur le fond du droit litigieux. En effet, dans le cas de la résolution judiciaire, le juge peut tenir compte de l'exécution du débiteur en cours d'instance susceptible de faire obstacle à la résolution du contrat[816]. L'efficacité de la clause résolutoire dépend, d'une part, de sa validité et donc de la nature du contrat dans lequel elle est insérée et d'autre part, de la façon dont elle est rédigée[817]. Il ne suffit pas que la clause résolutoire énonce que *« le contrat sera résolu en cas d'inexécution »* ou que *« la résolution sera prononcée en cas d'inexécution du contrat »* puisque dans ces cas, le recours au juge en application de l'article 1184 du Code civil n'est pas exclu[818]. De plus, celle-ci doit faire l'objet d'une rédaction spécifique en visant les obligations donnant lieu à la résolution du contrat[819]. C'est d'ailleurs ce qu'énonce l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui subordonne la validité des clauses résolutoires à la désignation expresse des *« engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat »*[820]. Ainsi, il n'est pas possible de faire jouer la clause résolutoire pour des manquements qu'elle ne prévoit pas[821]. Un arrêt du 15 septembre 2010 de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en est un bon exemple puisqu'il fait état de la nécessité de viser expressément dans la clause résolutoire les obligations dont le

---

[813] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 31, p. 12.

[814] Un régime spécial est aussi prévu dans la vente d'immeuble à construire en application de l'article L. 353-15 du Code de la construction et de l'habitation. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 156-157. V. aussi P. KAYSER, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *R.R.J.*, 1999-1, p. 22-23.

[815] La doctrine est divisée sur ce point. Cf. E. LOQUIN, « Clauses dissuasives des litiges », *J.-Cl., Contrats-Distribution*, fasc. 135, 2006, n° 87, p. 24.

[816] E. LOQUIN, « Clauses dissuasives des litiges », *J.-Cl., Contrats-Distribution*, fasc. 135, 2006, n° 73, p. 23. Cf. aussi J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1957, n° 6, p. 437. *Infra* n° 405.

[817] *Supra* n° 47.

[818] J.-A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n° 68, p. 9.

[819] C. LACHIEZE, *Droit des contrats*, 3e édition, Ellipses Editions Marketing S.A., 2012, n° 409, p. 196 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 298, p. 289. Cf. aussi C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th., Préf. J. DEVEZE, Bibliothèque de droit privé, T. 258, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 18, p. 28.

[820] En application de l'article 1159.

[821] C'est ce qu'a décidé la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 décembre 1986. Cf. J. MESTRE, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 120-121.

manquement doit être sanctionné par la mise en œuvre de cette dernière[822]. Le juge est privé de son pouvoir d'appréciation quant à la gravité du manquement de l'obligation visée par la clause puisque s'il est saisi, le juge n'a aucun pouvoir en la matière et devra donc constater la résolution du contrat quels que soient les manquements invoqués. A l'inverse, s'il n'est pas inséré de clause résolutoire au sein du contrat de bail, la résiliation de celui-ci n'est pas automatique. Le magistrat procède par exemple à la résiliation du bail que s'il juge que le non-paiement du loyer est constitutif d'une infraction suffisamment grave pour justifier cette résiliation[823]. En l'absence dans le contrat de clause résolutoire de plein droit, le juge a seulement la faculté de prononcer la résolution même s'il constate le manquement par l'une des parties à ses obligations. Dans un arrêt du 17 mars 1992, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé qu'une simple allocation de dommages et intérêts suffisait à réparer la non exécution des obligations par l'un des contractants[824]. Par ailleurs, pour renforcer l'efficacité de la clause, l'auteur de la mise en œuvre de celle-ci a intérêt à faire aussi jouer la clause pénale si cette dernière est insérée dans le contrat afin d'éviter d'avoir recours au juge pour évaluer le préjudice subi résultant de l'inexécution[825]. La clause pénale est *« encourue du seul fait de l'inexécution »*[826] mais ne fait pas obstacle à ce que le juge saisi postérieurement effectue une révison de celle-ci dès lors qu'elle est manifestement excessive ou dérisoire[827]. Ainsi, pour être efficace, la clause résolutoire doit être rédigée de manière claire et précise et invoquée de bonne foi[828] car *« elle reste pour son bénéficiaire pleine de pièges »*[829]. Or, dans notre cas d'espèce, nous n'avons aucune information sur la manière dont est rédigée la clause et pour ce qui a trait aux manquements visés. Dans ce contrat de bail, l'efficacité de la clause dépend donc de sa rédaction et de la bonne foi du créancier en ce qui concerne sa mise en œuvre.

---

[822] Le but est de protéger le débiteur qui doit être informé de la sanction de la violation de ses obligations. En l'espèce, le bailleur reprochait au locataire d'exercer une activité commerciale au troisième étage alors que le bail commercial portait sur des locaux situés aux premier et deuxième étages et qu'un bail d'habitation avait été conclu pour l'occupation du troisième étage. Or, la clause résolutoire, qui ne visait pas expressément l'interdiction d'exercer son activité en dehors des locaux concernant les deux premiers étages, ne pouvait donner lieu à la résiliation de plein droit du contrat. Cf. J.-B. SEUBE, « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », Note sous Cass. 3ième civ., 15 sept. 2010, n° 09-10339, *R.D.C.*, 2011, p. 174.

[823] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 155.

[824] En effet, en l'espèce, l'acheteur a été débouté de sa demande en résolution de la vente et n'a obtenu, en raison notamment de son comportement, que des dommages-intérêts. Cf. L. LEVENEUR, observations sous cet arrêt, *C.C.C.*, Mai 1992, n° 93, p. 2-3. Dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 novembre 1976, la demande en résolution d'une vente effectuée par l'acheteur sur le fondement de l'article 1641 du Code civil a été rejetée car il pouvait être remédié aux malfaçons qui étaient de faible importance et qui n'entravaient pas l'utilisation de la machine objet du litige. Cf. *Gaz. pal*. 1977, 1, pan. jurisp., p. 43. Il en a été décidé de même dans un arrêt du 1er juillet 1980. Cf. A. PIEDELIEVRE, note sous cet arrêt, *Gaz. pal*., 1980, 2, pan. juris., p. 581.

[825] J.-A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n° 68, p. 10.

[826] J. CARBONNIER, *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, n° 1094, p. 2223.

[827] *Infra* n° 405.

[828] D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François TERRE*, *L'avenir du droit,* PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 613.

[829] J. MESTRE, Note sous Cass. Civ. 3e, 8 avril 1987, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 122.

63. Conclusion de la section 1 – Qu'il s'agisse du choix de recourir aux mesures tendant à faire pression sur le débiteur afin d'inciter celui-ci à exécuter son obligation ou bien encore à mettre un terme au litige de manière unilatérale, l'efficacité de la stratégie dépend du respect de certaines conditions et des spécificités propres à chacune des mesures de justice privée. Or, parmi les différentes mesures de justice privée, en cas d'échec probable d'une mesure, il convient de rechercher si une autre mesure ne pourrait pas être mise en œuvre, l'une d'elles ne faisant pas obstacle à celle des autres. Par exemple, dans notre cas d'espèce concernant le bail d'habitation si l'invocation de la clause résolutoire a peu de chances d'aboutir eu égard à son caractère équivoque, une autre stratégie est peut-être concevable. La résiliation du contrat est susceptible d'être mise en œuvre dès lors que la victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle peut faire état d'une faute grave de son cocontractant ou bien encore la résiliation judiciaire du bail, le jeu de la clause résolutoire n'empêchant pas d'agir ultérieurement devant le juge[830]. Si de nombreuses conditions sont communes aux mesures de justice privée, c'est au regard des moyens de contestation de l'adversaire que le juge retrouve son pouvoir d'appréciation entraînant dès lors une incertitude en la matière. Les mesures de justice privée pouvant ainsi faire l'objet de contestations par le débiteur de l'obligation inexécutée nous amènent à énoncer que le choix d'y recourir est une stratégie qui n'est pas sans risques.

Section 2 : Une stratégie risquée au regard de l'éventuelle tactique de l'adversaire

64. La tactique du cocontractant à l'origine de l'inexécution de l'obligation contractuelle consistant à contester devant le juge la mise en œuvre des divers procédés de justice privée – La partie qui n'exécute pas son obligation peut déjouer la stratégie de son adversaire tendant à résoudre le contrat de manière unilatérale en contestant devant le juge la mise en œuvre des diverses mesures de justice privée. Si l'invocation de la mauvaise foi du créancier de l'obligation inexécutée semble être commune à toutes les mesures, il existe quelques spécificités qui concernent la clause résolutoire. Il convient donc de distinguer la tactique de l'adversaire consistant à employer les moyens de contestation autres que ceux ayant trait à la clause résolutoire (§1) de celle tendant à se fonder sur les moyens de constestation propres à la clause résolutoire de plein droit (§2).

§1 : La tactique de l'adversaire dans l'utilisation des moyens de contestation autres que ceux ayant trait à la clause résolutoire

65. L'obligation pour la victime de l'obligation inexécutée de justifier la mise en œuvre de l'exception d'inexécution et de la résolution unilatérale – L'auteur de la violation de l'obligation auquel son cocontractant oppose l'exception d'inexécution a la possibilité de saisir le juge afin que celui-ci justifie la mise en œuvre de celle-ci. Or, à défaut de cette justification,

---

[830] En effet, *« La doctrine va même jusqu'à autoriser le créancier à demander la résolution judiciaire, bien qu'il se soit auparavant prévalu sans succès en justice de la clause résolutoire du contrat. On ne saurait, dit-on, lui opposer l'autorité de la chose jugée, les deux demandes n'ayant pas la même cause »*. Cf. J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1957, n° 20, p. 448.

par exemple, si le recours à un tel procédé est disproportionné par rapport au manquement contractuel, la victime de l'obligation inexécutée pourra être sanctionnée par le juge car elle n'utilise pas, dans ce cas, la mesure, de bonne foi. On énonce ainsi que l'auteur de la mesure, l'*excipiens*, agit *« à ses risques et périls »*[831]. Tel est notamment le cas si dans le cadre d'un contrat de bail, le preneur suspend le paiement des loyers alors que l'inexécution par le bailleur de son obligation n'est pas suffisamment grave. Selon un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 1er mars 1995 la suspension du paiment des loyers n'est possible que si l'inexécution de ses obligations par le bailleur se manifeste par une impossibilité d'occuper les lieux loués. Ainsi, elle semble plus difficile à mettre en œuvre lorsque l'inexécution est partielle, puisque dans ce cas, elle exige une inexécution « gravement défectueuse ». Il en résulte une impossibilité pour le locataire de cesser de payer ses loyers lorsque le bailleur n'exécute pas son obligation d'entretien si ce manquement ne l'empêche pas de jouir du bien loué étant donné qu'il s'agit de l'élément essentiel du contrat de bail[832]. Dans cette hypothèse, si le locataire suspend néanmoins le paiement de ses loyers, le bail est susceptible d'être résilié à ses torts. Il en est de même en cas de rupture unilatérale du contrat, puisque dans cette hypothèse, l'adversaire de l'auteur de la rupture peut recourir aux tribunaux afin de lui demander de faire état des circonstances de nature à justifier la résiliation du contrat. Pour ce faire, l'auteur de la mesure devra établir la gravité du comportement de son cocontractant[833]. S'il n'y parvient pas, la rupture sera considérée par le juge comme non fondée et le contrat sera résolu à ses torts avec une condamnation à payer des dommages-intérêts[834]. De plus, dans cette hypothèse, le juge pourra le condamner « en maintien forcé définitif »[835]. La poursuite du contrat est envisageable si elle est possible et que telle est la volonté du créancier de l'obligation inexécutée[836]. Il semble néanmoins difficile en pratique de consacrer cette dernière solution[837], l'intervention du juge ayant lieu souvent trop tard pour permettre une telle exécution, sous réserve de pouvoir faire appel au juge des référés[838]. Le risque pris par l'auteur de la mesure est d'autant plus grand que le contrôle léger effectué par la Cour de cassation en la matière concerne uniquement les cas dans lesquels les juges du fond ont *a posteriori* considéré que la rupture unilatérale entreprise

---

[831] C. ATIAS, « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.*, 2003, Chron., n° 3, p. 1103. Cf. aussi C. LACHIEZE, *Droit des contrats*, 3e édition, Ellipses Editions Marketing S.A., 2012, n° 400, p. 190.

[832] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, n° 387, p. 278.

[833] Or, la tolérance dont il est susceptible de faire preuve à son égard peut y faire obstacle. Cf. N. MATHEY, Note sous Cass. com., 14 févr. 2012, n° 11-10.346, « Mise en œuvre d'une clause résolutoire dans un contrat de distribution », *C.C.C.*, 2012, Commentaires, n° 150, p. 54-55. *Supra* n° 61.

[834] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 304, p. 293. Il paraît néanmoins difficile d'évaluer le montant de ces dommages-intérêts notamment au regard de la répercussion de la rupture unilatérale sur d'autres contrats. Cf. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 77.

[835] J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *J.C.P.*, G., 2008, n° 21, I, 143, n° 46, p. 19.

[836] B. FAGES, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, n° 304, p. 293.

[837] Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 75.

[838] P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, n° 15, p. 114.

était valable[839]. Dans l'hypothèse inverse, le caractère de gravité invoqué est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond[840]. D'où une certaine insécurité juridique en la matière concernant le rejet de cette rupture unilatérale. La contestation du jeu de la clause résolutoire est aussi envisageable, cependant, si les pouvoirs du juge semblent être plus restreints en la matière, ce dernier recouvre sa liberté dès lors que l'auteur de sa mise en œuvre a aussi des torts.

§2 : La tactique de l'adversaire dans l'invocation des moyens de contestation propres à la clause résolutoire

66. La contestation de la mise en oeuvre de la clause résolutoire insérée dans le contrat – La mise en œuvre de la clause résolutoire peut tout d'abord être inefficace dans le cas particulier où l'on constate l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'auteur de l'obligation inexécutée, en application de l'article L. 622-13, *in fine*, du Code de commerce. Mais d'une manière plus générale, celui-ci peut par exemple se défendre en saisissant le juge pour interpréter la clause résolutoire en raison notamment du caractère équivoque de celle-ci. Le contentieux de l'interprétation est susceptible de lui permettre d'obtenir gain de cause étant donné que les clauses résolutoires sont d'interprétation stricte[841]. Le débiteur bénéficie aussi d'autres moyens de défense, par exemple en contestant le fait que la clause résolutoire a été mise en œuvre sans mise en demeure préalable bien qu'aucune disposition expresse ne fasse état de cette possibilité, ou bien que cette dernière est équivoque en ne rappelant pas les manquements à l'origine de la rupture du contrat et en ne mentionnant pas le délai dans lequel il peut régulariser sa situation. Par ailleurs, s'il est en mesure d'obtenir des délais de paiement en application des délais de grâce, la clause résolutoire est susceptible d'être suspendue[842]. De plus, il peut retarder l'efficacité de la clause résolutoire par exemple en restant dans les lieux loués après la mise en œuvre de la clause résolutoire et donc la résiliation du bail. Dans ce cas, le créancier devra effectuer une action aux fins d'expulsion en pouvant saisir le juge des référés[843] mais en recourant néanmoins aux tribunaux. Ainsi, dans le cadre du contrat de bail énoncé dans notre exemple n° 2, si le bailleur met en œuvre la clause résolutoire de plein droit et même si concernant cette dernière, il n'existe aucun moyen de contestation ayant trait à sa rédaction et à

---

[839] J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *J.C.P.*, G., 2008, n° 21, I, 143, n° 48, p. 20 ; J.-P. GRIDEL, « La rupture unilatérale aux risques et périls », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007/41, 2678, p. 55. C'est-à-dire que la Cour de cassation doit s'assurer que les juges du fond ont établi avec suffisamment de précision le caractère grave du comportement litigieux. Cf. B. FAGES, « La disparition du lien contractuel fondée sur la gravité du comportement – La résolution extrajudiciaire », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Novembre 2008, n° 462-40.

[840] J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *J.C.P.*, G., 2008, n° 21, I, 143, n° 48, p. 20.

[841] J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1957, n° 16, p. 443.

[842] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2007, n° 397, p. 287. Cf. *Supra* n° 62.

[843] Limitant la durée et les frais de l'instance. Cf. E. LOQUIN, « Clauses dissuasives des litiges », *J.-Cl., Contrats-Distribution*, fasc. 135, 2006, n° 85, p. 24 ; J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1957, n° 25-26, p. 455.

ses conditions de validité[844], il n'empêche que son adversaire peut néanmoins retarder son efficacité en demandant des délais de grâce au juge à tout moment tant qu'une décision définitive n'est pas intervenue[845] et en se maintenant dans les lieux à l'expiration du délai de deux ans, obligeant dès lors le bailleur à prendre les mesures nécessaires pour organiser son expulsion. D'ailleurs, depuis la loi du 28 juillet 1998 sur l'exclusion, le juge peut accorder d'office des délais de grâce[846]. De plus, au regard de la possibilité pour le locataire de bénéficier d'une procédure de surendettement, la stratégie du bailleur consistant à faire jouer la clause résolutoire pour obtenir la résiliation du contrat de bail est susceptible de perdre son intérêt par rapport au recours à la résiliation judiciaire, les différences entre les deux mesures s'amoindrissant[847]. Par ailleurs, d'une manière générale, le juge retrouve sa liberté d'appréciation si le débiteur invoque la réciprocité des torts, notamment lorsque le créancier met en œuvre la clause de mauvaise foi. D'ailleurs, quel que soit le procédé de justice privée, l'exception d'inexécution ou de la rupture unilatérale du contrat, son auteur doit être de bonne foi. Néanmoins, concernant la mise en œuvre de la clause résolutoire, il convient de faire état de la jurisprudence en la matière qui est révélatrice des difficultés d'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux en la matière.

67. L'invocation de la mauvaise foi de l'auteur de la mise en œuvre de la clause résolutoire – Le créancier qui souhaite mettre en œuvre la clause résolutoire expresse afin d'éviter l'intervention du juge peut être privé de la possibilité d'exercer cette peine privée en raison de sa mauvaise foi[848].Tel est le cas, si l'inexécution de l'obligation résulte de l'inaction du créancier, c'est-à-dire de la non exécution par ce dernier de ses propres obligations[849] ou bien s'il fait injonction au débiteur d'exécuter son obligation alors qu'il sait que ce dernier est en vacances ou pendant une période ne lui permettant pas de régulariser sa situation[850]. Il en est de même s'il n'a pas laissé un délai suffisant pour que son débiteur exécute son obligation ou qu'il

---

[844] Depuis la loi de 1989 précitée sur les baux d'habitation, le bailleur ne pourrait opposer la clause résolutoire au preneur en cas de violation par ce dernier de l'interdiction d'effectuer des travaux sans son autorisation puisque désormais celle-ci ne peut être mise en œuvre que dans des cas déterminés. En revanche, avant cette loi, le bailleur aurait pu en faire état si la clause avait expressément énoncé ce manquement au titre de ses conditions d'application.

[845] B. VIAL-PEDROLETTI, « Quel avenir pour la clause résolutoire en matière de bail d'habitation ? », *Loyers et copr.*, 1999, Chron., 4, p. 5.

[846] B. VIAL-PEDROLETTI, « Quel avenir pour la clause résolutoire en matière de bail d'habitation ? », *Loyers et copr.*, 1999, Chron., 4, p. 5.

[847] B. VIAL-PEDROLETTI, « Quel avenir pour la clause résolutoire en matière de bail d'habitation ? », *Loyers et copr.*, 1999, Chron., 4, p. 6.

[848] D. MAZEAUD, « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 10. Le juge exerce son pouvoir de sanction et non de modération. Cf. aussi C. ATIAS, « Nul ne peut se prévaloir… », *D.* 1999, Chron., p. 218 ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th., Préf. Ph. Le TOURNEAU, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2004, n° 220, p. 216-217.

[849] Une bailleuresse ne peut invoquer la clause résolutoire pour le non-respect du locataire, dans les délais impartis, de son obligation d'entretien des lieux loués alors qu'elle est à l'origine de leur vétusté. Cf. J. MESTRE, Note sous Cass. Civ. 3e, 27 mai 1987, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 121.

[850] Par exemple, dans un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 21 juin 1971, il a été jugé qu'un propriétaire ne pouvait pas mettre en demeure, au moment des vacances d'été, son locataire d'effectuer des travaux alors que pendant cette période, le recours, par ce dernier, aux entreprises lui permettant d'exécuter son obligation, étaient fermées. La même solution a été énoncée dans un arrêt de la même chambre du 16 octobre 1973 mais de manière plus générale en faisant état de la mauvaise foi du créancier de mettre en demeure son débiteur d'exécuter ses obligations pendant les vacances d'été. Cf. Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale », *J.C.P.*, G., 1990, I, 3447, n° 5. Cf. aussi F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois*, 1993, Art. 35433, n° 12, p. 75 ; C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th., Préf. J. DEVEZE, Bibliothèque de droit privé, T. 258, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 179, p. 192.

ne facilite pas l'exécution de cette dernière[851]. La question s'est aussi posée de savoir si le fait pour le créancier de laisser s'écouler un long délai sans demander à son débiteur l'exécution de son obligation pouvait ensuite faire obstacle à la mise en œuvre de la clause résolutoire prévue dans le contrat[852]. Dans un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 8 avril 1987, la demande du créancier consistant à invoquer la clause résolutoire n'a pas été admise en raison de sa mauvaise foi. Dans cette affaire, il s'agissait d'une vente d'une maison avec réserve d'usufruit, dont le règlement s'effectuait par le biais d'une somme payée comptant et d'une autre se présentant sous la forme d'une rente viagère. Pendant de longues années, les crédirentiers n'ont pas réclamé le paiement de la rente viagère au regard de leurs liens affectifs avec les débirentiers mais au décès de l'un des crédirentiers, la venderesse a souhaité faire jouer le jeu de la clause résolutoire et a ainsi mis en demeure ces derniers d'exécuter leur obligation de paiement. Or, les débirentiers n'étant pas en mesure de payer la rente dans le délai qui leur était imparti, ont contesté la mise en œuvre de la clause résolutoire et ont obtenu gain de cause. Selon les juges du fond, qui ont été approuvés par la Cour de cassation, en ne réclamant pas la somme pendant dix ans, la venderesse avait pu permettre aux acquéreurs de penser qu'elle ne leur serait jamais demandée et que le changement brutal de comportement de cette dernière ne les mettait pas en mesure d'exercer leur obligation dans le délai souhaité. La Cour de cassation a énoncé que *« par ces seuls motifs, la cour d'appel a pu en déduire que la clause résolutoire n'avait pas été invoquée de bonne foi »*[853]. Cependant, concernant cette dernière affaire, il semblerait que ce soient plus les circonstances de l'espèce qui aient conduit à la solution que la longue durée pendant laquelle les vendeurs ne se seraient pas manifestés. De même, dans un arrêt du 31 janvier 1995, si en l'espèce le créancier a laissé s'écouler un délai de six ans avant de mettre en œuvre la clause résolutoire, il s'avère que ce n'est pas le seul fait qui a conduit la première Chambre civile à faire état de la mauvaise foi du créancier. Ainsi, parfois, la bonne foi du débiteur permet au juge de mettre en évidence la mauvaise foi du créancier[854]. D'ailleurs, dans un arrêt récent il a été énoncé que l'écoulement du temps ne devait pas être un obstacle à la mise en œuvre de la clause résolutoire[855]. En effet, la bonne foi du débiteur est susceptible d'impliquer un comportement loyal de la part du créancier[856] qui peut notamment se manifester par une certaine tolérance à l'égard de ce dernier, par exemple, en lui accordant des délais de paiement mais ne doit pas être prise en compte par le juge pour faire échec à la mise en œuvre de la clause

---

[851] C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th., Préf. J. DEVEZE, Bibliothèque de droit privé, T. 258, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 180, p. 193-194.

[852] *Infra* n° 182.

[853] J. MESTRE, Note sous Cass. Civ. 3e, 8 avril 1987, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 122. Cf. aussi A. BENABENT, « Rapport français », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Editions Litec, 1994, p. 299.

[854] Dans cette affaire, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait admis le jeu de la clause résolutoire par le créancier alors qu'en l'espèce, les débiteurs avaient remboursé, pendant le délai dans lequel le créancier s'était refusé d'agir, le montant principal de leur dette. *« En l'espèce , ce n'est donc pas le seul écoulement du temps qui a permis de dénaturer la peine, c'est le seul fait qu'il [le créancier] a autorisé les débiteur à montrer que, s'ils n'avaient pas respecté leur engagement (...), ils avaient néanmoins été des contractants de bonne volonté qui, pour ce motif, ne pouvaient être sacrifiés »*. Cf. C. JAMIN, Note sous Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1995, *D.* 1995, Jurisprudence, p. 390.

[855] Le seul fait de laisser passer le temps ne peut montrer de manière non équivoque le souhait de renoncer à la mise en œuvre de la clause résolutoire. Cf. C. LE GALLOU, Note sous Cass. 3ième civ., 19 mars 2008, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008, Act., n° 3014, p. 16.

[856] F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois*, 1993, Art. 35433, n° 17, p. 79.

résolutoire[857]. Toutefois cela n'exclut pas que quelquefois, des décisions sont susceptibles d'être rendues en équité notamment lorsque la clause est équivoque[858]. Il ressort de certains arrêts que la bonne foi du débiteur n'est pas *« indifférente dans l'esprit des magistrats »*[859]. Par exemple, dans un arrêt du 22 juillet 1986, la première Chambre civile de la Cour de cassation a reproché aux juges du fond de n'avoir par recherché *« s'il n'y avait pas eu, eu égard aux circonstances de la cause, exécution de bonne foi par les débirentiers de leurs obligations de nature à faire obstacle au jeu de la clause résolutoire »*[860]. D'où l'incertitude quant à l'efficacité de la mise en œuvre de la clause résolutoire.

68. Conclusion de la section 2– La stratégie consistant à utiliser des procédés permettant de se faire justice à soi-même se confond avec la finalité poursuivie par les différents droits mis en œuvre. Son efficacité dépend aussi de ces derniers et donc d'un certain nombre de critères dont l'anticipation n'est pas toujours aisée. Afin de lutter contre le risque de cette stratégie, il convient de se prémunir des éventuels moyens de contestation en anticipant la tactique de l'adversaire. Dès lors que le créancier de l'obligation inexécutée souhaite, soit suspendre de manière temporaire le contrat par le biais, par exemple, de l'exception d'inexécution, soit résoudre le contrat de manière unilatérale en faisant jouer la clause résolutoire pour gagner du temps, il est censé obtenir le résultat escompté si rien ne vient perturber le fonctionnement de ces mesures de justice privée, c'est-à-dire si l'exception d'inexécution, en tant que moyen de pression, incite rapidement le débiteur à exécuter son obligation ou si, concernant la clause résolutoire, celle-ci n'est entâchée d'aucun vice susceptible de la remettre en cause. Mais hormis l'hypothèse de la résiliation unilatérale qui est le seul moyen permettant d'obtenir rapidement satisfaction, le but prévu au départ semble parfois pouvoir être atteint par d'autres procédés moins incertains comme nous le verrons dans les pages qui suivent.

69. Conclusion du chapitre 2– Le recours à une des mesures de justice privée n'exlut pas le recours à une autre. Néanmoins, au regard des obstacles susceptibles de survenir dans la mise en œuvre de ces différentes mesures de justice privée, la stratégie du contractant peut ne plus se confondre avec le but de ces dernières. Par exemple, si la personnalité du cocontractant n'est pas déterminante pour la bonne exécution du contrat, il est peut-être plus opportun pour la victime de l'inexécution de demander au juge la résolution du contrat plutôt que de recourir à l'exception d'inexécution l'obligeant par la suite à exécuter de nouveau son obligation après un long délai qui a pu s'écouler alors qu'il aurait été plus rentable pour celle-ci de rompre le contrat avec le

---

[857] Cela irait notamment à l'encontre de ce qui est prévu pour les obligations de résultat où l'on tient compte uniquement de la non obtention du résultat attendu. Cf. C. PAULIN, *La clause résolutoire*, th., Préf. J. DEVEZE, Bibliothèque de droit privé, T. 258, L.G.D.J., Paris, 1996, n° 80, p. 87.

[858] Cf. *Supra* n° 36.

[859] J. MESTRE, Note sous Cass. Civ.1e, 22 juillet 1986, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 122. Cf. aussi Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale », *J.C.P.*, G., 1990, I, 3447, n° 13. Cf. infra 36..

[860] En l'espèce, la vente d'une villa devait faire l'objet d'un paiement au comptant complété par une rente viagère réglée de manière trimestrielle. Le crédirentier a fait jouer le jeu de la clause résolutoire en invoquant le non-paiement de la rente de la part des débirentiers. Or, aux yeux des juges de la Cour de cassation, ces derniers ayant consigné des sommes déclarées libératoires par un précédent jugement et ayant la volonté « de mettre immédiatement à la disposition » du crédirentier les fonds consignés, étaient de bonne foi et leur comportement devait ainsi faire échec à la mise en œuvre de la clause résolutoire. Cf. J. MESTRE, Note sous Cass. Civ.1e, 22 juillet 1986, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 121-122.

débiteur de l'obligation inexécutée et d'en conclure un nouveau avec un autre partenaire mieux à même de remplir ses obligations. Tout dépend donc des raisons de recourir à ces mesures de justice privée. Afin d'éviter les lenteurs de la justice, la stratégie consistant à faire jouer la clause résolutoire de plein droit n'est pas obligatoirement satisfactoire et peut même aboutir à obtenir une solution dans un délai plus long que si son auteur avait directement demandé au juge la résolution du contrat. Le but visant à gagner du temps est souvent manqué en raison des risques que génère cette clause et des nombreux cas dans lesquels le juge est néanmoins saisi par l'adversaire notamment en raison du caractère équivoque de celle-ci. Si la stratégie consistant à utiliser ce procédé tend à gagner du temps, il est donc peut-être plus judicieux d'agir directement en résolution judiciaire[861]. Cette stratégie peut se révéler inopportune au regard de la tactique de l'adversaire souhaitant faire obstacle au bon fonctionnement de ces mesures comme le montre le cas dans lequel après la résiliation du bail, le locataire ne quitte pas les lieux. L'efficacité de la stratégie dépend ainsi de la nature du contrat et du but poursuivi par le créancier de l'obligation inexécutée. S'il s'agit d'éviter l'aléa judiciaire concernant la solution sur le fond du droit litigieux, l'insertion de certaines clauses dans le contrat semble être efficace en amoindrissant les pouvoirs du juge pendant l'instance comme c'est le cas des clauses pénales, des clauses de non-responsabilité même si ces dernières peuvent faire l'objet d'un contrôle *a posteriori*. D'ailleurs concernant le recours aux procédés de justice privée toute incertitude sur le fond du droit litigieux n'est pas exclue puisque l'adversaire de l'auteur de la mise en œuvre de ces derniers peut saisir le juge qui retrouve ainsi souvent sa liberté d'appréciation, mis à part le cas de la clause résolutoire bien que concernant cette dernière, celui-ci tient parfois compte de la bonne foi du débiteur. Par ailleurs, la mise en œuvre de la clause résolutoire ne fait pas obstacle à la saisine du juge pour demander la résolution judiciaire du contrat par exemple pour demander des dommages et intérêts en raison du préjudice résultant de l'inexécution du contrat notamment en l'absence de clause pénale prévue à cet effet. D'ailleurs il est possible de changer de stratégie conformément à l'option prévue par l'article 1184, alinéa 2 du Code civil et de demander l'exécution forcée du contrat dès lors que le jeu de la clause résolutoire n'est pas encore acquis. Il en est de même dans le cas de la mise en œuvre des autres mesures de justice privée.

70. Conclusion du Titre 1 – La stratégie consistant à éviter la survenance d'un litige par le biais d'une rédaction minutieuse du contrat peut être identique dans de nombreux cas d'espèce en fonction de la nature des contrats. Par exemple, dans les contrats qui sont susceptibles de se dérouler sur une longue période, la stratégie tendant à anticiper le litige va se manifester par l'insertion de clauses d'adaptation et de surcroît plus spécialement dans les contrats internationaux par le choix d'une langue du contrat correspondant à celle de la loi applicable à ce dernier ou bien encore, dans les contrats en général, par l'emploi de termes clairs et précis. En revanche, dès lors que l'une des parties au contrat est victime de l'inexécution d'une obligation par son cocontractant, il est difficile de tracer des « stratégies types » au regard des nombreux paramètres qui rentrent en ligne de compte. En fonction de la nature des contrats, de la qualité de la victime et des buts poursuivis, les moyens qui s'offrent à celle-ci varient. De plus, l'efficacité de la stratégie choisie dépend de la tactique de l'adversaire. A chaque cas d'espèce, semble donc correspondre une stratégie différente dont l'efficacité est liée à la prévision des moyens de

[861] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2007, n° 397, p. 287.

défense de l’adversaire qui là encore varient selon les faits de chaque espèce. Reste toutefois le cas des situations dont l’urgence notamment permet d’user du procédé de la résolution unilatérale avant l’intervention du juge, afin de mettre un terme rapidement au conflit. Toutefois, en l’absence de choix entre deux mesures pouvant aboutir au même résultat, la stratégie est inexistante. En revanche, celle-ci semble réapparaître dans le cadre de l’anticipation de la façon dont le litige peut être résolu.

Titre 2 : La stratégie dans le choix du mode de règlement du litige

71. Les différentes façons d'anticiper le règlement du litige – Lors de la conclusion du contrat, les parties sont souvent amenées à envisager le mode de règlement d'un éventuel litige. Si elles souhaitent recourir au juge étatique, elles peuvent prévoir, dans certaines hypothèses, quelle sera la juridiction compétente et insérer des clauses aménageant les pouvoirs du juge dans le cadre de l'instance afin d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux[862]. Les parties déplacent parfois dans l'espace le recours au juge, notamment par le biais des clauses attributives de compétence territoriale de juridiction[863], ou encore parviennent à écarter ou à reporter dans le temps la saisine de ce dernier[864] en insérant dans le contrat des clauses d'exécution loyale, d'arrangement amiable, de médiation, de conciliation préalable[865], d'expertise[866], de garantie à première demande ainsi que des clauses compromissoires. De façon similaire, une fois le litige né, le recours au juge peut être évité[867] du moins dans certains cas provisoirement, même en l'absence de clauses contractuelles prévues à cet effet, dès lors que les parties effectuent un compromis d'arbitrage ou une transaction ou bien encore ont recours à la convention de procédure participative assistée par avocat[868] qui est définie à l'aricle 2062 du Code civil comme une *« convention par laquelle les parties à un différend n'ayant pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend »*. La convention d'arbitrage implique une renonciation au droit d'agir devant les juridictions étatiques[869]. Toutefois, l'une des parties devant soulever

---

[862] *Infra* n° 360.

[863] J. NORMAND, « Conclusions », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 140. Cf. aussi J. MESTRE, J-Ch. RODA (Sous la dir.), « Clause attributive de juridiction », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 113.

[864] Ph. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome II, Editions Litec, 1998, n° 7, p. 120.

[865] Qui sont souvent rédigées ainsi : *« En cas de différend né du présent contrat, les parties tenteront d'abord de le résoudre par voie amiable.*
En cas d'échec, la partie la plus diligente saisira… ». Cité par Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 155.

[866] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n°90, p. 30.

[867] En matière pénale, une étude concernant l'évitement du juge pourrait aussi être réalisée au regard notamment des différentes procédures alternatives aux poursuites prévues aux articles 41-1 et 41-2 du CPP dont seule la composition pénale fait intervenir le juge. Cf. J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Postface d'Antoine GARAPON, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2010, p. 110.

[868] Néanmoins, celle-ci résulte de l'impulsion de l'avocat. Cf. C. PEULVE, « La dimension processuelle de la procédure participative », *LPA*, 16 avril 2012, n° 76, p. 7. Ainsi, la procédure participative est dotée d'une double nature « elle est contractuelle par son fondement (C. civ. 2062) mais procédurale par son objet et son régime (CPC, art. 1544 et s.). Cf. O. CACHARD, « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, 4721, n° 12, p. 75.

[869] J. BILLEMON, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, th., Université Lille 2, Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe JAMIN, 2009, n° 262, p. 235.

l'incompétence du juge étatique si celui-ci était saisi, le choix de conclure une convention d'arbitrage n'est pas irréversible quant à une éventuelle saisine du juge étatique. En revanche, dans le cas du recours à la convention de procédure participative, seule l'inexécution de celle-ci par l'une des parties permet à l'autre de saisir le juge[870]. Le litige peut faire l'objet d'un règlement amiable ou juridictionnel et ce dernier cas concerne soit la saisine d'un juge étatique soit celle d'un arbitre. De plus, le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges n'exclut pas obligatoirement ultérieurement le recours aux modes juridictionnels du litige et, dans certaines hypothèses, implique même, à un certain moment, l'intervention du juge étatique. Par exemple, tel est le cas en ce qui concerne le recours à la convention de procédure participative assistée par avocat en matière de divorce ou de séparation de corps puisqu'en application de l'article 1543 du CPC, une phase de la convention consiste dans la mise en œuvre d'une procédure aux fins de jugement[871]. De même, en dehors de cette hypothèse, au cours de la tentative de la résolution amiable du litige par le biais de cette même convention, les parties peuvent en cas d'urgence solliciter du juge des mesures provisoires ou conservatoires. Par ailleurs, le recours au juge étatique est une nécessité pour obtenir l'exécution forcée de l'accord résultant d'un mode amiable de résolution du litige[872] ou de la sentence issue de l'arbitrage. Cependant, la plupart du temps, le recours à un mode alternatif de règlement du litige concernant des droits disponibles est envisagé en dehors de la justice étatique.

72. La possibilité d'envisager le règlement du litige autrement que par le recours au juge étatique – Hormis le cas des procédés de justice privée permettant de régler le litige directement sans recourir au juge ainsi que l'hypothèse particulière selon laquelle l'exécution forcée peut être obtenue sans passer par un juge, il est possible de trouver une solution sans saisir ce dernier, en dehors ou en présence d'un tiers qui peut revêtir par exemple la qualité d'expert, de conciliateur, de médiateur ou d'arbitre. Il convient de faire des distinctions entre les différentes sortes de règlements amiables. Ces derniers peuvent prendre la forme d'une transaction, c'est-à-dire d'un contrat par lequel les parties mettent fin au litige par le biais de concessions réciproques en s'interdisant par la suite d'agir devant les juridictions étatiques à propos du même différend[873] et peu importe que cette transaction ait eu lieu en présence ou en l'absence d'un tiers[874], d'un accord sans l'intervention d'un tiers n'encourant pas la qualification de transaction, d'un accord énonçant que les parties remettent le sort de leur litige entre les mains d'un expert, d'un

---

[870] En application de l'article 2065 du Code civil.

[871] *« Dans le contentieux familial, l'ombre du juge, qui doit veiller au respect des intérêts en présence, est incontournable »*. Cf. N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *Act. Jur. famille*, 2012, p. 66. C'est en ce sens que l'on énonce également que la médiation familiale *« n'a pas pour vocation d'écarter le juge »* et qu'elle est *« un mode complémentaire de résolution d'un conflit »* même s'il convient de réserver l'hypothèse dans laquelle l'homologation par le juge est inutile comme c'est le cas par exemple de l'accord sur la modification de la résidence de l'enfant qui fait l'objet d'une exécution spontanée. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « La médiation familiale : aspects juridiques et politiques », *Rev. jur. Personnes & Famille*, 2010, p. 8 ; note de bas de page n° 30, p. 10.

[872] Excepté le cas de la transaction remise par acte sous seing privé à un notaire ou rédigée par celui-ci qui a le pouvoir de rendre celle-ci exécutoire.

[873] D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 325.13, p. 763.

[874] S. OUSMANOU, *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, th., Sous la dir. de L. CADIET, Université de Rennes 1, 1996, n° 469, p. 275.

« protocole d'accord »[875], d'un constat d'accord du conciliateur de justice[876], d'un accord issu d'une médiation ou d'une conciliation conventionnelles avec l'aide d'un tiers ou bien encore d'un accord issu d'une convention de procédure participative. Si les différents modes amiables de règlement des conflits permettent d'aboutir à une solution négociée du litige, il en va différemment en ce qui concerne l'arbitrage qui trouve sa source dans un contrat mais dont il résulte une solution juridictionnelle du litige[877]. Un compromis d'arbitrage est certes possible même si une instance devant les juridictions étatiques a déjà été engagée, mais dès lors que le compromis est signé, les parties doivent renoncer à faire juger leur affaire devant un juge ordinaire[878]. La légitimité du pouvoir de l'arbitre résulte de l'accord des parties[879]. D'où la question de savoir s'il existe une stratégie tendant à recourir à un mode de règlement du litige plutôt qu'un autre et en l'occurrence si en fonction de l'objectif à atteindre il est plus approprié d'aboutir à une solution négociée ou juridictionnelle du litige. Dans ce dernier cas, la solution peut être soit issue de l'arbitrage, soit des juridictions étatiques mais le règlement du litige se déroulant devant un juge étant étudié dans la deuxième partie nous ferons ici uniquement l'analyse du règlement négocié ou arbitral du litige. Cependant s'il existe peut-être une stratégie consistant dans le choix du mode de règlement du litige encore faut-il qu'il y ait une liberté de choix en la matière. Or, celle-ci ne semble concevable que dans certains cas en fonction notamment des matières litigieuses et des parties concernées.

73. La liberté de choix eu égard à la matière du litige et à la capacité des parties – La liberté des parties ayant trait au choix du mode de règlement du litige n'est pas absolue. Il existe des règles auxquelles l'on ne peut déroger qui interdisent de recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges et qui sont notamment qualifiées de lois de police[880] dans le domaine du droit international. Par exemple, il est impossible pour un criminel de conclure un contrat avec la famille de la victime[881]. En droit interne, il est parfois obligatoire d'obtenir un jugement pour

---

[875] Qui permet de régler le litige au moins de manière temporaire mais qui n'emporte pas renonciation au droit d'action. Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 585, p. 1271.

[876] Cf. N. FRICERO, *L'essentiel de la procédure civile*, 2011-2012, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2011, 8ième édition, p. 19-20.

[877] Le caractère juridictionnel de l'arbitrage est d'ailleurs renforcé par la réforme issue du décret du 13 janvier 2011 concernant celui-ci qui emploie les termes de « tribunal arbitral » en ne se référant plus à « l'arbitre ». Cf. E. GAILLARD, P. de LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, Chron., n° 11, p. 179.

[878] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 12.

[879] F. TERRE, *Le droit*, Dominos, Flammarion, 1999, p. 40.

[880] C'est-à-dire, selon l'expression de Franceskakis, des règles *« dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »*, cité par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 584, p. 1268.

[881] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 584, p. 1268.

parvenir à un résultat déterminé[882]. Par ailleurs, afin de connaître les litiges pouvant faire l'objet de modes alternatifs de règlement des conflits, on se réfère aux concepts d'ordre public[883] et d'indisponibilité des droits[884]. C'est ce qui résulte des articles 2059[885] et 2060[886] du Code civil faisant état des limites concernant les matières susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage. De même, le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012[887] qui insère un livre V dans le Code de procédure civile relatif à la résolution amiable du litige prévoit que celle-ci est possible lorsque les parties « disposent du droit objet de l'accord »[888]. Cela est notamment en conformité avec l'article 1.2 de la directive européenne n° 2008-52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects en matière civile et commerciale[889]. Cependant, concernant la convention de procédure participative, une dérogation est prévue en matière de divorce et de séparation de corps[890]. Si l'arbitrage en matière familiale existe dans certains pays, par exemple en Ontario au Canada[891] à la différence de la France, la réforme du 13 janvier 2011[892] relative à l'arbitrage conduit néanmoins à une évolution dans notre pays notamment concernant le droit patrimonial de la famille au regard de la complexité de la résolution par le juge des litiges comportant un élément d'extranéité, celle-ci impliquant la détermination de la juridiction compétente ainsi que la loi applicable au fond[893]. Il convient non pas seulement que le litige concerne une question d'ordre public mais bien que l'on constate une violation de l'ordre public. Par ailleurs, même si le contrat est nul, il n'est pas interdit d'effectuer un compromis sur le

---

[882] Tel est le cas *« lorsque l'on veut que les conditions de la saisie-contrefaçon soient fixées ou que la nature de l'assurance-vie soit établie »*. Cf. Ph. THERY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 147.

[883] Mais il s'agit plus ici de l'ordre public de protection ou d'équité que de l'ordre public de police ou de direction. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 197. En effet, *« il existe une multitude d'applications du concept d'ordre public »*. Cf. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, th., Avant-propos de Laurence BOY et Préface de Philippe FOUCHARD, Bibliothèque de droit privé, T. 309, L.G.D.J., Paris, 1999, n° 11, p. 7.

[884] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 584, p. 1268.

[885] Qui renvoie à l'exigence de la disponibilité des droits.

[886] Qui exclut le statut des personnes, le divorce et « les matières qui intéressent l'ordre public ». L'on peut citer les conflits concernant la fiscalité, la réglementation des changes et des prix…Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1666, p. 676-677.

[887] J.O., 22 janvier 2012, p. 1280. Cf. site *Légifrance (http://www.legifrance.gouv.fr)*; F. LEFEBVRE, « Résolution amiable des litiges : mode d'emploi des différentes solutions », *B.R.D.A.*, 15 février 2012, n° 3, p. 17.

[888] N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *Act. Jur. famille*, 2012, p. 66.

[889] J.O.U.E., L 136, 24 mai, p. 3, site Internet Legifrance. Cf. F. FERRAND, « Médiation – droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 326.12, p. 780.

[890] En application de l'article 2067 du Code civil qui permet d'avoir recours à celle-ci à condition de poursuivre la procédure devant le juge étatique.

[891] Site Internet : http.//www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca./french/family/arbitration/general_information.asp.

[892] Cf. Le Rapport au Premier ministre ayant trait à ce décret, in *J.O.R.F.* n° 0011 du 14 janvier 2011, p. 773. Site Internet Légifrance.

[893] B. WEISS-GOUT, « La diversité des modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 26, n° 18-19, p. 41.

règlement de ses conséquences. La transaction est également prohibée dans les matières qui intéressent l'ordre public[894], c'est-à-dire qui ne sont pas dans le commerce, ou dont le droit en cause n'est pas disponible[895]. Comme en matière d'arbitrage, on doit exclure la transaction portant sur l'état des personnes[896], hormis le cas de ses conséquences pécuniaires[897], sur l'obligation alimentaire[898], l'action publique[899], ainsi que d'autres domaines[900]. Le recours à la notion d'ordre public pour déterminer le champ d'application des litiges susceptibles de pouvoir faire l'objet d'un arbitrage ou d'un règlement amiable n'est pas obligatoirement l'ordre public tel qu'il est défini par l'article 6 du Code civil[901]. D'une manière générale l'ordre public est une notion qui n'est pas figée et qui concerne *« tout ce qui à un moment donné apparaît comme essentiel à la société et aux citoyens, essentiel dans le domaine de la sécurité, de l'économie, des mœurs, de la vie personnelle. C'est une notion variable car elle est liée aux circonstances et aux exigences politiques et psychologiques qui évoluent »*[902]. Il y a, en effet, une hiérarchie entre les règles impératives elles-mêmes. Certaines d'entre elles s'appliquant au litige rendront tout de même possible le recours à un mode alternatif du conflit alors que d'autres l'interdiront[903]. A l'inverse, il ne semble parfois pas opportun dans les cas où le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) n'est pas contesté d'exclure toute intervention du juge[904]. Par ailleurs, les conditions relatives à la capacité et aux pouvoirs de transiger sont différentes de celles exigées pour effectuer un compromis d'arbitrage[905]. Il a été jugé qu'une association

---

[894] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n°2 p.6 et n° 8, p. 48.

[895] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 111, p. 11.

[896] Qui comprend le domaine de la filiation, du mariage et du divorce sous certaines réserves ainsi que celui de la nationalité.

[897] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 117, p. 11.

[898] Bien qu'il a été jugé que la transaction était possible si elle ne portait pas sur le contenu même de l'obligation alimentaire mais sur ses modalités d'exécution. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 129, p. 12.

[899] Toutefois, dans des hypothèses exceptionnelles, après accord du ministère public, l'administration compétente s'est vue reconnaître le droit de transiger sur la poursuite de quelques délits ou contraventions comprenant notamment des délits fiscaux ou douaniers. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 137 ; 147, p. 13-14.

[900] Comme celui des successions et des libéralités en raison des nombreuses règles impératives qui le régissent. De même, la transaction n'est pas toujours admise en ce qui concerne le contrat de travail ou de bail et ne peut pas porter sur la nullité absolue. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 148-158, p. 14-15.

[901] *« La particularité de la convention d'arbitrage – convention de procédure et non substantielle – conduit à soumettre la question de sa licéité à un ordre public spécifique, distinct de celui que mentionne l'article 6 du Code civil »*. Cf. J. BILLEMON, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, th., Université Lille 2, Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe JAMIN, 2009, n° 74, p. 78. Cf. aussi S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 584, p. 1268. Bien que selon Cornu et Foyer, « l'article 2060 n'est qu'une des limitations annoncées par les articles 6 et 1128 du Code civil ». Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, p. 67.

[902] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 117, p. 71.

[903] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 584, p. 1268.

[904] X. LABBEE, « PACS : l'injustice de la dissolution conventionnelle », *J.C.P.*, G., 2012, n° 1-2, p. 7.

[905] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 77, p. 8-9.

d'obligataires, statuant à la majorité simple, a la capacité de transiger mais pas le pouvoir de compromettre. Si certains textes admettent l'arbitrage[906], concernant la transaction, certaines dispositions la prohibent[907]. En ce qui concerne les conditions de recours à l'arbitrage, il ressort de l'article L. 511-1 du Code du travail que la compétence des conseils de prud'hommes est impérative, d'où, selon la jurisprudence, l'interdiction de rédiger une clause compromissoire en matière de contrat de travail[908]. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 février 1999 a cependant déclaré valable la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail en arbitrage interne. En revanche, la convention de procédure participative ne peut concerner un litige résultant d'un contrat de travail en application de l'article 2064 du Code civil. L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011[909], transposant la directive européenne du 21 mai 2008 précitée sur la médiation[910], exclut l'application des dispositions communes aux différends ayant trait à un contrat de travail dès lors qu'ils ne sont pas transfrontaliers[911]. Dans le cadre de l'arbitrage international, on constate une divergence de jurisprudence en la matière entre la 1ère Chambre civile[912] et la Chambre sociale[913] de la Cour de cassation. Au-delà du critère de la compétence impérative ou exclusive du juge d'Etat, celui de dangerosité ou du risque encouru par l'une des parties au contrat exclut le recours à l'arbitrage pour les conflits

---

[906] Tel est le cas en matière de brevets, domaine dans lequel l'article L. 615-17 alinéa 2 du CPI énonce que *« Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil »*. Selon le Professeur J.M. Mousseron, « la question à la réponse de l'arbitrabilité des litiges en matière de brevets s'articulerait en trois familles :
les litiges dont l'arbitrabilité est certaine concernent l'exploitation contractuelle des brevets, les règlements de copropriété ;
les litiges dont l'inarbitrabilité est certaine concernent la délivrance du titre (procédure de rejet, recherche, délivrance par les offices), l'annulation du brevet, enfin les inventions de salariés à raison de l'intervention de la CNIS ;
les litiges dont l'arbitrabilité est discutée concernent la contrefaçon ».
Cité par J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1666, p. 677.

[907] Comme le montre l'hypothèse d'une condamnation au paiement des dettes sociales prononcée en application de l'article L. 624-3 du Code de commerce. Par ailleurs, au-delà des textes, la jurisprudence s'oppose à ce mode de résolution du litige dans certains domaines. Il en est ainsi, toujours en matière sociale, dans le cadre de la rupture du contrat de travail. Selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, la transaction, ayant pour but de mettre un terme au litige résultant d'un licenciement, n'est pas possible dès lors que la rupture n'est pas définitive. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 22, p. 4.

[908] Cependant, cet argument a été discuté à l'inverse de celui mettant en avant le danger que fait courir une telle clause pour le salarié. Cf. M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.28.

[909] J.O., 17 novembre, p. 19286. Cf. *Site Internet Légifrance*.

[910] Citant dans son considérant n° 10 que le droit du travail fait partie des droits et obligations indisponibles.
Cf. F. FERRAND, « Médiation – droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 326.13, p. 780.

[911] Cependant si la médiation sociale conventionnelle ne peut bénéficier des règles générales concernant la médiation, elle n'est pas « formellement interdite ». Cf. B. GORCHS-GELZER, « Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 1, Chron., p. 5.

[912] Qui admet la clause compromissoire. Cf. Cf. M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.29.

[913] Qui la rejette. Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 octobre 2001, Bull.civ., V, n°312. Cité par M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.29.

concernant le droit de la consommation sous réserve de quelques aménagements possibles[914]. Le recours à l'arbitrage n'étant pas une justice gratuite, son coût est une charge pour les parties[915] et il convient donc d'éviter une trop grande disparité financière entre ces dernières. D'une manière générale, la partie faible est susceptible de rencontrer des difficultés en recourant à l'arbitrage interne et international[916]. Toutefois, dans le cadre de l'arbitrage international, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 mai 1997 a énoncé que la clause compromissoire était valable dans un contrat de consommation international non en raison de l'indépendance de cette clause mais à condition de respecter l'ordre public international[917]. Des limites à l'efficacité de la convention d'arbitrage existent aussi dans le cadre de l'arbitrage international. Selon un arrêt du 10 février 2009 de la Cour de justice des communautés européennes devenue la Cour de justice de l'Union européenne, une injonction *anti-suit*, consistant à interdire une action en justice, ne peut être applicable lorsque le règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 dit « Bruxelles I » est mis en œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire[918]. Les injonctions *anti-suit* sont donc susceptibles d'être privées d'efficacité dès lors que le règlement (CE) 44/2001 est applicable et qu'il n'est pas compatible avec ces dernières. D'où l'importance de créer un droit européen concernant l'arbitrage[919]. Ainsi, les parties ne bénéficient pas toujours d'une totale liberté en ce qui concerne le choix de leur mode de règlement du différend, mais à l'inverse, elles sont parfois obligées de se soumettre à un mode amiable de règlement des conflits ou à l'arbitrage en raison de la nature du litige.

74. L'obligation de recourir à certains modes amiables de règlement des conflits ou à l'arbitrage – Si le plus souvent, le recours à la conciliation ou la médiation est facultatif[920], dans

---

[914] Par exemple en le soumettant à des règles particulières de désignation des arbitres ou de coût de procédure. Cf. M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.29.

[915] M.-C. RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 26.

[916] J. BILLEMON, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, th., Université Lille 2, Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe JAMIN, 2009, n° 69 et s., p. 73 et s.

[917] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1666, p. 676.

[918] En l'espèce, la CJCE affirme *« qu'un tribunal saisi d'une demande principale, telle une demande en dommages-intérêts, est exclusivement compétent pour statuer sur sa compétence au regard du règlement (CE) 44/2001 et est, de ce fait, seul compétent pour statuer sur toutes les exceptions d'incompétence opposées à cette demande, y compris celles fondées sur l'existence d'une clause d'arbitrage »*. Cf. J. BEGUIN, note sous CJCE, gr. ch, 10 fév. 2009, aff. C-185/7, Allianz C/ West Tankers (navire Front-Comor), *J.C.P.*, G, 2009, n° 47, 462, p. 38.

[919] *Ibid.*

[920] Certains estiment pourtant qu'il devrait s'agir d'un préliminaire obligatoire. Cf. B. LISSARRAGUE, « Les modes alternatifs », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 151.
Toutefois, d'autres ne sont pas de cet avis. Cf. Y. ZAKINE, « Conclusion », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 192.

certaines matières, il est obligatoire[921]. Il en est de même en matière d'arbitrage puisqu'il existe des hypothèses dans lesquelles le législateur impose aux parties le recours à ce dernier, à l'exclusion des juridictions étatiques[922]. Tel est le cas en ce qui concerne la détermination de l'indemnité de licenciement due aux journalistes professionnels[923] et les conflits nés lors d'un contrat de travail entre avocats qui sont dès lors confiés à l'arbitrage du bâtonnier[924]. Concernant l'obligation de recourir à la « justice transactionnelle », on peut prendre l'exemple du domaine des accidents de la circulation ou de celui des contaminations transfusionnelles dans lesquels la loi met en œuvre une procédure d'offre préalable d'indemnisation des victimes par un assureur ou un fonds d'indemnisation[925]. Il en est de même en ce qui concerne les actes de terrorisme depuis la loi du 9 septembre 1986[926]. Toutefois, à la différence de l'arbitrage forcée où il n'y a aucune liberté de choix, la transaction ayant trait au règlement des indemnités dues aux victimes d'accidents de la circulation causés par des véhicules terrestres à moteur n'est pas exclusive. Cela signifie qu'il n'est pas interdit à la victime, si elle le souhaite, de recourir au juge étatique afin d'obtenir réparation du préjudice subi[927]. La victime a aussi la possibilité de mettre en œuvre une procédure de référé afin de bénéficier d'une avance sur indemnité ou de se constituer partie

---

[921] Bien que cela ne concerne pas directement les juridictions étatiques, l'on peut prendre l'exemple de l'action disciplinaire susceptible d'être engagée par les patients en cas de non-respect par le médecin des règles issues du Code de déontologie. Selon l'article L. 4123-2 du Code de la santé publique, *« les plaintes adressées au conseil départemental font l'objet d'une tentative de conciliation devant une commission de conciliation et d'une transmission à la chambre disciplinaire de première instance en cas d'échec »*, cité par J. BOUTON, « Le code de déontologie médicale, un code singulier pour un « colloque singulier », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 36. Par ailleurs, lorsque les parties intentent une action en justice, il est parfois prévu une phase préalable obligatoire destinée à la conciliation notamment en matière familiale (CPC, art. 1071 ; C. civ., art. 252, alinéa 1er, art. 373-2-10,) et de saisie des rémunérations (C. du travail, art. R. 3252-12) ainsi que devant certaines juridictions : le Conseil de prud'hommes (Code du travail, article R. 516-10 et s.) et les tribunaux paritaires des baux ruraux (Code de procédure civile, article 887).

[922] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 11, p. 67.

[923] L. 29 mars 1935, cf. aujourd'hui les articles L. 761-5 et s. du Code du travail.

[924] L. 31 décembre 1971, art. 7 al.7 ; d. 27 nov. 1991, art. 142.

[925] L.CADIET, « Procédure civile », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p.1228.

[926] Mais l'emploi du terme de « transaction » ne semble pas être approprié car le législateur n'a pas recherché si nous étions en présence d'un litige dans ces différents domaines. Cf. Ch. JARROSSON, « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 65.

[927] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 199, p. 18. Mais ce choix ne devrait pas être motivé par une crainte de la victime de se voir proposer par l'assureur une indemnité dérisoire. En effet, il est prévu par la loi que si le juge estime que l'offre proposée par l'assureur est dérisoire, il peut le condamner d'office à verser au fonds de garantie automobile un montant au plus égal à 15% de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime (Code des assurance, article L. 211-14). Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 203, p. 19.

civile[928]. Ainsi, la victime n'est pas dans l'obligation d'attendre les propositions de l'assureur pour engager une procédure judiciaire à l'encontre des auteurs de l'accident qu'elle estime responsables[929]. Elle est susceptible également d'accepter une transaction en cours d'instance. Par ailleurs, l'offre d'indemnité peut avoir lieu même si une instance pénale a déjà été engagée[930]. Dans d'autres cas, la loi prévoit de recourir à un mode amiable de résolution des conflits avant d'agir devant le juge étatique. C'est ce que prévoit notamment la loi du n° 89-462 du 6 juillet 1989 ayant pour objet d'améliorer les rapports locatifs[931], en créant une commission départementale de conciliation entre représentants de bailleurs et de locataires pour essayer d'apporter des solutions amiables à des litiges locatifs[932] ainsi que celle n° 89-1010 du 31 décembre de la même année, habituellement appelée loi Neiertz, qui a par la suite fait l'objet de modifications[933], instituant dans chaque département « les commissions d'examen des situations de surendettement des particuliers » chargées de rechercher un règlement amiable[934]. En effet, en

---

[928] Il résulte d'une enquête que la majorité des conséquences d'un accident de la circulation fait l'objet d'un règlement juridictionnel en ce qui concerne notamment les dossiers graves et relève le plus souvent de la juridiction répressive. En revanche, pour les dossiers les moins graves, le mode de règlement le plus fréquent est transactionnel. L'on constate donc que la gravité de l'accident n'est pas sans lien avec l'intervention du juge. Cf. E. SERVERIN, « Le règlement des conséquences des accidents corporels de la circulation, entre transaction et juridiction », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 109-112.

[929] E. SERVERIN, « Le règlement des conséquences des accidents corporels de la circulation, entre transaction et juridiction », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 102.

[930] Cependant, cette procédure est susceptible de modifier les termes de la négociation en ce qui concerne plus précisément la nature des fautes et l'évaluation des préjudices subis. Cf. E. SERVERIN, « Le règlement des conséquences des accidents corporels de la circulation, entre transaction et juridiction », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 105.

[931] Ch. BEROUJON, « L'exemple du traitement de la dette locative », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 131.

[932] Tels que ceux portant par exemple sur le montant du loyer ou l'état des lieux. Cf. D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 325.51, p. 765.

[933] En effet, « Les lois n° 95-125 du 8 février 1995, n° 98-46 du 23 janvier 1998 et n° 98-657 du 29 juillet 1998 ont modifié les textes du Code de la consommation relatifs à la procédure suivie devant cette commission de surendettement des particuliers ». Cf. P. COUVRAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conciliation et médiation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 160, 2003, n° 214, p. 24. Il convient également de citer la loi n° 2003-710 du 1er août 2003 et n° 2006-872 du 13 juillet 2006 ainsi que l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006. Cf. D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 325.41, p. 764.

[934] A défaut de conciliation, la commission recommande des mesures dont le juge pourra ordonner l'exécution forcée. Cf. G. PAISANT, « Les activités de règlement sans le juge : le cas du surendettement des particuliers », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 71-80.

matière de surendettement, c'est-à-dire lorsque les consommateurs éprouvent des difficultés à payer leurs dettes en raison de leur manque de moyens financiers, ils doivent dans un premier temps essayer de trouver un arrangement amiable avec leurs créanciers. A défaut, ils doivent ensuite saisir la commission de surendettement dont la mission est de concilier les parties en proposant les mesures nécessaires[935]. Concernant le droit des entreprises en difficulté, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises[936], modifiée par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[937], entrée en vigueur le 1er janvier 2006 prévoit une procédure de conciliation qui remplace le règlement amiable et une procédure similaire est prévue par la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988[938], modifiée par la loi n° 93-934 du 22 juillet 1993[939] pour les exploitants agricoles[940]. Dans le domaine des conflits collectifs du travail, conformément aux articles L. 2522-1 à L. 2522-6 et L. 2523-1 à L. 2523-10 du Code du travail, il est possible de recourir à des procédures de conciliation et de médiation. Par ailleurs, concernant le contentieux de la sécurité sociale, en cas de contestation d'une décision relevant d'un organisme de Sécurité sociale, il convient au préalable obligatoirement d'effectuer un recours gracieux devant la commission de recours amiable, et si cette dernière ne donne pas une solution satisfaisante ou ne répond pas dans le délai d'un mois, l'auteur du recours pourra alors se tourner vers la procédure contentieuse en saisissant, dans un délai de deux mois à compter de la décision de rejet explicite ou implicite, le tribunal des affaires de Sécurité sociale[941] ou celui du contentieux de l'incapacité[942]. Dans le domaine du contentieux ayant trait aux retraites, la saisine de la

---

[935] En application de l'article L. 331-6 du Code de la consommation, celle-ci doit *« concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiter et ses principaux créanciers »*. Il s'agit pour la Commission d'élaborer un plan conventionnel de remboursement en analysant les arrangements possibles du côté du débiteur ainsi que de celui du créancier eu égard notamment à leurs moyens financiers respectifs. D'une manière générale, ce plan prévoit la baisse des taux d'intérêt et même parfois leur suppression, le report ou le rééchelonnement des dettes ou bien des remises de dettes. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 237- 238. Si la situation est irrémédiablement compromise et si le débiteur est de bonne foi, ce dernier a la possibilité de recourir à la procédure de rétablissement personnel en application des articles L. 332-6 à L. 332-12 du Code de la consommation. Cf. D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 325.41, p. 764-765.

[936] J.O. 27 juillet, p. 12187. Cf. *Site Internet Légifrance*.

[937] J.O., 10 décembre, p. 21617. Cf. *Site Internet Légifrance.*

[938] Relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social. Cf. J.O., 31 décembre, p.16741. Cf. *Site Internet Légifrance*.

[939] Relative à la partie Législative du livre III (nouveau) du Code rural, J.O., 23 juillet, p. 10348. Cf. *Site Internet Légifrance*.

[940] Conformément aux articles L. 351-1 à L. 351-7 du Code rural.

[941] Dans le cadre du contentieux général qui englobe les espèces ayant trait à « l'affiliation et à l'immatriculation, les droits, le calcul et le montant des prestations, l'assiette des cotisations, les prestations familiales, la reconnaissance du caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie », ainsi que dans celui du recouvrement concernant le paiement des cotisations. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 60-62.

[942] Pour les affaires relatives au contentieux technique de l'invalidité et de l'inaptitude qui ont trait « à l'état ou au degré d'invalidité en cas de maladie ou d'accident, à l'incapacité permanente en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle et à l'inaptitude au travail », à l'exclusion des cas d'incapacité permanente. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 62.

commission de recours amiable fait suite, d'une manière générale, à une demande effectuée au service technique du régime compétent[943]. Il convient néanmoins de distinguer ces hypothèses : celles dans lesquelles le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges est une obligation imposée par la loi et celles dont ce recours est une faculté. Dès lors que les parties sont dotées d'une liberté de choix leur permettant d'opter pour un mode de règlement du litige plutôt qu'un autre, une stratégie en la matière est peut-être concevable. Ce qui nous amène à nous interroger sur l'éventuelle stratégie consistant à recourir à un mode de règlement négocié du litige (Chapitre 1) plutôt qu'à l'arbitrage ou inversement (Chapitre 2).

[943] Il y a toutefois des exceptions à ce recours obligatoire devant la commission amiable. Certains conflits, ayant lieu notamment entre organismes en ce qui concerne l'affiliation d'un assuré par exemple, ou relatif à l'allocation supplémentaire, sont réglés directement pas le tribunal des affaires de la sécurité sociale sans faire au préalable l'objet d'un règlement amiable. Cf. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 219.

Chapitre 1 : La stratégie dans le règlement négocié du litige

75. L'incitation des litigants à recourir au règlement négocié du litige – Le souhait, *« en termes de politique publique »* est aujourd'hui d'inciter les justiciables à recourir au règlement amiable des litiges[944], même si *« dans la société française, attachée au droit qui vient d'en haut, c'est-à-dire d'autorités « supérieures », la culture de la négociation, du contrat et de l'arrangement raisonnable n'est pas naturelle »*[945]. D'ailleurs, si la recherche d'une solution amiable est une *« aspiration persévérante de notre temps »*[946], elle n'est pas propre à notre société[947] et n'est pas nouvelle[948]. Elle constitue notamment le mode principal de règlement des litiges dans certains pays tels que la Chine et le Japon[949]. De plus, elle joue un rôle très important aux Etats-Unis, dont les modes amiables de résolution des litiges sont connus sous le nom d'« Alternative Dispute Resolution (ADR) »[950]. Au regard des Principes UNIDROIT relatifs au contrat du commerce international, on constate aussi le souhait d'inciter les plaideurs à recourir aux modes amiables dans le cadre de l'élaboration des *Principes de procédure civile*

---

[944] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 4, p. 69-70 et du même auteur, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 4, p. 187 ; P. COUVRAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conciliation et médiation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 160, 2003, n° 7, p. 2. Cf. aussi B. GARNOT, *Histoire de la justice, France, XVIe-XXIe siècle*, Editions Gallimard, 2009, p. 367 ; J.-C. MAGENDIE, « Loyauté, Dialogue, Célérité : trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice… », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 336-337. Ph. BOULISSET, Ch. COUCHET, avec la participation de E. MOUTET, *Guide de la conciliation*, Mars 2011, Editions Edilaix, p. 5 ; 9.

[945] Y. DESDEVISES, « Equité et conciliation », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 215. Cf. aussi N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Editions Odile Jacob, 1991, p. 108 ; 117 et I. KITAMURA, « L'avenir de la justice conciliationnelle », in *Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit,* PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 801-802.

[946] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 49. V. aussi C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1010. On énonce que « la justice se reconnaît un concurrent » à travers les modes alternatifs de règlement des litiges. Cf. G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, n° 3 *bis*, p. 3.

[947] En effet, dans les sociétés traditionnelles, le Droit a aussi vocation à être préventif et son but est de parvenir à retrouver la paix sociale. Cf. N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Que sais-je ?, PUF, 1ère édition, 1990, p. 80.

[948] Elle existe depuis des siècles. Cf. PUDENDORF, t.1, p. 313-314, citant Isocrate : « Si l'on m'avait fait quelque injure à moi-même je ne me vengeais pas de l'offense par les voies de la justice, mais je remettais la décision de notre différend à ses propres amis… ». Cité par G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 54. De même dans la Bible, le règlement amiable est encouragé. Cf. Matthieu, 5-23, 38.

[949] N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Editions Odile Jacob, 1991, p. 67-69 ; I. KITAMURA, « L'avenir de la justice conciliationnelle », in *Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit*, PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 802-803.

[950] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 586, p. 1276.

transnationale[951]. Dès 2002, la Commission européenne avait fait état des bienfaits de la médiation dans un Livre vert[952] et d'une manière générale, l'Union européenne incite à recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges en constatant leur rapidité et la garantie de l'effectivité des droits des parties[953]. Il en est de même en ce qui concerne une recommandation CM/Rec. (2010) 12 du Comité des ministres du 17 novembre 2010 qui affirme dans son point 39 que « le recours aux modes alternatifs devrait être encouragé »[954]. Si une proposition de directive avait été émise en 2004 pour favoriser l'essor de la médiation, c'est la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 ayant trait à certains aspects de la médiation en matière civile ou commerciale qui a été transposée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 facilitant ainsi le recours aux règlements amiables avec l'aide d'un tiers[955]. D'ailleurs, il a été fait état, le 3 mai 2012, en Conseil des ministres, d'un projet de loi ratifiant cette ordonnance[956]. La Cour de justice de l'Union européenne encourage également la pratique des modes amiables extrajudiciaires en énonçant dans un arrêt du 18 mars 2010 que *« les principes d'équivalence et d'effectivité ainsi que le principe de protection juridictionnelle effective »* ne font pas obstacles à une conciliation préalable[957]. De même, en droit interne, la jurisprudence favorise le recours aux règlements amiables en renforçant l'efficacité de ces derniers[958]. On peut comparer le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges à des *« traitements doux »*[959] qui sont efficaces et en accord avec la fin du Droit. Comme l'énonce le doyen J. Carbonnier : *« Solution d'un litige,*

---

[951] Notamment en énonçant dans le Principe 24, spéc. 24.3 : *« Les parties, avant et après le début du procès, coopèrent à toute tentative raisonnable de conciliation ou transaction. Dans sa décision sur les frais de procédure, le tribunal peut tenir compte du refus déraisonnable d'une partie de coopérer ou de son comportement de mauvaise foi lors des tentatives de conciliation ou transaction »*. Cf. L. CADIET, « La sanction et le procès », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 135 ; Ph. THERY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 152.

[952] Relatif aux modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM, n° 196 final, 19 avril 2002. Cf. *Site Internet Légifrance*.

[953] F. FERRAND, « Médiation – droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 326.11, p. 778-779.

[954] F. FERRAND, « Médiation – droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 326.11, p. 779.

[955] N. NEVEJANS, « L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation ? », *J.C.P.*, G., 2012, 148, n° 1, p. 264. *« L'ordonnance fixe un socle de règles communes à tous les modes de résolution amiable des différends avec assistance d'un tiers, transfrontaliers ou internes, conventionnels ou judiciaires, pourvu qu'ils répondent à la définition qu'elle donne de la médiation »*. Cf. B. GORCHS-GELZER, « Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 1, Chron., p. 2.

[956] Conseil des ministres, 3 mai 2012, *D*. 2012, n° 19, Actualité, p. 1190.

[957] Cf. N. FRICERO, Note sous CJUE, 18 mars 2010, aff. C-317/08, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 268.

[958] La troisième Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 avril 2011, n° 10-30.721, a décidé qu'était opposable à un tiers agissant par subrogation une clause préalable de conciliation empêchant dès lors celui-ci d'agir en justice alors même qu'il n'auvait pas été informé de l'existence de la mention du recours à ce mode alternatif de règlement du litige dans le contrat d'architecte. Cf. N. FRICERO, Note sous Civ. 3e, 28 avril 2011, n° 10-30.721, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 246.

[959] E. JEULAND, *Droit processuel*, Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, 2ième édition, n° 1, p. 1. D'ailleurs, les termes « mode doux de règlement des conflits » ont été employés pour désigner la médiation. Cf. H. CROZE, « L'invitation à la médiation », *Procédures*, juillet 2006, n° 7, p. 1 ; P. COUVRAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conciliation et médiation », *J.-Cl.*, *Procédure civile*, fasc. 160, 2003, n° 18, p. 3.

apaisement d'un conflit : faire régner la paix entre les hommes est la fin suprême du Droit, et les pacifications, les accommodements, les transactions sont du Droit, bien plus clairement que tant de normes ambitieuses »[960]. En droit français, dans de nombreuses hypothèses, une procédure de règlement amiable non obligatoire est prévue avant la saisine du juge ou une fois le juge saisi. D'ailleurs, il existe de multiples commissions et institutions de conciliation et de médiation[961]. C'est ainsi qu'en matière d'accidents médicaux, la victime peut faire une réclamation auprès de la Commission régionale de conciliation et d'indemnisation qui a la charge de rendre un avis mais seulement pour les accidents graves[962] et portant sur *« les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable »*[963]. Cependant cet avis n'est pas obligatoirement suivi par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux qui est seul compétent pour « soumettre » à la victime ou à ses ayants droit une offre d'indemnisation et pour effectuer une transaction[964]. C'est à la victime de déclencher cette procédure[965] et cette commission n'a donc pas une obligation de proposer une offre d'indemnité contrairement à ce qui est imposé à l'assureur par le système résultant de la loi de 1985 ayant trait à l'indemnisation des accidents de la circulation. Il convient donc de bien faire la distinction entre les différentes procédures amiables[966] qui sont instaurées par le législateur mais qui ne sont pas toutes obligatoires[967]. De même, dans le cadre d'un contentieux avec La Poste, les règlements négociés des litiges sont encouragés eu égard notamment aux moyens mis en place et destinés à assurer le règlement amiable des litiges[968]. Par ailleurs, en cas de litige avec son assureur, l'assuré tente en premier lieu de résoudre son différend à l'amiable après lui avoir fait parvenir une réclamation. En cas d'échec de cette conciliation, il peut faire appel au

---

[960] Cité par N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Que sais-je ?, PUF, 1ère édition, 1990, p. 80.

[961] Par exemple pour les conflits de consommation, dans le domaine des baux commerciaux ou des baux d'habitation, des établissements de santé publics ou privés et aussi notamment en matière internationale. En effet, les institutions internationales de règlement des litiges ont élaboré à la fois des règlements d'arbitrage et de conciliation. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1636, p. 662.

[962] Selon l'article L. 1142-8, alinéa 1er du Code de la santé publique, il s'agit de dommages présentant « le caractère de gravité prévu au II de l'article L. 1142-1 » du même code. Cf. D. THOUVENIN, Note sous Tribunal administratif de Versailles, 28 juillet 2005, *D.* 2005, Jurisprudence, p. 2366.

[963] Article L. 1142-8, alinéa 1er du Code de la santé publique.

[964] D. THOUVENIN, Note sous Tribunal administratif de Versailles, 28 juillet 2005, *D.* 2005, Jurisprudence, p. 2367.

[965] D. THOUVENIN, Note sous Tribunal administratif de Versailles, 28 juillet 2005, *D.* 2005, Jurisprudence, p. 2367.

[966] On peut également citer celles ayant trait à l'indemnisation en matière de sang contaminé ou de terrorisme. Cf. G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 35-36, p. 84-88.

[967] D'ailleurs, en matière sportive, on constate que le caractère facultatif de la conciliation est rare car celle-ci constitue un préalable obligatoire *« lorsque le conflit résulte d'une décision prise par une fédération dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou en application de ses statuts »*, c'est-à-dire dans la majorité des hypothèses. Cf. P. COLLOMB, « Le sportif a ses M.A.R.C. La conciliation sportive », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle,* Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 88.

[968] En effet, les usagers peuvent faire examiner leurs réclamations par les receveurs des postes. Par ailleurs, ils ont aussi la possibilité d'utiliser un cahier des réclamations qui est à leur disposition dans chaque bureau de poste qui a l'obligation de donner une réponse dans un délai de deux mois. En cas d'échec dans la recherche d'une solution amiable par ce bureau, le médiateur de La Poste peut tenter de régler le litige à l'amiable mais l'avis qu'il doit rendre dans un délai de deux mois ne lie « ni La Poste, ni l'usager » et ne fait pas obstacle à ce que l'usager agisse en justice à l'encontre de La Poste. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 232.

médiateur de la compagnie d'assurance[969]. De manière plus générale, on peut évoquer la mission du Médiateur de la République qui règle les conflits entre les usagers et l'administration ou les établissements publics et qui peut aider les consommateurs à trouver une solution amiable à leur litige[970]. Le Code de procédure civile, quant à lui, prévoit le recours à la médiation[971] comme à la conciliation en application des articles 21, 127 à 131-15 du Code de procédure civile. La conciliation et la médiation sont encouragées par le juge qui a pour mission de privilégier cette voie avant de trancher lui-même le litige[972]. La médiation judiciaire a été instaurée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative[973] avec son décret d'application n° 96-652 du 22 juillet 1996[974]. Lorsque le règlement négocié du litige s'effectue sous l'impulsion du juge, on fait référence à la conciliation ou à la médiation judiciaire[975] qui ne sont pas en elles-mêmes des modes de solutions des litiges mais des voies susceptibles d'y conduire[976]. Concernant la conciliation, s'il est prévu par le Code de procédure civile que celle-ci peut être déléguée à un conciliateur de justice devant le tribunal d'instance et le juge de proximité, le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010[977] étend ce procédé au tribunal paritaire des baux ruraux[978], au tribunal de commerce[979] et

---

[969] C. RUSSO, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le domaine des assurances : l'exemple de la médiation », in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, Pluralisme du droit,* Sous la coordination de J.-B. RACINE, L'Hermès, Lyon, 2002, n° 4-5, p. 101 ; P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 234.

[970] On peut aussi citer les médiateurs institués par certains secteurs d'activité économique tels que, en dehors de La Poste et des assurances, la RATP, les sociétés financières...ainsi que le système gratuit des « boîtes postales 5000 » qui existent dans de nombreux départements et qui ont pour fonction de trouver une solution aux petits litiges de consommation. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 225-226. Pour d'autres exemples, cf. J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, th., Préf. de Serge GUINCHARD, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2003, n° 35, p. 36-37.

[971] C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1010.

[972] Tel est notamment le cas des juges aux affaires familiales qui tendent à valoriser les accords entre ex-époux. Cf. C. BESSIERE, M. MILLE, J. MINOC, « Face au contentieux de masse : les stratégies professionnelles des JAF », *J.C.P.*, G., 2011, n° 26, p. 1286.

[973] J.O., 9 février, p. 2175. Cf. *Site Internet de Légifrance*.

[974] Modifiant le Code de l'orgnisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile. J. O., 23 juill., p. 11125. Cf. *Site Internet de Légifrance*. Cf. aussi R. MARTIN, « Quand le grain ne meurt … de conciliation en médiation », *J.C.P.*, G., 1996, I, 3977, n° 5, p. 440.

[975] Même dans les cas où le recours à ces dernières n'est pas obligatoire, les magistrats doivent s'efforcer de tenter d'y parvenir devant toutes les juridictions. C'est ce qui est notamment énoncé à l'article 768 du Code de procédure civile en ce qui concerne le juge de la mise en état, à l'article 863 du même code pour le juge rapporteur devant le tribunal de commerce, et à l'article 941, en appel, pour le juge qui a pour mission d'instruire l'affaire. En effet, comme nous venons de le voir, conformément à l'article 21 du Code de procédure civile qui fait partie des principes directeurs du procès, *« il entre dans la mission du juge de concilier les parties »*. Dans tous les cas, le recours à un conciliateur doit être une manifestation de la liberté individuelle et doit conserver son caractère volontaire. C'est d'ailleurs ainsi que le décret du 1er octobre 2010 supprime le terme « injonction » du juge en la matière pour le remplacer par celui d'« invitation » en application de l'article 845 du CPC qui prévoit que le juge peut « à tout moment de la procédure, inviter les parties à rencontrer un conciliateur de justice aux lieu, jour et heure qu'il détermine ». Cf. C. BLERY, « Conciliation et procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1044, p. 1984. Ainsi, on peut énoncer qu'*« En France, à l'initiative des hauts magistrats et de la Chancellerie, les tribunaux sont de plus en plus incités à proposer systématiquement la médiation avant d'entendre les plaidoiries des parties »*. Cf. I. VAUGON, M. DARY, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises », *LCA*, 2010-1, p. 66

[976] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 50.

[977] J.O., 3 oct. 2010, p. 17986. Cf. *Site Internet Légifrance*.

au juge rapporteur du tribunal de commerce[980] en modifiant ainsi l'article 1er du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice[981]. La conciliation est possible tant dans le cadre extrajudiciaire c'est-à-dire en amont du procès qu'au cours d'une instance. En dehors du procès, le recours à un conciliateur de justice[982] est désormais régi par les articles du nouveau livre V inséré dans le CPC avec l'entrée en vigueur du décret du 20 janvier 2012. Il en est de même en ce qui concerne la médiation, la loi du 8 février 1995 ayant été modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 qui a transposé la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Il convient désormais de se référer aux articles 1536 à 1541 du CPC créés par le décret précité dans son article 2. Les réformes entreprises il y a quelques années encouragent le recours aux modes amiables tant en droit interne[983] qu'en matière européenne[984]. Il en est de même concernant la transaction qui est un mode de résolution amiable des conflits dont l'usage est facilité par le législateur[985] qui a accordé l'aide juridictionnelle lors de la période des pourparlers « en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance »[986]. La mesure concerne également la convention de procédure participative[987]. D'ailleurs, en droit français, le rapport Guinchard encourageait le recours aux modes amiables de résolution des litiges et notamment à celle-ci en évoquant ainsi, dans ses propositions n° 47 à 54, la création de la « procédure participative de négociation

---

[978] En application de l'article 887 du CPC.

[979] Conformément à l'article 860-2 du CPC.

[980] Comme le prévoit l'article 863 du CPC.

[981] J.O., 23 mars, p. 1265. Cf. *Site Internet Légifrance*. Il en résulte que *« les conciliateurs de justice peuvent procéder aux tentatives de conciliation prévues par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps et, dans ce cas, ils suivent les conditions et la procédure prévue aux articles 128 à 131 du CPC »*. Cf. N. FRICERO, « Le décret du 1er octobre 2010 : une justice conciliatoire modernisée », *Dr. et procéd.*, 2011, Chron., n° 7, p. 3.

[982] Qui, selon la circulaire du 24 janvier 2011 relative à la présentation du décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010, concerne environ 110 000 demandes par an.

[983] On peut prendre l'exemple des lois concernant le droit des personnes et de la famille telles que la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 ayant trait à l'autorité parentale dont est issu l'artice 373-2-10 du Code civil qui fait référence à la médiation familale ainsi que celle concernant la procédure de divorce n° 2004-439 du 26 mai 2004 qui a créé l'article 255 du Code civil en faisant également état. Cf. D. CALDERON-BRUNEAU, « La médiation familiale », *Dr. de la famille*, 2011, Fiche pratique, n° 1, p. 5 ; F. RONGEAT-OUDIN, « La médiation familiale : aspects juridiques et politiques », *Rev. jur. Personnes & Famille*, 2010, p. 10. De manière plus générale, il en est de même pour le nouvel article 2238 du Code civil, issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, qui prévoit que le délai de prescription est suspendu dès lors que les parties mettent en œuvre une procédure de médiation ou de conciliation. Cf. J. KAYSER, « La loi portant réforme de la prescription en matière civile et les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits », *J.C.P.*, E., 2008, 1938, n° 12-13, p. 22-23.

[984] Hormis la proposition de directive de 2004 et la directive précitée du 21 mai 2008, on peut évoquer la recommandation du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale du comité des ministres, R (98) 1 du 21 mars 1998 ainsi que la recommandation sur la médiation civile 2000 (10) du 18 septembre 2000. Cf. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 586, p. 1274 ; N. FRICERO, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 269.

[985] Avec la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits. Cf. J.O., 22 déc., p. 19343. Cf. *Site Internet Légifrance*.

[986] Article 1er-I, mod. Art. 10, al. 2, L.10 juillet 1991, cité par P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 8, p. 3.

[987] (*D. n° 91-1266, 19 déc. 1991, art. 8-1 mod. ; D. n° 2012-66, art. 9*). Il est cependant critiqué que ne bénéficient pas de cette aide d'autres accords résultant d'une médiation ou d'une conciliation qui ne revêtent pas la qualité de transaction. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 292. Cf. aussi B. GORCHS-GELZER, « Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 1, Chron., p. 2.

assistée par avocat »[988], qualifiée de procédure pré-judiciaire[989]. De manière plus générale, les propositions de la Commission Guinchard prévoyaient des mesures permettant de faciliter le recours à la conciliation et à la médiation, notamment à la médiation familiale[990] qui est d'ailleurs désormais envisagée par le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale[991]. Le projet de loi Béteille qui avait été adopté en première lecture au Sénat le 11 février 2009 incitait également, quant à lui, à ouvrir largement le panel des modes amiables de règlement des litiges[992]. Si le décret du 1er octobre 2010, qui met en œuvre certaines préconisations du rapport de la Commission Guinchard, ne fait état ni de la « procédure participative de négociation assistée par avocat », ni de la « montée en puissance » de la médiation[993], il prévoit néanmoins une passerelle en cas d'échec de tentative préalable de conciliation notamment devant le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité par le biais d'une requête conjointe des parties[994]. C'est la loi Béteille n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires qui instaure la Convention de procédure participative[995] qui est entrée en vigueur avec le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 instaurant un livre V dans le Code de procédure civile permettant d'organiser « la résolution amiable des différends »[996]. Par ailleurs, la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles[997] prévoit, par dérogation à l'article 373-2-13 du Code civil et à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2014 pour les tribunaux de grande instance désignés par arrêté, la mise en œuvre *« du recours impératif à la médiation pour les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribuation à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou avant toute demande*

---

[988] N. FRICERO, « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement… », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 145-154.

[989] S. GUINCHARD, « Discours de remise, à Madame le Garde des Sceaux, du rapport sur la répartition des contentieux, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », site *Internet du gouvernement (www.premier-ministre.fr)*, p. 5.

[990] Il s'agit notamment des propositions 48 et 49, in « les 65 propositions de la Commission Guinchard », site *Internet du gouvernement (www.premier-ministre.fr*), p. 9-10.

[991] J.O., 16 nov., p. 20405. Cf. N. FRICERO, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 269.

[992] N. FRICERO, Note sous Civ.1ère, 8 avril 2009, n° 08-10.866, *D.* 2010, n°3, Panorama, p. 171.

[993] C. BLERY, « Conciliation et procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1044, p. 1982.

[994] En application de l'article 842 du CPC. Le rapport Guinchard, quant à lui, prévoyait une passerelle dans le cadre de la convention participative assistée par avocat vers la saisine simplifiée de la juridiction compétente afin de permettre un traitement rapide de l'affaire. Cf. N. FRICERO, « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *J.C.P.*, 2008, I, 162, p. 18.

[995] Inspirée du « Droit collaboratif » qui est « un mode consensuel de règlement des litiges » existant en droit anglo-saxon. Cf. H. BERANGER, Entretien avec H. POIVEY LECLERCQ, « La convention de procédure participative », *J.C.P.*, G., 2011, n° 70, p. 154. Le droit collaboratif est né aux Etat-Unis et plus de quarante Etats y ont recours. Il s'est ensuite développé au Canada, en Australie ainsi qu'en Nouvelle-Zélande. Cf. D. D'AMBRA, « Procédure participative de négociation assistée par avocat », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 327.11, p. 786.

[996] N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *Act. Jur. famille*, 2012, p. 66.

[997] *J.O.*, 14 déc., p. 21105. Cf. Site internet de *Légifrance*.

de modification des dispositions contenues dans la convention homologuée »[998]. Une médiation préalable est un moyen pour les parents de rétablir la communication et de trouver une solution répondant à leur situation particulière[999] tout en respectant l'intérêt de l'enfant[1000]. L'efficacité d'une telle mesure est néanmoins incertaine[1001]. De même, la Commission *Magendie* avait émis des propositions visant à une institutionnalisation du processus de médiation au sein de la cour d'appel[1002]. En dehors des cas dans lesquels le recours à un mode amiable de règlement du litige est imposé par la loi, il est parfois conseillé d'y recourir notamment lorsque les matières s'y prêtent bien. Tel est le cas en ce qui concerne les conflits collectifs du travail entre employeurs et salariés notamment dans le cadre d'une grève ou d'un *lock-out*[1003]. Très souvent, les transactions s'effectuent entre des entreprises et de multiples organismes publics[1004], mais nous ne nous intéresserons ici qu'aux rapports conflictuels entre des personnes privées susceptibles de donner lieu à des transactions en matière civile[1005]. D'une manière générale, le recours à la médiation conventionnelle semble être une voie adéquate lorsque *« les parties en conflit sont en situation d'interdépendance, quelle que soit la nature de cette dernière »*[1006]. La loi favorise les solutions amiables notamment en ce que par leurs effets, elles sont assimilées à un jugement définitif et ont ainsi pour conséquence d'éteindre le droit d'action. En matière pénale, le choix de recourir à une médiation entraîne des conséquences sur la suite du procès. En matière administrative, l'éventuel choix de recourir aux modes amiables comporte certains avantages mais tant en matière civile qu'administrative le choix n'est pas irréversible en ce qu'il n'empêche pas de recourir ultérieurement aux tribunaux étatiques et qu'il n'est donc pas déterminant quant à la solution sur le fond du droit litigieux alors qu'il en va différemment en matière pénale

---

[998] A défaut de cette médiation préalable, le juge saisi a la possibilité de déclarer d'office la demande irrecevable. Cf. M. DOUCHY-OUDOT, « Aménagement des règles procédurales », Observations concernant notamment la loi n° 2011-1862, 13 déc. 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *Procédures*, 2012, n° 43, Commentaires, p. 21. Il existe cependant des dérogations à cette tentative de médiation familiale préalable. Cf. D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 325.111, p. 768.

[999] Facilitant dès lors son application. Cf. A-M. LEROYER, Note sous la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, *R.T.D. civ.*, 2012, Chron., p. 162.

[1000] N. FRICERO, Note sous la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 246.

[1001] Elle dépend de plusieurs facteurs tels que l'augmentation du nombre de médiateurs, l'exercice par le juge de son pouvoir de soulever l'irrecevabilité de l'action en cas de défaut de tentative de médiation préalable, de la mise en œuvre des exceptions prévues en la matière. Par exemple, le droit d'accéder à un juge dans un délai raisonnable risque de ne pas être respecté au regard du temps de la médiation pouvant être plus ou moins long selon le nombre de médiateurs. Cf. A-M. LEROYER, Note sous la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, *R.T.D. civ.*, 2012, Chron., p. 161-162.

[1002] F. CREUX-THOMAS, « La médiation : opportunité ou « gadget » ? », *J.C.P.*, G., 2009, n° 51, 558, p. 11. Cf. aussi L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 4, p. 71.

[1003] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 206.

[1004] Tels que la sécurité sociale, les administrations fiscale, douanière, etc. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1627, p. 655.

[1005] La transaction peut résulter d'un délit pénal conformément à l'article 2046 du Code civil qui dispose que l'*« on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public »*. En matière pénale, des modes alternatifs aux poursuites sont aussi possibles.

[1006] « Contractuelle, familiale, économique, sociale, etc. ». Cf. C. de LAJARTE, *La médiation conventionnelle en droit privé français*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur E. PUTMAN, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique, 2007, n° 798, p. 426.

notamment par exemple quant à la décision de recourir à la reconnaissance préalable de culpabilité[1007]. Si la conciliation ou la médiation résultent soit de l'initiative du juge[1008], soit de celle des parties[1009], nous étudierons ici uniquement les solutions négociées qui sont issues de la convention des parties en dehors de l'instance. Mais qu'entendons-nous par « règlement négocié » du litige qui ne résulte pas de l'initiative du juge ?

76. Le domaine du règlement négocié du litige – Si la conciliation peut être considérée comme la *« notion mère du phénomène de contractualisation de la justice »*[1010], il existe d'autres modes alternatifs de règlement des litiges qui peuvent se manifester notamment sous la forme d'une conciliation, d'une médiation[1011], d'une transaction[1012], d'une convention de procédure participative[1013] ou de l'arbitrage. Toutefois, si ce dernier trouve son origine dans un contrat[1014], il permet d'aboutir à une solution juridictionnelle du litige[1015]. Nous ne l'étudierons pas dans le cadre de ce chapitre et nous l'excluons en conséquence de la définition des modes alternatifs de règlement des litiges[1016] que nous assimilons aux modes amiables de résolution des litiges[1017] en dehors d'une instance. Ce point de vue est en accord avec l'appellation du nouveau Livre V

[1007] En application des articles 495-7 et s. du Code de procédure pénale. Cf. A. MOLLA, « L'avocat face à son client », *Act. Jur. pénal*, 2007, p. 309.

[1008] D'ailleurs, selon un auteur, seule la conciliation effectuée en présence d'un juge est efficace. Cf. A. DAMIEN, « Conclusion », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 199-200.

[1009] Il semble qu'en pratique la conciliation conventionnelle est plus fréquente que la conciliation judiciaire. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1646, p. 667.

[1010] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th., Préf. de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, Paris, L.G.D.J., 2004, n° 1194, p. 748.

[1011] *« Conciliation et médiation extrajudiciaires sont donc deux modes amiables ou conventionnels de règlement des conflits de même nature, qui ne diffèrent l'un de l'autre que par une variante dans la systématicité de la présence du tiers et, accessoirement, dans son degré d'implication »*. Cf. J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, th., Préf. de Serge GUINCHARD, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2003, n° 31, p. 34.

[1012] J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, th., Préf. de Serge GUINCHARD, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2003, n° 8, p. 19.

[1013] Qui, selon le rapport Guinchard, a pour but *« de faciliter le règlement amiable des litiges sous l'impulsion des avocats »*. Cf. H. BERANGER, Entretien avec H. POIVEY LECLERCQ, « La convention de procédure participative », *J.C.P.*, G., 2011, n° 70, p. 154.

[1014] T. CLAY, *L'arbitre*, th., Préf. de Philippe FOUCHARD, Nouvelle bibliothèque de thèses, Editions Dalloz, 2001, n° 591, p. 476.

[1015] Comme c'est le cas aussi lorsque l'on a recours à la justice étatique. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 10, p. 58.

[1016] Cf. aussi J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, th., Préf. de Serge GUINCHARD, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2003, n° 5, p. 17 ; N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », *Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Libertés, Justice, Tolérance*, Bruylant, Bruxelles, 2004, note de bas de page n° 1, p. 839 ; N. STOLOWY, *Institutions judiciaires*, Vuibert, 2006, p. 2-3 ; O. STAES, *Droit judiciaire privé*, Ellipses, 2006, n° 3, note de bas de page n° 1, p. 4 M.-C. RIVIER, « Arbitrage », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 55. Alors que selon d'autres auteurs, l'arbitrage fait partie des modes alternatifs de règlement des litiges comme la médiation. Cf. X. LINANT DE BELLEFONDS, A. HOLLANDE, *L'arbitrage et la médiation*, Que sais-je ?, PUF, 2003, p. 3.

[1017] L'arbitrage a d'ailleurs pu être désigné comme un « Mode juridictionnel alternatif de résolution des litiges ». Cette appellation permet de bien faire la distinction entre les différentes catégories de modes alternatifs de règlement du litige. Cf. J-J. A. SOUYRIS, G. CHETRITE, *Guide pratique de l'arbitrage en droit interne*, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2012, p. 201.

inscrit dans le CPC ayant trait à la résolution amiables des différends[1018]. Ces derniers peuvent être définis comme *« des processus structurés de résolution des différends à caractère individuel, par lesquels les parties tentent de trouver un accord, qui permettent de résoudre tous les aspects du conflit, tant économiques que psychologiques et relationnels, ce qu'une solution purement juridique ne peut faire »*[1019]. De même, d'autres types de MARL tels que l'expertise amiable, l'avis juridique amiable ainsi que les *disputes boards*[1020] peuvent être considérés comme des modes amiables de règlement du litige mais dans le cadre de notre étude nous ferons une distinction entre d'une part, les clauses qui concernent les modalités de règlement des différends prévoyant notamment le recours à la conciliation, la médiation, la convention de procédure participative et d'autre part, les actes de règlement du litige tels que par exemple la transaction ou le constat d'accord du conciliateur de justice[1021]. Ainsi, les parties peuvent prévoir de se conformer à une clause d'arrangement amiable[1022] les obligeant au préalable à trouver elles-mêmes une solution à leur litige[1023] ou à une clause faisant appel à un tiers. Il convient donc de distinguer les cas dans lesquels les parties aboutissent à une solution négociée du litige sans le recours à un tiers ou en présence de celui-ci. La médiation et la conciliation sont toutes deux des modes de règlement amiable des conflits, mais alors que dans le cadre de la médiation, intervient obligatoirement un tiers, en matière de conciliation, la présence du conciliateur est facultative, les parties pouvant trouver un accord elles-mêmes en dehors de l'aide de celui-ci[1024]. Si les parties ont recours à un conciliateur de justice, il convient de se référer aux règles issues du décret du 20 janvier 2012 qui a été pris en application de l'ordonnance transposant la directive précitée sur la médiation qui s'applique tant à la médiation qu'à la conciliation conventionnelle impliquant la présence d'un tiers. Les clauses d'« arrangement amiable » sont relatives à la solution des litiges sans l'intervention d'un tiers[1025] et peuvent d'ailleurs aboutir à une transaction[1026] qui, en pratique, est d'une grande importance[1027]. Mais dans le cas de la

---

[1018] Comprenant tous les modes non juridictionnels. Cf. O. CACHARD, « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, 4721, n° 2, p. 73.

[1019] N. FRICERO, *L'essentiel de la procédure civile*, 2011-2012, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2011, 8ième édition, p. 18.

[1020] Dont les pourcentages sont respectivement les suivants : 16%, 6%, 6%. Cf. I. VAUGON, M. DARY, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises », *LCA*, 2010-1, p. 67.

[1021] cf *Supra* n° 72.

[1022] Souvent insérées dans les contrats de brevet, de fourniture ou d'agence commerciale, afin de prévenir les risques d'un désaccord pouvant donner lieu à un procès. Elles ont pour objet de créer, à la charge des parties, une obligation de rechercher de manière amiable une solution avant de recourir à d'autres modes de règlement du litige. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 200.

[1023] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n° 90, p. 33.

[1024] Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 143.

[1025] Bien qu'il ne soit pas exclu de prévoir l'intervention de certaines personnes permettant d'anticiper les chances de succès d'une éventuelle action en justice.

[1026] L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 200. Cf. aussi du même auteur, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 13, p. 7.

[1027] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 3, p. 2.

transaction, puisque le litige est réglé par les parties elles-mêmes, la solution peut être trouvée tant en l'absence qu'en la présence d'un tiers[1028]. La transaction[1029] peut soit intervenir avant toute instance[1030], soit en cours d'instance[1031] lorsqu'aucune décision définitive n'a encore été rendue[1032], bien que même dans le cas inverse, la transaction est possible afin d'éviter les difficultés pouvant résulter de l'exécution du jugement ou de son interprétation[1033]. Etant donné que le recours préalable à un mode amiable de résolution des litiges (MARL) ne semble pas être pour le moment obligatoire eu égard aux articles 1134 alinéa 3 ou 1135 alinéa 1er du Code civil même si l'on constate dans certains cas une évolution en la matière[1034], il s'agit de se demander, si en dehors des prétoires, au regard de la liberté de choix des parties de recourir à la conciliation et à la médiation conventionnelles ou bien encore à la convention de procédure participative, il existe une stratégie consistant à écarter les modes juridictionnels de résolution du litige (Section 1) ou à choisir parmi tous les modes de règlements amiables, un mode plutôt qu'un autre (Section 2).

Section 1 : Le choix du recours aux modes alternatifs de règlement du litige

77. La vérification de l'expression selon laquelle *« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »* [1035] **–** Si l'on énonce que *« parfois, le mode volontaire vaut mieux que le mode judiciaire, (qu') en tout cas, il vaut, au moins, autant »*[1036], encore faut-il le démontrer. Tout semble dépendre des raisons pour lesquelles les parties renoncent à la solution juridictionnelle du litige. Il peut s'agir d'éviter les effets résultant des modes juridictionnels de règlement du litige (§1) ou bien uniquement les conséquences propres aux juridictions étatiques (§2).

[1028] L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 4, p. 186.

[1029] Dont il résulte de la définition même un élément psychologique qui est l'intention des parties de prévenir ou de mettre un terme à un litige. Cf. Ch. JARROSSON, « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 60.

[1030] L'on parle alors de transaction extrajudiciaire. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 15, p. 3.

[1031] Il s'agit là de la transaction judiciaire. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 15, p. 3.

[1032] Notons qu'un jugement avant-dire droit ne fait pas obstacle au recours à la transaction car même si ce jugement est définitif, il ne met pas un terme au litige. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 18, p. 3.

[1033] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 17, p. 3. Cependant, il est rare que les parties parviennent à trouver un accord sur les points litigieux si aucune circonstance nouvelle n'a indiqué qu'une évolution était possible.

[1034] *Supra* n° 32.

[1035] H. de BALZAC, *Les illusions perdues*, La Pléiade, t. IV, p. 1054, cité par L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 6, p. 4.

[1036] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 48 ; P. COUVRAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conciliation et médiation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 160, 2003, n° 18, p. 3.

§1 : La stratégie consistant à éviter les effets résultant des modes juridictionnels de règlement du litige

78. Les modes juridictionnels de règlement des litiges entraînent parfois des effets similaires, qu'il s'agisse de la justice étatique ou de l'arbitrage. D'où le recours aux MARL dans le but d'user des attraits de ces derniers par rapport aux modes juridictionnels (A) ou bien au contraire d'en user à mauvais escient (B).

A.Du bon usage des modes alternatifs de règlement du litige

79. Le recours aux MARL se prête bien à certaines matières. De plus les avantages propres à ces derniers incitent les litigants à y recourir plutôt qu'aux modes juridictionnels.
Si de surcroît, d'une manière générale, le recours aux MARL permet de trouver rapidement une solution au litige, au-delà du gain de temps incontestable, les parties sont certaines du résultat obtenu[1037] à la différence de l'aléa issu d'une décision de justice ou d'une sentence arbitrale.

80. La maîtrise des règles de procédure et de la solution du litige – Le recours aux modes amiables de règlement des litiges étant dépourvu de formalisme permet aux parties d'adapter la procédure à la nature de l'affaire et aux circonstances qui l'entourent. Qu'il s'agisse du choix du recours à la conciliation en dehors de la présence d'un tiers ou bien encore de celui du recours à la médiation, les parties bénéficient d'une grande marge de liberté concernant le déroulement de la procédure. Si concernant le premier choix, la liberté en matière procédurale semble aller de soi, concernant le second, on constate que la liberté n'en n'est pas moins réduite, les parties choisissant elles-mêmes un médiateur compétent décidant de l'ouverture de la médiation, des règles de procédure, ainsi que de la solution du litige[1038]. La liberté des parties se manifeste notamment dans la possible éviction d'une argumentation juridique puisque celles-ci ne sont pas soumises à l'obligation de convaincre le juge[1039]. Que l'on ait recours à la justice étatique ou à l'arbitrage, il en résulte une solution juridictionnelle du litige qui s'impose aux parties[1040]. Dans les deux cas, ces dernières ne maîtrisent pas le dénouement du conflit[1041]. C'est donc notamment pour éviter cette incertitude qu'elles ont recours aux modes amiables de résolution des litiges. D'ailleurs, l'issue aléatoire d'un procès est susceptible de constituer une concession réciproque dans le cadre de la transaction. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 octobre 2001 qui énonce que le fait de ne pas engager une procédure

---

[1037] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 12, p. 69. Cf. aussi B. WEISS-GOUT, « La diversité des modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 26, n° 2, p. 39.
[1038] J. RAJSKI, « La résolution des litiges commerciaux internationaux par la voie de la médiation », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 500.
[1039] N. NEVEJANS, « L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation ? », *J.C.P.*, G., 2012, 148, n° 6, p. 265.
[1040] A la différence, par exemple, de la proposition élaborée par le médiateur. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 157.
[1041] L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 197.

judiciaire au résultat aléatoire est constitutif d'une concession réciproque[1042]. L'efficacité de la stratégie consistant à recourir aux MARL plutôt qu'aux modes juridictionnels peut donc être limitée aux cas dans lesquels les deux parties ont intérêt à aboutir à une solution amiable. Le processus de « contractualisation » permet de *« trouver une solution a-juridique, qui satisfait les deux parties, alors que l'application de la règle de droit conduirait à un gagnant et un perdant »*[1043]. Ainsi, lorsque les parties effectuent une transaction, aucune d'entre elles n'est véritablement perdante ni gagnante puisque celle-ci fait l'objet de concessions réciproques[1044] même si ces dernières ne sont pas d'égale valeur[1045] et qu'elles peuvent être indirectes[1046]. Toutefois, l'on constate, en pratique, que la transaction est à l'origine de nombreux procès notamment en matière sociale[1047]. En revanche en dehors de la transaction, les parties peuvent parvenir à un projet de conciliation « gagnant-gagnant »[1048] avec l'aide d'un tiers et retrouver un rapport de confiance. Par exemple, dans les cas où l'une des parties connaît des difficultés de paiement, le recours à la conciliation permet parfois de satisfaire les deux parties[1049]. De plus, l'arrangement amiable est un gain de temps par rapport au déroulement d'un procés étatique ou arbitral et permet une économie d'argent, le coût d'un règlement amiable s'avérant moins important que celui issu d'une procédure juridictionnelle.

81. Un règlement du litige moins onéreux et plus rapide – Les litigants peuvent envisager librement la répartition entre eux des frais de médiation[1050] qui ne sont pas soumis aux règles

---

[1042] Etant donné que la jurisprudence exige que les concessions réciproques fassent partie de la définition de la transaction, il est envisagé d'ajouter au Code civil un article 2044-1 qui disposerait que : *« La transaction exige à peine de nullité des concessions réciproques. Leur importance relative est toutefois indifférente et l'économie d'une procédure judiciaire à l'issue aléatoire est une concession suffisante »*. Cf. J. GHESTIN, « L'existence de concessions réciproques, condition de validité de la transaction », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 34.

[1043] N. FRICERO, « Le décret du 1er octobre 2010 : une justice conciliatoire modernisée », *Dr. et procéd.*, 2011, Chron., n° 7, p. 2.

[1044] Il s'agit là d'une condition supplémentaire ajoutée par la doctrine et la jurisprudence à la définition de la transaction énoncée à l'article 2044 du Code civil. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n°1, p. 2.

[1045] Toute transaction a ainsi un caractère abdicatif en raison de l'abandon de son droit d'action pour chacune des parties. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 47 ; E. PUTMAN, « Le contentieux contractuel – Solutions amiables », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2007, n° 396-44.

[1046] Comme l'énonce un arrêt de la Chambre commerciale du 25 octobre 2011. En l'espèce, la concession effectuée par un contractant profitait à une société tierce et en conséquence qu'indirectement à son cocontractant. Cf. B. FAGES, Note sous Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-23.538, *R.T.D. civ.*, 2012, Chron., p. 113. Si chaque partie au contrat doit retirer un avantage pour que la condition de la réciprocité des concessions soit établie, ce dernier peut être indirect. Cf. P. MOUSSERON, « Des transactions en général et des transactions post-acquisition en particulier », Note sous Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-23.538, *Bull. Joly Sociétés*, Février 2012, p. 102.

[1047] En effet, si la transaction permet d'engager des négociations censées aboutir à un accord de volontés, parfois, elle donne aussi lieu à des contrats d'adhésion. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 4, p. 2.

[1048] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1646, p. 667.

[1049] Ainsi, dans une affaire où le créancier demande le paiement d'une somme de 10000 euros au titre de dommages-intérêts et que le débiteur prétend ne pouvoir verser que la somme de 5000 euros, après avoir tenté de négocier, les parties peuvent se rapprocher à 8000 et 6000. Or, il peut être plus avantageux pour le débiteur d'accépter de devoir 8000 si le créancier lui accorde des délais de paiement à condition qu'il verse immédiatement la somme de 6000 euros plutôt que d'être condamné à payer 8000 euros plus les intérêts de retard.

[1050] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 80, p. 23.

d'ordre public comme le sont les clauses de remboursement des frais de procès[1051]. Si d'une manière générale, la procédure qui découle de la médiation est plus rapide, elle est aussi moins onéreuse que les modes juridictionnels de règlement des litiges même si l'on constate sur ce point des différences entre la juridiction étatique et l'arbitrage. 69% des entreprises françaises estiment que l'un des avantages de recourir à la médiation consiste dans l'économie du coût de cette dernière[1052]. Il en est de même concernant le gain de temps puisque 85% des entreprises françaises choisissent la médiation dans le but de gagner du temps[1053]. Ce gain, tant de temps que d'argent[1054], est également renforcé par le règlement possible en ligne du litige[1055], bien que le recours à la cyberjustice ne soit pas propre aux MARL[1056]. Par ailleurs, nombreux sont les domaines dans lesquels les MARL sont considérés comme des modes de règlement du litige plus appropriés que ceux qui sont juridictionnels.

82. Les domaines litigieux se prêtant le mieux aux MARL – Les MARL, de par leur souplesse, se prêtent bien au règlement en ligne des litiges[1057] d'autant que celui-ci montre tout son attrait dans le domaine de l'économie et notamment du commerce électronique au regard de la difficulté de connaître le lieu du tribunal compétent, les parties étant le plus souvent délocalisées[1058]. Le recours aux MARL est également approprié lorsque l'enjeu du litige ne justifie pas le recours à un juge ou un arbitre. Il s'agit le plus souvent des petits litiges résultant de la vie quotidienne tels que les conflits de voisinage, les difficultés liées au remboursement des dettes dont le montant n'est pas très élevé, des litiges issus des baux d'habitation ou commerciaux ou bien encore des conflits concernant les contrats de service qui impliquent de trouver des solutions rapidement[1059]. A défaut d'obtenir le résultat escompté, la tentative d'arrangement amiable notamment dans ces divers contentieux permet de gagner du temps en cas de procès ultérieur.

[1051] Il en est de même pour l'arbitrage.

[1052] Les entreprises américaines, quant à elles, sont 91% à faire la même remarque. Cf. I. VAUGON, M. DARY, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises », *LCA*, 2010-1, p. 67.

[1053] Et 84% les entreprises américaines. Cf. I. VAUGON, M. DARY, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises », *LCA*, 2010-1, p. 67.

[1054] D. SAINT-AVIT, « Le temps et la procédure. Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 94 ; P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 34, p. 5 ; J. BEGUIN, Entretien avec Monsieur Marco DARMON, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *J.C.P.*, G., 1996, I, 3976, p. 438 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 583, p. 1267 ; F. CREUX-THOMAS, « La médiation : opportunité ou « gadget » ? », *J.C.P.*, G., 2009, n° 51, 558, p. 9 ; J. RAJSKI, « La résolution des litiges commerciaux internationaux par la voie de la médiation », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 500.

[1055] K. BENYEKHLEF, F. GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits, Enjeux de la cyberjustice*, Préface de Guy CANIVET, Collection Droit et Technologie, Editions Romillat, 2003, p. 32 ; 40.

[1056] P. CHEVALLIER, « Expériences de téléprocédure dans les juridictions françaises », *Droit et patr.*, 2002, p. 72 ; P.-A. GELINAS, « Les activités arbitrales en ligne de l'ICC », *ibid.*, p. 78 et s.

[1057] K. BENYEKHLEF, F. GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits, Enjeux de la cyberjustice*, Préface de Guy CANIVET, Collection Droit et Technologie, Editions Romillat, 2003, p. 32.

[1058] K. BENYEKHLEF, F. GELINAS, *Le règlement en ligne des conflits, Enjeux de la cyberjustice*, Préface de Guy CANIVET, Collection Droit et Technologie, Editions Romillat, 2003, p. 33-34.

[1059] Ph. BOULISSET, Ch. COUCHET, avec la participation de E. MOUTET, *Guide de la conciliation*, Mars 2011, Editions Edilaix, p. 7.

83. Une stratégie dans l'éventualité d'un procès ultérieur – Si l'on peut craindre que le recours à un mode de règlement amiable ne retarde ultérieurement l'éventuelle procédure juridictionnelle[1060] se déroulant devant un juge ou un arbitre, il peut aussi, à l'inverse, faire gagner du temps aux parties en cas de saisine par la suite d'un tribunal. Par exemple, si l'expert permet d'éviter la survenance d'un litige en réglant les difficultés d'ordre technique au fur et à mesure qu'elles se présentent lors de l'exécution du contrat, il ne s'agit pas là de son unique mission. La clause « d'expertise » peut consister pour les parties à charger un expert[1061] d'établir lors de la survenance d'un litige un rapport sur les faits litigieux et d'éclairer le juge en cas de procès ultérieur notamment dans les affaires comprenant des *« aspects scientifiques, techniques ou économiques complexes »*[1062]. Au regard de notre hypothèse de travail n° 1 si l'on énonce que le contrat de vente prévoit le transport de denrées périssables, il est judicieux d'avoir recours à une expertise à chaque étape du trajet afin d'avoir la certitude que la marchandise correspond bien à la description issue des dispositions contractuelles[1063]. L'expertise amiable permet ainsi au juge de forger sa conviction[1064]. De plus, en apportant des éclaircissements sur les faits donnant lieu au litige, le rapport de l'expert est susceptible d'aider les parties à mieux cerner les difficultés, à les aplanir ou à en apprécier les conséquences. Il leur donne la possibilité de discerner l'essentiel du débat, de poser distinctement les bonnes questions afin d'y apporter les bonnes réponses[1065], d'évaluer les chances de succès d'un procès et ainsi de les dissuader d'engager une instance[1066]. Dans le cadre du recours à la convention de procédure participative, en cas d'échec du règlement amiable, l'affaire est soumise au juge du tribunal de grande instance, sans qu'il y ait de préalable de conciliation ou médiation judiciaires et de mise en état conformément aux nouveaux articles 1558 et 1559 du CPC créés par le décret n° 2012-66 dans son article 2, permettant ainsi une accélération de la procédure[1067]. D'ailleurs, un tel objectif est

---

[1060] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 57. Cf. *Infra* n° 85 et s.

[1061] Il peut s'agir d'un expert *ad hoc*, c'est-à-dire d'un tiers choisis *intuitu personae* par ces dernières. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 17, p. 7.
Mais le choix de l'expert peut aussi résulter d'un centre institutionnel dont la procédure de désignation peut être rédigée de la manière suivante : *« En cas de différend découlant de la clause [x] du présent contrat ou en relation avec celle-ci, les parties conviennent de soumettre ce différend à la procédure d'expertise définie à la clause [y] du présent contrat. L'expert sera nommé par le Centre international d'expertise conformément aux dispositions relatives à la nomination d'experts du Règlement d'expertise de la Chambre de commerce internationale »*. Cité par J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1638, p. 663.

[1062] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1638, p. 662.

[1063] C. JARROSSON, « L'expertise équitable », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 30, p. 746.

[1064] A condition néanmoins que le rapport fasse l'objet d'un débat contradictoire entre les parties et qu'il ne soit pas le fondement exclusif de l'appréciation des faits pour le magistrat. C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 7 juillet 2011. Cf. N. FRICERO, Note sous Civ. 2e, 7 juillet 2011, n° 10-22.749, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 252. Cf. aussi C. JARROSSON, « L'expertise équitable », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 23, p. 743 ; n° 33, p. 747.

[1065] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 81.

[1066] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1639, p. 664.

[1067] F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 292.

susceptible d'être atteint au regard notamment de l'échange des documents entre les avocats de chacun des litigants dont il sera fait état dans la procédure contentieuse éventuelle[1068]. Dans le même esprit, s'il n'est pas prévu par les nouveaux articles issus du décret précité une telle possibilité pour les parties ayant recours à la médiation conventionnelle, néanmoins, il est énoncé que le principe de confidentialité n'interdit pas à une partie qui a fait état d'une preuve pendant le déroulement du règlement amiable de s'en servir ultérieurement en cas d'échec de celui-ci lors du procès[1069]. Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 concernant la garantie de la confidentialité renvoie à l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995[1070]. Le tiers chargé de mener à bien la conciliation ou la médiation doit garder le secret à l'égard des tiers[1071] sur les informations qu'il a pu obtenir lors de la conciliation ou de la médiation[1072]. En revanche, avec l'accord des parties, les constatations et déclarations qui ont eu lieu pendant la médiation peuvent être divulguées aux tiers ou invoquées lors d'une instance judiciaire ou arbitrale[1073]. Ainsi, un gain de temps est réel quant à l'établissement des faits litigieux et des preuves en cas de procès ultérieur[1074]. Une solution similaire devrait concerner la conciliation conventionnelle même lorsque le recours à un tiers n'est pas un conciliateur de justice. En tous les cas, l'intervention d'un tiers dans le processus de règlement amiable du litige contribue à aider les parties à prendre conscience *« des enjeux de leur différend et des conséquences juridiques et pratiques soit de la conclusion d'un accord soit du déclenchement de la procédure judiciaire »*[1075].

84. Le risque d'échec des modes amiables de règlement des conflits n'est pas très important puisqu'il ne fait pas obstacle à la saisine ultérieure du juge[1076] ou de l'arbitre. D'ailleurs, les

---

[1068] Dès lors que les litigants n'ont pu trouver un accord, les pièces qui auront néanmoins été comuniquées officiellement pendant la phase amiable feront *« automatiquement partie de la procédure contentieuse qui suivra le cas échéant »*. En revanche, il pourrait en aller différemment en ce qui concerne les pièces qui n'auraient pas fait l'objet d'un échange officiel. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291-292.

[1069] *« Ces moyens de preuve n'en sont pas moins couverts par la confidentialité en ce sens que l'autre partie ne peut pas les utiliser contre elle dans un procès ultérieur, sans quoi chaque partie ne communiquerait que les informations qui ne peuvent pas lui nuire »*. Cf. B. GORCHS-GELZER, « Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 1, Chron., p. 4.

[1070] Qui fait cependant état des exceptions à la confidentialité. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291.

[1071] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 52. Il a été souhaité qu'il en soit de même dans le cadre de la procédure participative. Cf. N. FRICERO, « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement… », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 151.

[1072] Il en est ainsi dans le cadre de la conciliation judiciaire. Dans ce domaine, le décret du 1er octobre 2010 généralise le secret des constatations et des déclarations recueillies par le conciliateur en application de l'article 129-3 du CPC. Cf. C. BLERY, « Conciliation et procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1044, p. 1983.

[1073] N. FRICERO, Note sous l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 245.

[1074] On peut qualifier d'« acquis non négligeable », les effets découlant du processus amiable qui se manifestent dans « les échanges de vues, d'arguments et de documents justificatifs ». Cf. Ph. BOULISSET, Ch. COUCHET, avec la participation de E. MOUTET, *Guide de la conciliation*, Mars 2011, Editions Edilaix, p. 10.

[1075] Ph. BOULISSET, Ch. COUCHET, avec la participation de E. MOUTET, *Guide de la conciliation*, Mars 2011, Editions Edilaix, p. 8-9. Cf. *Supra* n° 81.

[1076] C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1011.

parties ont souvent intérêt à obtenir un gain tout de suite plutôt que d'attendre des années pour voir leur droit reconnu[1077]. Lorsque le contenu du contrat est illicite, comme c'est le cas dans le cadre du trafic d'influence, les parties préfèrent régler leur différend à l'amiable par le biais d'une négociation en évitant de le confier à des magistrats étatiques ou même à des arbitres[1078]. Nous pouvons donc nous demander si le recours aux modes amiables n'est pas parfois un moyen de contourner les règles qui s'appliquent habituellement aux modes juridictionnels des litiges et s'ils ne peuvent pas être utilisés à mauvais escient. Néanmoins, au regard des réformes et de la jurisprudence récentes, cette stratégie semble limitée.

B. De l'usage limité des modes alternatifs de règlement du litige à mauvais escient

85. Etant donné que les modes amiables de résolution des litiges diffèrent des modes juridictionnels, ils peuvent ne pas se voir appliquer les mêmes règles. Par exemple, même dans le cadre du règlement du litige en présence d'un tiers comme la médiation, il est possible de ne pas mettre en oeuvre certains des principes inhérents aux modes juridictionnels tels que le principe du contradictoire. Concernant le fond du droit, en fonction de la nature du litige, il est parfois préférable de ne pas soumettre ce dernier aux juges étatiques ou aux arbitres comme dans le cas du trafic d'influence. Par ailleurs, si le premier objectif est souvent celui d'éviter la saisine d'un juge étatique ou de faire appel à des arbitres, un autre peut consister à imposer sa solution à la partie « faible » ou à retarder le procès[1079] ou bien encore peut être le moyen pour le débiteur d'organiser son insolvabilité[1080].

86. Une stratégie tendant à user d'un rapport inégalitaire entre les parties – Au regard de la formule de Fouillé « qui dit contractuel dit juste », il semblerait que les parties soient sur un pied d'égalité lors de la conclusion d'un contrat, ce dernier pouvant contenir des clauses ayant trait à la recherche d'une solution amiable. Pourtant tel n'est pas toujours le reflet de la réalité. Le recours aux modes amiables est parfois susceptible d'être effectué dans le but d'obtenir l'exécution forcée d'un accord qui défavorise l'une des parties au regard du contrôle « a minima » du juge en la matière. Les actes qui résultent de l'accord des parties et qui sont revêtus de la force exécutoire sont qualifiés d'« actes judiciaires non juridictionnels »[1081]. Lorsque le juge ne fait que conférer la force exécutoire à l'accord, il vérifie seulement que les conditions d'octroi de celle-ci sont réunies et qu'il n'y a pas violation de l'ordre public[1082] mais ne se

---

[1077] D. SAINT-AVIT, « Le temps et la procédure. Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 94.

[1078] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 404, p. 216.

[1079] C. CHAMPAUD, « Stratégie judiciaire (Droit des affaires) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1259.

[1080] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 211.24, p. 40.

[1081] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 1025, p. 708-709.

[1082] Dans ce cas, le terme d'homologation est inapproprié puisque ce dernier implique que le juge « exerce un véritable contrôle des intérêts en présence ». Cf. N. FRICERO, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 1, 2010, p. 8-9. Cf. aussi B. GORCHS, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Rev. de l'arbitrage*, 2008, n° 3, p. 35.

prononce pas sur la validité de l'accord. Tel est le cas pour ce qui concerne la transaction[1083] en application de l'article 1441-4 du CPC[1084]. De même, lorsque le juge d'instance, conformément à la volonté des deux parties, appose la formule exécutoire sur l'acte de conciliation, il ne contrôle pas l'accord conventionnel. D'ailleurs, les effets des accords de conciliation ou de médiation qui ont lieu au cours d'une instance[1085] bénéficient des mêmes effets puisque le juge qui les constate leur confère uniquement la qualité d'actes judiciaires non juridictionnels[1086]. Ainsi, comme le juge ne se prononce pas sur la validité de l'accord en vérifiant uniquement si les règles d'ordre public ont été respectées, l'une des parties peut être tentée d'imposer à l'autre, qui est susceptible d'être en position de faiblesse, une solution qui lèse les intérêts de celle-ci[1087]. Par exemple, concernant la transaction, il incombe aux parties seules d'estimer l'importance réciproque des concessions qu'elles s'engagent à effectuer. En conséquence, des erreurs peuvent être commises en la matière. Par ailleurs, un autre type de stratégie a pu consister à user de la transaction dans le but de passer un acte qui implique d'être normalement effectué en passant par un juge. C'est ainsi que, parfois, les parties ont pu être tentées de simuler l'existence d'une « contestation » entre elles[1088] qui est une condition de la transaction afin de faire profiter leur accord des avantages de celle-ci[1089]. Or, un tel acte pouvait être effectué à la défaveur de l'une des parties. Hormis les avantages découlant de la transaction, la stratégie consistant à utiliser celle-ci comme un instrument de nature à asservir la partie faible au contrat paraît limitée étant donné que la partie lésée a toujours ensuite la possibilité de contester l'accord par la voie de la nullité de l'acte à condition de respecter le délai de prescription. La transaction étant un contrat[1090], elle obéit aux conditions de formation des contrats, telles que les exigences de capacité et de

---

[1083] Puisque le président du TGI doit contrôler « la régularité formelle et le caractère non manifestement contraire à l'ordre public de l'accord ». Cf. N. FRICERO, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 1, 2010, p. 10.

[1084] La doctrine est divisée sur la question de savoir si le contrôle effectué par le juge est plus important que celui qu'il exerce dans le cadre de l'*exequatur* des sentences arbitrales. Un auteur répond de manière positive. Cf. B. GORCHS, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Rev. de l'arbitrage*, 2008, n° 7, p. 39. Mais d'autres ont un avis plus nuancé.

[1085] En application des articles 131-12 et 832-8 du Code de procédure civile.

[1086] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 1026, p. 710.

[1087] Comme l'énonce le professeur Philippe Théry, « *tout ce qui est alternatif n'est pas nécessairement juste* ». Cf. Ph. THERY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 147.

[1088] En effet, tout désaccord n'est pas obligatoirement une contestation au sens de l'article 2044 du Code civil. Cette dernière peut résulter d'un fait juridique ou d'un acte juridique. En ce qui concerne le fait juridique, l'on peut prendre l'exemple d'un dommage causé à autrui. Dans ce cas, le désaccord entre la victime et la personne qui est à l'origine du dommage ou son assureur, est qualifié de contestation. En revanche, pour ce qui a trait à l'acte juridique, il faut faire une distinction. En effet, si l'accord a lieu pendant la période des pourparlers avant la réalisation d'une vente, il s'agira d'un contrat et non d'une transaction, alors que si cet accord intervient pour régler un conflit au cours de l'exécution du contrat, ce conflit pourra être assimilé à une contestation et en conséquence, l'accord sera qualifié de transaction. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 21, p. 4.

[1089] Tel était le cas dans le but d'éviter le partage judiciaire en présence de mineurs, absents ou non-présents. Mais il n'y pas plus d'intérêt à procéder de la sorte puisque déjà l'ancien article 466 du Code civil issu de la loi du 14 décembre 1964 avait permis aux incapables de participer à un partage amiable dans des conditions simplifiées. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 16, p. 3 et n° 92, p. 10. Désormais, il convient de se référer à l'article 507 du même code issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 entrée en vigueur le 1er janvier 2009.

[1090] Certes, particulier car il doit obligatoirement être rédigé par écrit conformément à l'article 2044, alinéa 2 du Code civil.

consentement bien qu'elle possède quelques spécificités. Conformément à l'article 2052, alinéa 2 du Code civil : « elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit[1091], ni pour cause de lésion »[1092]. Par ailleurs, le terme concession *« implique, de la part de celui qui y consent, une renonciation à une partie de ce qu'il prétend être son droit »*[1093]. Selon la jurisprudence, la concession ne doit pas être ni *« dérisoire »*[1094], ni illusoire[1095] et le caractère réciproque implique que les parties peuvent se prévaloir *« chacune à l'égard de l'autre, de griefs propres à entraîner une condamnation à son profit »*[1096]. Les cas de nullité de la transaction permettent ainsi à l'une des parties de ne pas se voir imposer une solution en sa totale défaveur. Concernant les matières dans lesquelles les droits des parties sont indisponibles impliquant dès lors la possibilité pour celles-ci de recourir à la convention de procédure participative, en cas d'accord trouvé, ce dernier ne peut procurer ses effets qu'à la condition d'être homologué par le juge qui a dans ce domaine pour mission de s'assurer du respect de l'ordre public ainsi que de la protection des droits et intérêts de chacune des parties[1097]. D'une manière plus générale, l'homologation par le juge de l'accord amiable semble être une garantie de la protection de la partie faible, bien qu'au regard de l'étendue du contrôle du juge, des doutes subsistent en la matière. Le décret du 20 janvier 2012 ne détermine pas l'étendue du contrôle du juge concernant les accords issus d'un mode de règlement amiable du litige[1098]. Le juge chargé d'opérer son contrôle varie selon la

---

[1091] En raison notamment du fait qu'en renonçant à agir devant le juge étatique, les parties acceptent de ne pas utiliser la règle de droit applicable à leurs prétentions respectives. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 248, p. 23. Mais en matière d'erreur, il est possible d'annuler la transaction si l'objet de cette dernière a changé. En effet, si les parties ont effectué une transaction en ce qui concerne les séquelles d'un accident, une aggravation du préjudice subi, imprévisible au jour de l'accord, permet l'annulation de la transaction. C'est ce qui ressort de la jurisprudence qui est assez souple en la matière en énonçant que l'erreur de la victime qui n'a pas apprécié à sa juste valeur la gravité de l'accident concerne l'objet de la contestation et non l'étendue du préjudice. Ainsi, selon la jurisprudence, l'erreur sur l'objet de la contestation résulte d'un manque ou d'une impossibilité de prévision de la part de la victime de l'aggravation de son état. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 276-283, p. 25.

[1092] Mais l'article 2053 du même code ajoute que « néanmoins une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation ». Il en est de même si une transaction met fin à une contestation entre les parties par le biais d'un acte faisant sortir un bien de l'indivision. En effet, il s'agit dans ce cas d'un partage qui admet la rescision pour lésion conformément à l'article 888 du Code civil. Mais si une transaction met fin à une contestation entre les parties par le biais d'un acte faisant sortir un bien de l'indivision, elle ne bénéficie pas des règles du partage et donc de la rescision pour lésion. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 93, p. 10.

[1093] Il peut s'agir d'une renonciation aux prétentions initiales des parties ou de la souscription d'une obligation nouvelle à condition qu'elle soit « suffisamment déterminée, certaine ». Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 28-29, p. 5.

[1094] En conséquence, l'on peut en déduire que ces concessions réciproques doivent être substantielles. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 35, p. 5.

[1095] J. GHESTIN, « L'existence de concessions réciproques, condition de validité de la transaction », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 34.

[1096] C'est ce qu'énonce la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 octobre 1988, *Bulletin civil*, V, n° 516, cité par P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 47, p. 6.

[1097] D. D'AMBRA, « Procédure participative de négociation assistée par avocat », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 327.24, p. 787.

[1098] F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 292.

matière litigieuse[1099], entraînant dès lors des divergences entre les différents accords trouvés. Cependant, la solution issue d'un arrêt rendu par la Cour de cassation concernant une transaction est susceptible d'être étendue aux accords résultant des autres modes de règlement amiables précités[1100]. Il s'agit d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 26 mai 2011 dans lequel il a été décidé que le contrôle du juge consiste uniquement à vérifier « la nature de la convention » et « sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs »[1101]. Ce contrôle « *a minima* » concerne donc uniquement la régularité formelle de l'accord ainsi que l'ordre public[1102]. D'où une unité concernant l'efficacité des accords trouvés bien que l'on peut réserver le cas de ceux qui sont issus d'une convention de procédure participative dans le domaine des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition puisque dans cette hypothèse particulière le juge veille également à la garantie du respect des droits et intérêts de chacune des parties. Par ailleurs, le choix de recourir à un tiers peut limiter le résultat inégalitaire entre les parties et augmenter les chances de parvenir à une solution gagnant-gagnant[1103]. De plus, le recours à d'autres règles proches comme « le traitement loyal et égal des parties »[1104] permet de faire obstacle à l'utilisation des MARC à mauvais escient. Cependant, pendant longtemps, la rédaction d'une clause préalable de conciliation ou de médiation dont la mise en œuvre laissait courir le délai de prescription permettait d'user d'une stratégie consistant à faire obstacle à une action en justice ultérieure.

87. Coup d'arrêt jurisprudentiel et l'article 2238 du Code civil concernant la prescription de l'action – Avant l'arrêt d'une Chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003 qui a énoncé que le recours aux clauses préalables suspendait le délai de prescription[1105], la stratégie pouvait consister dans la possibilité pour l'une des parties d'utiliser le recours aux modes amiables dans le but de laisser courir le délai de prescription afin d'empêcher la partie adverse d'intenter, par la suite, une action en justice[1106]. Le recours à un conciliateur n'avait pas pour effet de suspendre les délais de recours ou de prescription[1107].

[1099] Le juge habilité à homologuer les accords conventionnels est *« celui qui connaît du contentieux dans la matière considérée »* en application du nouvel article 1565 du CPC qui a été créé par le décret précité à l'article 2. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 292.

[1100] N. FRICERO, Note sous Civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 245.

[1101] N. FRICERO, Note sous Civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 245 ; F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 292.

[1102] N. FRICERO, Note sous Civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 245.

[1103] *Infra* n° 99.

[1104] C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1012.

[1105] *Supra* n°47. Cette solution avait été reprise dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 27 janvier 2004. Mais il avait néanmoins été conseillé aux parties par le commentateur de l'arrêt, Monsieur le Professeur Roger PERROT, de prévoir dans l'acte la durée devant être consacrée à la conciliation. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. 1ère civ., 27 janv. 2004, *Procédures*, 2004, n° 47, p. 8.

[1106] E. CAMOUS, « Droit des délais et modes alternatifs de règlement des conflits », *Gaz. Pal.*, 12-14 oct. 2003, Doctrine, n° 4, p. 2782, n° 8, p. 2783.

[1107] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 9. Un autre risque concernait aussi la forclusion et les délais préfix. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 211.26, p. 40.

Certes, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 sur la prescription a confirmé cette jurisprudence mais selon le commentaire du rapport n° 847 déposé à la Présidence de l'Assemblée nationale concernant le nouvel article 2238 du Code civil, elle ne se réfère pas « aux procédures à l'amiable conventionnelles ou non-judiciaires »[1108]. Cependant, en application de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, l'article 2238 précité a fait l'objet d'une modification et prévoit que le processus de médiation entraîne la suspension de la prescription de l'action. De plus, la circulaire du 24 janvier 2011 relative à la présentation du décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 précité ayant trait à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale énonce que celui-ci abroge l'article 5 du décret du 20 mars 1978 qui prévoyait que la saisine du conciliateur de justice n'interrompait pas ni ne suspendait les délais de prescription. Désormais, il en va différemment. La loi française est en conformité avec l'article 8.1 de la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale[1109]. Ainsi, la mise en œuvre d'une procédure de conciliation préalable obligatoire suspend le délai de prescription. De façon similaire, une fois le litige né, le délai de prescription est suspendu à partir de la conclusion de la convention de procédure participative[1110]. *« Il ne recommence à courir qu'à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois »* comme le prévoit l'article 2238 du Code civil. Il semble donc que la stratégie de l'une des parties visant à inciter son adversaire à résoudre le litige de manière amiable afin de laisser courir le délai de prescription de l'action en justice n'a plus d'intérêt. En revanche, depuis l'arrêt précité de la chambre mixte du 14 février 2003, le non-respect d'une clause qui prévoit un recours préalable obligatoire à un mode amiable avant d'intenter une action en justice étant sanctionné par une fin de non-recevoir[1111], semble permettre d'user d'un autre type de stratégie dilatoire, celle-ci étant néanmoins limitée au regard des nouvelles dispositions issues du Livre V inséré dans le CPC par le décret du 20 janvier 2012.

88. Le recours préalable aux modes amiables de résolution des litiges : un moyen limité au service d'une stratégie dilatoire – Si le temps consacré à la négociation n'est pas toujours bien perçu par le juge qui peut en effet s'interroger par exemple sur la raison de l'inertie du créancier pêchant peut-être par un excès de confiance à l'égard de son débiteur, il peut aussi être pour le débiteur un moyen de dilapider ses biens afin d'échapper aux poursuites de son créancier ou bien encore d'altérer les moyens de preuves. Ainsi, dans un rapport créancier-débiteur, la stratégie du créancier consistera à rester prudent et à se garantir d'un tel comportement émanant

---

[1108] D'où la proposition de modifier la loi pour intégrer ces dernières dans l'article 2238 du Code civil. Cf. J. KAYSER, « La loi portant réforme de la prescription en matière civile et les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits », *J.C.P.*, E., 2008, 1938, n° 21, p. 24. Ainsi que la « procédure participative ». Cf. N. FRICERO, « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement… », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 17, p. 154. C'est ce qui va être effectué par la suite.

[1109] En vertu duquel la tentative de médiation ne peut empêcher la saisine d'un juge en raison de la prescription du délai pour agir en justice pendant le déroulement de la médiation. Cf. N. NEVEJANS, « L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation ? », *J.C.P.*, G., 2012, 148, n° 12, p. 268.

[1110] D. D'AMBRA, « Procédure participative de négociation assistée par avocat », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 327.25, p. 787.

[1111] J. MESTRE, B. FAGES, « Conciliation au plus haut niveau en faveur… des clauses de conciliation », Observations sous Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *R.T.D. civ.*, 2003, n° 9, p. 295.

de son débiteur[1112]. Or, cette vigilance peut s'exprimer dans la façon de rédiger les clauses prévoyant le recours à un mode alternatif de règlement du litige. Le degré de contrainte des clauses de conciliation et de médiation varie selon que les parties énoncent que ces dernières sont le préalable obligatoire ou non à la saisine d'une autorité judiciaire. Si la mise en œuvre de ces clauses est facultative, les parties peuvent y renoncer implicitement en agissant directement en justice. En revanche, parfois, les parties insèrent dans leur contrat des clauses leur faisant obligation, en cas de survenance d'un litige, d'effectuer une tentative de négociation sans l'intervention d'un tiers ou par l'intermédiaire d'un conciliateur ou d'un médiateur avant de recourir à la justice étatique ou arbitrale. Ainsi, elles doivent se soumettre à une obligation de ne pas faire consistant à ne pas agir en justice avant d'avoir fait appel à un tiers chargé de trouver une solution à leur différend. Ces clauses sont dotées d'une certaine efficacité puisqu'en cas de violation, le juge doit déclarer sa saisine irrecevable[1113]. Cela est clairement exprimé dans un arrêt d'une Chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003 précité qui énonce que le non-respect des clauses de conciliation insérées dans les contrats entraîne une fin de non-recevoir de la demande[1114]. Plusieurs arrêts ont ensuite appliqué cette solution. Tel est le cas de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 juin 2003[1115] ainsi que de celui de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 30 octobre 2007[1116]. Il en a été décidé de même pour une clause de médiation[1117]. L'efficacité du recours préalable à un mode alternatif de règlement du litige résulte de surcroît de l'opposabilité de celui-ci à un tiers agissant par subrogation même si ce dernier n'a pas eu connaissance de l'existence dudit recours préalable mentionné dans une clause du contrat[1118]. Afin d'échapper à cette sanction, il incombe à la partie qui souhaite effectuer une action devant le juge de rapporter la preuve qu'elle a tenté au préalable de trouver une solution amiable et qu'elle s'est heurtée à un refus ou à une absence de réponse de la part de son adversaire[1119]. D'où la possibilité pour les parties d'utiliser ces clauses

---

[1112] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 211.24, p. 40.

[1113] En effet, au regard de la formulation d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 novembre 1995, l'on peut énoncer que la demande en justice formée en violation de la clause ne devrait pas être admise. Cf. P. ANCEL, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 11.

[1114] L. CADIET, observations sous cet arrêt, *J.C.P.*, G., 2003, I, 128, n° 17, p. 720 ; B. FAGES et J. MESTRE, « Le contrat : jurisprudence et principales questions d'actualité », *Revue Lamy Droit Civil*, Février 2007, p. 30. Cf. *Supra* n° 47.

[1115] Qui casse l'arrêt de la Cour d'appel pour ne pas avoir recherché si, en l'espèce, le groupement d'intérêt économique avait mis en œuvre, avant de saisir la juridiction étatique, la clause préalable de conciliation enjoignant à certains de ses membres de désigner un conciliateur. Cf. Cass.com., 17 juin 2003, *Bull. civ.*, IV, n° 101, p. 112.

[1116] Dans lequel il a été reproché à la Cour d'appel d'avoir déclaré recevable une demande alors que dans le contrat était insérée une clause de conciliation préalable obligatoire qui n'avait pas été mise en œuvre avant la saisine de la juridiction. Cf. Cass. civ. 1ère, 30 octobre 2007, *Bull. civ.*, I, n° 329, p. 290-291.

[1117] T. CLAY, Observations sous Civ. 1ère, 8 avril 2009, n° 08-10.866, *D.* 2009, Pan., p. 2970. Cf. aussi N. FRICERO, Note sous Civ.1ère, 8 avril 2009, n° 08-10.866, *D.* 2010, n°3, Panorama, p. 171.

[1118] N. FRICERO, Note sous Civ. 3e, 28 avril 2011, n° 10-30.721, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 246.

[1119] O. CUPERLIER, « Une nouvelle avancée de la médiation ? », note sous Cass. 1ère civ., 8 avril 2009, *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 43, p. 21.

de règlement des litiges dans un but dilatoire[1120]. Toutefois, une fois le litige né, concernant le recours à la convention de procédure participative, il est prévu qu'en cas d'inexécution de celle-ci par l'une des parties, l'autre a la possibilité de saisir le juge pour lui transmettre l'affaire litigieuse en application de l'article 2065 du Code civil[1121]. D'ailleurs que ce soit dans le cadre de ce processus préalable ou dans celui de la médiation ou conciliation conventionnelles, on constate souvent un gain de temps lors d'un procès ultérieur[1122].

89. Quels que soient les buts poursuivis par les parties, le recours aux modes amiables de résolution des litiges permet à ces dernières d'éviter l'obtention d'une solution juridictionnelle du litige. Cependant, dans certains cas, notamment en fonction de la nature du litige, une hésitation est possible entre le recours aux règlements amiables du litige et la saisine d'un juge étatique eu égard à l'encadrement ou pas des pouvoirs du juge par les parties en amont du procès.

§2 *:* Le recours aux modes alternatifs de règlement du litige en miroir de la spécificité des juridictions étatiques

90. Selon les mobiles de chacune des parties, les spécificités propres aux juridictions étatiques permettent d'exclure le recours à ces dernières et de privilégier le recours aux modes amiables. En l'absence d'anticipation par les litigants d'un procès ou bien en cas d'impossibilité de conclure un accord ayant trait à l'encadrement des pouvoirs du juge avant le litige né, le recours aux MARL permet peut-être d'aboutir à un résultat différent de celui qui serait issu d'une décision de justice entraînant dès lors une stratégie en la matière. En revanche, la stratégie semble peut-être moins visible lorsque les parties ont prévu au préalable dans le contrat certaines clauses concernant les pouvoirs du juge susceptibles d'avoir une incidence sur le fond du droit litigieux ou bien encore, une fois le litige né, les accords possibles étant dès lors plus nombreux quant à leur champ d'application. Afin d'étudier la stratégie consistant à tenter un règlement amiable avant de saisir un juge, il convient de distinguer les cas dans lesquels aucun accord n'a été conclu quant à l'encadrement des pouvoirs du juge en amont du procès (A) et ceux dans lesquels, au contraire, un accord existe en la matière (B).

[1120] Cf. Toutefois *infra* n° 88. A l'inverse, si les deux parties ont intérêt à être rapidement fixées sur l'étendue de leurs droits respectifs, elles ont la possibilité de ne pas invoquer cette fin de non-recevoir étant donné que le juge n'est pas tenu de la soulever d'office. En effet, la nature de cette dernière est d'intérêt privé. Cf. J. MESTRE, B. FAGES, « Conciliation au plus haut niveau en faveur… des clauses de conciliation », Observations sous Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *R.T.D. civ.*, 2003, n° 9, p. 295. Cependant, l'efficacité de cette stratégie n'est pas certaine au regard des pouvoirs du juge. Selon le commentaire de l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003 effectué par Monsieur le Professeur Loïc Cadiet, si le juge n'est pas tenu de soulever d'office cette fin de non-recevoir, il devrait en avoir le pouvoir en application de l'article 125, alinéa 2 du CPC. Cf. L. CADIET, observations sous cet arrêt, *J.C.P.*, G., 2003, I, 128, n° 17, p. 720.

[1121] Ce procédé contribue à faire obstacle aux stratégies dilatoires. Cf. D. D'AMBRA, « Procédure participative de négociation assistée par avocat », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 327.25, p. 787.

[1122] Cf. *Supra* n° 81.

A.L'absence d'accord entre les litigants quant à l'encadrement des pouvoirs du juge

91. L'inutilité de recourir à la justice étatique au regard de l'assimilation de cette dernière à la force armée – En matière militaire, selon les circonstances, il n'est pas nécessaire de se battre. En effet, d'après Sun Tzu, *« Si vous n'êtes pas en mesure de réussir, n'ayez pas recours à la force armée »*[1123]. Or, si l'on compare le recours à la justice étatique à celui de la force armée, selon la nature du litige et le but poursuivi, il paraît parfois justifié de recourir aux modes amiables plutôt que d'intenter une action en justice. En l'absence de clauses de règlement du litige insérées dans le contrat, une fois le litige né, dès lors que l'une des parties a peu de chances d'obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux, il va de son intérêt de tenter de régler le différend de manière conventionnelle à moins que le recours à la justice étatique soit motivé par un but autre que celui d'obtenir gain de cause[1124]. D'ailleurs, l'évaluation des chances de succès d'une éventuelle action en justice est elle-même facilitée par le recours aux MARL[1125]. Cependant, dès lors que l'autre partie constate que le juge est susceptible de statuer en sa faveur, elle n'acceptera peut-être pas d'aboutir à une solution négociée du litige sauf si l'enjeu du litige ne justifie pas une action en justice ou que la solution juridictionnelle n'est pas le moyen approprié pour obtenir l'avantage escompté[1126]. Par exemple, la résolution amiable du litige est un préalable conseillé en matière de trouble anormal de voisinage car dans ce domaine, une simple intervention orale ou écrite suffit à régler le litige[1127] et l'obtention d'une décision de justice ne permet pas obligatoirement immédiatement de faire cesser le trouble. Il convient ainsi de se référer à la nature du litige eu égard notamment à la volonté des parties de poursuivre à l'avenir les relations contractuelles. D'ailleurs, dans le domaine du commerce international, si d'une manière générale, les litiges sont réglés par le biais de l'arbitrage ou des tribunaux civils et commerciaux étatiques, il est de plus en plus souvent fait recours à la médiation[1128]. La pérennisation des relations contractuelles est facilitée par le recours aux modes amiables.

92. La préservation des relations à l'avenir – Selon une enquête, 83% des entreprises considèrent que la médiation est un instrument permettant de poursuivre à l'avenir les relations contractuelles[1129]. A l'issue du litige, une amélioration de celles-ci est même parfois possible[1130].

[1123] SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 244.

[1124] Toutefois, il est parfois difficile d'anticiper la décision qui sera rendue par le juge étatique hormis le cas de l'insertion de certaines clauses dans le contrat limitant les pouvoirs de ce dernier pendant l'instance. Par ailleurs, il n'est pas certain que la solution soit davantage prévisible en matière d'arbitrage.

[1125] *Supra* n° 83.

[1126] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 224.

[1127] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 164.

[1128] J. RAJSKI, « La résolution des litiges commerciaux internationaux par la voie de la médiation », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 499. En droit des affaires, il semble, en effet, judicieux de recourir au médiateur. Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9ième édition, 2012, n° 712, p. 579.

[1129] I. VAUGON, M. DARY, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises », *LCA*, 2010-1, p. 67.

[1130] Et se manifeste *« soit par une exécution du contrat (15,4%), soit par une révision de celui-ci (30, 80%), soit par la mise en place de nouveaux accords (38,5%), créateurs de valeur pour l'entreprise »*. Cf. I. VAUGON, M. DARY, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises », *LCA*, 2010-1, p. 67.

Il s'agit donc d'un élément essentiel concernant le choix du recours à la médiation. Toutefois, cela ne semble pas être une spécificité de la médiation, cet avantage concernant également l'arbitrage[1131]. D'un point de vue psychologique, si les parties sont amenées à devoir poursuivre leurs relations après le litige, il convient de prendre en compte l'effet positif que peut procurer une solution négociée par rapport à une décision rendue par un juge[1132]. Les modes amiables de résolution des litiges ont un effet d'apaisement. Alors que le conflit demeure dans l'esprit des parties lorsque le juge tranche le litige[1133], il disparaît par le biais de la transaction[1134] et des autres modes alternatifs de règlement des conflits. En effet, selon un auteur, si après un procès, *« on conserve quelque ressentiment contre celui qui a triomphé, on ne saurait guère en avoir contre la personne avec laquelle on s'est accordé »*[1135]. Au-delà de l'utilisation stratégique des modes alternatifs de règlement des litiges, ces derniers ont une fonction de régulation sociale[1136] et permettent d'échapper aux tensions inhérentes à tout contentieux. Il semble donc judicieux de privilégier l'arrangement plutôt que d'intenter une action en justice[1137]. D'une manière générale, les clauses de règlement des litiges sont prévues dans les contrats « d'une certaine importance » et dont l'exécution s'effectue à moyen ou long terme[1138]. De plus, dans le cadre de ces contrats[1139], il est souvent opportun que la solution se rapproche de l'équité.

[1131] *Infra* n° 121.

[1132] Il s'agit d'« un état d'esprit » qui incite les parties à trouver une solution négociée du litige plutôt qu'à se soumettre à une décision de justice. Cf. L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 4, p. 187. Cf. aussi I. KITAMURA, « L'avenir de la justice conciliationnelle », in *Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit,* PUF, 1999, Editions Dalloz, 1999, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 808.

[1133] *« Gagner un procès c'est souvent perdre un ami ; en tranchant un litige, le juge peut rompre définitivement les liens personnels qui subsistaient entre les parties »*. Cf. H. CROZE, « L'invitation à la médiation », *Procédures*, juillet 2006, n° 7, p. 1. Cf. aussi N. DION, *De la médiation. Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, Avant-dire de Jean-Louis Sourioux, Editions mare & martin, 2011, p. 43.

[1134] Ch. JARROSSON, « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 64.

[1135] *« Les arrangements amiables apaisent les esprits, rétablissent la bonne harmonie menacée ou détruite, tandis que la sentence la plus équitable, la plus juste, laisse souvent subsister, après une lutte opiniâtre, des passions inassouvies chez la partie perdante, quelquefois chez les deux plaideurs »*. Cf. R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 397, p. 291. Cf. dans le même sens G. BOLARD, « De la déception à l'espoir : la conciliation », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, n° 10, p. 53.

[1136] P. LATOURNERIE, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 148. D'ailleurs, le tiers, chargé de rétablir la communication entre les parties peut être considéré comme *« un mécanicien ou un infirmier du lien social »*. Cf. E. LE ROY, Le dédoublement de la figure du procès, « Cérémonie de reconstitution du lien social », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 29.

[1137] L. CADIET, « Aide juridictionnelle et modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 168.

[1138] Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 141. Selon Monsieur Darmon, ce sont principalement les PME-PMI qui ont le plus souvent recours au *Centre de médiation et d'arbitrage de Paris*. Cf. J. BEGUIN, Entretien avec Monsieur Marco DARMON, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *J.C.P.*, G., 1996, I, 3976, p. 438.

[1139] *Supra* n° 75, n° 81.

93. Une solution susceptible de se rapprocher de l'équité – Au-delà de l'avantage qui résulte de la confidentialité des modes alternatifs de règlement des litiges[1140] et notamment de la médiation[1141], de la conciliation conventionnelle au regard de la transposition de la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation par l'ordonnance du 16 novembre 2011 ou bien encore de la convention de procédure participative, un autre avantage consistant à privilégier le recours aux MARL plutôt que la saisine des juridictions étatiques réside dans la possibilité pour les parties de « reformuler les termes du litige » notamment avec l'aide du médiateur en prenant en compte d'autres facteurs tels que « les éléments psychologiques, affectifs, économiques ou sociaux » et d'avoir ainsi le sentiment d'aboutir à une solution juste[1142], alors que tel n'est pas obligatoirement le cas en ce qui concerne la solution rendue par le juge[1143]. D'une manière générale, le recours à un règlement du litige par le biais de la conciliation ou de la médiation permet d'échapper dans certaines hypothèses aux *« rigidités excessives des règles du droit institué pour rechercher une solution meilleure, particulière pour chaque espèce »*[1144]. Il convient néanmoins de respecter les règles d'ordre public[1145]. Cependant, lorsque le juge étatique confère la force exécutoire à l'accord conventionnel, il n'effectue qu'un contrôle *« a minima »* de celui-ci permettant ainsi, à l'inverse, à l'une des parties d'imposer à l'autre un acte contraire aux intérêts de cette dernière bien qu'il existe des limites à cette stratégie consistant à recourir aux MARL à mauvais escient[1146].

94. Le recours aux MARL se justifie lorsque toutes les parties retirent un intérêt dans l'obtention d'une solution amiable du litige plutôt qu'une solution juridictionnelle car selon le but poursuivi et en l'absence d'accord entre les litigants sur la limitation des pouvoirs du juge, les différences entre les actes de règlement du litige semblent manifestes. En revanche, s'ils

---

[1140] X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 393.

[1141] F. CREUX-THOMAS, « La médiation : opportunité ou « gadget » ? », *J.C.P.*, G., 2009, n° 51, 558, p. 9 ; J. BEGUIN, Entretien avec Monsieur Marco DARMON, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *J.C.P.*, G., 1996, I, 3976, p. 438.

[1142] *« Le droit met fin au litige, étroitement entendu comme une question posée en termes juridiques, mais il laisse souvent subsister une situation conflictuelle ; la médiation extirpe le conflit. L'accord se fait sur une solution que les parties ressentent comme juste ; en ce sens, la médiation est un mode privé de recherche du juste »*. Cf. C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1011.

[1143] Toutefois, selon le Professeur Loïc Cadiet, *« la solution amiable des litiges n'est pas nécessairement plus juste que la solution judiciaire. Les modes de solution dits amiables posent en effet la question centrale du respect des droits fondamentaux des parties, ce que l'on nomme droits de la défense dans le règlement judiciaire des différends. Les parties en litige ne sont pas forcément égales, n'ont pas forcément la même compétence technique ou la même puissance économique. Comme pour n'importe quel autre contrat, ce rapport inégal des forces peut conduire à un résultat injuste, l'une des parties imposant en fait sa solution du différend à l'autre »*. Cf. L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 5, p. 189. Par ailleurs, *« Ce sont deux parties soucieuses de leurs intérêts qui s'affrontent. […] Se construisent alors, en toute légitimité, des stratégies d'intimidation – faites de prétentions excessives – de faux semblants – mélanges d'allégations discrètes et d'affirmations péremptoires – et c'est en fonction de l'appréciation de leur valeur par l'une et l'autre parties que se dessine ou non une perspective transactionnelle »*. Cf. X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 390-391.

[1144] Y. DESDEVISES, « Equité et conciliation », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 209.

[1145] Y. DESDEVISES, « Equité et conciliation », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 211.

[1146] *Supra* n° 86.

s'entendent sur certains points avant d'engager un procès, que ce soit avant le litige né ou une fois le litige né, le recours au juge est susceptible d'aboutir à une solution tout autant satisfactoire que celle qui serait issue d'un règlement amiable au regard de la réduction de l'aléa inhérent à toute décision de justice.

B.La présence d'accords entre les litigants quant à l'encadrement des pouvoirs du juge

95. La possible obtention d'une décision de justice similaire au résultat issu d'un MARL – Les parties à un contrat, en amont du procès ont la possibilité d'anticiper les modalités de règlement du litige notamment en choisissant la juridiction compétente lorsque la nature de l'affaire litigieuse le permet[1147] ou bien encore une fois le litige né, en délimitant les termes du litige ou en demandant au juge qu'il statue en amiable compositeur c'est-à-dire de la même façon que les arbitres[1148]. Par ailleurs, une fois l'instance engagée, les parties ont également la possibilité de trouver une solution à l'amiable et d'obtenir une solution susceptible d'être identique à celle à laquelle elles auraient pu aboutir en dehors de tout procès. Or, s'entendre sur ces différents points c'est déjà anticiper le déroulement du procès. D'où un renvoi à notre seconde partie concernant ces développements.

96. Conclusion de la section 1 – Le recours aux modes amiables est parfois concurrencé par celui qui consiste à aboutir à une solution juridictionnelle du litige. Néanmoins, si quel que soit le choix effectué, la solution est parfois susceptible d'être identique, il n'en demeure pas moins que dans certains cas, il est inutile de faire trancher le litige par un juge ou un arbitre au regard notamment de la modicité de l'enjeu du litige ou bien encore de la nature de ce dernier. Une solution similaire peut également être obtenue en raison de l'anticipation du procès notamment de l'insertion de clauses contractuelles dans le contrat de nature à encadrer les pouvoirs du juge ou de l'arbitre. Or, selon le domaine dans lequel les parties souhaitent encadrer les pouvoirs du juge, les clauses contractuelles ne peuvent être rédigées qu'une fois le litige né. Dans ces circonstances, l'intérêt de recourir au règlement des modes amiables est démontré lorsqu'il résulte du recours à ces derniers une stratégie susceptible de se modifier au cours du temps pour chacune des parties. Souvent l'hésitation entre le recours aux MARL et les modes juridictionnels concerne plus l'arbitrage que la justice étatique au regard des différences entre les divers types de recours qui sont plus marquées à l'égard de la justice étatique que de l'arbitrage. De nombreux effets inhérents aux MARL concernent également l'arbitrage, les raisons motivant un recours à ces derniers étant parfois semblables à celles déterminant le choix de saisir un arbitre. Le choix entre les deux types de recours semble donc dépendre du but poursuivi et des spécificités propres à l'arbitrage concernant par exemple le contrôle du juge de la sentence qui paraît plus léger que celui ayant trait à l'homologation d'un accord amiable. Avant d'en faire la démonstration, il convient de nous demander si l'on peut établir une stratégie consistant, au sein même des MARL, dans le choix d'un mode plutôt qu'un autre.

[1147] *Infra* n° 71.
[1148] *Infra* n° 360.

Section 2 : Le choix d'un mode alternatif de règlement du litige adapté

97. La stratégie dans le choix de recourir à un MARL en l'absence ou en présence d'un tiers ne semble pas s'effectuer en fonction du mode d'aboutissement du règlement du litige étant donné que, par exemple, la transaction peut résulter d'une conciliation entre les parties sans l'intervention d'un tiers ou avec l'aide de ce dernier. Par ailleurs, alors que le choix de recourir à la médiation implique obligatoirement le recours à un tiers tel n'est pas le cas de celui de la conciliation[1149]. Il en est de même concernant le recours à la convention de procédure participative assistée par avocat qui prévoit éventuellement le recours à un technicien en application des articles 1547 et suivants du CPC. Néanmoins, la nécessité de recourir à un tiers commande dans certains cas le choix du mode de règlement du litige notamment dans le cas où le tiers doit revêtir une certaine qualité (§1). En revanche, lorsque les différents modes alternatifs de règlement des litiges permettent de recourir à la même catégorie de tiers, le choix d'un mode amiable plutôt qu'un autre dépend de la procédure et des effets de la solution propres à chacun d'eux (§2).

§1 : Le choix d'un mode alternatif de règlement du litige impliquant ou pas la présence d'un tiers

98. Le choix de recourir à un tiers en général peut déterminer le choix du recours à un MARL qui permet ou non l'intervention d'un tiers (A). Par ailleurs, selon la qualité que doit revêtir le tiers, la stratégie dans le choix du MARL ne peut s'effectuer qu'entre certains d'entre eux (B).

A.La stratégie dans le choix de recourir à un tiers dans le règlement amiable du litige

99. Le choix de recourir à un tiers pour accroître les chances de parvenir à une solution amiable et d'éviter une solution inégalitaire entre les parties – Dans certains cas, notamment dans les contrats commerciaux, l'intervention d'un tiers aide les parties en conflit à trouver une solution amiable[1150], ce dernier pouvant ainsi être considéré comme *« un facilitateur de la solution »*[1151]. Par ailleurs, souvent, la menace de la présence d'un tiers est susceptible d'avoir une influence sur le comportement des parties. Le fait de faire appel aux « Directions générales des parties » ou à leurs supérieurs, incite ainsi les parties ou leurs représentants appartenant aux Comités des groupements d'entreprise à trouver une solution amiable[1152]. L'efficacité de la clause d'arrangement amiable est accrue lorsqu'elle prévoit la réunion de certaines personnes qui ne sont pas en conflit, mais qui permettront de mieux mettre en évidence les éléments pouvant

[1149] M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, « Que sais-je ? », PUF, 1995, 2009, p. 78-79.
[1150] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 80.
[1151] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 16, p. 7.
[1152] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 80.

faire l'objet d'une entente afin de trouver une solution[1153] et de mieux évaluer les chances de succès d'une action en justice. Cette possibilité est proche de ce que l'on appelle le procès-test. Le recours à un tiers incite les parties à tenir compte de certains facteurs permettant d'aboutir à une solution peut-être plus juste[1154] d'autant que la spécificité de certains types de litiges requiert la compétence technique d'un tiers dans le domaine concerné[1155]. Il semblerait que le tiers soit susceptible d'aider les parties à parvenir à une solution où chacune d'entre elles est gagnante, alors qu'en l'absence de celui-ci, l'une des parties peut imposer à l'autre un accord qui la défavorise[1156] d'autant que le contrôle du juge effectué lors de l'homologation de l'accord est réduit. De plus, en cas d'échec de la négociation, les divers points de droit qui ont fait l'objet d'un débat et favorisé l'évaluation des chances de succès d'une action en justice pourront servir lors d'une instance ultérieure et ainsi raccourcir les délais du procès. Ainsi, lorsque le mode de règlement du litige choisi le permet, il est parfois stratégique de prévoir le recours à un tiers qui cependant ne semble pas déterminer le choix du mode amiable.

100. Le choix de la présence du tiers et son absence d'incidence sur le choix du MARL – Dès lors que l'on fait état des bienfaits de la présence d'un tiers permettant notamment d'aider les parties à trouver une solution, le recours à ce dernier offre une liberté de choix quant aux différents modes de règlement amiable, tous pouvant prévoir le recours à un tiers. Il convient donc plutôt de s'interroger sur la question de savoir si la qualité que peut revêtir le tiers implique le choix d'un mode plutôt qu'un autre.

B.La stratégie dans le choix de la qualité que peut revêtir le tiers pour régler le litige

101. Le choix d'un tiers plutôt qu'un autre en fonction du résultat à atteindre – Le tiers peut revêtir diverses qualités par exemple celles d'expert, de conciliateur de justice, de notaire, et depuis le décret n° 2011-1173 du 23 septembre 2011 portant différentes dispositions relatives à certaines professions judiciaires et juridiques réglementées[1157], d'huissier de justice. Ce décret prévoit en effet que parmi les diverses activités accessoires que les huissiers de justice sont susceptibles d'exercer existe celle de « médiation conventionnelle ou judiciaire »[1158]. Dès lors que chaque tiers est habilité à obtenir un résultat particulier, le choix semble s'effectuer en fonction du but poursuivi qui se confond dès lors avec la mission assignée à chacun d'eux. Par exemple, dans le cadre de la convention de procédure participative, en application des articles 1547 et suivants du CPC, le recours à un technicien contribue à parvenir rapidement à la solution en évaluant un patrimoine notamment en cas de partage d'indivision ou de conventions portant

---

[1153] Tel est le cas par exemple dans le cadre des contrats de groupement d'entreprises, destinés à l'exécution d'un marché, qui prévoient des organes de délibération et de contrôle, des comités de coordination ou de direction chargés de statuer à l'unanimité. A défaut de l'obtention d'une solution à l'unanimité, un recours aux Présidents ou Directeurs généraux des sociétés parties au contrat est prévu et aboutit généralement à un règlement amiable du différend. Cf. M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 80.
[1154] *Supra* n° 93.
[1155] Ph. THERY, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 150.
[1156] *Supra* n° 86.
[1157] J.O., 25 sept., p. 16074. Cf. *site Internet de Légifrance*.
[1158] Art. 20, Décr. n° 56-222, 29 février 1956. Cf. N. FRICERO, Note sous le décret n° 2011-1173 du 23 septembre 2011, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 246.

sur les conséquences patrimoniales du divorce. De multiples tiers tels que par exemple des notaires, des géomètres, des experts sont susceptibles d'intervenir au sein de cette procédure[1159]. Par ailleurs, les tiers intervenant dans le cadre du recours à une clause de *mini-trial* ont pour fonction de faire prendre conscience aux litigants des chances de succès de leur éventuelle action en justice[1160]. Il s'agit de recourir à un mini-procès qui consiste à effectuer *« une sorte de procès simulé, partiel ou complet, mené devant soit les dirigeants des entreprises, soit des tiers faisant office de tribunal ou de jury »*[1161]. La finalité du *mini-trial* est de faire découvrir aux parties l'objet de leurs prétentions respectives ainsi que leur chance de sortir gagnantes d'un procès, notamment par le biais d'un échange de documents, que l'on appellerait écritures dans le cadre d'une instance judiciaire et de leur faire connaître l'avis de tiers concernant leur litige. Il est possible aussi que s'ouvre une audience devant des personnes dont le rôle, similaire à celui du juge est de rendre une décision dépourvue d'effet obligatoire à l'égard des parties mais qui aura le mérite de montrer l'argumentation de chacune des parties[1162] et ainsi de peut-être dissuader éventuellement ces dernières, ou l'une d'entre elles d'engager un procès. Toutefois, le résultat obtenu à la suite de ce procès simulé n'est pas obligatoirement celui susceptible d'être obtenu à la suite d'une procédure judiciaire. En effet, seul le juge peut trancher et il n'est donc pas certain que l'analyse des faits litigieux effectuée par chacune des parties ou par leurs conseillers juridiques, le convainque pleinement[1163]. En dehors du cas particulier des tiers participant à un *mini-trial*, très souvent, les litigants ont recours à un expert, celui-ci étant investi de nombreuses missions[1164] notamment celle de trouver un terme aux difficultés liées à l'exécution d'un contrat.

102. Le choix de l'expert pour obtenir un règlement des difficultés lors de l'exécution du contrat – Hormis le cas de l'arbitre qui impose sa solution aux parties, notamment un prix dans le cadre d'une vente, en application de l'article 1592 du Code civil[1165], il convient de faire des distinctions selon que l'avis de l'expert lie ou non les parties. Si les parties conviennent que l'expertise est irrévocable, les difficultés sont réglées de manière définitive[1166] sans que les parties interviennent pour effectuer un règlement conventionnel du litige[1167]. Or, dès lors que le litige, en raison de sa technicité, requiert la présence d'experts, il est judicieux de ne pas agir devant le tribunal étatique qui devra désigner des techniciens avant de donner une solution, mais de faire directement appel à ces experts « en les désignant comme arbitres »[1168]. Cela peut être

---

[1159] H. BERANGER, Entretien avec H. POIVEY LECLERCQ, « La convention de procédure participative », *J.C.P.*, G., 2011, n° 70, p. 154.
[1160] Cf *Supra* n° 43.
[1161] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1642, p. 665.
[1162] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1642, p. 665.
[1163] F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 23.
[1164] En effet, « (…) il peut exister une très grande variété d'experts : en fait, il n'est pas une matière qui ne puisse un jour donner lieu à une expertise (…)». Cf. M. ZAVARO avec la collaboration de J. ZAVARO, Guide de l'expertise judiciaire, *Ann. des Loyers*, Mai-Juin 2012, n° 4, p. 627.
[1165] E. PUTMAN, « Le contentieux contractuel – Solutions amiables », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2007, n° 396-24.
[1166] E. PUTMAN, « Le contentieux contractuel – Solutions amiables », in *Droit du contrat*, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, 2007, n° 396-24.
[1167] X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 382.
[1168] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 65, p. 66.

un gain de temps. En revanche, l'« expertise simple »[1169] n'oblige pas les parties à se conformer à l'opinion de l'expert[1170]. Souvent, l'arbitre a pour mission de régler les difficultés au cours de l'exécution du contrat au fur et à mesure qu'elles se présentent. Lorsque les parties le prévoient, l'arbitre peut être chargé de compléter ou de modifier le contrat sans donner une solution juridictionnelle au litige. Par exemple, les contrats de longue durée demandent souvent à être renégociés, révisés ou doivent faire l'objet de nombreux aménagements[1171]. Par ailleurs, lorsque les parties souhaitent aboutir à un règlement négocié du litige et qu'elles ont besoin d'être aidées pour y parvenir, elles ont recours à un tiers qui peut être un conciliateur ou un médiateur ne revêtant pas une qualité technique particulière d'expert ou par exemple d'huissier de justice[1172]. Il en est de même en ce qui concerne le recours à la clause de *mini-trial* qui est une catégorie particulière des clauses de conciliation ou de médiation[1173]. D'ailleurs, les parties ont aussi la possibilité, même sans clause préalable et en dehors de toute instance, de décider de régler le litige à l'amiable. On peut faire une distinction selon que le tiers a un rôle passif ou actif. Si le rôle de ce dernier semble passif dans le cadre des clauses d'expertise, il paraît actif dans celui des clauses de médiation[1174] bien qu'il ne soit pas clairement défini par la doctrine par rapport à celui du conciliateur. Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, pris en application de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 transposant la directive 2008/52/CE, s'inspire de cette dernière pour donner une définition commune au conciliateur et au médiateur. Cependant certaines spécificités propres à chacun d'eux impliquent peut-être une stratégie dans le choix de l'un plutôt que l'autre.

103. Le choix de recourir à un conciliateur plutôt qu'à un médiateur ou inversement – Dans le cas où le médiateur est désigné par la convention des parties en dehors du cadre d'une instance, il a pu être envisagé que la médiation fasse en réalité référence à l'arbitrage[1175], les

---

[1169] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1638, p. 663.

[1170] *« Ce n'est pas un compromis d'arbitrage en ce sens que les conclusions du ou des techniciens qui seront désignés par les parties ne s'imposeront pas comme le ferait une sentence arbitrale ; ce n'est qu'un avis que les parties sont libres de suivre, mettant ainsi fin à leur litige ou de ne pas suivre pour porter leur désaccord devant les tribunaux »*. Cf. M. ZAVARO avec la collaboration de J. ZAVARO, Guide de l'expertise judiciaire, *Ann. des Loyers*, Mai-Juin 2012, n° 1, p. 625.

[1171] Dans ce cas, il ne semble pas que l'on puisse affirmer que l'arbitre agisse en tant que juge mais plutôt de mandataire commun des parties. Ainsi, une distinction pourrait être faite entre l'arbitrage juridictionnel *« dont la mission est de trancher des litiges »* et l'arbitrage contractuel, *« dont la mission est de procéder à des aménagements conventionnels »*. Toutefois, rien n'interdit à un juge de trancher des litiges de nature économique, dès lors que ces derniers ne sont pas exclus de la fonction juridictionnelle. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.34-35. Toutefois, les régimes de ces deux types d'arbitrage se sont rapprochés. Cf. A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 725.

[1172] Ce dernier pouvant en effet, depuis le décret précité, intervenir en tant que médiateur à condition toutefois de ne pas exercer son activité ultérieurement dans la même affaire. Cf. N. FRICERO, Note sous le décret n° 2011-1173 du 23 septembre 2011, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 246.

[1173] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 19, p. 7. Cf. *Supra* n° 101.

[1174] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 16, p. 7.

[1175] « En l'absence de toute réglementation légale ou réglementaire ». Cf. R. MARTIN, « Quand le grain ne meurt … de conciliation en médiation », *J.C.P.*, G., 1996, I, 3977, note de bas de page, p. 439.

articles du CPC ayant trait au médiateur[1176] étant issus de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et d'un décret du 22 juillet 1996 concernant la médiation judiciaire[1177]. Pourtant, avant le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 qui a été pris en application de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 transposant la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, la notion de médiation conventionnelle n'était pas inexistante, une définition pouvant en être donnée en l'absence de régime qui lui soit spécifique[1178]. D'ailleurs, au regard de l'arrêt du 8 avril 2009 qui a étendu la solution issue de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 février 2003 à une clause de médiation, il était confirmé, qu'en dehors de tout procès, par le biais d'une clause conventionnelle, il était possible de recourir à un médiateur comme il était envisageable de recourir à un conciliateur dans le cadre d'un processus extrajudiciaire. Or, désormais avec le décret précité est inséré le Livre V dans le CPC qui s'intitule la « résolution amiable des différends » résultant de l'initiative des parties[1179] et instaure la médiation conventionnelle qui est ainsi dotée d'un régime distinct de celui de la médiation judiciaire[1180]. La conciliation et la médiation conventionnelles sont définies de la même façon au regard du nouvel article 1530 du CPC. Les similitudes concernant le médiateur et le conciliateur ayant trait notamment à l'exercice de leur mission ne permettent pas d'opter pour un mode de règlement du litige plutôt qu'un autre. Selon le décret du 20 janvier 2012, tant le médiateur que le conciliateur doivent accomplir leur mission avec impartialité, compétence et diligence[1181]. Le choix dépend donc d'autres critères. Ce n'est qu'au regard des différences entre les deux types de mode de règlement du litige qu'il est possible de préférer l'un à l'autre. Or, concernant la conciliation conventionnelle, le décret précité procède *« essentiellement à une réorganisation formelle des textes actuels »*[1182] et ne prévoit que la conciliation conventionnelle effectuée par un conciliateur

---

[1176] Articles 21 et 131-1 à 131-15. Cf. aussi P. COUVRAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conciliation et médiation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 160, 2003, n° 68, p. 9.

[1177] De plus, dans le Juris-Classeur de procédure civile, l'article ayant trait à la conciliation et à la médiation comprenait un titre intitulé « conciliation extrajudiciaire » sans faire référence au terme « médiation ». Cf. P. COUVRAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conciliation et médiation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 160, 2003, n° 211-225, p. 24-25. Il semblerait que lorsque l'on définit les « règlements amiables des litiges » l'on évoque d'une part, ceux qui *« sont intégrés dans un processus judiciaire, comme la conciliation par le juge lui-même, dont c'est la mission, la conciliation déléguée par le juge, ou la médiation dite judiciaire »* et ceux qui *« sont extrajudiciaires »*. Cf. N. FRICERO, « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement… », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Editions Dalloz, 2010, p. 146-147.

[1178] La médiation conventionnelle permet aux parties de *« tenter une approche amiable avec le concours d'un tiers qualifié librement choisi, neutre et sans pouvoir de décision, c'est-à-dire un médiateur »*. Cf. Le groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME), « La médiation », *Bull. d'information,* 2006, Hors-série n° 4, p. 3. Elle relève dès lors du droit commun des contrats. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « La médiation familiale : aspects juridiques et politiques », *Rev. jur. Personnes & Famille*, 2010, p. 9.

[1179] F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 290.

[1180] Par exemple, l'obligation de compétence est moins stricte que celle imposée dans le cadre de la médiation judiciaire. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291.

[1181] F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 290.

[1182] *« Sont ainsi abrogées plusieurs dispositions du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice pour les transférer dans le Code de procédure civile (CPC, art. 1536 à 1541 crées ; D. n° 2012-66, art. 2) »*. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291.

de justice[1183]. En cas de choix par les parties d'un conciliateur qui ne revêt pas la qualité de conciliateur de justice au moment de la rédaction d'une clause de conciliation préalable, le régime à mettre en œuvre devrait être similaire à celui ayant trait à la médiation conventionnelle[1184]. D'où une absence d'intérêt de choisir un mode de règlement plutôt qu'un autre à cet égard. Concernant la compétence, le même décret énonce que le médiateur extrajudiciaire n'a pas l'obligation d'apporter la preuve qu'il a suivi une formation ou qu'il bénéficie d'une expérience dans le cadre de la médiation dès lors qu'il connaît la nature du litige par le biais de la pratique d'une activité qui l'aurait doté de cette qualification[1185]. Le conciliateur de justice, quant à lui, est un auxiliaire de justice assermenté, bénévole et doit seulement faire état d'une expérience juridique de trois mois au minimum[1186]. Le choix entre le médiateur et le conciliateur conventionnels peut par exemple s'effectuer en fonction de la différence de coût concernant le recours à ces tiers[1187] puisqu'à la différence du médiateur, le conciliateur exerce ses fonctions gratuitement[1188]. La médiation est une charge, un travail rémunéré, pouvant ainsi entraîner des difficultés[1189]. Selon le Doyen Olivier Cachard, l'option tient *« davantage à la personne du tiers neutre choisi d'un commun accord »*[1190]. Par ailleurs, il a été fait état d'une différence de degré dans le rôle actif ou passif du tiers dans la façon de régler le litige. Il a été enoncé que le médiateur, à la différence du conciliateur, joue un rôle actif dans le débat[1191], c'est-à-dire qu'il propose des solutions aux parties[1192] mais il n'a pas le pouvoir de trancher le

---

[1183] F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291.

[1184] F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291.

[1185] Alors qu'il s'agit d'une exigence cumulative dans le cadre de la médiation judiciaire. Or, cela est critiquable car *« Comprendre la nature du différend ne suffit pas pour mener à bien un processus de médiation »*. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291. Cf. aussi O. CACHARD, « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, 4721, n° 17, p. 76.

[1186] *D. n° 78-381, art. 2, al. 2.*

[1187] R. MARTIN, « Quand le grain ne meurt … de conciliation en médiation », *J.C.P.*, G., 1996, I, 3977, n° 12, p. 441.

[1188] Néanmoins, en application du décret n° 2006-687 du 12 juin 2006, modifiant le décret n° 78-381 du 20 mars 1978, relatif aux conciliateurs de justice, ces derniers bénéficient d'une indemnité forfaitaire dont le paiement est effectué chaque trimestre pour rembourser les petites dépenses de « secrétariat, téléphone, documentation, affranchissement ». Cf. D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 325.11, p. 762.

[1189] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 52.

[1190] O. CACHARD, « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, 4721, n° 17, p. 76.

[1191] J.-M. COULON, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 135. Dans le même sens, P. COUVRAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conciliation et médiation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 160, 2003, n° 170, p. 20 ; Ph. BOULISSET, Ch. COUCHET, avec la participation de E. MOUTET, *Guide de la conciliation*, Mars 2011, Editions Edilaix, p. 9 ; N. DION, *De la médiation. Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, Avant-dire de Jean-Louis Sourioux, Editions mare & martin, 2011, p. 63.

[1192] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 51.

litige, c'est-à-dire qu'il ne peut imposer sa solution aux parties[1193]. Selon un autre auteur, la conciliation *« consiste à rapprocher les parties de façon à ce qu'elles s'entendent directement pour apporter d'elles-mêmes une solution à leur litige. C'est en cela que la conciliation peut être « l'instrument procédural » d'une transaction laquelle consiste pour les parties à trouver un accord au prix de concessions mutuelles »*[1194]. La médiation permet de rapprocher les personnes en conflit, afin de parvenir à une solution négociée[1195] en les invitant ainsi à dépasser leurs points de désaccord[1196]. Mais pour d'autres auteurs, *« entre la conciliation et la médiation, la différence est plus de degré que de nature »*[1197]. La doctrine ne semble donc pas unanime concernant la définition de la mission assignée à chacun d'eux[1198]. Le recours au médiateur s'effectue lorsque le procès ne peut plus être évité[1199]. Selon le code de conduite européen pour la médiation, celle-ci est « une procédure au cours de laquelle deux parties conviennent de désigner un tiers – dénommé médiateur – afin de les aider à résoudre leur différend en parvenant à un accord sans qu'une décision judiciaire ne soit rendue »[1200]. Du point de vue de la possibilité tant pour le conciliateur que le médiateur d'aider les parties à trouver une solution[1201] à leur différend, il ne semble pas que le choix du tiers selon qu'il revête la qualité de médiateur ou de conciliateur soit déterminant dans le choix du recours à la médiation ou à la conciliation au regard du flou de la frontière entre ces deux catégories de tiers. En revanche, dès lors que la nature du litige implique

---

[1193] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9ième édition, 2012, n° 715, p. 581. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 202.

[1194] B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D. civ.*, 2003, p. 411-412.

[1195] J. RAJSKI, « La résolution des litiges commerciaux internationaux par la voie de la médiation », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 499.

[1196] Le médiateur, « va les aider à formuler leurs demandes en termes clairs, personnels et fidèles, leurs griefs, leurs valeurs communes ou divergentes, leurs histoires. Par une question pertinente, au bon moment, une maïeutiquequi demande une grande puissance personnelle en même temps qu'un relatif effacement, il va les acheminer vers leur solution ». Cf. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, « Que sais-je ? », PUF, 1995, 2009, p. 70-71.

[1197] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 585, p. 1272. Voir dans le même sens : G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 51 ; D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 325.12, p. 762.

[1198] Selon un auteur la distinction réside dans la différence entre le conflit défini comme « le différend non juridique » et le litige comme « le différend juridique », puisque « le conciliateur travaille sur le litige, le médiateur sur le conflit ». B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D. civ.*, 2003, p. 415-416 ; 421.

[1199] *« Si la conciliation – en portant sur le litige – permet d'éviter le procès, la médiation se justifie parce que le procès ne peut plus être a priori évité. Mais parce que la conciliation avorte en raison du contexte conflictuel du litige, la médiation portera sur le conflit qu'elle a pour mission d'éradiquer, et ainsi redonnera à la conciliation une chance d'aboutir »*. Cf. B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D. civ.*, 2003, p. 421.

[1200] http://ec./europa.eu./civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_fr.pdg. Cité par D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 325.12, p. 762.

[1201] B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D. civ.*, 2003, p. 420.

l'intervention d'un technicien, une hésitation est permise notamment quant à la spécificité de chacun des MARL.

104. Le choix d'un des MARL en fonction des spécificités propres à chacun d'eux – Lorsqu'il est nécessaire de recourir à un tiers spécialiste au regard de la technicité de l'objet du litige, tant le recours à la médiation qu'à la convention de procédure participative étant possible, les parties favorisent parfois le recours à la convention de procédure participative assistée par avocat. L'avantage de recourir à cette dernière plutôt qu'à la médiation se manifeste par exemple dans la possibilité offerte aux parties de faire état des éléments factuels dans une sécurité similaire à celle qui existe dans le cadre d'une procédure judiciaire[1202]. De plus, en cas d'échec du processus amiable et de procès intenté ultérieurment, les avantages sont aussi plus importants que ceux qui résultent d'une médiation. L'option entre ces modes de règlement du litige, cependant, est limité aux cas dans lesquels le litige est déjà né, la conclusion d'une convention de procédure participative impliquant l'existence d'un différend au regard de la définition issue de l'article 2062 du Code civil[1203]. De plus, cette option est inexistante lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Par ailleurs, la stratégie consistant à opter pour la convention de procédure participative n'empêche pas parallèlement d'avoir recours à la médiation, les parties pouvant confier à un médiateur certaines difficultés résultant du litige[1204]. De façon similaire, en cas d'urgence, il n'est pas interdit aux parties de demander au juge de prendre des mesures provisoires ou conservatoires en application de l'article 2065 du Code civil. Le choix d'un MARL n'est donc pas alternatif à un autre MARL. Une conciliation entre les différents MARL est parfois envisageable tout comme il est possible de concilier les modes juridictionnels avec les modes amiables de règlement du litige, le juge comme l'arbitre ayant la mission de tenter de concilier les parties[1205]. Au final, il convient donc de s'interroger sur le choix le plus opportun de l'acte réglant le litige, celui-ci induisant parfois celui du mode amiable de règlement du litige mais pas obligatoirement, chacun d'entre eux pouvant par exemple permettre aux parties d'aboutir à une transaction. Dès lors, il convient de s'interroger sur l'éventuelle existence d'une stratégie dans le choix du mode de solution des contestations auquel peut aboutir chacun d'eux.

§2 : La stratégie dans le choix de l'acte de règlement du litige

105. L'étude des effets résultant les différents types de solutions conventionnelles nous conduit à rechercher s'il existe une stratégie dans le choix de l'acte amiable de règlement des contestations. Ce faisant, il s'agit au préalable de définir ce que l'on entend par « acte de règlement du litige » en dehors de toute instance. D'une manière générale, on énonce que

[1202] N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *Act. Jur. famille*, 2012, p. 67.
[1203] *Supra* n° 71.
[1204] H. BERANGER, Entretien avec H. POIVEY LECLERCQ, « La convention de procédure participative », *J.C.P.*, G., 2011, n° 70, p. 155.
[1205] Ph. BOULISSET, Ch. COUCHET, avec la participation de E. MOUTET, *Guide de la conciliation*, Mars 2011, Editions Edilaix, p. 14.

l'aboutissement naturel d'un règlement amiable est une transaction[1206] qui peut recevoir la force exécutoire, mais existe-t-il d'autres accords qui sont susceptibles d'être dotés de la même force exécutoire?

106. Le droit à l'exécution des règlements amiables et son absence d'incidence sur le choix de l'acte du règlement amiable – Après que l'arrêt du 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, ait été rendu par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme[1207], la question s'est posée de savoir si la solution issue de ce dernier devait uniquement s'appliquer aux décisions de justice ou si elle pouvait aussi englober les règlements amiables. Une réponse positive semblait s'imposer[1208]. C'est d'ailleurs ce qu'a ensuite décidé cette même cour dans un arrêt du 21 avril 1998, *Estima Jorge c/ Portugal*[1209]. Cependant, une seconde question plus précise en découle : la solution s'applique-t-elle uniquement aux règlements amiables qui ont lieu pendant l'instance ou s'étend-elle aux autres modes de solution conventionnels ? Les parties peuvent constater leur conciliation par le biais d'un acte qui a seulement la valeur d'un titre privé qui facilite néanmoins la preuve du bien fondé d'une demande ou de l'existence d'une créance fondée en son principe permettant de recevoir du juge l'autorisation d'effectuer des mesures conservatoires[1210]. Toutefois, dans certaines hypothèses, l'accord des parties est susceptible de bénéficier de la force exécutoire par le biais de l'intervention du juge. Tel est le cas de la transaction[1211] mais la question se pose pour les autres accords effectués en dehors de toute instance. D'ailleurs, en dehors d'un procès, il est possible pour les parties d'obtenir la force exécutoire par l'intermédiaire d'un notaire qui va revêtir la transaction de la forme authentique et en délivrer une copie exécutoire[1212]. Il ressort d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 21 octobre 2010 que l'acte sous-seing privé de transaction qui a été déposé par les parties aux minutes d'un notaire peut bénéficier de la qualité de titre exécutoire[1213]. Désormais, il convient de ne plus faire la distinction entre cette dernière catégorie d'acte et celle qui concerne une transaction établie par un notaire rédacteur qui, en application de l'article 3, 4° de la loi du 9 juillet 1991, est qualifiée de transaction exécutoire comme celle qui est homologuée par le

---

[1206] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 585, p. 1271.

[1207] *Supra* n° 9.

[1208] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 601, p. 1219.

[1209] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 601, p. 1320.

[1210] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 212.11, p. 42.

[1211] En application de l'article 1441-4 du CPC selon lequel *« le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté »*.

[1212] Cf. Ch. JARROSSON, « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 62.

[1213] Le notaire peut conférer la force exécutoire à une transaction qu'il a reçue. Pour ce faire, la transaction rédigée sous seing privé doit avoir été déposée aux minutes d'un notaire pour obtenir les effets d'un acte authentique et qu'il en soit délivré une copie exécutoire. Cf. E. PUTMAN, Observations sous Civ. 2e, 21 octobre 2010, *Dr. et procéd.*, 2011, p. 20-21.

président de tribunal de grande instance conformément à l'article 3, 1° de la même loi. Avant le décret du 20 janvier 2012 instituant le Livre V dans le CPC portant sur la résolution amiable des différends, le plus souvent, lorsqu'on évoquait les accords trouvés avec l'intervention d'un conciliateur et revêtus de la force exécutoire, on faisait référence à l'article 131-12 et à l'ancien article 832-8 du CPC qui concernent les accords conventionnels qui ont lieu à l'occasion d'une instance[1214]. Devait-on en déduire qu'en dehors de tout procès la force exécutoire était envisageable uniquement pour la transaction? Les termes « solution transactionnelle », employés par certains auteurs[1215] pour désigner la solution que le conciliateur a pour mission de proposer aux parties, pouvaient le laisser penser[1216]. Or, si en dehors de toute instance, seule la transaction est susceptible d'être revêtue de la force exécutoire, la stratégie consistant à choisir d'aboutir à une transaction plutôt qu'à un autre mode de solution semble aller de soi au regard de l'avantage permettant de mettre œuvre des mesures d'exécution forcée. Certes, la transaction aussi peut rester un acte privé mais dans cette hypothèse, son efficacité est moindre. Etant donné qu'elle est un contrat synallagmatique, en cas d'inexécution de la concession incombant à l'une des parties, l'autre peut lui opposer l'exception d'inexécution ou demander la résolution pour inexécution mais ces concessions respectives ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée[1217]. Ces dernières ne sont efficaces que si le juge confère à la transaction la force exécutoire. Certains auteurs font état de différents cas de figure concernant les accords conventionnels extrajudiciaires susceptibles de bénéficier de la force exécutoire. Messieurs les Professeurs Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland distinguent au sein de la conciliation extrajudiciaire deux hypothèses. La première concerne les parties qui se concilient elles-mêmes, sans ou avec l'aide de leurs conseils « qui régulariseront un protocole d'accord, qui est une transaction » et qui est susceptible d'être revêtu de la force exécutoire, alors que la seconde a trait à la conciliation effectuée par le conciliateur de justice dont l'accord peut bénéficier de la force exécutoire s'il est soumis au juge d'instance[1218]. Mais il n'est pas énoncé que cet acte revêt la qualité d'une transaction[1219]. De même, Madame la Professeure Natalie Fricéro distingue, en ce qui concerne les accords trouvés en dehors de tout procès et revêtus de la force exécutoire, la transaction, du

---

[1214] B. GORCHS, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Rev. de l'arbitrage*, 2008, n° 2, p. 35.

[1215] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 585, p. 1272 ; X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 381.

[1216] Même si selon un auteur, le conciliateur ou le médiateur doit seulement aider les parties à trouver une solution, celle-ci tend à revêtir la qualité d'une transaction. Cf. B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D. civ.*, 2003, p. 421. D'ailleurs, dans le cadre d'une instance, il est énoncé que *« L'arrangement obtenu par le juge ou par le tiers mandaté peut en réalité recouvrir soit une abdication pure et simple d'une des parties soit plus souvent une véritable transaction »*. Cf. P. COUVRAT, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conciliation et médiation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 160, 2003, n° 10, p. 3. Tout dépendait donc de la question de savoir si l'on pouvait raisonner par analogie ou pas avec les solutions données au cours d'une instance pour connaître la nature de l'accord effectué en dehors de tout procès.

[1217] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 433.21, p. 189.

[1218] L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 426, p. 305-306.

[1219] D'ailleurs, selon un auteur, si le plus souvent il s'agit d'une transaction, tel n'est pas le cas si l'accord ne comporte pas de concessions réciproques. Cf. X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 383.

« constat d'accord du conciliateur de justice »[1220]. On peut aussi désormais faire état de l'accord issu de la convention de procédure participative en application de l'article 2066 du Code civil[1221] entré en vigueur depuis le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 qui a été pris notamment en application de l'article 37 de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 instituant la convention de procédure participative. L'homologation est désormais prévue pour les différents modes de règlement amiables des litiges[1222] issus du nouveau Livre V inséré dans le CPC depuis le décret précité[1223]. Lorsque rien n'est précisé concernant les accords conventionnels, la stratégie semble consister à aboutir à ceux qui peuvent bénéficier de la force exécutoire plutôt qu'à ceux dont la valeur est moindre. L'accord qui n'est pas homologué reste un contrat soumis à l'article 1134 du Code civil[1224]. Dans le domaine du droit du travail, un régime dérogatoire s'applique pour les litiges qui ne sont pas transfrontaliers. Concernant les différends d'ordre interne, le décret fait référence aux limites issues de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 transposant la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Si le recours à la convention de la procédure participative est interdit en la matière en application de l'article 2064 du Code civil, la médiation conventionnelle, quant à elle, est différente de la médiation judiciaire prévue par l'article 21 de la loi du 8 février 1995 ainsi que l'article 1530 du CPC. De plus, l'accord auquel elle aboutit ne peut faire l'objet d'une homologation. Il n'en demeure pas moins que la médiation conventionnelle n'est pas illicite concernant les litiges nés d'un contrat de travail ; elle est qualifiée de « pratique contractuelle non réglementée ». Si l'accord, qui résulte d'une médiation conventionnelle, ne peut être homologué au même titre que les autres modes amiables en application du nouvel article R. 1471-1 du Code du travail créé par l'article 7 du décret n° 2012-66, et qu'il ne peut revêtir la qualité de transaction et donc à ce titre être également homologué par le conseil des prud'hommes en application des nouveaux articles 1568 et 1565 alinéa 1 du CPC[1225] ou obtenir la force exécutoire par le biais de l'intervention d'un notaire, il peut néanmoins être qualifié de contrat classique[1226]. En revanche, en dehors de cette hypothèse particulière concernant un différend issu d'un contrat de travail, dans les matières dans lesquelles le recours à tous les modes amiables sont admis, il y a lieu de s'interroger sur la stratégie

---

[1220] Et au cours d'une instance « le procès-verbal de conciliation » issu d'une conciliation effectuée par le juge lui-même, de la conciliation constatée par le juge mais qui a eu lieu en dehors de la présence de ce dernier ». Cf. N. FRICERO, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 1, 2010, p. 8-10.

[1221] Qui fait référence à une possible « homologation » par le juge comme en ce qui concerne l'accord de médiation conformément à l'article 131-12 du CPC. Cf. N. FRICERO, « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement… », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 14, p. 152.

[1222] F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291-292.

[1223] Au titre des « dispositions communes », le nouvel article 1565 du CPC dispose que « L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée ». Par ailleurs, le nouvel article 1568 du même code énonce notamment que l'article précité s'applique à la transaction effectuée en dehors d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative.

[1224] N. FRICERO, Note sous Civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 245.

[1225] Crées par le décret n° 2012-66 précité dans son article 2.

[1226] Bénéficiant de la force obligatoire conformément à l'article 1134 du Code civil. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 293.

consistant dans le choix d'aboutir à une transaction plutôt qu'à un accord proposé par le conciliateur ou le médiateur puisque celui-ci n'est pas obligatoirement une transaction, dès lors qu'ils sont tous les deux susceptibles d'être revêtus de la force exécutoire[1227]. S'il ne demeure pas de différences entre les effets de la transaction et ceux des autres accords concernant la force exécutoire, la stratégie est peut-être inexistante. Ainsi, au regard de la qualification d'« actes judiciaires non juridictionnels » donnée à ces actes qui résultent de l'accord des parties qui, même après le décret instituant un livre V sur les modes amiables, sont susceptibles d'être toujours qualifiés de la sorte, les effets de ces derniers semblent identiques. Il n'est pas possible d'user des voies de recours pour les contester mais uniquement des voies de nullité[1228]. De plus, au même titre que la transaction qui, dès lors qu'elle est rendue exécutoire, constitue un « titre exécutoire » au sens de l'article 3, 1° de la loi du 9 juillet 1991[1229], ils peuvent revêtir la qualité de titre exécutoire. Or, avant l'ordonnance précitée du 16 novembre 2011, l'accord trouvé avec l'aide du conciliateur de justice qui n'encourait pas la qualification de transaction mais qui pouvait faire l'objet d'un constat d'accord, si le juge était en mesure de conférer à celui-ci la force exécutoire permettant aux parties de mettre en œuvre les voies d'exécution forcée, il ne figurait pas dans la liste des titres exécutoires tels qu'ils sont définis dans l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991. Cela avait une incidence sur la prescription de l'exécution de l'accord puisque la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 sur la prescription ne faisait pas expressément référence au constat d'accord doté de la force exécutoire étant donné qu'elle ne vise que les titres définis aux 1° à 3° de l'article 3 précité. Ainsi, les accords qui étaient revêtus de la force exécutoire mais qui se distinguaient des procès-verbaux de conciliation qui ont lieu pendant l'instance ne pouvaient être exécutés que « pendant le temps de prescription de la créance qui en (est) *était* l'objet »[1230]. Désormais, en application du nouveau 1° de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991[1231] *« sont des titres exécutoires les accords auxquels les juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif ont conféré force exécutoire »*. Concernant la liste des titres exécutoires, il convient donc de ne plus faire de distinction entre la transaction, l'accord de médiation, le procès-verbal ou l'accord de conciliation[1232] ainsi que l'accord issu d'une procédure participative[1233]. Cependant, si une évolution a eu lieu quant aux modalités d'obtention de la force exécutoire et si demeurent quelques différences en la matière entre les différents types d'actes de règlement, celles-ci ne semblent pas justifier le choix du recours à l'un plutôt qu'un autre.

[1227] La question ne se poserait pas si l'on partait de l'hypothèse selon laquelle le conciliateur n'a pas pour mission de proposer une solution aux parties mais aide seulement ces dernières à se concilier et à aboutir éventuellement à une solution transactionnelle. Cf. B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D. civ.*, 2003, p. 420.

[1228] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 1028, p. 711-712.

[1229] Comme l'énonce la loi n° 99-957 du 22 novembre 1999. Cf. Y. DESDEVISES, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.*, 2000, Chron., p. 284.

[1230] C'est-à-dire en principe pendant 5 ans alors que les procès-verbaux de conciliation peuvent être, quant-à-eux, exécutés pendant 10 ans. Cf. N. FRICERO, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 1, 2010, p. 10.

[1231] Devenant CPC, ex-art. L. 111-3.

[1232] Article 131 du CPC.

[1233] Article 2066 du Code civil. Cf. H. CROZE, « Médiation : entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la directive Médiation », *Procédures*, 2012, Repère, n° 2.

107. L'évolution d'une stratégie limitée dans le choix entre les différents accords conventionnels – Avant le décret précité du 20 janvier 2012, il convenait de faire état de certaines différences et il semblerait qu'il était plus avantageux d'aboutir à une transaction qu'à un contrat n'encourant pas cette qualification. Dans le cas de la transaction, une seule des parties au contrat peut demander par requête au juge qu'il confère à l'acte l'exécution forcée en application de l'article 1441-4 du CPC. La décision du président du TGI ayant la nature d'une ordonnance sur requête[1234], il est possible, en application de l'article 496 du CPC, en cas de refus du juge de faire droit à la requête, de former un appel concernant les conditions d'octroi de la force exécutoire dans un délai de 15 jours alors que cette possibilité, avant le décret, ne semblait pas admise pour les autres types d'accords de conciliation[1235]. Si cette différence de régime jouait en faveur de la transaction, il n'était néanmoins pas certain qu'elle eut été déterminante dans le choix du recours à cette dernière plutôt qu'à un autre mode de solution des contestations. Désormais, si la solution est inchangée concernant la transaction, l'accord trouvé à la suite de la conclusion d'une convention de procédure participative peut également faire l'objet d'une homologation judiciaire à la demande d'une des parties[1236]. En revanche, si l'homologation de la médiation conventionnelle peut être demandée par les deux parties, elle peut l'être aussi par l'une d'elles mais à condition d'obtenir l'accord de l'autre[1237]. Il devrait en être de même concernant la conciliation conventionnelle lorsqu'il est fait appel à un conciliateur ne revêtant pas la qualité d'un conciliateur de justice, le décret n'envisageant que la conciliation menée par celui-ci[1238]. Puisque des dispositions communes aux différents processus conventionnels régissent l'efficacité de l'accord, de même que la transaction que celle-ci soit issue ou pas d'une médiation, d'une conciliation ou d'une convention de procédure participative[1239], l'article 1441-4 du CPC est abrogé. Au regard de l'amoindrissement des distinctions entre les divers règlements amiables des différends, reste un point de divergence entre la transaction et les autres accords amiables qui peut être susceptible à lui seul d'induire une stratégie dans le choix de l'acte de règlement des contestations.

108. Une stratégie possible au regard de certains effets propres à chacun d'eux – Dans certaines hypothèses, la conciliation s'effectue par le biais de quelques concessions. Or, si certaines conditions sont remplies, c'est-à-dire s'il existe une contestation née ou à naître ainsi

---

[1234] Comme l'a énoncé un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 24 mai 2007. Cf. N. FRICERO, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 1, 2010, p. 10 ; B. GORCHS, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Rev. de l'arbitrage*, 2008, n° 7, p. 38.

[1235] N. FRICERO, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 1, 2010, p. 10. En effet, rien n'était fixé en la matière eu égard notamment au décret du 20 mars 1978, (article 9 alinéa 3). Cf. du même auteur, Observations sous Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 24 mai 2007, *Dalloz*, 2007, Panorama, p. 2430 et « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement… », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 14, p. 152.

[1236] CPC, art. 1557, al. 1 créé ; D. n° 2012-66, art. 2. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 292.

[1237] CPC, art. 1534 créé ; D. n° 2012-66, art. 2. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291.

[1238] Le recours au conciliateur en application d'une clause de conciliation préalable devrait suivre le régime de la médiation conventionnelle. Cf. F. RONGEAT-OUDIN, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P.*, G., 2012, 157, p. 291.

[1239] CPC, art. 1568 créé ; D. n° 2012-66, art. 2.

que des concessions réciproques[1240], la conciliation peut alors prendre la forme d'une transaction et entraîner ainsi des effets différents tels que notamment l'autorité de la chose jugée[1241]. Il ne s'agit pas ici de dessiner les contours de la transaction, mais de se demander dans quelles mesures, le recours à ce mode conventionnel de solution des contestations[1242] peut être un choix stratégique. Hormis le cas de la force exécutoire dont est susceptible de bénéficier la transaction, celle-ci est un contrat qui comporte des spécificités par rapport aux accords qui sont l'aboutissement des autres modes amiables de résolution des litiges. Par exemple, si l'objet de la prétention ayant donné lieu à la transaction est annulé par la suite, cela ne remet pas en cause la transaction effectuée auparavant. En effet, la transaction ne pourra pas être remise en cause même en cas d'annulation du droit sur la base duquel la transaction s'est effectuée. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 janvier 2003 dans lequel un contrefacteur poursuivi pour contrefaçon qui a mis un terme au conflit en versant dix millions de francs au titulaire du brevet par le biais d'une transaction, n'a pu modifier cette dernière malgré l'annulation ultérieure du brevet[1243]. Il peut donc être judicieux d'aboutir à une transaction pour l'une des parties qui souhaite obtenir rapidement satisfaction en sachant que le droit en cause est fragile et qu'il risque d'être remis en cause ultérieurement. A l'inverse, pour la partie qui verse une importante somme d'argent en échange d'une concession se fondant sur un droit incertain, il est stratégique d'éviter de recourir à un tel contrat. Tout dépend donc du résultat auquel les parties souhaitent aboutir. De plus, le recours à la transaction n'est pas toujours judicieux selon la matière considérée. Par exemple, une action en rescision, aujourd'hui l'action en complément de part, « n'est plus admise lorsqu'une transaction est intervenue à la suite du partage ou de l'acte qui en tient lieu sur les difficultés que présentait ce partage ou cet acte ». Si la transaction peut être rattachée aux catégories contractuelles, elle peut l'être tout autant aux catégories processuelles[1244]. Selon l'article 2052, alinéa 1er du Code civil, la transaction produit le même effet qu'un jugement puisqu'elle est dotée de l'autorité de la chose

[1240] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 214.11, p. 46.

[1241] Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 159.

[1242] Cf. G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 47.

[1243] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1628, p. 657.

[1244] Ch. JARROSSON, « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 61.

jugée en dernier ressort[1245]. Elle est donc un mode de règlement du litige. C'est ce que consacre de manière solennelle un arrêt de l'Assemblée plénière du 24 février 2006 selon lequel la promesse unilatérale de vente, insérée dans une transaction, peut éviter de se conformer à la formalité fiscale de l'enregistrement. Pourtant à la date du litige, le Code général des impôts exigeait que la promesse unilatérale de vente fasse l'objet d'un enregistrement. Toutefois, la nullité de la transaction n'a pas été obtenue. En effet, eu égard à l'autonomie juridique de la transaction, « *celle-ci est vue comme un ensemble qui transcende les éléments qui la composent. A ce titre, il est donc possible de tenir pour valable un élément qui serait en lui-même entaché de nullité, parce qu'il s'inscrit dans ce mode de règlement des litiges* » [1246]. La stratégie peut ainsi consister à inclure dans l'acte certains éléments qui, à eux seuls, feraient l'objet d'une nullité. A la différence des autres accords résultant des modes amiables issus du Livre V du CPC, seule la transaction bénéficie de l'autorité de la chose jugée. D'où la stratégie consistant à aboutir à une transaction plutôt qu'à un accord ne revêtant pas cette qualification au regard des effets attachés à l'autorité de la chose jugée.

109. Conclusion de la section 2 – La stratégie dans le choix de recourir à un tiers lors de la recherche d'un accord sur les points litigieux se confond parfois avec le mode amiable lui-même tel que celui de la médiation. Cependant, il n'en est pas toujours ainsi, un même MARL permettant le recours à des tiers revêtant des qualités différentes comme le prévoit le recours à la convention de procédure participative. Or, la stratégie dans le choix de la qualité du tiers qu'elle ait une incidence ou pas sur celui du MARL s'effectue en fonction de la nature du litige. Elle tend à satisfaire le but de l'institution[1247] et donc son efficacité en excluant toute utilisation à mauvais escient. En revanche, l'acte auquel aboutit le règlement amiable diffère dans ses effets selon la qualification qu'il encourt. Dans cette hypothèse, selon le but poursuivi par les parties ou l'une d'elles, il y a bien une stratégie dans le choix de l'acte de règlement, celui-ci n'impliquant pas obligatoirement le recours à un MARL plutôt qu'un autre, chacun d'entre eux pouvant par exemple aboutir à une transaction. D'où une stratégie seulement dans le choix du recours à un tiers en fonction du but poursuivi ainsi que dans l'acte de règlement des contestations au regard de certains effets propres à chacun d'eux.

110. Conclusion du chapitre 1 – Dans le cas d'une contestation née d'un rapport entre un débiteur et un créancier, ce dernier devra veiller à ne pas, par le biais d'une concession, effectuer

---

[1245] Elle peut donc bénéficier du qualificatif « d'équivalent juridictionnel ». Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 47. Elle met fin à un litige en éteignant le droit d'action des parties. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 429, p. 37. C'est ainsi que dans un arrêt du 21 mai 1997, la Cour de cassation énonce que : *« Si, pour déterminer si ces concessions sont réelles, le juge peut restituer aux faits, tels qu'ils ont été énoncés par l'employeur dans la lettre de licenciement, leur véritable qualification, il ne peut, sans heurter l'autorité de chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que cette transaction avait pour objet de clore en se livrant à l'examen des éléments de fait et de preuve. »*.Cf. Ch. JARROSSON, « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 68.

[1246] Cf. B. FAGES et J. MESTRE, « Le contrat : jurisprudence et principales questions d'actualité », *Rev. Lamy dr. civ.*, Février 2007, p. 30.

[1247] L'institution juridique pouvant être définie comme *« un ensemble de règles liées entre elles autour d'une finalité commune »*. Cf. R. GASSIN, « Une méthode de la thèse de doctorat en droit », *R.R.J.*, 1996, p. 1170.

une renonciation à une situation dans laquelle il bénéficie de certains avantages, tels que l'établissement d'une sûreté ou la possible obtention d'un jugement favorable[1248]. La transaction est un risque pour une partie qui aurait pu être complètement gagnante par rapport à l'autre en se voyant accordée par la sentence arbitrale ou la décision de justice la totalité de ses prétentions. Il convient donc d'étudier les intérêts en présence afin d'évaluer les chances de succès des prétentions respectives des litigants, la tentative du règlement du litige à l'amiable permettant d'ailleurs d'y contribuer. Si l'un d'eux a des chances d'obtenir gain de cause, il sera plus judicieux pour lui d'intenter une action devant les juridictions étatiques pour faire valoir ses droits plutôt que d'aboutir à un règlement négocié du litige. En revanche, la stratégie est différente pour celui dont la résistance à la prétention adverse ne semble pas justifiée d'un point de vue juridique. Dans ce cas, il sera plus intéressant pour lui d'abandonner certaines de ces prétentions pour au final être moins perdant que si un procès avait eu lieu. Il en est de même si les parties souhaitent maintenir leurs relations contractuelles à l'avenir. Les frais des dépens, étant à la charge de la partie perdante, doivent aussi être pris en compte dans la détermination du choix de chacune des parties. Par ailleurs, la solution issue de l'arrêt d'une Chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003 qui énonce que le non-respect d'une clause de conciliation insérée dans les contrats entraîne une fin de non-recevoir de la demande amoindrit la liberté des parties qui sont désormais liées par une telle clause alors que le recours à cette dernière avait justement pour but de tenter de trouver une solution amiable tout en ayant la possibilité d'y renoncer ultérieurement au moment de sa mise en œuvre. Une telle jurisprudence peut dissuader celles-ci d'insérer une clause de cette nature dans leur contrat avant la naissance du litige car il va peut-être de leur intérêt, lorsque le litige survient, de trouver rapidement une solution et donc d'agir directement devant le juge, le recours à ce mode alternatif étant dès lors inadapté aux intérêts en jeu, notamment au regard du ralentissement du processus d'aboutissement à une décision et de l'augmentation inutile des coûts[1249] bien que parfois celui-ci soit susceptible d'accélérer la procédure en cas de procès ultérieur. Il avait déjà été proposé qu'il serait opportun que le législateur fixe les lignes générales des modes conventionnels de règlement des litiges en ce qui concerne par exemple leurs conditions de mise en œuvre qui devraient respecter certains principes[1250]. Il convient de faire en sorte que le recours à ces clauses soit placé sous le signe de la liberté sous peine de les dénaturer. Ce faisant, l'effet de ces clauses consistant dans une phase préalable à tout procès devrait faire l'objet d'une information des parties par exemple par le biais de la prise d'une mesure spécifique dans l'acte à l'image de celle qui concerne la dérogation aux règles territoriales de compétence entre les commerçants. Par ailleurs, il est possible de pallier l'éventuelle perte de temps dûe au recours du mode amiable préalable obligatoire en prévoyant dans l'acte un délai butoir dans lequel doit se dérouler la conciliation. D'ailleurs, tel est le cas concernant la convention de procédure participative qui a été qualifiée de *« pacte de non*

[1248] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 214.13, p. 47.

[1249] O. CUPERLIER, « Une nouvelle avancée de la médiation ? », note sous Cass. 1ère civ., 8 avril 2009, *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 43, p. 21.

[1250] Tels que par exemple, « l'indépendance du médiateur, le caractère non coercitif du processus susceptible d'être abandonné par une partie à tout instant, la confidentialité des échanges, etc. ». Cf. O. CUPERLIER, « Une nouvelle avancée de la médiation ? », note sous Cass. 1ère civ., 8 avril 2009, *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 43, p. 20, 22.

agression à durée déterminée »[1251]. D'une manière générale, en dehors du recours à la convention de procédure participative, il semble plus stratégique d'insérer une clause préalable de règlement amiable plutôt que de ne pas y recourir, la tentative de conciliation pouvant permettre aux parties de mettre un terme à leur litige[1252] et de gagner du temps dans la phase contentieuse en cas de procès ultérieur. S'il existe bien une stratégie dans le choix du mode de règlement du litige en ce qui concerne le choix des MARL par préférence aux modes juridictionnels, en revanche, pour ce qui a trait au choix d'un MARL de préférence à un autre, la stratégie est moins certaine notamment au regard du nouveau livre V inséré dans le CPC ayant trait à la « résolution amiable des différends ». L'efficacité de la stratégie consistant à recourir aux modes amiables plutôt qu'à un autre mode de règlement du litige dépend de l'objectif à atteindre. Si le but poursuivi par les parties se confond avec le but de l'institution des MARL qui vise à aboutir à une solution négociée du litige, il convient de distinguer selon que le recours aux MARL est prévu avant le litige par le biais de clauses contractuelles ou s'il s'effectue au moment du litige né. Dans le premier cas, l'aboutissement au résultat prévu au départ n'est pas certain étant donné qu'il n'est pas envisageable de prévoir le comportement des parties au moment de la mise en œuvre de ces clauses contrairement au recours aux procédés de justice privée qui rendent possible l'anticipation de la stratégie de l'adversaire. L'efficacité de la stratégie dépend uniquement de l'état d'esprit des parties. Or, ce dernier peut évoluer au fil du temps. En revanche, tel n'est pas le cas lorsque les parties ont recours aux MARL une fois le litige né, l'aboutissement à un mode négocié du litige semblant certain étant donné que ces dernières ont un intérêt commun lié au règlement amiable. Cependant dans cette hypothèse, la concurrence avec les modes juridictionnels du règlement du litige est plus prégnante, ceux-ci permettant parfois d'aboutir au même résultat avec des garanties qui leur sont spécifiques au regard de la possible conclusion de conventions portant sur l'encadrement des pouvoirs du juge ou de l'arbitre. Par ailleurs, si la stratégie ne se confond pas avec le but de l'institution consistant à aboutir à une solution conventionnelle du litige mais tend, à l'inverse, à user d'un moyen dilatoire, elle peut être efficace à condition toutefois que le recours à un tel MARL ait été prévu dans le contrat avant la naissance du litige afin de lier les deux parties au contrat, le but poursuivi par chacune d'elles étant susceptible de se modifier au cours du temps. Il semblerait en effet, qu'une fois le litige né, l'une des parties souhaitant obtenir rapidement une décision en sa faveur agisse directement devant les juridictions si elle a des chances d'obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux. Dans le cas où le règlement amiable du litige n'est pas approprié, les parties ont généralement recours à un mode juridictionnel du règlement du litige et se posent la question de savoir s'il est plus opportun de se tourner vers l'arbitrage plutôt que vers les juridictions étatiques ou inversement. D'ailleurs, le plus souvent, en cas d'échec de la procédure de conciliation, les parties ont pu rédiger d'autres types de clauses, et notamment une clause

[1251] H. BERANGER, Entretien avec H. POIVEY LECLERCQ, « La convention de procédure participative », *J.C.P.*, G., 2011, n° 70, p. 154.

[1252] J. BEGUIN, Entretien avec Monsieur Marco DARMON, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *J.C.P.*, G., 1996, I, 3976, p. 438.

compromissoire[1253], l'arbitrage faisant généralement suite à une conciliation ou une médiation qui a échoué[1254]. Ce qui nous conduit à nous interroger sur une éventuelle nouvelle stratégie dans le choix de recourir à l'arbitrage plutôt qu'à un autre mode de règlement du litige.

[1253] Dans ce cas, il sera judicieux pour les parties de ne pas désigner le médiateur ou le conciliateur comme arbitre, en raison de leur manque de confiance à leur égard. Cf. Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 159.
De plus, cela ne serait pas conforme au droit au procès équitable, énoncé à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit au juge d'avoir eu connaissance préalablement des difficultés de l'affaire qui lui est soumise. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1650, p. 669.

[1254] C'est ce qui résulte par exemple d'une clause insérée dans le Règlement du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris qui énonce que : *« Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis au règlement de médiation et, en cas d'échec au règlement d'arbitrage du CMAP auxquels les parties déclarent adhérer »*. Cité par J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1630, p. 658.

Chapitre 2 : La stratégie dans le règlement arbitral du litige

111. La recherche d'une stratégie dans le choix du règlement arbitral du litige – Les projets de réforme concernant la procédure civile tendent à ce que le recours à l'arbitrage s'effectue par choix[1255] et non seulement dans le but d'éviter les contraintes procédurales auxquelles sont soumises les juridictions étatiques. Telle est l'optique du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 relatif à la réforme de l'arbitrage[1256] qui rend la procédure plus efficace[1257]. Si les modes amiables existent depuis longtemps et qu'ils sont privilégiés par le législateur, il en est de même pour l'arbitrage qui est ancien[1258] et qui génère des avantages. Alors que dans les civilisations primitives, les conflits se réglaient par le biais de la vengeance privée, les personnes en conflit ont ensuite eu recours à un arbitre. Jusqu'au IIIe siècle ap. J.C., à Rome, les affaires étaient soumises à un *judex* privé. L'on peut aussi faire référence au plait féodal s'inscrivant dans une relation entre un seigneur et un vassal[1259]. Ce n'est que lors du renforcement du pouvoir de l'Etat que les tribunaux étatiques se sont substitués à l'arbitrage privé, sans toutefois le faire disparaître puisque de nombreux systèmes juridiques ont conservé cette institution comme mode de règlement du litige[1260]. Par exemple, une grande place est accordée à l'arbitrage en droit français. Le décret des 16-24 août 1790 concernant l'organisation judiciaire « s'ouvre » sur l'arbitrage, en définissant ce dernier dans son article 1er, comme étant *« le moyen le plus*

[1255] J.-C. MAGENDIE, « L'effectivité des droits passe par des procédures adaptées », *J.C.P.*, G, 2008, I, 145, p. 18.

[1256] N. FRICERO, Note sous Cass. civ. 1ière, 6 oct. 2010, n° 09-10.530, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 270.

[1257] P. MAYER, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 30 ; J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage interne – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 11-12, 322, p. 545 et s. et des mêmes auteurs, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage international – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 16, p. 765 et s.; L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Rev. de dr. intern. et de dr. comp.*, 2011, n° 2, p. 388 ; S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, p. 553 et s. ; E. GAILLARD, « Faveur à l'arbitrage », *Droit et patr.*, Février 2011, n° 200, p. 18 ; T. CLAY, « Avant-propos », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 12 ; 14 ; L. VALLEE, « Ouverture », *Ibid.*, p. 15 ; P. MAYER, « Rapport de synthèse », *Ibid.*, p. 220-223.

[1258] En Mésopotamie, l'arbitrage existait déjà au XIXe et XVIIIe siècles avant Jésus Christ (J.-C.). Cf. J-J. A. SOUYRIS, G. CHETRITE, *Guide pratique de l'arbitrage en droit interne*, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2012, p. 13 ; X. LINANT DE BELLEFONDS, A. HOLLANDE, *L'arbitrage et la médiation*, Que sais-je ?, PUF, 2003, p. 14 ; Cf. T. CLAY, *L'arbitre*, th., Préf. de Philippe FOUCHARD, Nouvelle bibliothèque de thèses, Editions Dalloz, 2001, n° 4-5, p. 3 ; du même auteur, « Arbitre », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, *op. cit.*, p. 58.

[1259] Selon Denis Salas *« Les textes de l'époque n'emploient pas encore le mot procès, mais le terme placitum qui désigne une assemblée de pacification, le 'plait', un lieu de parole où on peut parvenir à un pacte établi entre deux parties réconciliées. (…). Dans cette assemblée où la violence n'est jamais éteinte, tout homme peut être appelé à être juge ou à apporter ses 'bons offices' entre des parties décidées à clore leurs querelles. Le roi n'entend pas sa fonction comme un acte de souveraineté. Il siège en arbitre ou en médiateur écoutant les deux parties et s'efforce de parvenir à un compromis, d'obtenir des gestes de paix et le baiser de la réconciliation »*. Cité par E. LE ROY, Le dédoublement de la figure du procès, « Cérémonie de reconstitution du lien social », in Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 26.

[1260] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9ième édition, 2012, n° 117, p. 103.

raisonnable de terminer les contestations entre citoyens »[1261]. D'ailleurs, afin de ne pas associer le terme « privé » à la vengeance privée, il est plus judicieux d'employer l'expression de « justice non étatique »[1262] pour désigner l'arbitrage plutôt que celle de « justice privée ». Le recours à l'arbitrage, qui est un mode juridictionnel du règlement du litige, se distingue des modes amiables de résolution du litige et par là même justifie la saisine d'un arbitre plutôt que le recours à ces derniers. En revanche, la justice étatique étant également un mode juridictionnel de règlement du litige, la stratégie dans le recours à un arbitre plutôt qu'à un juge étatique doit faire l'objet d'une démonstration. Néanmoins, l'un n'exclut pas totalement l'autre puisque le juge étatique est le juge de l'exequatur, d'appel ou d'annualtion de la sentence arbitrale. De plus, pendant l'instance, le juge étatique a une compétence exclusive pour ordonner les saisies conservatoires ou autres sûretés judiciaires qui s'imposent comme le prévoit l'article 1468 du CPC. Par ailleurs, le juge d'appui permet d'aider les parties en évitant la constitution du tribunal arbitral lorsque la convention d'arbitrage est « manifestement nulle ou manifestement inapplicable »[1263]. D'une manière plus générale, le juge d'appui c'est-à-dire le président du TGI peut intervenir lors de la procédure arbitrale notamment dans le but de renforcer l'efficacité de celle-ci. Des liens entre ces deux modes juridictionnels de règlement du litige sont donc possibles. Par ailleurs, lorsque le choix s'effectue entre l'arbitrage et le juge étatique, il doit être tenu compte d'un éventuel aménagement des pouvoirs du juge par les parties avant la naissance du litige ou une fois le litige né[1264]. L'intérêt d'une option en la matière semble être plus marqué dans le cadre de l'arbitrage international que dans celui de l'arbitrage interne étant donné que lorsque le contrat est international plusieurs choix s'offrent aux contractants tels que l'insertion d'une clause attributive de compétence faisant état du tribunal compétent d'un Etat, la rédaction d'une clause d'arbitrage ou la possibilité de laisser jouer les règles de conflit de juridictions désignant la juridiction compétente[1265]. D'ailleurs, en droit français, l'arbitrage international peut être considéré comme un « ordre juridique à part entière »[1266]. Plusieurs types d'arbitrage existent, il convient donc désormais de les distinguer**.**

112. Les différents types d'arbitrage – Il est possible d'avoir recours à l'arbitrage national ou international, à l'arbitrage « ad hoc » ou institutionnel. Par exemple, dans le cadre d'un contrat international, le recours à l'arbitrage international[1267] permet de faire en sorte que le troisième arbitre soit d'une nationalité différente de celle des parties afin de mieux respecter la

---

[1261] J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, Editions PUF, 1987, n° 78, p. 89 ; H. LEUWERS, *La justice dans la France moderne*, Editions Ellipses, 2010, p. 213 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, Th. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Editions Dalloz, 2011, n° 7, p. 9.

[1262] J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, L.G.D.J., 2001, p. 446.

[1263] P. CHEVALIER, « Le nouveau juge d'appui », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 147.

[1264] Infra 360.

[1265] L. B. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2893.

[1266] E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 6, p. 268. Cf. aussi E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 60.

[1267] Selon l'article 1492 du Code de procédure civile, *« est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »*.

garantie d'indépendance et de neutralité[1268]. Par ailleurs, la clause compromissoire semble être admise plus largement en matière d'arbitrage international que dans le cadre de l'arbitrage interne[1269]. De plus, les limites des effets des décisions rendues sont plus importantes en matière d'arbitrage interne qu'international. Dans le domaine de l'arbitrage international, le juge français ne peut empêcher l'exécution de la décision si on ne lui demande pas d'établir l'*exequatur* de ladite décision[1270]. Concernant la distinction entre l'arbitrage « ad hoc » et l'arbitrage institutionnel, le choix varie selon les matières litigieuses ou selon les contrats en cause. Dans le cas des contrats de coopération entre industriels, l'arbitrage « ad hoc » organisé par les parties d'un commun accord est plus approprié car en la matière, il est important que l'arbitre soit choisi en fonction de sa personnalité[1271]. En dehors de cette hypothèse, le recours à l'arbitrage institutionnel convient mieux en raison des garanties dont il est doté[1272]. De manière plus générale, on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles les parties privilégient parfois la voie de l'arbitrage en refusant d'agir devant les juridictions étatiques ou de recourir aux MARL. Si celles-ci ont recours à un arbitre, en fonction du but qu'elles souhaitent atteindre, encore convient-il de démontrer que leur choix est approprié (Section 1) et d'en mesurer l'efficacité (Section 2).

Section 1 : Le choix du recours à l'arbitrage

113. Le souhait d'être jugé autrement – Si les parties ont recours à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques, il semblerait qu'il s'agisse plus d'une aspiration à « *être jugé autrement* »[1273], que pour pallier les insuffisances des juridictions étatiques, *« accusées de lenteur, de cherté, de formalisme et d'un manque de confidentialité »* [1274]. Ces dernières font également l'objet de bien d'autres maux[1275]. C'est ainsi que dans certains domaines, le recours à l'arbitrage paraît plus adapté que le recours à la justice étatique. En matière internationale, c'est

---

[1268] Toutefois, certains pays, notamment de l'Est permettent de se soumettre uniquement à l'arbitrage national. Cf. M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 86.

[1269] *Infra* n° 114.

[1270] Qui n'a pas de nationalité. Cf. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.36.

[1271] Néanmoins, il convient de s'assurer qu'un des arbitres soit un spécialiste du droit de l'arbitrage. Cf. D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, n° 154, p. 73-74.

[1272] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 87-88. Celui-ci fait *« intervenir un organisme, un centre ou une « institution » d'arbitrage, qui peut organiser, administrer, assister la procédure d'arbitrage en application de son règlement auquel les parties adhèrent en faisant le choix de ses services »*. Cf. D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, n° 4, p. 15.

[1273] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 33.

[1274] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, L'arbitrage : une question d'actualité : Petites affiches, 2 octobre 2003, n°197, p. 33.

[1275] *« Multiplication des recours, caractère dramatique, (...), coûts, aléas »*. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1621, p. 653.

Par ailleurs, les particularités du système judiciaire ont toujours créé chez le justiciable « le désir de se placer en marge » de ce dernier. Cf. P. SANZ de ALBA, *Sur quelques aspects de l'équité*, Thèse, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, Mars 1980, n° 9, p. 8.

d'abord dans le domaine du commerce maritime que le recours à l'arbitrage a été le plus fréquent[1276]. D'ailleurs, les modes alternatifs de règlement des conflits permettent de donner des réponses plus appropriées aux litiges du commerce international que celles résultant des juridictions étatiques[1277]. La médiation se prête bien aussi aux litiges commerciaux internationaux[1278]. Il est judicieux de recourir à l'arbitrage lorsque le conflit surgit au sein de relations professionnelles, familiales ou commerciales[1279] notamment lorsque sont concernées de moyennes et grandes entreprises[1280]. Il en est de même pour les conflits collectifs du travail tels que la grève ou le *lock-out*[1281], dans les litiges concernant les contrats d'assurance[1282] ainsi que dans les affaires impliquant des projets de grande importance[1283]. S'ajoutent à cette liste non exhaustive tous les contrats, internationaux ou internes, qui ne sont pas obligatoirement commerciaux mais qui sont essentiellement des accords de coopération dont le règlement peut difficilement s'effectuer par le biais d'une règle de droit appropriée[1284]. D'où l'intérêt de recourir à l'arbitre, amiable compositeur. En effet, pour les contrats de coopération *« qui manifestent davantage les intentions des parties qu'ils ne créent véritablement en leur faveur ou à leur charge des droits ou des obligations, l'application de la règle de droit ne serait pas d'un grand secours »*[1285]. En revanche, il semble plus opportun de recourir aux juridictions étatiques dans le cadre des litiges trouvant leur origine dans des contrats commerciaux usuels, nationaux ou internationaux à condition que ces derniers concernent des ressortissants de pays dont la procédure judiciaire n'est pas inconnue afin de pouvoir s'y soumettre[1286]. D'ailleurs, d'une manière générale, le recours à la règle de droit, même en matière d'arbitrage, permet de réduire l'incertitude concernant la solution sur le fond du droit litigieux à la différence de l'amiable composition qui laisse une grande marge de manœuvre à l'arbitre notamment en raison de la part de subjectivité qu'elle engendre[1287]. Ainsi, s'en remettre à la règle de droit en cas de conflit permet aux parties d'effectuer une meilleure rédaction du contrat en donnant des précisions sur

---

[1276] R.PERROT, « Introduction », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.3.

[1277] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 583, p. 1267.

[1278] *Supra* n° 82.

[1279] Essentiellement lorsque les contractants sont originaires de différents pays et ne souhaitent pas que leur litige soit tranché par une juridiction étrangère dont ils ne connaissent pas la langue. Cf. B. MOREAU et Th. BERNARD, *Droit interne et droit international de l'arbitrage*, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Editions Masson, Paris, 1985, p.11. Cf. aussi M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Editions Dalloz, 2011, 3ième édition, n° 46, p. 47-48 ; n° 51, p. 52.

[1280] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n° 1655, p. 671.

[1281] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 206.

[1282] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 235.

[1283] Nous en avons un exemple dans les litiges entre *Eurotunnel* et *Tunnel sous la Manche* où l'absence de recours aux tribunaux étatiques a permis de mener à bien les travaux et d'éviter tout arrêt qui aurait eu des conséquences catastrophiques. Cf. A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 718-719.

[1284] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 83.

[1285] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 92.

[1286] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 83.

[1287] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 93.

la manière dont doivent être exécutées les obligations et laissant ainsi moins de place à l'interprétation de l'arbitre en cas de la survenance de difficultés[1288]. Mais si les parties choisissent l'arbitrage comme mode de règlement des litiges, les conditions de forme semblent plus ou moins contraignantes selon que ce choix a lieu avant le litige ou une fois le litige né ou selon qu'il s'agit d'un arbitrage interne ou international.

114. Variation des exigences concernant les conditions de validité de l'arbitrage – La rédaction de la clause compromissoire doit satisfaire à certaines exigences de forme comme le compromis. Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 prévoit, pour ces deux formes possibles de la convention d'arbitrage, un écrit à peine de nullité en application du nouvel article 1443 du CPC[1289]. Sur le fond du droit, le champ d'application des matières concernées est moins large qu'une fois le litige né bien qu'il tende à s'élargir depuis la loi du 15 mai 2001 qui a réformé la clause compromissoire. Avant cette loi, il résultait de l'article 2061 du Code civil que la clause compromissoire était valable seulement en matière commerciale[1290]. Désormais, elle est admise dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle[1291] et peu importe que cette dernière soit commerciale[1292], civile, artisanale, libérale ou agricole[1293]. Depuis cette réforme, les cas de validité de la clause compromissoire sont plus importants, ce qui accroît les possibilités de recours à l'arbitrage et multiplient les cas d'options entre les juridictions étatiques et les juridictions arbitrales. Dans le cadre de l'arbitrage international, la clause compromissoire bénéficie d'une validité de principe[1294], sans condition de commercialité[1295]. De plus, elle est ouverte aux personnes morales de droit public[1296] comme c'est le cas aussi en ce qui concerne le

---

[1288] *Supra* n° 44.

[1289] B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 143.

[1290] Et était donc nulle lorsqu'elle figurait dans un acte civil ou dans un acte mixte. Cf. M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.26.

[1291] Qui est caractérisée par l'habitude et la compétence qui ressortent de l'exercice de cette activité. Par ailleurs, il doit s'agir d'une activité professionnelle pour chacune des parties. Cf. M.- C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 27. Il convient de vérifier cette condition au moment de la conclusion de l'acte. En effet, il résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 29 février 2012 que les parties doivent exercer une activité professionnelle au jour de la signature du contrat. En l'espèce, il n'a pas été considéré qu'il en allait ainsi puisque la clause compromissoire avait été insérée dans le contrat par des anciens commerçants qui avaient la qualité de retraités au jour de la cession du fonds de commerce. Cf. J. MONEGER, « Activité professionnelle des parties et clause compromissoire », Note sous Cass. civ. 1ière, 29 février 2012, n° 11-12.782, *J.C.P.*, G., 2012, n° 405, p. 663-664.

[1292] Notons qu'en cette matière, il n'est pas obligatoire de recourir au critère de l'activité professionnelle pour établir la validité de la clause compromissoire ; celui de la commercialité suffit. Cf. article L. 411-4 du Code de commerce. Cf. M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.28.

[1293] M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.27.

[1294] M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.30.

[1295] Depuis un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 5 janvier 1999. Cité par T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 5.

[1296] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n° 1665, p. 675-676.

compromis. Par ailleurs, bénéficiant d'une autonomie par rapport au contrat principal[1297] et aux lois étatiques internes, la clause compromissoire est valable même en cas de nullité du contrat principal et d'interdiction de droit interne[1298]. Si la clause compromissoire est nulle au regard du droit français, insérée dans un contrat régi par une loi étrangère, elle peut être valable si cette loi la déclare comme telle. Toutefois, le consentement des parties doit être réel même si l'analyse de ce dernier ne suppose pas de satisfaire à des conditions contraignantes[1299]. D'une manière générale, la clause compromissoire est plus flexible que le compromis. Par exemple, elle permet au litige d'évoluer en admettant plus facilement les demandes incidentes que dans le cadre du compromis[1300]. Par ailleurs, rien n'empêche les parties de ne pas soulever devant l'arbitre la nullité de la clause compromissoire, cette dernière n'étant pas une nullité d'ordre public[1301]. De plus, la nullité de la clause compromissoire ne fait pas obstacle à ce que les parties, une fois le litige né, rédigent un compromis qui remplit toutes les conditions de validité exigées par la loi. Dans le cadre de l'arbitrage interne, le compromis est valable dans de nombreux cas[1302], mais il existe quelques limites[1303]. En effet, les personnes morales de droit public ne sont pas autorisées à compromettre[1304]. Une personne qui n'a pas la capacité de compromettre et qui viole l'interdiction énoncée par la loi, ne pourra pas ultérieurement se prévaloir de la nullité de

---

[1297] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n°90, p. 32.

[1298] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1668, p. 678.

[1299] Selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 mars 2000, le consentement à la clause compromissoire est constitué même s'il ne repose que sur un *« usage commercial bien établi »*. Par ailleurs, la clause compromissoire peut se trouver dans un document non signé par les parties. Il s'agit alors de la clause compromissoire par référence et dont il suffit pour qu'elle soit valable que *« celui à qui on l'oppose en ait eu connaissance au moment de la conclusion du contrat »*. C'est ce qui ressort des arrêts *Prodexport* de 1997 et 2000, cités par T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 6. Cette jurisprudence a été consacrée par la réforme issue du décret du 13 janvier 2011, le nouvel article 1443 du CPC énonçant que la convention d'arbitrage *« peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale »*. Cf. M. DE BOISSESON, « La nouvelle convention d'arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 83.

[1300] Dans un arrêt du 25 mars 2009, la première Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que *« lorsque son investiture procède d'une clause compromissoire, l'arbitre peut être saisi par une partie d'une demande incidente, dès lors qu'entrant par son objet dans les prévisions de cette clause, cette demande se rattache par un lien suffisant aux prétentions originaires que la partie lui avait soumises et que l'arbitre statue dans le délai qui lui a été imparti »*. En revanche, comme le compromis doit déterminer l'objet du litige en application de l'article 1445 du CPC, il *« fige »* ce dernier. En conséquence, en cas d'évolution du litige, la nouvelle demande est soumise à un nouvel accord des parties. Cf. X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1025.

[1301] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 15, p. 82.

[1302] Conformément à la formule énoncée à l'article 2059 du Code civil qui dispose que *« Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition »*.

[1303] Dont certaines tendent à disparaître. Il en est ainsi en ce qui concerne les mandataires sociaux qui, pour compromettre, devaient obtenir une autorisation expresse de l'assemblée. Désormais, la jurisprudence énonce que ce principe ne s'applique pas aux représentants des personnes morales pour ce qui a trait aux actes ne dépassant pas le champ de leur compétence mais à condition qu'il n'en soit pas prévu autrement dans les statuts ou dans une décision ultérieure de l'assemblée générale opposable aux tiers en raison des mesures de publicité effectuées. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1665, p. 675.

[1304] Sauf des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial en application de l'article 2060 du Code civil.

l'arbitrage afin d'échapper à ses obligations[1305]. Par exemple, même si on exclut de notre étude l'arbitrage relevant de l'Etat, on peut évoquer le fait qu'une utilisation abusive de ce mode de règlement du litige peut faire l'objet d'une sanction. Un Etat ou une entreprise publique inapte à compromettre qui insère néanmoins une clause d'arbitrage dans un contrat ne peut par la suite se prévaloir de ladite clause afin de manquer à ses obligations contractuelles[1306]. Cette solution est en conformité avec le principe de l'*estoppel*[1307] qui a désormais la valeur d'un nouveau principe général du droit du commerce international[1308] et qui est consacré à l'article 1466 du CPC, issu du décret du 13 janvier 2011 énonçant que *« la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputé avoir renoncé à s'en prévaloir »*[1309]. D'ailleurs, ce principe n'était pas inconnu en droit interne[1310]. D'où la question de savoir quel est l'intérêt de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques si ce sont les mêmes règles qui s'appliquent aux deux modes de règlement du litige. Pourtant, si l'on constate un fonds commun aux deux types de procédure concernant les règles applicables et une volonté de lutter contre les stratégies déloyales, les instruments utilisés ne sont pas obligatoirement identiques. Afin de mieux évaluer l'intérêt d'agir devant un arbitre plutôt que de recourir à un aute mode de règlement du litige, il convient de se donner le temps de la réflexion notamment par le biais d'une clause portant sur ce choix.

115. L'évaluation de l'opportunité de recourir à l'arbitrage– Il est possible pour les parties d'insérer une clause les invitant à choisir d'avoir recours ou pas à l'arbitrage avant d'engager un procès. Toutefois, l'effet d'une telle clause n'est pas identique à celle imposant une conciliation avant la saisine d'une juridiction étatique. Selon un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 6 février 2007, une clause énonçant que *« pour le règlement des contestations qui peuvent s'élever à l'occasion de l'exécution ou du règlement du marché, les parties contractantes doivent se consulter pour soumettre leur différend à un arbitrage, ou pour refuser l'arbitrage »* ne constitue pas une clause de conciliation obligatoire[1311]. Ainsi, une telle clause ne peut entraîner l'irrecevabilité de l'exercice d'une action en justice à la différence de la clause de conciliation obligatoire[1312] mais permet d'évaluer

---

[1305] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 638, p. 347.

[1306] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 638, p. 347.

[1307] Issu du droit anglais qui signifie *« que la personne qui, par ses déclarations, ses actes ou son comportement, a conduit une autre personne à croire à l'existence d'un certain état de fait et à agir sous l'influence de cette croyance à son propre détriment, est irrecevable à établir en justice un fait substantiellement contraire »*. Cf. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 637, p. 345.

[1308] En effet, en cette matière, nombreuses sont les décisions qui interdisent aux parties d'adopter un comportement contradictoire en faisant référence à la règle de l'*estoppel*. Cf. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 638, p. 346-347.

[1309] B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 144.

[1310] *Infra* n° 414.

[1311] R. PERROT, Observations sous Cass. 1ère civ., 6 févr. 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 76, p. 16.

[1312] *Supra* n° 47. Cependant, en cas d'absence de sanction du non-respect de cette clause, on peut s'interroger sur l'efficacité de cette dernière.

l'intérêt de recourir à l'arbitrage[1313]. C'est en considération des différents avantages et inconvénients de ce dernier que les parties peuvent être influencées dans le choix du mode de règlement du litige[1314]. Toutefois, si les parties décident à l'avance d'avoir recours à l'arbitrage mais qu'elles changent ensuite d'avis, elles peuvent intenter un recours devant le juge judiciaire étant donné que ce dernier ne peut pas relever d'office son incompétence en la matière.

116. Pour déclarer fondé le recours à l'arbitrage plutôt qu'aux autres modes de règlement des litiges, les parties font état de divers arguments. Si certains d'entre eux sont, à eux seuls, inopérants (§1), d'autres, en revanche, sont révélateurs de la spécificité de l'arbitrage et justifient ainsi le choix de recourir à ce dernier pour obtenir le résultat escompté (§2). Mais au-delà des spécificités de l'arbitrage, il convient de tenir compte des éléments corroborant ou pas le choix de recourir à ce mode de règlement du litige afin de mieux évaluer les avantages ou les inconvénients susceptibles d'en résulter (§3).

§1 : Les arguments, à eux seuls, inopérants

117. L'arbitrage est doté de plusieurs avantages qui font son attrait pour les parties en fonction des buts qu'elles souhaitent atteindre (a) mais parfois ces dernières y ont recours à mauvais escient (b).

A.Au regard de certains attraits de l'arbitrage

118. Le souhait d'éviter toute intervention du juge étatique – En ayant recours à l'arbitrage, les parties excluent le recours au juge étatique qui s'efface pendant la procédure arbitrale. Il revient en effet au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, d'intervenir en matière d'incidents concernant son pouvoir de juger conformément à l'article 1465 qui s'applique également dans le domaine international en application de l'article 1506 3° du CPC, de se prononcer sur les incidents ayant trait au déroulement de la procédure ainsi que sur le fond du litige[1315]. Toutefois, bien souvent, le juge étatique est amené à intervenir alors même qu'une convention d'arbitrage a été conclue. Tel est le cas, avant la constitution du tribunal arbitral pour prendre en cas d'urgence des mesures provisoires ou conservatoires en application de l'article 1449 du CPC ou avoir recours aux mesures *in futurum*[1316]. Dans ces hypothèses, le recours au juge étatique permet de renforcer l'efficacité de l'arbitrage[1317] et corrobore ainsi le recours à ce dernier[1318]. De plus, la consécration de la notion de « juge d'appui » par le décret du 13 janvier

---

[1313] R. PERROT, Observations sous Cass. 1ère civ., 6 févr. 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 76, p. 16.
[1314] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 11, p. 66.
[1315] E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 99, p. 317.
[1316] M. DE BOISSESON, « La nouvelle convention d'arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 87.
[1317] L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Rev. de dr. intern. et de dr. comp.*, 2011, n° 2, p. 390.
[1318] *Infra* n°140.

2011[1319] permet de faire état de la nécessaire coopération du juge étatique à l'arbitrage en étant investi de la mission de régler les litiges ayant trait à la constitution du tribunal arbitral selon les articles 1451 à 1454 du CPC, à la récusation, l'empêchement ou l'abstention d'un arbitre comme le prévoient les articles 1456 et 1457 du CPC ou bien encore en pouvant proroger le délai de l'arbitrage comme l'énonce l'article 1463 du même code[1320]. Dans le même esprit, le juge peut ordonner la production de pièces détenues par des tiers selon les modalités prévues à l'article 1469 du CPC qui s'applique également en matière internationale conformément à l'article 1506 3° du même code. Dans ces hypothèses, le juge prête « assistance au Tribunal arbitral »[1321]. Par ailleurs, en matière internationale, le juge d'appui français est compétent lorsque *« l'une des parties est exposée à un risque de déni de justice »*[1322]. D'ailleurs, la justice des Etats considère l'arbitrage comme un instrument *« nécessaire au développement du commerce international »*[1323]. En revanche, plus qu'une simple coopération, le recours au juge étatique est indispensable pour mettre en œuvre des saisies conservatoires ainsi que des sûretés judiciaires en application de l'article 1468 du CPC. De plus, si la sentence arbitrale peut être rendue sans que le juge étatique ait participé à la procédure ou soit intervenu à quelque titre que ce soit, aucune mesure d'exécution forcée ne peut cependant être mise en œuvre en l'absence de l'*exequatur* qui est obligatoirement accordée par le juge étatique. Le recours au règlement arbitral du litige ne peut donc être motivé par l'unique but d'exclure toute intervention du juge étatique. De même, le souhait d'obtenir une solution amiable ne semble pas justifier à lui seul le recours à l'arbitrage, les autres modes de règlement du litige tendant également à un tel résultat.

119. L'éventuelle obtention d'une solution amiable du litige – Les parties saisissent parfois un arbitre dans le but de tenter d'éviter d'aboutir à une solution juridictionnelle du litige. En effet, les deux tiers des procédures devant la Chambre de commerce internationale (CCI) se terminent par une transaction[1324]. D'ailleurs, la clause de conciliation préalable peut prévoir une éventuelle « sentence d'accord parties » permettant aux parties de faire constater leur accord par les arbitres dans une sentence *« dont l'exécution immédiate pourra être obtenue en justice, à l'étranger, notamment »*[1325]. Toutefois, l'accord des parties peut également être constaté par le juge étatique pour bénéficier de l'exécution forcée[1326]. Par ailleurs, en dehors de la rédaction de clauses contractuelles prévues à cet effet[1327], le juge étatique a pour mission de concilier les parties et peut être à l'initiative d'une médiation. L'arbitre, comme le juge étatique, cherche à

[1319] E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 7, p. 270.
[1320] P. CHEVALIER, « Le nouveau juge d'appui », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 154.
[1321] E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 100, p. 317.
[1322] Conformément à l'article 1505 4° du CPC.
[1323] L. B. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2893.
[1324] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1655, p. 671.
[1325] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1679, p. 682.
[1326] *Supra* n° 106.
[1327] *Supra* n° 47.

rapprocher les parties afin que ces dernières trouvent une solution amiable à leur litige[1328]. Ainsi, les parties sont susceptibles de parvenir au même résultat, notamment à une solution négociée du litige, par le biais de différents modes de résolution des conflits autres que l'arbitrage. D'où l'absence de stratégie en la matière à moins que le recours à l'arbitrage soit justifié par l'obtention d'autres buts. Or, tel ne semble pas être le cas si l'un d'eux consiste à pouvoir changer de stratégie en cours de procédure.

120. Un changement de stratégie possible – Rien n'empêche les parties de ne pas recourir à l'arbitrage même en présence d'une clause compromissoire. Le principe de la « compétence-compétence » donne à l'arbitre le pouvoir d'être juge de son investiture[1329], c'est-à-dire de statuer sur la validité des conditions posées par l'article 2061 du Code civil. Dans un arrêt du 16 octobre 2001, la première Chambre civile de la Cour de cassation énonce qu'en vertu de ce principe, *« la juridiction étatique doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage »*[1330]. Or, depuis la réforme de la clause compromissoire, les cas de nullité manifeste sont moins nombreux que sous l'empire de l'ancien article[1331]. S'il existe une convention d'arbitrage, il sera donc « très difficile » ou « presque impossible » d'y faire obstacle[1332]. De même, si une difficulté liée à l'interprétation de la convention d'arbitrage survient, alors que les directives d'interprétation sont instaurées en faveur de la recherche de la volonté réelle des parties[1333], le renforcement de l'efficacité de l'arbitrage aboutit parfois à faire

---

[1328] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1645, p. 666.

[1329] Que ce soit en matière d'arbitrage international ou interne. Cf. M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.28. Ce principe est repris par le décret du 13 janvier 2011 précité en application du nouvel article 1448 du CPC. Cf. B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 143.

[1330] Cité par M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.28.
Selon la Cour de cassation, ce principe est « suffisamment établi » pour constituer un visa de cassation. Cf. T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 9. En conséquence, si au sein d'un contrat, il est inséré, à la fois une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction, c'est à l'arbitre de juger de sa propre compétence, à moins que la clause d'arbitrage soit nulle ou manifestement inapplicable. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 18 décembre 2003 qui énonce qu'*« il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propore compétence. Dès lors excède ses pouvoirs, la cour d'appel qui, pour écarter la clause d'arbitrage contenue dans un contrat, se borne à relever la contradiction existant entre cette clause et une clause attributive de compétence figurant au même acte pour en conclure que la commune intention des parties de recourir à l'arbitrage n'est pas établie, sans caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, seules de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »*. Cité par J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1672, p. 679.

[1331] En effet, dans ce dernier cas, la nullité manifeste résultait par exemple de l'insertion de la clause compromissoire dans un acte mixte alors que désormais pour constater une telle nullité, il convient d'analyser le contexte économique dans lequel les parties ont conclu le contrat eu égard notamment à leur situation respective. Cf. M.-C. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 28.

[1332] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 6.

[1333] J. BILLEMON, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, th., Université Lille 2, Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe JAMIN, 2009, n° 464, p. 459.

prévaloir la volonté déclarée sur la volonté réelle de celles-ci notamment en présence d'un certain type de clause[1334]. Néanmoins, si en vertu du principe de la « compétence-compétence », le juge étatique doit se déclarer incompétent, la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence ; il faut donc que l'une des parties soulève ce moyen[1335]. Ainsi, les parties ont toujours la possibilité de renoncer à la justice arbitrale d'un commun accord en agissant devant un juge étatique[1336] alors qu'elles avaient auparavant effectué une convention d'arbitrage. De façon similaire, si une fois que l'arbitre a accepté son investiture, les parties ont l'obligation de se soumettre à son pouvoir juridictionnel, elles peuvent en décider autrement de manière conjointe notamment en révoquant l'arbitre[1337]. Par ailleurs, si une transaction est effectuée entre les parties après le prononcé d'une sentence arbitrale, le juge de l'*exequatur* peut encore être saisi notamment en cas d'annulation ou de résolution de cette transaction. A défaut, il est possible pour les parties de transiger et d'éviter que la sentence fasse l'objet de *l'exequatur*. La Cour d'appel de Paris a énoncé dans un arrêt du 26 septembre 2003 que l'existence d'une clause compromissoire ne faisait pas obstacle à ce que le président du tribunal de grande instance confère la force exécutoire à une transaction. Si la transaction intervient pendant une procédure arbitrale mais avant qu'ait été rendue la sentence arbitrale[1338], le juge doit refuser l'*exequatur* afin de respecter l'autorité de la chose jugée[1339]. En revanche, en présence d'une sentence arbitrale qui n'a pas encore fait l'objet d'une procédure d'*exequatur* mais contre laquelle il n'est plus possible d'intenter une voie de recours ordinaire, il n'est pas envisageable d'effectuer une transaction[1340]. Ainsi, à certaines conditions, il est néanmoins envisageable de changer de stratégie en cours de procédure arbitrale mais il en est de même dans le cadre de la procédure se déroulant devant le juge étatique[1341]. D'où l'absence de spécificité propre à l'arbitrage en la matière ainsi que comme nous allons le voir en ce qui concerne la volonté des parties d'obtenir un résultat tourné vers le futur.

121. Le souhait d'obtenir un résultat tourné vers le futur – En recourant à l'arbitrage, les parties s'attendent à parvenir à un résultat tourné vers le futur[1342]. Le monde des affaires est plus axé vers l'avenir que par le passé puisque les parties sont censées continuer à avoir des relations

---

[1334] Par exemple celle prévoyant *« une répartition du contentieux entre le tribunal arbitral et le juge étatique »*. D'ailleurs, en cas d'option entre l'un ou l'autre ordre juridictionnel, *« la Cour d'appel de Paris a cependant préféré faire prévaloir la volonté de recourir à l'arbitrage sur la stipulation ambiguë »*. Paris, 25 octobre 2000, *Rev. de l'arbitrage*, 2001, p. 575, cité par J. BILLEMON, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, th., Université Lille 2, Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe JAMIN, 2009, n° 475, p. 471 ; n° 477, p. 473.

[1335] Avant toute défense au fond ou fin de non recevoir conformément à l'article 74 du Code de procédure civile.

[1336] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1657, p. 672.

[1337] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 9.

[1338] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 434, p. 37.

[1339] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 78, p. 9.

[1340] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 299, p. 27.

[1341] *Infra* n° 324 et s.

[1342] Alors qu'il en va différemment devant les juridictions étatiques qui règlent les manquements passés en ce qui concerne les obligations de chacune des parties, tels que la faute contractuelle, le dommage subi. Certes, si le juge a pour mission de concilier les parties et que cela entraîne obligatoirement une projection dans l'avenir, la conciliation ne semble pas avoir la même teneur que celle se déroulant devant des arbitres en raison notamment du manque de temps et de disponibilité des juges. Cf. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.34.

afin qu'il n'y ait pas de trop grandes répercussions sur la bonne marche de l'entreprise. Or, dans certaines matières, la solution des arbitres paraît plus adaptée que celle résultant des tribunaux étatiques. Par exemple, dans les affaires ayant trait à des projets de grande importance notamment, en cas de violation d'obligations résultant de contrats de construction de grands travaux, les parties ont intérêt à ce qu'il n'y ait pas d'interruption dans l'avancement de la construction eu égard aux pertes immenses qui pourraient en résulter. L'attente d'une décision judiciaire pourrait mettre en péril la poursuite de l'activité. De plus, l'octroi de dommages-intérêts ainsi que l'application du principe de l'exception d'inexécution ne semblent pas être des solutions adaptées[1343] dans de tels litiges. Il s'agit donc de pouvoir appliquer, par le biais de l'arbitrage, un droit plus flexible[1344]. Pourtant, là encore, un résultat identique est susceptible d'être atteint par d'autres modes de résolution des conflits, notamment par le biais des modes amiables[1345] ainsi qu'à certaines conditions par celui des juridictions étatiques[1346]. C'est en raison de la possibilité pour les arbitres de faire application de la *lex mercatoria* ou de statuer en amiables compositeurs que ces derniers parviennent à rendre la justice « autrement ». D'où désormais la question de savoir si l'application de la *lex mercatoria* est une spécificité de l'arbitrage.

122. Une meilleure application des usages, de la *lex mercatoria* – D'une manière générale, le monde des affaires se prête volontiers à l'application de certains usages qui lui sont spécifiques[1347], donc d'un droit plus personnalisé[1348]. Les arbitres choisis par les parties, relèvent souvent du même milieu d'affaire car ils sont mieux à même de connaître les usages du secteur d'activité dans lequel est né le litige[1349]. Il s'agit plus particulièrement de faire application de la loi des marchands c'est-à-dire de la *« lex mercatoria »*[1350] qui est un droit adapté aux besoins de la pratique[1351]. Cette dernière a fait l'objet de nombreuses critiques en raison notamment de sa notion floue, difficile à définir engendrant des risques d'arbitraire de la part des arbitres et une imprévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux. Toutefois, dans le cas où les parties ont recours à la justice étatique et bénéficient d'une option de compétence leur permettant d'agir devant les tribunaux de commerce, il est également possible pour les juges consulaires

---

[1343] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 723.
[1344] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 723.
[1345] *Supra* n° 92.
[1346] *Infra* n° 360.
[1347] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.33.
[1348] En effet, les usages sont définis comme *« des pratiques commerciales couramment suivies et considérées comme normales dans un milieu déterminé »*. Cf. M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Editions Dalloz, 2011, 3ième édition, n° 17, p. 18.
[1349] Et la décision en est d'autant mieux acceptée. Cf. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 67, p. 68.
[1350] *« Cette sorte de droit naturel du commerce international ayant vocation à l'universalité »*. Cf. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, L'arbitrage : une question d'actualité : Petites affiches, 2 octobre 2003, n°197, p.34.
[1351] J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2011, n° 91, p. 60.

d'appliquer la *lex mercatoria*[1352]. Le recours à celle-ci n'est donc pas propre à l'arbitrage. De même, le résultat consistant à être jugé autrement et à aboutir ainsi à une solution différente de celle résultant des règles de droit peut être obtenu lorsqu'il incombe aux arbitres de statuer en amiables compositeurs. Or, il ne semble pas que la recherche d'une solution qui se rapproche de l'équité soit une spécificité de l'arbitrage.

123. La possible obtention d'une solution conforme à l'équité – Selon l'ancien article 1460 du Code de procédure civile, *« (...) les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11, alinéa 1er et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale »*. Or ces différents articles sont les garants d'une bonne justice[1353]. Toutefois, étaient exclues l'application de l'article 11, alinéa 2[1354] ainsi que celle de l'article 12 qui impose au juge d'appliquer la règle de droit. Cette dernière exclusion s'expliquait dans la mesure où d'une manière générale, l'arbitre a la possibilité de statuer en amiable compositeur[1355]. Cependant, la réforme résultant du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 instaure l'application par l'arbitre de l'article 12 dans ses alinéas deux et trois qui a trait à l'office du juge[1356] et opère ainsi un rapprochement entre les pouvoirs de l'arbitre et ceux du juge étatique. Les parties ont le choix entre plusieurs possibilités en ce qui concerne la méthode employée par l'arbitre pour régler le différend. L'arbitre peut juger conformément aux règles de droit de la même manière qu'un juge étatique, « en équité » ou « ex æquo et bono »[1357], ou « en amiable composition », formule qui est plus adaptée à l'esprit de l'arbitrage[1358]. Il convient de faire la distinction entre l'amiable composition et le jugement en équité[1359]. L'amiable composition « permet, seulement, au tribunal arbitral de « modérer » les conclusions, financières notamment, auxquelles parviendrait le traitement du litige en stricte

---

[1352] M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Editions Dalloz, 2011, 3ième édition, n° 23, p. 23.

[1353] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 36.

[1354] Qui dispose que *« Si une partie détient un élément de preuve le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime »*.

[1355] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 37.

[1356] Conformément au deuxième alinéa, le juge *« doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »* et selon le troisième alinéa, il ne peut toutefois, *« changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »*.

[1357] C'est-à-dire conformément à ce que lui dicte ou influe sa conscience. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 13, p. 76. Il en est ainsi lorsqu'il statue « conformément à des préoccupations morale et d'équilibre des intérêts en présence. La pratique en est faible ». Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, LexisNexis SA, 2012, 4ième édition, n° 332, p. 205.

[1358] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1674, p. 680.

[1359] *« Le rapprochement est légitime, mais la confusion serait une erreur (...). En réalité, l'amiable composition emprunte à l'équité et au droit »*. Cf. D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, n° 313-314, p. 127.

logique juridique[1360]. Les juges étatiques ont un large pouvoir d'appréciation concernant l'évaluation du préjudice subi entraînant dès lors des divergences de jurisprudences selon les différentes juridictions et donc également une grande incertitude en la matière[1361]. Ainsi, cette « façon » de se référer à l'équité pour évaluer le dommage n'est pas une raison suffisante susceptible de motiver le choix de recourir à la juridiction arbitrale plutôt qu'étatique du moins si le résultat souhaité est notamment d'obtenir une solution la plus juste possible. Il en est de même si le souhait consiste dans la possibilité pour les parties d'anticiper le résultat c'est-à-dire en ce qui concerne la question de la sécurité juridique. Concernant l'évaluation du préjudice subi, une incertitude quant au résultat existe tant à l'égard de l'arbitrage que de la justice étatique bien qu'une évolution est en train de se dessiner pour ce qui a trait à l'évaluation du préjudice corporel[1362]. Les parties rédigent très souvent une clause d'amiable composition dans la convention d'arbitrage dans la mesure où elles aspirent à être jugées autrement que par des règles imposées par le législateur[1363]. L'intérêt de recourir à l'amiable composition dépend de la nature du litige. Il semble judicieux d'y recourir dans les cas où le litige est complexe ou en présence d'éléments de faits obscurs, vagues ou bien encore lorsqu'une preuve est difficile à rapporter. Il en est de même lorsque le litige concerne des professionnels au regard des buts économiques qu'ils souhaitent atteindre[1364]. Le recours à l'arbitre amiable compositeur permet une ouverture sur le « non-droit qui est particulièrement bien adaptée aux relations commerciales[1365] notamment en permettant aux parties de « ménager » leurs relations ultérieures[1366]. Mais c'est dans un certain état d'esprit que les parties ont recours à la clause d'amiable composition puisque cette dernière implique qu'elles acceptent dès le départ de renoncer à l'obtention de certains avantages et qu'elles souhaitent coopérer de manière loyale[1367]. Or, un tel comportement est

---

[1360] L'arbitre peut même *« prononcer les sanctions prévues par la loi américaine applicable, fixer les dommages-intérêts au double ou au triple, par exemple, du préjudice subi »*. Si l'arbitre a reçu pour mission de statuer en *« amiable compositeur »*, cela ne lui interdit pas de se fonder sur les règles de droit, mais lui donne la possibilité d'en atténuer ses effets notamment en matière financière. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1674, p. 680. Il s'agit de prendre en considération « les intérêts et les situations propres à l'espèce ». Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, LexisNexis SA, 2012, 4ième édition, n° 332, p. 205.

[1361] *Infra* n° 396.

[1362] *Infra* n° 138.

[1363] Selon ARISTOTE, l'on peut *« préférer s'en remettre à l'arbitrage plutôt qu'au procès, car l'arbitre a en vue l'honnêteté, le juré la loi, et c'est pour cela qu'on a inventé l'arbitre, pour que l'honnêteté prévale »*, in *Rhétorique*, Introduction, traduction, notes, bibliographie et index par P. CHIRON, Editions Flammarion, 2007, p. 238.

[1364] En revanche, il est parfois déconseillé d'y recourir dans le cadre des contrats à court terme. Cf. B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 355, p. 202-203.

[1365] E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 525, p. 303.

[1366] En effet, *« la décision rendue en équité pourra plus facilement éviter les amertumes et susciter un éventuel rapprochement entre les parties »*, cité par R. PERROT, Institutions judiciaires, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 67, p. 68 ; E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 530, p. 306.

[1367] E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 582, p. 341.

notamment attendu dans le cadre des contrats à long terme[1368]. S'il en résulte un risque d'arbitraire, la sentence de l'arbitre est néanmoins susceptible d'être plus adaptée au cas d'espèce considéré et au souhait des parties[1369] bien qu'il soit possible à celui-ci de statuer en droit. En soumettant l'interprétation de la convention à l'arbitre, on constate la volonté des parties d'éviter le contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation des termes du contrat. Le pouvoir d'interprétation de l'arbitre semble dépasser la volonté des parties et être empreint de subjectivité, notamment en fonction des faits de chaque cas d'espèce. L'arbitre a par exemple la possibilité de favoriser la partie la plus faible ou bien d'atténuer la rigueur d'une clause imposant des obligations à l'une des parties. Toutefois, la souplesse ayant trait au contrôle de la dénaturation effectué par la Cour de cassation permet aux juges du fond d'aboutir à des jugements qui ne rendent pas obligatoirement compte de la volonté commune des parties[1370]. Il n'est toutefois pas certain que l'arbitre puisse pallier l'incomplétude du contrat en l'absence de clause de révision permettant d'adapter le contrat aux modifications résultant d'un déséquilibre économique. Lorsque l'évolution économique est telle qu'elle crée un déséquilibre au sein des obligations contractuelles, la question est donc de savoir si l'arbitre a la possibilité conformément au principe d'équité de rétablir l'équilibre économique du contrat. Il semblerait en effet que l'équité soit une arme contre l'aléa en permettant de rééquilibrer un contrat dont l'équilibre entre les obligations des parties a été rompu en raison de l'évolution de l'économie. Toutefois, le fait de statuer en amiable compositeur n'est pas une spécificité de l'arbitrage étant donné qu'en application de l'article 12 alinéa 4 du CPC les parties peuvent demander également au juge étatique de juger en amiable compositeur[1371]. De plus, les textes découlant des principes Unidroit intègrent le critère du « raisonnable » et la notion d'équité concernant les directives données au juge ou à l'arbitre dans le cadre de l'exécution des contrats du commerce international notamment pour l'application des clauses exonératoires de responsabilité[1372]. D'où, dans ce domaine, l'absence de spécificité des pouvoirs de l'arbitre chargé de statuer en amiable compositeur. Les multiples avantages dont bénéficie l'arbitrage ne semblent ainsi pas toujours lui être propres et l'on peut se demander s'il en est de même lorsque les parties avancent des arguments pour justifier son utilisation à mauvais escient.

[1368] En effet, *« la nécessaire sécurité et stabilité qui doit dominer dans les relations commerciales ne passent plus forcément par le strict respect des obligations contractuelles ou légales des parties »*. Cf. E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 585, p. 342.

[1369] *« La pertinence de sa sentence sera peut-être plus fine du fait que l'arbitre amiable compositeur aura eu le souci de s'interroger sur l'interprétation la plus fidèle de la volonté des parties »*. *Ibid.*, n° 9, p. 3 ; n° 26, p. 9. Cf. aussi E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 586, p. 343.

[1370] *Supra* n° 29.

[1371] *Infra* n° 360.

[1372] Art. 7-1-6 : *« Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire »*. Cité par B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, note n° 46, p. 199.

B.Au regard de l'utilisation de l'arbitrage à mauvais escient

124. La stratégie consistant à recourir à l'arbitrage pour échapper aux règles étatiques dans un but déloyal peut se manifester de diverses façons (a) mais plus fréquement dans la volonté de ralentir la procédure (b).

a.Le recours à l'arbitrage dans un but autre que dilatoire

125. Le recours à l'arbitrage dans le but d'obtenir le règlement d'un litige issu d'un contrat illicite – La question s'est posée de savoir s'il était opportun de recourir à l'arbitrage lorsque les litiges résultaient d'un contrat ayant pour objet un trafic d'influence. D'une manière générale, dans cette hypothèse, les parties ne rédigent pas d'écrit et préfèrent résoudre leur différend par le biais de la négociation[1373]. Si toutefois elles souhaitent faire appel à un arbitre, elles donnent l'apparence à leur convention d'un contrat susceptible d'être revêtu d'une qualification juridique de droit commun. Pour que cette façon de procéder soit efficace, les parties doivent partager le même intérêt et ne pas changer d'avis au fil du temps car si l'une d'elles souhaite se soustraire à l'exécution de ses obligations et mettre un terme au contrat, il suffit à celle-ci d'invoquer l'illicéité comme moyen de défense[1374]. Ainsi, en cas de changement de comportement de l'une des parties, il revient à l'arbitre de rechercher quelle était l'intention commune de ces dernières lors de la conclusion du contrat et donc de se prononcer sur la licéité de ce dernier. Or ce travail est difficile et l'arbitre ne peut y parvenir que par le biais de présomptions découlant notamment de la prise en compte de certains indices[1375]. Dans une sentence datant de 1963, un arbitre avait refusé de juger sur le fond en énonçant qu'il ne pouvait être compétent lorsque le litige résultait d'un contrat dont la cause n'était pas licite eu égard aux bonnes mœurs et à l'ordre public international[1376]. Désormais, en application de la réforme du 13 janvier 2011, pour les conventions conclues après le 1er mai de la même année, il incombe à l'arbitre de faire application de l'article 12 alinéa 2 du CPC qui énonce que le juge *« doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »* comme l'énonce le nouvel article 1464 alinéa 2 du même code. Le recours à l'arbitrage ne saurait donc permettre aux parties de donner force exécutoire à des actes illicites. Toutefois, la clause compromissoire étant indépendante du contrat principal, la nullité de ce dernier ne doit pas entraîner la nullité de celle-ci. La nullité du contrat n'a donc pas d'incidence sur la compétence de l'arbitre. Jusqu'à la réforme précitée, ce dernier pouvait se fonder sur une règle matérielle pour sanctionner les actes visant à exploiter le trafic d'influence afin d'obtenir certains avantages. Il invoquait ainsi un principe supérieur de droit international

---

[1373] A. S. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. de l'arbitrage*, 1984, n°1, p. 4.

[1374] En revanche, si le débiteur de l'obligation est demandeur, par exemple, s'il conteste les résultats obtenus par son cocontractant, les deux parties auront intérêt à respecter la qualification formelle donnée à leur contrat. Cf. A. S. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. de l'arbitrage*, 1984, n°1, p. 5.

[1375] Tels que par exemple, le mode de calcul et le montant de la rémunération. Cf. A. S. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. de l'arbitrage*, 1984, n°1, p. 7.

[1376] A. S. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. de l'arbitrage*, 1984, n°1, p. 5 ; p. 11.

d'application immédiate tendant à introduire la morale dans les rapports économiques internationaux[1377]. Etant donné qu'il ressort du nouvel article 1464 alinéa 3 du CPC que les parties et les arbitres doivent agir avec « loyauté »[1378], l'arbitre pourra désormais, dans ce cas de figure, faire état de ce fondement pour renforcer l'éradication d'une telle stratégie. En conséquence, il ne semble pas plus opportun de saisir un arbitre pour régler un litige résultant d'un trafic d'influence plutôt que d'agir devant le juge étatique qui se fondera sur les articles 6, 1131 et 1133 du Code civil pour déclarer de tels contrats nuls pour cause illicite[1379]. De plus, la sanction du non-respect du principe de loyauté dans le cadre de l'arbitrage est incertaine, il reviendra à la jurisprudence de la définir ou d'en poser les jalons. Selon un auteur, il s'agit d'une contrainte de nature déontologique[1380]. De même, il est fait obstacle à l'utilisation de l'arbitrage dans le but d'obtenir une sentence comportant des irrégularités.

126. L'obtention d'une sentence entâchée d'irrégularités – Le fait de ne pas pouvoir faire appel de la sentence, sauf si les parties en décident autrement, en application du nouvel article 1489 du CPC ne doit pas être un moyen d'appliquer une sentence arbitrale qui serait entachée d'irrégularités. Ainsi, selon le nouvel article 1492 et l'ancien article 1484 du même code, les parties peuvent exercer un recours en annulation afin de sanctionner certaines irrégularités. Dans cette hypothèse, les juges d'appel n'auront pas pour mission de rejuger le fond de l'affaire mais de contrôler d'une part la régularité de la convention d'arbitrage et de la désignation des arbitres et d'autre part le respect par ces derniers des limites de leur mission qui a été contractuellement définie par les parties[1381]. De plus, il est possible d'exercer un recours en annulation en cas de violation d'une règle d'ordre public ou d'absence de motivation de la sentence[1382] ou bien encore de manquement au principe de la contradiction. Ainsi, afin d'éviter des dérives, l'arbitrage doit faire l'objet d'une surveillance accrue[1383]. D'ailleurs, il est fait obstacle à la stratégie consistant à utiliser ce dernier dans le but d'échapper aux garanties offertes par la procédure applicable

---

[1377] A. S. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. de l'arbitrage*, 1984, n°1, p. 5 ; p. 18.

[1378] L'instauration de ce nouveau principe avait été proposée par le Conseil National du Barreau. Cf. L. DEGOS, « L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 52.

[1379] En effet, un arbitre a énoncé qu'*« en droit français, il y a une jurisprudence constante…pour dire que sont nulles, au sens des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, en raison de leur cause illicite, les conventions par lesquelles quelqu'un s'engage moyennant contrepartie, à user de son influence auprès d'une administration publique afin d'obtenir un marché au bénéfice de son cocontractant »*. Cf. A. S. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. de l'arbitrage*, 1984, n°1, p. 1 ; p. 5 ; p. 15.

[1380] P. MAYER, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 32.

[1381] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 38.

[1382] Depuis un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 11 mai 1999, la contradiction de motifs n'est plus une cause d'annulation de la sentence arbitrale. En effet, le contrôle de la contradiction de motifs par la jurisprudence a été critiqué. Selon certains auteurs, ce contrôle ne pouvait empêcher les juges de vérifier le raisonnement de l'arbitre et donc d'entrer dans le fond de la décision, ce qui ne correspondait pas à l'Institution de l'arbitrage. Cf. T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 11.

[1383] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 32.

devant les juridictions étatiques, notamment lorsque l'une des parties souhaite ralentir la procédure.

b.Le recours à l'arbitrage dans un but dilatoire

127. L'adoption d'un comportement contradictoire – Si devant les juridictions étatiques, le juge prend en compte le comportement procédural des parties[1384], tel est aussi le cas en matière d'arbitrage. Des dérives procédurales ont conduit les juges à mettre en œuvre un principe de loyauté susceptible d'y faire obstacle[1385]. Le comportement contradictoire de l'une des parties a souvent lieu dans le but de retarder la procédure. Or, il semblerait que plusieurs fondements soient susceptibles de justifier la sanction d'une telle attitude : « interdiction de se contredire au détriment d'autrui, manifestation d'un principe d'*estoppel*, violation d'une exigence de loyauté ou de bonne foi en matière processuelle, renonciation de la partie à se prévaloir du grief, absence de grief concret… »[1386]. La sanction de l'attitude contradictoire adoptée par l'une des parties a par exemple consisté dans l'irrecevabilité de la demande de cette dernière visant à contester la compétence du tribunal arbitral concernant l'analyse du non-respect d'une clause d'exclusivité alors qu'elle avait souhaité que ce dernier condamne son adversaire à des dommages-intérêts en raison du manquement à cette obligation d'exclusivité. Ce comportement manifestait *« une certaine mauvaise foi ou déloyauté dans la conduite du procès »* [1387]. Dans cet arrêt du 3 juin 2004, la Cour d'appel de Paris s'est référée au principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui qui est équivalent à la théorie de l'*estoppel* issue du droit anglais[1388]. Mais cette dernière a expressément été consacrée en matière d'arbitrage dans l'arrêt *Golshani* du 6 juillet 2005 dans lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation a souhaité faire produire ses effets à une convention d'arbitrage dont une partie avait demandé la nullité alors qu'elle avait participé pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale et qu'elle aurait pu invoquer cette cause de nullité dès le début[1389]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation sanctionne la mauvaise foi de l'une des parties[1390]. Pour pouvoir faire état du principe de l'*estoppel*, plusieurs conditions doivent être réunies. On peut le définir comme *« l'interdiction faite à la personne qui, par ses déclarations, ses actes ou son attitude, c'est-à-dire par la « représentation » qu'elle a pu donner d'une situation donnée, a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première, d'établir en justice un fait contraire à*

[1384] *Infra* n° 407 et s.

[1385] Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, n° 5, p. 92.

[1386] P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 687-688.

[1387] P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 686-687.

[1388] P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 688. Cf. *Supra* n° 114.

[1389] H. MUIR WATT, Note sous Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 603-604.

[1390] Notons toutefois qu'elle aurait pu aboutir au même résultat en énonçant que le demandeur avait renoncé à faire état des vices entachant la convention d'arbitrage. Cf. E. LOQUIN, « La consécration de l'estoppel par le droit français de l'arbitrage », sous Cass. 1ère civ., 6 juillet 2005, *R.T.D. com*, 2006, p. 310.

cette représentation initiale »[1391]. Si tel n'est pas le cas, les comportements de mauvaise foi doivent être sanctionnés sur un autre fondement. Toutes les attitudes contradictoires ne sauraient entraîner une sanction[1392], notamment au regard du principe de la liberté de l'action. Dans l'arrêt du 3 juin 2004 précité, il ne semble pas que la partie adverse ait modifié sa position suite à la représentation laissée par la société demanderesse selon laquelle la compétence du tribunal arbitral était admise concernant l'examen de l'application de la clause d'exclusivité. Dans cette hypothèse, il devrait être possible à la Cour d'appel de sanctionner un tel comportement en se fondant sur l'obligation de bonne foi faisant obstacle à la possibilité pour l'une des parties d'invoquer, lors d'un recours en annulation, des vices de procédure qu'elle aurait pu soulever antérieurement lors de l'instance arbitrale mais qu'elle a manqué de faire volontairement[1393]. La difficulté réside dans l'analyse de la volonté de la partie de ne pas invoquer l'irrégularité en temps utile qui implique une part de subjectivité[1394]. Afin de respecter le principe de la liberté d'action, il convient en effet de rechercher si l'une des parties a été de mauvaise foi pour justifier la sanction du comportement contradictoire de cette dernière. Dans un arrêt du 11 juillet 2006, la première Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que le fait pour une partie d'avoir renoncé à soulever une irrégularité ayant trait à l'existence ou à la validité de la clause compromissoire doit s'apprécier au regard de son attitude au cours de la procédure d'arbitrage. Ce faisant, elle se fonde sur la règle de l'*estoppel* qui tend à sanctionner le non-respect d'une obligation de loyauté procédurale[1395] par le biais d'une fin de non-recevoir[1396] avec toutefois certaines limites[1397]. Afin de faire obstacle à la mauvaise foi des plaideurs, la Cour de cassation a ainsi souvent recours à l'*estoppel*[1398]. En matière d'arbitrage, les parties doivent donc avoir un

---

[1391] E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. de l'arbitrage*, 1985, n° 6, p. 246. Et selon la Cour de cassation, il vise *« le comportement procédural [d'une des parties lorsqu'il est] constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire [son adversaire] en erreur sur ses intentions »*. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 3 février 2010. Cf. X. DELPECH, Note sous Cass. civ. 1ère, 8 juillet 2010, *D.* 2010, Actualités, p. 1886.

[1392] En effet, il serait *« choquant qu'un plaideur puisse se prévaloir de la contradiction pour en tirer à son tour un effet de droit, alors même qu'il n'en aurait nullement souffert »*. Cf. E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. de l'arbitrage*, 1985, n° 1, p. 242 ; n° 15, p. 255. Cf. aussi V. LAFARGE-SARKOZY, G. ANSALONI, « Estoppel. Un principe de droit venu d'ailleurs », *J.C.P.*, G., 2012, n° 780, p. 1298.

[1393] P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 689.

[1394] Ainsi, cette jurisprudence « fait perdre à la procédure arbitral beaucoup de sa sérénité en incitant les parties à émettre réserves et protestations chaque fois que les arbitres prennent une décision qui, selon elles, leur fait grief ». Cf. Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, n° 8, p. 94.

[1395] J.-B. RACINE, Note sous CA Paris, 7 février 2008, *Société française de rentes et de financement Crédirente c/ Compagnie générale de garantie SA*, *Rev. de l'arbitrage*, 2008, p. 511.

[1396] S. GUINCHARD, « Les prémices d'une démocratie procédurale », *Répertoire de Procédure civile, Cahiers de l'actualité*, Janvier 2007, p. 8.

[1397] En effet, l'invocation du principe de l'*estoppel* n'entraîne pas obligatoirement l'irrecevabilité de la demande. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 27 février 2009 dans lequel l'assemblée plénière de la Cour de cassation énonce que *« La seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir »*. En l'espèce, les demandes n'ont pas été déclarées irrecevables car les actions n'étaient pas *« de même nature »*, les prétentions n'étaient pas *« fondées sur les mêmes conventions »* et *« n'opposaient pas les mêmes parties »*. Cf. X. DELPECH, Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 723-724.

[1398] M.- E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2003, n° 413, p. 234-235. Même si elle ne l'énonce pas toujours expressément. Cf. X. DELPECH, Note sous Cass. civ. 1ère, 8 juillet 2010, *D.* 2010, Actualités, p. 1886.

comportement loyal[1399] comme devant les juridictions étatiques[1400]. Le principe s'applique aussi en matière d'arbitrage interne comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 février 2008 qui ne permet pas à une partie, lors du recours en annulation, d'invoquer d'une part, l'impartialité de l'arbitre désigné par son adversaire alors qu'elle aurait pu soulever ce moyen antérieurement et d'autre part, l'expiration du délai d'arbitrage étant donné qu'elle avait accepté une prorogation de ce dernier pour une durée de neuf mois[1401]. En application du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, a été sanctionnée l'une des partie qui n'avait pas invoqué volontairement une irrégularité de procédure devant les arbitres pour en faire état plus tard et en faire le fondement d'un recours en annulation contre la sentence[1402]. A l'inverse, on peut se poser la question de savoir si la sanction aurait été différente si les juges étatiques avaient eu à connaître de la même affaire. Il semblerait qu'un tel comportement aurait aussi été sanctionné au regard des moyens procéduraux existants permettant d'y faire obstacle[1403] sans même avoir besoin de se référer au principe de l'*estoppel*[1404] qui a été appliqué récemment en procédure civile[1405]. Par exemple, on peut se demander ce qui différencie l'application de la théorie de l'*estoppel*[1406] de la notion de bonne foi ou encore de l'aquiescement. En matière processuelle, la volonté de la Cour de cassation de faire obstacle à toute demande tendant à remettre en cause une situation considérée comme acquise par l'adversaire en raison de l'attitude du demandeur permet non seulement d'éradiquer « la mauvaise foi procédurale »[1407] mais aussi de satisfaire le principe de sécurité juridique[1408]. En effet, en reposant sur plusieurs conditions, le principe de l'*estoppel* permet une certaine prévisibilité en ce qui concerne la solution sur le fond du droit litigieux[1409]. Par ailleurs, au regard de l'attitude déloyale des parties, la jurisprudence fait parfois état de la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure. *« Selon cette règle, chaque fois qu'une partie a connaissance d'une irrégularité, elle doit l'invoquer durant l'arbitrage à peine d'y renoncer implicitement et d'être privée de la possibilité de s'en prévaloir ultérieurement »*[1410]. Selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 septembre

---

[1399] P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 686.

[1400] *Infra* n° 409.

[1401] J.-B. RACINE, Note sous CA Paris, 7 février 2008, *Société française de rentes et de financement Crédirente c/ Compagnie générale de garantie SA*, *Rev. de l'arbitrage*, 2008, p. 508 ; 510.

[1402] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 29.

[1403] P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 690.

[1404] En effet, l'on constate que dans différents systèmes juridiques découlent de l'obligation de bonne foi de nombreux mécanismes qui ressemblent à ce principe anglo-américain. Cf. E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. de l'arbitrage*, 1985, n° 6, p. 247.

[1405] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 29.

[1406] Dont la reconnaissance en droit privé français tend à la consécration d'un principe de cohérence en droit des contrats. Cf. H. MUIR WATT, Note sous Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 603.

[1407] H. MUIR WATT, Note sous Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 605.

[1408] Au regard notamment de la prise en compte de la notion de « croyance légitime » dans l'existence d'une situation de fait. *« S'il est établi que le demandeur a, par son comportement, suscité chez la victime une croyance légitime dans l'existence d'une situation juridique, il est alors privé du droit de se prévaloir de la situation juridique réelle au « détriment » de l'errans »*. Cf. V. LAFARGE-SARKOZY, G. ANSALONI, « Estoppel. Un principe de droit venu d'ailleurs », *J.C.P.*, G., 2012, n° 780, p. 1298.

[1409] M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 19.

[1410] J.-B. RACINE, Note sous CA Paris, 7 février 2008, *Société française de rentes et de financement Crédirente c/ Compagnie générale de garantie SA*, *Rev. de l'arbitrage*, 2008, p. 506.

2005 (*Sté Agromed*) il n'est pas possible pour l'une des parties d'effectuer un recours en annulation de la sentence en invoquant une irrégularité qui aurait pu être dénoncée pendant l'instance arbitrale. Ainsi, le fait de ne pas avoir soulevé cette irrégularité au moment voulu équivaut à une renonciation et fait donc l'objet d'une irrecevabilité devant le juge étatique. Par ailleurs, la jurisprudence admet depuis longtemps que la récusation d'un arbitre doit s'effectuer *« en temps utile »*[1411]. Comme l'énonce le Professeur Loïc Cadiet, *« il s'agit d'une création prétorienne dont l'effet est de limiter l'exercice du droit de critique des sentences arbitrales et, partant, du contrôle juridictionnel de leur régularité »*[1412]. Un autre exemple résulte d'un arrêt du 6 juillet 2005 dans lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation a déduit de l'attitude d'une partie qui avait accepté des prorogations de délais une renonciation de la part de celle-ci à se prévaloir de cette irrégularité. En effet, dans cette espèce, il était contestable d'attendre que la sentence soit rendue pour faire état de l'irrégularité de ces prorogations. D'autres affaires vont dans le même sens. La Cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 27 octobre 2005, qu'une partie, qui s'était prévalue, devant le tribunal arbitral, de l'inexistence d'un contrat contenant une clause d'arbitrage sans faire état de l'inexistence de cette dernière, ne pouvait ultérieurement, devant le juge de l'*exequatur*, invoquer le vice de procédure consistant dans le fait, pour les arbitres, d'avoir rendu leur sentence sans convention d'arbitrage. De même, il résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la cour de cassation du 31 janvier 2006 qu'il n'a pas été permis à une partie qui n'avait pas soulevé l'absence de convention d'arbitrage au premier degré de l'invoquer au second degré[1413]. En déclarant irrecevable un grief qui aurait pu être soulevé *« en temps utile devant le tribunal arbitral »* et même s'il concerne une *« demande fondée sur la violation du principe du contradictoire »*[1414], la jurisprudence fait obstacle aux stratégies dilatoires ou de mauvaise foi. Cependant si quel que soit le fondement de la solution, le résultat consistant à anéantir tout comportement de mauvaise foi est atteint, il

---

[1411] C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 juin 1989 ainsi que la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt datant du 25 mars 1999, cité par J.-B. RACINE, Note sous CA Paris, 7 février 2008, *Société française de rentes et de financement Crédirente c/ Compagnie générale de garantie SA, Rev. de l'arbitrage*, 2008, p. 514.

[1412] Cité par E. LOQUIN, « Le principe de la renonciation au grief non invoqué devant le tribunal arbitral », Sous Cass. 1ère civ., 6 juill. 2005, *Sté AIC, El Amiouny International Contracting and Trading c/ Sté Skanska* ; CA Paris, 8 sept. 2005, *Sté Agromed c/ Sté Seastar Shipping Consulting*, CA Paris, 27 oct. 2005, Sté *Uzbon Open Joint Stock Company c/ Sté Romak*, Cass. 1ère civ., 31 janv. 2006, *Sté Intercafco c/ Sté Dafci*, *R.T.D. com*, 2006, p. 310-311.

[1413] E. LOQUIN, « Le principe de la renonciation au grief non invoqué devant le tribunal arbitral », Sous Cass. 1ère civ., 6 juill. 2005, *Sté AIC, El Amiouny International Contracting and Trading c/ Sté Skanska* ; CA Paris, 8 sept. 2005, *Sté Agromed c/ Sté Seastar Shipping Consulting*, CA Paris, 27 oct. 2005, Sté *Uzbon Open Joint Stock Company c/ Sté Romak*, Cass. 1ère civ., 31 janv. 2006, *Sté Intercafco c/ Sté Dafci*, *R.T.D. com*, 2006, p. 311.

[1414] *« Dès lors que la partie n'a jamais soulevé devant les arbitres aucune objection tenant à la procédure suivie »*. Cf. E. LOQUIN, « Le principe de la renonciation au grief non invoqué devant le tribunal arbitral », Sous Cass. 1ère civ., 6 juill. 2005, *Sté AIC, El Amiouny International Contracting and Trading c/ Sté Skanska* ; CA Paris, 8 sept. 2005, *Sté Agromed c/ Sté Seastar Shipping Consulting*, CA Paris, 27 oct. 2005, Sté *Uzbon Open Joint Stock Company c/ Sté Romak*, Cass. 1ère civ., 31 janv. 2006, *Sté Intercafco c/ Sté Dafci*, *R.T.D. com*, 2006, p. 311-312.

convient de faire la distinction entre la renonciation et l'*estoppel*[1415]. La renonciation *« est un comportement unilatéral manifestant de la part de son auteur la volonté d'abdiquer un droit ou une prérogative »*, alors que l'*estoppel « implique l'analyse du comportement des deux parties »*[1416]. Cependant, au regard de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 février 2008, il semblerait que le fondement de l'*estoppel* soit préféré à celui de la renonciation même si en l'espèce, il n'est pas fait référence au comportement de la partie adverse[1417]. D'ailleurs, le nouvel article 1466 du CPC[1418], issu du décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, fait aussi état du comportement d'une des parties alors que selon Monsieur Benoît Le Bars, il s'agit de la consécration du principe de l'*estoppel*[1419]. D'après Monsieur le Professeur Pierre Mayer, si le terme *« estoppel »* n'apparaît pas dans l'article précité, la solution est identique[1420]. Il s'agit d'une présomption de renonciation absolue[1421]. Une autre différence entre le principe de la renonciation et celui de l'*estoppel* réside peut-être aussi dans la possibilité ou pas d'invoquer des irrégularités d'ordre public. Il a été jugé dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 novembre 2007 que le principe du contradictoire pouvait faire l'objet d'une renonciation. Or, concernant l'*estoppel*, il a été décidé qu'en matière de la consommation, le principe du respect de la protection du consommateur devait prévaloir et qu'ainsi il ne pouvait empêcher une disposition d'ordre public de s'appliquer. S'il semble donc préférable de choisir de se fonder sur le principe de la renonciation à se prévaloir des irrégularités afin d'obtenir plus largement la sanction d'une stratégie dilatoire, désormais, le nouvel article 1466 du CPC précité en sera le moyen adéquat. Mais à moins qu'il y ait une exception en matière de droit de la consommation, même avant ce décret du 13 janvier 2011, le recours à la règle de l'*estoppel* semble être aussi efficace étant donné que la Cour de cassation la considère comme supérieure par rapport aux principes d'ordre public tels que le *« principe du contradictoire et celui de la suspension des poursuites individuelles en cas de procédure collective »*[1422]. C'est en effet ce qui résulte d'un arrêt du 6 mai 2009 dans lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation affirme que *« la règle de l'estoppel s'oppose (...) à ce que le liquidateur judiciaire qui n'a rien trouvé à dire pendant*

[1415] « En particulier, l'application de l'*estoppel* supposerait d'abord un comportement positif de la part du demandeur à l'annulation, entraînant une modification de la position de l'autre partie en conséquence, puis un second comportement du demandeur incompatible avec le premier ; tandis que la règle de l'irrecevabilité à se prévaloir des irrégularités de la procédure ou de l'investiture viserait le cas où le demandeur n'a eu aucun comportement positif mais a au contraire gardé le silence durant l'arbitrage (…). La distinction n'est pas toujours aussi tranchée : ainsi dans l'arrêt *Golshani*, le comportement reproché au demandeur à l'annulation devait tenir, plus qu'au fait positif d'avoir saisi le Tribunal des différends irano-américains – dont on sait qu'il ne pourrait traduire un véritable consentement à l'arbitrage forcé, davantage au fait *négatif* d'avoir participé à l'arbitrage sans soulever d'objection ». Cf. J. BILLEMON, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, th., Université Lille 2, Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe JAMIN, 2009, note de bas de page n° 6, p. 476.

[1416] J.-B. RACINE, Note sous CA Paris, 7 février 2008, *Société française de rentes et de financement Crédirente c/ Compagnie générale de garantie SA*, *Rev. de l'arbitrage*, 2008, p. 513.

[1417] J.-B. RACINE, Note sous CA Paris, 7 février 2008, *Société française de rentes et de financement Crédirente c/ Compagnie générale de garantie SA*, *Rev. de l'arbitrage*, 2008, p. 514.

[1418] Qui énonce que *« La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir »*.

[1419] B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 144.

[1420] P. MAYER, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 32. Cf. aussi du même auteur, « Rapport de synthèse », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 221.

[1421] P. MAYER, « Rapport de synthèse », *Ibid.*, p. 221.

[1422] T. CLAY, Observations sous Civ. 1ère, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *D.* 2009, Pan., p. 2966.

l'arbitrage tire désormais pour s'opposer à l'exécution de la sentence, des conséquences au plan des grands principes du procès d'événements dont il était parfaitement informé »[1423]. De manière plus générale, si les conditions de l'*estoppel* ne sont pas remplies, il sera également opportun de se fonder sur le nouvel article 1464 du CPC qui introduit le respect de la loyauté dans la conduite de la procédure[1424]. S'il est fait obstacle à l'adoption d'un comportement contradictoire notamment par le biais du respect du principe de loyauté[1425] précité, il en est de même concernant d'autres stratagèmes pouvant être utilisés à cette même fin comme c'est peut-être le cas de la formation d'une demande incidente.

128. La formation d'une demande incidente – Pour être recevable, la demande incidente doit être rattachée à la demande originaire par un lien suffisant en application de l'article 4 du CPC. Elle peut être un moyen susceptible de ralentir la procédure. D'où la question de savoir si la présentation d'une demande incidente en matière d'arbitrage en application du nouvel article 1464 du CPC, ou de l'ancien article 1460, qui énonce que les principes directeurs du procès doivent être respectés lors de l'instance arbitrale, permet d'user d'une stratégie dilatoire. Or, tel ne semble pas être le cas puisqu'il ressort d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 25 mars 2009, que la demande incidente ne doit pas ralentir l'instance arbitrale. En effet, si la demande incidente est recevable en application de l'article 1460 alinéa 2 du CPC qui renvoie à l'article 4, alinéa 1er du même code et qu'elle rentre dans le cadre de la convention d'arbitrage en ce qui concerne son objet, l'arbitre doit toutefois statuer *« dans le délai qui lui a été imparti »*. En conséquence, si ce dernier juge que l'analyse de la demande incidente entraîne un ralentissement de la procédure l'empêchant ainsi de rendre sa sentence dans le délai requis, il *« doit la rejeter »*[1426]. Dans le cas où aucun délai particulier n'a été prévu par les parties, il incombe néanmoins à l'arbitre de statuer dans un délai *« raisonnable »*[1427]. D'ailleurs, la réforme de l'arbitrage a énoncé expressément dans le nouvel article 1464 alinéa 3 la notion de célérité dans la conduite de la procédure. De même, la jurisprudence semble faire obstacle à la stratégie consistant à utiliser les voies de recours dans le but de ralentir la procédure.

129. L'utilisation des voies de recours – D'une manière générale, le recours aux arbitres par les parties permet à ces dernières de trouver rapidement une solution à leur conflit afin de ne pas nuire à leurs relations d'affaires. Toutefois, au regard de la jurisprudence récente concernant la procédure d'appel devant la juridiction étatique et la réforme en la matière visant à annihiler les recours dilatoires, on peut se demander s'il ne serait pas stratégique pour l'une des parties qui souhaiterait ralentir le cours de la procédure d'avoir recours à l'arbitrage dans le but de former un appel devant la cour d'appel et ainsi de retarder la procédure. Or, le décret du 13 janvier 2011 permet d'éviter une telle stratégie en rendant *« plus facile et plus rapide l'obtention d'une*

[1423] T. CLAY, Observations sous Civ. 1ère, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *D.* 2009, Pan., p. 2966.

[1424] L'efficacité du respect de ces obligations est cependant incertaine, celles-ci étant dépourvues de sanctions. Cf. S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 19, p. 570.

[1425] L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Rev. de dr. intern. et de dr. comp.*, 2011, n° 2, p. 391.

[1426] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1025.

[1427] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1025-1026.

sentence définitive »[1428]. Les délais de recours ont en effet été raccourcis[1429]. En application du nouvel article 1519 du CPC, en droit interne, le recours en annulation n'est plus possible s'il n'est pas exercé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence alors qu'auparavant le délai ne courait qu'à compter de la signification régulière de celle-ci. Un dispositif similaire existe en cas d'appel exercé contre l'ordonnance d'*exequatur* en application du nouvel article 1522 du même code. Il en va différemment seulement en cas d'appel de la décision refusant l'*exequatur* puisque dans ce cas la signification de la décision est exigée pour faire courir le délai de recours conformément au nouvel article 1523. Le plus révélateur dans les obstacles aux stratégies dilatoires des parties est néanmoins l'instauration de la suppression de l'effet suspensif des recours alors qu'avant la réforme sur l'arbitrage, il fallait attendre l'expiration des délais de recours pour effectuer des mesures d'exécution forcée de la sentence revêtue de l'*exequatur*[1430]. L'exécution immédiate des sentences prévue par le nouvel article 1526 du CPC est en accord avec l'Institution de l'arbitrage international qui, à la différence des juridictions étatiques, n'applique pas le principe du double degré de juridiction[1431]. Par ailleurs, contribue aussi à l'éradication des stratégies dilatoires, la possibilité en matière d'arbitrage internation de renoncer au recours en annulation[1432]. Mais le fait d'adopter un comportement tendant à retarder le cours de l'instance arbitrale en dehors de celui consistant dans l'utilisation d'une voie de recours entraîne t-il les mêmes effets que s'il était effectué dans le cadre d'une procédure se déroulant devant un juge étatique ?

130. L'adoption d'un comportement tendant à retarder la procédure arbitrale – L'une des parties pourrait être tentée de ne pas comparaître à l'audience devant le tribunal arbitral afin de retarder le moment de la sentence. Cependant, un arrêt de la Cour de cassation fait obstacle à cette stratégie. En effet, dans un arrêt du 5 mars 2008, *République du Congo contre sociétés Qwinzi*, la première Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé qu'une sentence pouvait être rendue par défaut dès lors que l'une des parties à la convention d'arbitrage n'a pas comparu et que le principe du contradictoire a été respecté. Pour ce faire, la partie défaillante doit avoir été

[1428] P. MAYER, « Rapport de synthèse », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 222.

[1429] De manière plus spécifique tel est le cas également du recours en interprétation de la sentence, en réparation d'erreurs et d'omissions matérielles ou en omission de statuer puisque désormais le délai est de trois mois à compter de la notification de la sentence pour faire état de telles demandes alors que rien n'était prévu auparavant. Cf. J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « La nouvelle articulation des recours en arbitrage international », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 201.

[1430] J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « La nouvelle articulation des recours en arbitrage international », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 195.

[1431] Elle peut cependant avoir des effets néfastes pour la partie condamnée dans l'hypothèse d'une annulation ultérieure de la sentence ou d'une infirmation de la décision ayant permis l'exequature si entre temps la sentence a fait l'objet d'une exécution. D'où la possibilité pour le juge d'aménager ou d'arrêter l'exécution immédiate de la sentence. Cf. J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « La nouvelle articulation des recours en arbitrage international », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 196-197.

[1432] Bien qu'un tel choix est susceptible d'entraîner des dangers. Cf. J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « La nouvelle articulation des recours en arbitrage international », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 202-207.

régulièrement appelée à l'audience[1433]. Par ailleurs, les parties peuvent être amenées à retarder la procédure en cas de carence de leur part. Or, le nouvel article 1474 alinéa 2 du CPC énonce notamment que dans cette hypothèse, le tribunal arbitral peut mettre un terme à l'instance. D'où l'absence de spécificité en matière d'arbitrage par rapport au recours à la justice étatique concernant le souhait de ralentir la procédure. D'ailleurs, l'obstacle à la stratégie consistant à recourir à la justice arbitrale dans le but de retarder la procédure semble être renforcé avec la jurisprudence ayant trait non seulement à l'application du principe de la concentration des moyens à l'arbitrage mais de surcroît à celle pour le moment spécifique à ce dernier concernant l'obligation de concentrer les demandes[1434]. De plus, la consécration par la réforme issue du décret du 13 janvier 2011 de la célérité et de la loyauté au sein des principes de la procédure d'arbitrage renforce la notion de bonne foi dans le cadre du comportement des parties[1435] et éradique par là même toute stratégie utilisée à mauvais escient par celles-ci. D'ailleurs, l'arbitre est également soumis à ces principes puisque d'une part, il peut sanctionner les mesures dilatoires des parties[1436] et que d'autre part, il ne doit pas faire « dépendre les délais procéduraux de ses convenances personnelles »[1437]. Les règles qui s'appliquent tant devant la juridiction étatique qu'arbitrale étant souvent similaires, la raison d'agir devant un arbitre plutôt qu'un juge semble s'appuyer sur d'autres arguments.

§2 : Les arguments justifiant, à eux seuls, le recours à l'arbitrage

131. Dans le cadre de la juridiction étatique, on retrouve parfois les mêmes avantages que ceux qui ont trait à l'arbitrage comme c'est le cas notamment d'un recours possible à l'amiable composition et de la lutte contre les stratégies dilatoires. Toutefois, il semblerait que l'arbitrage comporte quelques spécificités susceptibles de justifier à elles seules le recours à ce dernier plutôt qu'aux tribunaux étatiques ou aux autres modes de résolution des litiges.

132. Une liberté plus grande pour les parties dans l'aménagement des règles de procédure – Lorsque le procès n'a pas encore eu lieu, les parties disposent, en choisissant

---

[1433] En l'espèce, il était reproché à la Cour d'appel de Versailles d'avoir refusé d'annuler la sentence rendue par défaut sans avoir vérifié si l'arbitre s'était assuré que la partie défaillante avait bien reçu notification de sa convocation à l'instance arbitrale. En effet, en application du règlement d'arbitrage, pour rendre sa sentence, l'arbitre devait s'assurer *« que la convention avait été remise à la défenderesse soit en mains propres, soit à sa résidence habituelle, soit à son établissement, soit à son adresse postale et, si aucune de ces adresses n'avaient pu être trouvées après une enquête raisonnable, ce qui était en l'espèce exclu compte tenu de la personnalité de la partie concernée, à sa dernière résidence ou établissement connu »*. Cf. J. ORTSCHEIDT, Note sous cet arrêt, *J.C.P.*, G, 2008, I, 164, p. 31.

[1434] E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, n° 19, p. 211. Cf. aussi I. VEILLARD, « Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 25-26.

[1435] I. VEILLARD, « Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 26.

[1436] Telles que *« la provocation constante d'incidents, la récusation d'arbitres infondée, etc. »*. La sanction peut se manifester par le biais du montant des frais du procès qui est évalué non seulement en fonction de la solution sur le fond du droit litigieux mais également eu égard eu respect par les parties du principe de célérité de la procédure arbitrale. Cf. Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, n° 21, p. 99.

[1437] En cas de violation par celui-ci du principe de célérité, il peut en résulter conformément à l'article 1458 du CPC. Cf. Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, n° 16, p. 97 ; n° 23, p. 100.

l'arbitrage, de la même liberté que si elles avaient recours au juge étatique en ce qui concerne certaines clauses relatives à l'instance. Il en est notamment ainsi pour les clauses imposant une obligation d'information aux parties, telles que les clauses de révélation d'instance ou de concours à l'instance[1438]. Mais d'une manière générale, les parties ont plus de liberté pour ce qui a trait à l'aménagement des règles de procédure lorsqu'elles ont recours à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques. C'est ce qui résulte notamment du nouvel article 1464 alinéa 1er du CPC[1439] qui reprend sous une formule différente ce qu'énonce l'ancien article 1460 du même code[1440]. Les parties sont libres de choisir les règles de procédure applicables à leur litige, et à défaut, le choix est attribué aux arbitres eux-mêmes. Rien ne s'oppose à ce que les parties décident d'adopter la procédure d'un organisme d'arbitrage[1441] même dans le cas dans lequel le litige ne comporte pas un élément d'extranéité[1442]. De plus, les parties ont la possibilité de régler comme elles le souhaitent la répartition des frais d'arbitrage[1443] alors qu'en cas de procès devant un juge étatique, les clauses de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaires sont soumises à certaines limites. Néanmoins, l'arbitre doit respecter les principes directeurs de l'instance[1444] et la Cour de cassation permet aux juges du fond de s'assurer que les garanties du procès équitable sont respectées notamment ayant trait au délai raisonnable, à l'indépendance et l'impartialité des arbitres[1445]. La Cour EDH a énoncé, quant à elle, que la Conv. ESDH pouvait s'appliquer à un tribunal arbitral même si en l'espèce, il s'agissait de sanctionner les mesures prises par un Etat tendant à entraver l'exécution d'une sentence[1446]. Dans le cadre de l'arbitrage international, il est prévu que les parties peuvent choisir une loi différente de la loi française. Or, dans certains cas, le choix de la loi applicable à l'arbitrage permet d'aboutir à une solution différente de celle qui aurait résulté de l'application des règles de droit international privé dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité. De plus, il est possible d'évincer la compétence du juge d'appui français[1447]. Néanmoins, la liberté des parties comporte des limites au regard des pouvoirs du tribunal arbitral qui peut, par exemple, en application de l'article 1468 du CPC, ordonner au besoin sous peine d'astreinte toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Le tribunal arbitral peut également, certes de manière exceptionnelle, proroger le délai de l'arbitrage en application du nouvel article 1475 du CPC. Concernant l'exercice des

---

[1438] L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 220.

[1439] Selon lequel *« A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques »*.

[1440] Enonçant que *« les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont décidé autrement »*.

[1441] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.35.

[1442] Un arbitrage interne peut en effet se voir appliquer le règlement d'arbitrage de la CCI. Cf. D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, n° 288, p. 118.

[1443] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 80, p. 23.

[1444] D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, n° 288, p. 118.

[1445] Cass. civ. 1ière, 20 février 2001, Rev. de l'arbitrage, 2001, 511, note J.-B. Racine, cité par D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, n° 286, p. 118.

[1446] Il s'agit d'un arrêt de la Cour EDH du 3 avril 2008. Cf. D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, n° 287, p. 118.

[1447] P. MAYER, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 33.

voies de recours, si le décret du 13 janvier 2011 prévoit conformément à l'article 1495 du CPC un renvoi aux articles 900 à 930-1 du même code, il n'est pas exclu qu'il soit fait application des articles 430 à 460 du CPC ou à la faculté prévue par la jurisprudence d'acquiescer à la sentence ou de condamner la partie qui a effectué un recours de manière abusive à une amende sur le fondement des articles 32-1 et 559 du CPC, sans préjudice de dommages et intérêts[1448]. Il semble donc qu'il soit également fait obstacles aux stratégies procédurales des parties effectuées à mauvais escient en matière d'arbitrage comme dans le cadre de la justice étatique. Il en est de même en ce qui concerne la célérité de la procédure de ce dernier.

133. Une liberté plus grande des parties dans le choix de la loi applicable au litige – Dès lors que le litige que les parties souhaitent soumettre à un arbitre est susceptible de rentrer dans le champ d'application de l'arbitrage international tel qu'il est défini à l'article 1504 du CPC : *« Est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international »*[1449], il est possible de démontrer que, dans cette hypothèse, le recours à un arbitre peut donner lieu à une solution différente de celle qui serait issue d'une juridiction étatique mettant en œuvre les règles de droit international privé ou les règlements communautaires et qu'en conséquence il existe une stratégie en la matière[1450]. Dans le cadre de l'Union européenne, l'absence de choix quant à la juridiction chargée de résoudre le litige rend difficilement prévisible le tribunal qui sera compétent en cas de différend, une alternative étant parfois possible[1451] et permettant dès lors un *forum shopping* en faveur du demandeur en justice[1452]. A fortiori, en dehors de l'Union européenne, l'incertitude est plus importante en la matière, chaque Etat devant mettre en œuvre ses propres règles de droit international privé[1453]. Certes, en cas de choix effectué par les parties au moment de la conclusion du contrat, la solution est susceptible d'être anticipée au regard de la connaissance du juge saisi mais la désignation de ce dernier sera le plus souvent *« imposée par la partie en situation d'imposer sa volonté »*[1454]. D'où l'intérêt de recourir à l'arbitrage afin d'éviter que l'une des parties soit contrainte d'aller plaider devant un juge étranger la concernant[1455] alors que ce dernier pourra être celui de l'Etat dans lequel l'autre partie a son domicile[1456]. La définition de l'arbitrage international met en évidence le caractère économique de l'opération

---

[1448] J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage interne – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 11-12, 322, n° 32, p. 551.

[1449] Reprenant ce qu'énonçait l'ancien article 1492 du même code.

[1450] Dans ce domaine, il semblerait en effet que les qualités habituellement inhérentes à l'arbitrage soient insuffisantes pour motiver le choix d'y recourir. Cf. L. B. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2893.

[1451] *Infra* n° 232, n° 235.

[1452] L. B. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2894.

[1453] *« Aussi le recours à l'arbitrage est-il plus fréquent en matière internationale qu'interne »*. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international*, *Droit international de l'entreprise*, LexisNexis SA, 2012, 4ième édition, n° 313, p. 191.

[1454] *"Il est en effet très rare que l'accord des parties puisse se faire sur le choix d'une juridiction d'un Etat tiers"*. Cf. L. B. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2894.

[1455] Pouvant par exemple imposer un système de preuves différent de son propre système juridique comme le montre les divergences entre la Common law et les droits continentaux en la matière. Cf. L. B. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2894.

[1456] Entraînant dès lors une rupture d'égalité entre les parties. Cf. L. B. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2894.

internationale[1457]. Dans le cadre de l'arbitrage international, la liberté des parties dans le choix des règles applicables au litige justifie le recours à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques, le nouvel article 1509 du CPC faisant référence à la possibilité pour les parties de choisir « les règles de procédure » qui impliquent la mise en œuvre de « règles de source non étatique »[1458] et non plus, comme sous l'empire de l'ancien texte, une « loi de procédure ». Les parties peuvent donc avoir recours à l'arbitrage en ne choisissant pas la l'application de la loi française[1459]. Dans le cadre du droit international privé, on constate un éventuel enchevêtrement de lois différentes susceptibles d'être applicable au litige, la règle régissant la forme du contrat étant généralement la loi du lieu d'établissement de la convention comme l'énonce l'adage *locus regit actum*, alors que la loi qui concerne le fond de celle-ci peut être différente et être celle choisie par les parties. Il convient en effet d'effectuer un choix quant aux règles applicables au litige car, à défaut, le tribunal arbitral met en œuvre celles qu'il estime convenir tout en tenant compte dans tous les cas des « usages du commerce international » conformément au nouvel article 1511 du CPC[1460]. Toutefois, une limite issue de l'article 1510 du CPC prévoit qu'en matière procédurale, *« quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction »*. Certes, d'une manière générale, à la différence de l'arbitrage interne où les règles sont souvent impératives, dans le cadre de l'arbitrage international, elles sont supplétives[1461] et font ainsi jouer à la volonté individuelle des parties un rôle plus important. On peut dès lors s'interroger sur le rôle de l'arbitre dans le cas où la volonté des parties serait en contradiction avec certains principes fondamentaux. Il semblerait que l'arbitre puisse s'opposer à la volonté des parties pour faire application de principes qu'il estime supérieurs[1462]. L'ordre public procédural doit être respecté ainsi que l'obligation pour les arbitres de respecter leur mission en plus des devoirs mentionnés par l'article précité[1463]. D'où la confirmation de l'impossibilité pour les parties de recourir à l'arbitrage uniquement dans le but de donner effet à des contrats illicites[1464]. Par ailleurs, comme dans le cadre de l'arbitrage interne, les parties peuvent demander que le tribunal arbitral statue en amiable compositeur. Concernant la stratégie ayant trait à cette demande, nous nous reportons aux développements effectués à propos de l'arbitrage interne. Concernant l'exécution de la sentence arbitrale, on

---

[1457] J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage international – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 16, n° 2, p. 766.

[1458] S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 16, p. 568.

[1459] P. MAYER, « Rapport de synthèse », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 225.

[1460] Sans apporter d'innovation par rapport à l'ancien article 1496 du CPC.

[1461] S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 4, p. 558.

[1462] S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 17, p. 569.

[1463] Il convient donc d'être prudent en ce qui concerne l'absence de renvoi à l'article 1464 du CPC qui, dans le cadre de l'arbitrage interne, renvoie lui-même aux principes directeurs du procès et ne pas en déduire systématiquement l'absence d'application de ces derniers en matière internationale. Cf. S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 8, p. 562.

[1464] « Si, par exemple, les parties à un contrat portant sur la traite d'êtres humains avaient entendu se donner pour règle *pacta sunt servanda*, nul ne défendrait sérieusement l'idée que l'arbitre doive s'en tenir à une lecture et une application stricte de l'article 1511 ». Cf. S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 17, p. 569. Cf. *Supra* n° 125.

constate que le droit français admet largement les sentences internationales rendues à l'étranger. La cour d'appel saisie d'un recours contre une décision portant sur la reconnaissance ou l'*exequatur* d'une sentence ne peut refuser la reconnaissance ou l'*exequatur* de cette dernière que dans les cas limitativement énumérés à l'article 1520 du CPC[1465]. Devant la juridiction d'un Etat, en application d'un règlement communautaire, l'*exequatur* n'est parfois pas nécessaire ce qui peut encourager la saisine d'un juge étatique. Le recours à l'arbitrage international ne semble stratégique que dans la mesure où il permet de faire application de règles qui ne seraient pas mises en œuvre devant la juridiction d'un Etat quel qu'il soit. Tel est le cas du respect du principe de confidentialité bien que les parties doivent préciser l'existence de ce dernier dans la convention d'arbitrage, la confidentialité n'étant pas le principe en matière d'arbitrage international[1466] à la différence de l'arbitrage interne. De même, la possibilité pour le président du tribunal arbitral de trancher seul, en cas d'absence de majorité des voix des arbitres qui se dégage, est une garantie supplémentaire d'impartialité. En revanche, l'absence de délai légal de la procédure[1467] incite les parties à fixer un tel délai si ces dernières privilégient la rapidité de la procédure.

134. La rapidité de la justice arbitrale – La rapidité de la justice arbitrale par rapport à la lenteur de la procédure se déroulant devant les juridictions étatiques[1468] est parfois une des raisons de recourir à des arbitres[1469]. Si la jurisprudence contribue à entraver le recours à l'arbitrage dans le but de retarder la procédure en faisant application du principe de la concentration des moyens à l'arbitrage ainsi qu'en instaurant un principe propre à ce dernier ayant trait à l'obligation de concentrer les demandes lors de la première instance[1470], les articles du CPC et notamment ceux issus du décret du 13 janvier 2011 tendent à l'effectivité de la rapidité de la justice arbitrale. La procédure étatique paraît inadaptée dans des hypothèses qui requièrent des solutions rapides[1471]. On peut gagner du temps en faisant appel à des arbitres[1472]

[1465] En application de l'article 1525 du même code. De plus, même en cas d'annulation d'une sentence étrangère par les juridictions du siège de l'arbitrage, il est possible d'admettre sa reconnaissance ou son *exequatur*. C'est ce qui ressort des arrêts *Hilmarton* et *Putrabali*. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, LexisNexis SA, 2012, 4ième édition, n° 351, p. 214-215.

[1466] Mais pouvant se justifier dans le cadre de l'arbitrage ayant trait aux investissements qui est un domaine dans lequel il existe « une forte aspiration à la transparence ». D'ailleurs d'une manière générale, en matière commerciale, le principe de confidentialité n'est pas toujours indispensable. Il convient d'effectuer une analyse au cas par cas. Cf. E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, p. 68-69. Cf. *Supra* n° 135.

[1467] Etant donné que dans le cadre de l'arbitrage international il n'est pas fait référence à l'article 1463 alinéa 1er du CPC qui fixe le délai à six mois à compter de la saisine du tribunal arbitral. Cf. J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage international – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 16, n° 4, p. 767.

[1468] La réputation de la justice arbitrale est en effet d'être plus rapide que la justice étatique. Cf. H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 9.

[1469] Même si l'affirmation selon laquelle la procédure qui relève de la juridiction arbitrale est plus rapide que celle ayant trait à la justice étatique n'est pas toujours démontrée. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 613.18, p. 348.

[1470] E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, n° 19, p. 211.

[1471] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 722.

notamment en ce qui concerne des projets de longue durée comme *Eurotunnel* et le *Tunnel sous la Manche*. La procédure arbitrale permet de résoudre les litiges tout en aménageant la poursuite des relations contractuelles. Il semble aussi parfois important pour les parties d'avoir la garantie du délai dans lequel la sentence est susceptible d'être rendue. Il est prévu tant par l'ancien article 1464-3° que par le nouvel article 1477 du CPC que l'instance arbitrale est éteinte lorsque le délai d'arbitrage est expiré. Cette règle fait obligation aux arbitres de statuer dans le délai qui leur est imparti dans la convention d'arbitrage. Si avant la réforme de l'arbitrage, en principe, le délai de l'arbitrage était de « six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux- les arbitres- l'a *(l'avait)* accepté »[1473], désormais selon le nouvel article 1463 du CPC, il en est de même mais à compter de la saisine du tribunal arbitral. Afin de renforcer le respect du délai de la procédure d'arbitrage, le décret du 13 janvier 2011 laisse notamment la possibilité aux parties de décider que le tribunal ne sera saisi que lorsque les arbitres seront dotés des moyens nécessaires à rendre leur sentence c'est-à-dire après avoir été mis en possession de toutes les pièces du dossier[1474]. Ainsi les parties sont garanties du délai dans lequel sera rendue leur sentence. Même si ces dernières n'ont pas prévu un délai particulier dans la convention d'arbitrage, l'arbitre doit statuer dans un délai « raisonnable », car à défaut, il est possible d'engager sa responsabilité[1475]. Très souvent, il est prévu dans la convention d'arbitrage que ce délai peut faire l'objet d'une prorogation conventionnelle en raison notamment de la complexité de l'affaire[1476]. Le président du tribunal de grande instance peut également proroger le délai de l'arbitrage en aplication du nouvel article 1463 alinéa 2 du CPC[1477]. Si l'une des parties saisit l'arbitre d'une demande incidente, celui-ci ne doit pas l'examiner si cette dernière est susceptible d'allonger le délai auquel il est tenu pour rendre sa sentence[1478]. Cependant, on peut se demander comment est susceptible d'être apprécié la notion de « délai raisonnable ». Il semble difficile de se fonder sur la notion de « délai raisonnable » issue la jurisprudence de la Cour EDH étant donné que celle-ci ne peut sanctionner un arbitre pour non-respect du principe du délai raisonnable énoncé à l'article 6§1 de la Conv.ESDH bien qu'elle ait énoncé que cette dernière pouvait, certes dans une affaire particulière, s'appliquer à un tribunal arbitral. En application du nouvel article 1464 alinéa 3, la célérité fait partie des obligations incombant à la fois aux parties et à l'arbitre dans la conduite de la procédure renforçant ainsi l'efficacité de l'arbitrage. D'ailleurs, tant la mise en œuvre de cette obligation que celle de la règle issue de l'article 1466 du CPC font obstacle aux stratégies dilatoires des parties[1479]. A ce titre, on peut également relever la possibilité instaurée par le nouvel article 1456 alinéa 3 qui empêche l'une des parties d'opposer un veto de façon abusive à la nomination de l'arbitre lorsque celui-ci fait état de circonstances de nature à affecter

---

[1472] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1655, p. 671.

[1473] En application de l'ancien article 1456 du CPC.

[1474] Cf. B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 144.

[1475] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1026.

[1476] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1675, p. 681.

[1477] Comme c'est le cas également concernant le maintien (CPC, article 1456 alinéa 3), la révocation (CPC, article 1458) l'empêchement, l'abstention ou la démission des arbitres (CPC, article 1457 alinéa 2).

[1478] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1025. Cf. aussi *supra* n° 128.

[1479] J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage interne – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 11-12, 322, n° 26, p. 550.

son indépendance ou son impartialité en énonçant qu'*« en cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux »*[1480]. Dans le même ordre d'idées, le nouvel article 1486 du CPC instaure un délai de trois mois à compter de la signification de la sentence dans lequel les demandes doivent être effectuées pour interpréter la sentence, en réparer les erreurs, les omissions matérielles ou bien encore la compléter en cas d'omission de statuer sur un chef de demande. De plus, il est précisé que la sentence rectificative ou complétée doit être rendue dans un délai de trois mois à compter de la saisine du tribunal arbitral bien qu'il peut être dérogé à ce délai. Il n'empêche que le fait de prévoir un délai tant pour présenter la requête que pour y apporter une réponse tend vers une plus grande sécurité juridique[1481], celle-ci étant d'ailleurs renforcée par l'impossibilité pour l'arbitre de se saisir d'office de la rectification des erreurs et omissions matérielles, le nouvel article 1485 du CPC prévoyant que la demande en la matière doit provenir des parties. La rapidité de la justice arbitrale découle également de l'instauration par le décret du 13 janvier 2011 du fait que le délai d'un mois pour exercer les voies de recours ne court plus à compter de la signification de la sentence revêtue de l'*exequatur* mais de la notification de la sentence en application du nouvel article 1494 alinéa 2 du CPC[1482]. De même, dans le cadre de l'arbitrage international, le délai du recours en annulation d'un mois ne court plus à compter de la « signification de la sentence déclarée exécutoire » comme le prévoyait l'ancien article 1505 du CPC mais de la « notification de la sentence » en application du nouvel article 1519 alinéa 2 du CPC évitant ainsi d'attendre d'obtenir l'*exequatur* pour faire courir ce délai et les parties pouvant aussi choisir un mode de notification différent de la signification comme l'énonce le nouvel article 1519, alinéa 3 du CPC. Toujours dans le cadre de l'arbitrage international, il est également fait obstacle aux stratégies dilatoires par le biais du nouvel article 1526 du CPC qui prévoit que le recours en annulation et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'*exequatur* ne sont pas suspensifs sauf si l'exécution de la sentence est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties[1483]. Par ailleurs, si la réforme de l'arbitrage tend à garantir l'efficacité de l'arbitrage quant à la rapidité de la procédure arbitrale et que les parties contribuent à renforcer celle-ci, il semble en aller de même en ce qui concerne la discrétion de la sentence.

135. Une justice discrète – L'arbitrage peut être envisagé lorsqu'il serait préjudiciable aux parties que leur différend fasse l'objet d'une publicité. En effet, *« rien n'empêche que parfois des*

[1480] Avant la réforme de l'arbitrage, le fait pour l'arbitre, dans cette hypothèse, de ne pouvoir accepter sa mission qu'avec l'accord de toutes les parties en application de l'ancien article 1452 alinéa 2 du CPC était susceptible de donner lieu à des tactiques dilatoires. Cf. J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage interne – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 11-12, 322, n° 40, p. 552-553.

[1481] J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage interne – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 11-12, 322, n° 50, p. 554.

[1482] Auparavant, si des mesures d'exécution forcée n'étaient pas mises en œuvre, l'*exequatur* n'était pas demandé et le délai pour exercer un recours ne pouvait pas courir. Cf. J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage interne – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 11-12, 322, n° 53, p. 555. Cf. aussi J. PELLERIN, « La nouvelle articulation des recours en arbitrage interne », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, n° 28, p. 185.

[1483] L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Rev. de dr. intern. et de dr. comp.*, 2011, n° 2, p. 397.

adversaires trouvent leur intérêt dans la même chose »[1484]. Le plus souvent, les entreprises ne souhaitent pas que leurs concurrents connaissent les difficultés qu'elles rencontrent. L'importance d'éviter la publicité des conflits pour une entreprise peut être rapprochée de l'hypothèse dans laquelle l'entreprise rencontre des difficultés financières et ne souhaite pas que ses concurrents en soit informés[1485]. Le secret de la sentence rendue par les arbitres, incite donc les parties, selon la nature de leur litige, à recourir à l'arbitrage[1486]. Il s'agit même de leur principale préoccupation[1487]. D'ailleurs, désormais le nouvel article 1464 alinéa 4 du CPC énonce qu'en principe et sous réserve des obligations légales, *« la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité »*[1488] bien que tel ne soit pas le cas dans le cadre de l'arbitrage international[1489] et le nouvel article 1489 du même code, prévoit quant à lui, que sauf volonté contraire des parties, la sentence arbitrale ne fait pas l'objet d'un appel. Mais même avant cette réforme, si le principe était à l'inverse qu'un appel était ouvert contre la sentence[1490], souvent, les parties y renonçaient dans la convention d'arbitrage[1491], afin que leur conflit ne soit

---

[1484] ARISTOTE, *Rhétorique*, Introduction, traduction, notes, bibliographie et index par P. CHIRON, Editions Flammarion, 2007, p. 168.

[1485] D'où, dans ce domaine, l'explication de l'échec du privilège de *new money* qui est subordonné à la publicité du jugement de conciliation homologué. Cf. N. LAURENT, O. ASSANT, « Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ? », *J.C.P.*, G., 2008, I, 157, n° 8, p. 26-27.

[1486] P. MAYER, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 33. Cf. aussi M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Editions Dalloz, 2011, 3ième édition, n° 46, p. 47.

[1487] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1655, p. 671. Cf. aussi L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Rev. de dr. intern. et de dr. comp.*, 2011, n° 2, p. 396.

[1488] Il a été décidé qu'il était ainsi bienvenu que toute discussion en la matière soit évitée. Cf. P. MAYER, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 33. Il s'agit d'un « principe qui constitue une caractéristique majeure de cette procédure en droit interne ». Cf. G. NOTTE, « Réforme de l'arbitrage », *J.C.P.*, E., 2011, Actualités, 26, p. 18.

[1489] Une précision en ce sens doit donc être effectuée par les parties dans la convention d'arbitrage. Toutefois même en l'absence d'une manifestation des parties en la matière, il n'est pas certain que les tribunaux ne fassent pas état d'une obligation de confidentialité en se fondant sur un usage ou le principe général de bonne foi. Cf. S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 8, p. 562. Les litiges se prêtant à la confidentialité concernent par exemple *« un contrat portant cession d'une licence de savoir-faire, un contrat de vente de gaz à long terme dont les clauses de prix sont particulièrement sensibles ou un contrat de coopération industrielle dans une matière dans laquelle la concurrence est vive (...) »*. Cf. E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 88, p. 313. Par ailleurs, *« il ne serait pas tolérable que l'absence de confidentialité de l'arbitrage international soit invoquée pour justifier des campagnes dans les médias pour impressionner des témoins ou encore des arbitres, présentés comme des traîtres à la nation s'ils ne décident pas dans un sens déterminé »*. Cf. Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, n° 28, p. 103.

[1490] Ce qui est en contradiction avec l'esprit de l'arbitrage car la partie perdante va pouvoir bénéficier de délais supplémentaires. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1681, p. 682.

[1491] C'est ce que l'on constate dans la pratique. Cf. T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 4.

Les parties renoncent d'ailleurs fréquemment à tout recours contre la sentence. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1680, p. 682.

pas jugé en deuxième instance dans un esprit différent de celui choisi au départ[1492]. Si les parties n'avaient pas énoncé leur renonciation à l'appel dans la clause compromissoire, elles pouvaient en décider autrement lors du compromis[1493]. Par le biais de l'appel, *« l'arbitrage émerge dans la visibilité de la justice publique »*[1494]. Il ne s'agit plus alors d'*« une voie de paix »* mais d'*« un lever de rideau »*[1495]. En revanche, dans le cadre de l'arbitrage international, l'appel ne peut concerner que la décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'*exequatur* des sentences rendues à l'étranger en application de l'article 1525 du CPC. Une autre spécificité de l'arbitrage semble résulter de son coût qui peut être inférieur à celui de la justice étatique.

136. Une économie d'argent – Si souvent, on critique la justice étatique en raison de son coût, le recours à l'arbitrage, certes est susceptible d'être moins onéreux qu'un procès, mais n'est pas gratuit et a aussi un prix[1496]. D'ailleurs, selon le Professeur Loïc Cadiet, il *« n'est pas davantage une source d'économie »*[1497]. Les parties ont des obligations envers l'arbitre. Hormis celles qui relèvent de la bonne coopération à l'instance, les parties doivent également payer des honoraires à l'arbitre. A défaut, ce dernier peut agir en paiement[1498]. Néanmoins, dans certains pays comme les Etats-Unis, où l'accès au juge étatique est très cher, il est intéressant d'un point de vue financier d'agir devant un arbitre[1499]. Toutefois, si l'on énonce que même en France, les frais sont susceptibles d'être moins élevés en ayant recours à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques, notamment si les parties n'imposent pas aux arbitres de suivre les règles prévues pour les tribunaux en application du nouvel article 1464 ou de l'ancien article 1460 alinéa 1er du CPC[1500], cela n'est pas certain. Par ailleurs, le recours à l'arbitre peut être motivé par le souhait de bénéficier des spécificités qui lui sont propres.

[1492] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 38.

[1493] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1681, p. 682.

[1494] M.-C. RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 30.

[1495] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 13, p. 76.

[1496] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 613.18, p. 348. Cf. M. PEDAMON, H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Editions Dalloz, 2011, 3ième édition, n° 46, p. 48.

[1497] L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 197.

[1498] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 10.

[1499] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1655, p. 671.

[1500] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 11, p. 65-66.

137. La spécificité tenant à la personne de l'arbitre – La question peut se poser de savoir si les parties ne sont pas réticentes envers la personne de l'arbitre[1501] plutôt qu'envers un juge professionnel. L'arbitre ne semble pas présenter les mêmes garanties qu'un juge étatique. L'*imperium* de l'arbitre, qui peut être défini comme *« l'ensemble des pouvoirs d'injonction et de commandement aux fins de réaliser son œuvre de justice et de préparer l'exécution de la contestation qu'il tranche, dans la limite du recours et de l'exercice de la force publique et des moyens coercitifs exercés par les organes des Etats »*[1502], s'est accru avec la réforme du 13 janvier 2011. Certes, pendant longtemps, le faible *imperium* de l'arbitre n'empêchait pas celui-ci de faire une injonction simple aux parties conformément à l'ancien article 1460 alinéa 3[1503], mais désormais, le décret du 13 janvier 2011 prévoit des changements en la matière puisqu'il autorise l'arbitre à faire injonction à une partie de produire aux débats un élément de preuve au besoin sous astreinte[1504] et, de surcroît, à ordonner aux parties d'exécuter des mesures provisoires ou conservatoires à l'exception toutefois des sûretés judiciaires[1505]. Cependant, l'arbitre comporte des faiblesses en raison de son ignorance sur certains aspects du droit[1506]. Les parties peuvent néanmoins intenter une action en responsabilité civile contre l'arbitre si ce dernier a manqué à ses obligations[1507]. Ainsi, afin d'éviter toute sanction, l'arbitre est incité à accomplir sa mission de manière sérieuse[1508]. D'ailleurs, l'arbitre est doté d'une compétence technique[1509] lui permettant d'être efficace dans les litiges complexes. Les connaissances particulières de l'arbitre permettent de le considérer comme plus compétent, « plus apte » que les magistrats à juger certaines affaires[1510]. De plus, le fait pour les arbitres, d'être choisis entraîne la confiance des justiciables *« qui restent sur une voie paisible, amicale, où ils évitent l'éclat des procès »*[1511]. Le

---

[1501] Qui peut être désigné d'un commun accord par les parties ou par l'intermédiaire d'institutions spécialisées telles que l'Association Française d'Arbitrage, ou la Chambre de Commerce Internationale. C'est ainsi que la clause compromissoire est parfois rédigée de la manière suivante : *« Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement »*. Mais les parties peuvent aussi choisir chacune un arbitre. Afin de respecter la règle selon laquelle le nombre d'arbitres doit être impair, les deux arbitres seront ensuite chargés de désigner le troisième. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1659, p. 672 et n°1664, p. 674.

[1502] D. CHEKROUN, *L'imperium de l'arbitre*, th., Université de Paris I, Sous la direction de Monsieur le Professeur Emmanuel JEULAND, 2008, p. 401.

[1503] En vertu duquel « Si une partie (*détient*) détenait un élément de preuve, l'arbitre (*peut*) pouvait aussi lui enjoindre de le produire ».

[1504] En application du nouvel article 1467, alinéa 3 du CPC. Cf. B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 144.

[1505] Conformément au nouvel article 1468 du CPC. Cf. B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 144.

[1506] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 11, p. 66. Cf. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 67, p. 69.

[1507] *Supra* n° 134.

[1508] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 10.

[1509] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 13, p. 75.

[1510] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 17.

[1511] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 11, p. 65.

risque, cependant, est que les arbitres se considèrent plus comme des avocats[1512] que comme des juges. Cette éventualité semble toutefois désormais limitée au regard du nouvel article 1456 alinéa 2 qui permet de garantir l'impartialité de l'arbitre en énonçant qu' *« il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission »*. Ainsi, « l'arbitre se doit d'adopter un comportement conforme à sa fonction juridictionnelle qui réclame une distance raisonnable par rapport aux parties »[1513]. Par ailleurs, dans le cadre de l'arbitrage international, en application du nouvel article 1513 du CPC, la possibilité pour le président du tribunal arbitral de trancher seul le litige en l'absence de majorité des voix des arbitres renforce les chances d'aboutir à une solution qui n'a pas été soumise à l'influence des intérêts de l'une des parties au regard du choix des arbitres par celles-ci[1514]. Ce critère est d'autant plus important en matière internationale que l'arbitre *« n'est le juge d'aucun Etat et donc ne peut apparaître à aucune partie comme étant « son » juge »*[1515]. Au-delà des qualités qui touchent à la personne de l'arbitre, ce dernier est doté d'une grande liberté dans l'application des règles substantielles et dans l'appréciation de certaines notions. D'ailleurs, il est qualifié de juge naturel en ce qu'il est *« le juge naturellement compétent pour statuer sur un litige donné »*[1516]. C'est notamment ce qui découle des pouvoirs de l'arbitre quant à sa façon de statuer.

138. Les pouvoirs de l'arbitre concernant l'application des règles substantielles et l'appréciation de certaines notions – Lorsque l'arbitre statue en amiable compositeur, il a la possibilité de ne pas faire application des règles d'ordre public étant donné que l'annulation de la sentence résulte uniquement de la violation de l'ordre public international. Or ce dernier peut être moins strict que l'ordre public national. De plus, l'arbitre amiable compositeur, peut appliquer des normes qui sont créées par la pratique et qui n'ont pas encore de valeur générale et obligatoire[1517]. La liberté de l'arbitre dans l'application des règles substantielles se manifeste aussi dans sa liberté d'appréciation concernant la notion de bonne foi et l'évaluation des dommages-intérêts. Certes, comme le juge étatique, l'arbitre qui n'a pas la mission de statuer en amiable compositeur a la possibilité d'apprécier la notion de bonne foi. Il a ainsi pu faire

---

[1512] C'est-à-dire comme les mandataires des parties. Cf. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 67, p. 69. *« L'expérience a démontré que les arbitres désignés par les parties respectives, en dépit de leur intégrité connue, presque toujours abondent dans le sens de ceux qui les ont choisis. La gratitude et la loyauté pénètrent subtilement dans l'esprit et y font leur chemin sans qu'on s'en aperçoive »*. Cf. L. NIZER, *Procès à New York*, p. 351, cité par P. SOURIS, *Les belles phrases, Citations d'intérêt judiciaire*, Créadif, Bruxelles, 2011, p. 4.

[1513] D'où la notion de désintéressement qui pourrait notamment se manifester par une modération des honoraires de l'arbitre mais qui n'apparaît cependant pas dans le décret à cet égard. Cf. J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, n° 10, p. 121 ; n° 44, p. 142.

[1514] S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 18, p. 569-570.

[1515] L. B. BUCHMAN, E. LOQUIN, « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2894.

[1516] Le juge naturel peut être défini comme le juge, qui, selon les modalités de répartition des compétences juridictionnelles, correspond le mieux à l'attente de justice des plaideurs pour statuer sur un litige déterminé. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Note sous Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40030, A. c/ F., *LPA*, 11-14 novembre 2011, n° 225-226, p. 20.

[1517] E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 580, p. 340.

prévaloir l'esprit sur la lettre du contrat[1518]. Mais les arbitres peuvent faire jouer un plus grand rôle à la notion de bonne foi dans l'interprétation du contrat que les juges étatiques car à la différence de ces derniers, ils ne sont pas *« les gardiens de l'ordonnancement d'un système juridique national »*[1519]. Cette analyse est confortée par le fait que les sentences dont la solution est inspirée de l'équité ne font pas automatiquement l'objet d'une annulation. Par ailleurs, l'arbitre bénéficie d'un large pouvoir concernant l'appréciation du quantum du dommage en cas de préjudice subi par l'une des parties[1520]. On peut dès lors se demander si l'insécurité juridique susceptible d'en résulter est propre uniquement à l'arbitrage et de jouer en sa défaveur ou si au contraire, il peut paraître opportun d'obtenir la solution la plus juste possible en la matière. Il ne semble pas que cela soit une spécificité de l'arbitrage. Toutefois, sur ce dernier point, il convient d'émettre une limite au regard de l'évolution qui est peut-être en train de se dessiner, du moins en ce qui concerne l'évaluation du préjudice corporel puisqu'un barème est susceptible d'être instauré, ce qui permettra une certaine prévisibilité en la matière concernant le recours au juge étatique. En fonction du résultat à atteindre, il existe peut-être une préférence soit pour le recours à l'arbitrage, soit pour les tribunaux étatiques. Les pouvoirs de l'arbitre et du juge ne sont parfois pas très différents notamment eu égard aux moyens de droit choisis par les parties. Alors que l'arrêt du 21 décembre 2007[1521] énonce qu'il n'appartient pas au juge étatique de modifier le fondement juridique invoqué par les parties, un arrêt du 29 juin 2011[1522] permet à l'arbitre de relever d'office les moyens de droit dont il n'a pas été fait état par les parties à condition toutefois de respecter le principe de la contradiction. Selon Madame le Professeur Cécile Chainais, il convient d'effectuer une « lecture moderne de l'adage *Jura novit curia*, conçu de façon souple »[1523]. En revanche, si l'on constate parfois des similitudes quant aux pouvoirs respectifs du juge et de l'arbitre, comme c'est le cas du pouvoir de statuer en amiable compositeur lorsque les parties le souhaitent, une distinction peut néanmoins consister, dans ce cas de figure, dans le champ d'application de l'amiable composition.

139. Le champ d'application de l'amiable composition – Il semblerait qu'il n'y ait pas de spécificité propre à l'arbitrage en ce qui concerne la fonction consistant à statuer en amiable compositeur au regard de l'article 12 alinéa 4 du CPC qui accorde aussi ce pouvoir au juge étatique sous certaines conditions. Si les parties souhaitent uniquement que leur litige soit soustrait des règles de droit, on peut se demander quel est l'intérêt pour elles de recourir à l'arbitrage[1524]. Or, l'avantage de recourir à l'arbitre amiable compositeur plutôt qu'au juge

---

[1518] G. FLECHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 342.
[1519] Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Editions Litec, 1994, p. 21.
[1520] *Infra* n° 148.
[1521] *Infra* n° 397.
[1522] *Infra* n° 151.
[1523] *« D'un côté, on ne saurait requérir du juge arbitral qu'il soulève d'office tous les moyens de droit susceptibles d'être appliqués au litige. Une telle exigence serait excessive, notamment en matière d'arbitrage international : elle risquerait notamment de porter atteinte au principe de libre détermination des règles de fond applicables au litige. D'un autre côté, il ne serait pas plus opportun de faire reposer entièrement sur les parties la mission d'apporter les éléments de droit. Certes, celles-ci doivent y prendre leur part. Mais en dernier ressort, il appartient au juge arbitral de dire le droit (...) »*. Cf. C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. de l'arbitrage,* 2010, p. 43.
[1524] *Supra n°* 123.

étatique ayant le pouvoir de statuer en amiable compositeur résulte du fait que l'on ne peut décider de recourir à cette voie au même moment et que les matières suceptibles d'être jugées de cette façon sont différentes. Mais le choix entre ces deux modes de règlement du litige peut aussi dépendre de la prise en compte de certains éléments qui corroborent ou pas le recours à l'arbitrage au regard des spécificités de ce dernier.

§3 : Les éléments corroborant ou pas le choix de recourir à l'arbitrage

140. Les mesures susceptibles d'être prises tendant à l'efficacité de la procédure – En cas d'urgence, il est possible pour l'une des parties de demander au juge judiciaire[1525] de prendre des mesures provisoires à l'encontre de la partie adverse sans que cela implique une renonciation à agir devant un arbitre, si le tribunal arbitral n'est pas encore constitué[1526]. La convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à l'intervention d'un juge étatique pour ordonner une mesure d'instruction *in futurum* énoncée à l'article 145 du Code de procédure civile. Cette possiblité est confirmée par le nouvel article 1449 du CPC issu de la réforme précitée[1527] en précisant qu'il est possible de saisir le juge étatique « tant que le tribunal n'est pas constitué »[1528]. D'ailleurs, en dehors du nouvel article 1449 alinéa 2 du CPC, le plus souvent, lorsque les parties ont recours à des procédures d'arbitrages institutionnels, la majorité des règlements d'arbitrage permettent également aux arbitres de prendre des mesures provisoires qu'ils estiment nécessaires eu égard à l'objet du litige[1529]. En effet, les parties peuvent désigner un « tiers statuant en référé », ayant le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires en cas d'urgence, conformément au Règlement de référé pré-arbitral de la CCI[1530]. Ce dernier permet à un tiers, qui selon la jurisprudence n'est pas un arbitre, de prescrire des mesures urgentes rapidement favorisant la poursuite des relations contractuelles entre les parties sans avoir d'incidence sur le fond litigieux en ce qui concerne les

---

[1525] Par le biais d'une demande en référé ou d'une action spéciale telle que la demande en interdiction provisoire conformément à l'article L. 615-3 CPI dans un litige de propriété industrielle. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1661, p. 673.

[1526] Tel est le cas par exemple dans un conflit de propriété industrielle où il peut être urgent pour le demandeur d'obtenir l'interdiction de la fabrication et de la vente de produits qu'il juge illicites. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1661, p. 673.

[1527] B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 143.

[1528] Or, la jurisprudence antérieure permettait la saisine du juge des référés sur le fondement des articles 808 et 809 alinéa 1er du CPC même une fois la constitution du tribunal effectuée. Cf. S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 13, p. 566.

[1529] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1661, p. 673.

[1530] *« Le tiers statuant en référé peut être choisi par les parties elles-mêmes ou, à défaut, nommé par le président de la Cour internationale d'arbitrage. Les mesures qu'il ordonne obligent les parties aussi longtemps qu'il n'en a pas été décidé autrement par une autorité judiciaire ou un tribunal arbitral. Le Règlement de référé pré-arbitral ne peut s'appliquer que sur la base d'un accord écrit des parties, inséré dans le contrat ou conclu ultérieurement ».* Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, Technique contractuelle, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1661, p. 673.

droits des parties[1531]. Le recours à l'arbitrage dans l'unique but d'éviter l'intervention du juge étatique est inapproprié[1532]. Il est en effet important que la saisine du juge étatique soit possible dans les cas où l'arbitre est démuni des prérogatives de puissance publique notamment pour ordonner des saisies ou lorsque le litige n'est pas encore né en ce qui concerne notamment la prise de mesures d'instruction à futur[1533]. En cas d'urgence, l'article 808 du CPC est également toujours applicable. Il s'agit du référé ordinaire qui permet au président de la juridiction étatique d'ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Mais même, en cas de contestation sérieuse, le juge des référés peut ordonner une mesure conservatoire conformément aux conditions prévues par l'article 809 aliné 1er du même code. En revanche, il en va différemment en ce qui concerne le référé provision énoncé à l'article 809, alinéa 2 car pour que ce dernier cas de référé soit envisageable, même avant la réforme, le tribunal arbitral ne devait pas encore avoir été saisi[1534] et l'urgence de la mesure devait être établie[1535]. De plus, désormais, depuis la réforme de l'arbitrage, pendant l'instance arbitrale, il résulte du nouvel article 1468 du CPC issu du décret du 13 janvier 2011, la possibilité pour le tribunal arbitral d'ordonner aux parties « toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune » ou bien encore de « modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée ». En dehors des cas d'urgence, l'efficacité de la procédure est renforcée au regard du nouvel article 1469 du CPC qui prévoit la possibilité pour une partie qui y est invitée par le tribunal arbitral de demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner à un tiers, au besoin sous astreinte, de faire état d'une pièce produite par lui[1536]. Si la possibilité d'avoir recours au juge étatique pour pouvoir prendre certaines mesures, notamment en cas d'urgence même en présence d'une convention d'arbitrage, corrobore le recours à l'arbitrage, il en est de même au regard notamment des ressemblances entre les effets des sentences arbitrales et ceux des décisions de justice.

141. Les similitudes et les divergences entre les effets de la sentence et ceux du jugement – On peut s'interroger sur la différence entre la sentence et le jugement au regard notamment de l'autorité de la chose jugée. Il résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 12 avril 2012, n° 11-14.123, *Prodim*, que dès lors que la sentence arbitrale est dotée de l'autorité de la chose jugée, il n'est plus possible d'effectuer une nouvelle instance devant un tribunal arbitral ou une juridiction d'Etat concernant une demande qui a le même objet que celle

---

[1531] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 723. Toutefois, si ces mesures doivent être prises rapidement, le tiers a besoin d'un temps suffisant pour prendre connaissance du dossier de l'affaire, d'autant plus que sa décision engendre souvent des conséquences importantes, même si elle ne doit pas lier le juge ou l'arbitre. Par ailleurs, des mesures urgentes peuvent être prises aussi par un expert dans le cadre d'une clause prévue à cet effet et cela peut dans certains cas être plus efficace encore eu égard notamment au suivi de l'affaire.

[1532] Supra 118.

[1533] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 15, p. 81.

[1534] Cela peut s'expliquer par le fait que dans les autres cas de référé, l'arbitre garde son pouvoir de juger l'affaire au fond. Toutefois, lorsque le juge décide du caractère non sérieusement contestable, il ne peut totalement faire abstraction du fond de l'affaire. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 15, p. 81.

[1535] Cela déroge donc au droit commun. Cf. L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n° 90, p. 34.

[1536] Supra 137.

sur laquelle il a déjà été statué par le tribunal arbitral. Dans cet arrêt, la première Chambre civile fait application de la solution énoncée dans un arrêt de la même chambre rendu le 28 mai 2008, n° 07-13.266 qui fait état en matière d'arbitrage du principe de concentration des moyens en vertu duquel *« Il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »*. Dans ce dernier arrêt, les juges de la Cour de cassation énoncent qu'*« il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause »*. D'où une étape supplémentaire qui est franchie eu égard à la concentration des demandes. Ainsi, le principe de concentration des moyens qui avait été énoncé par l'assemblée plénière dans un arrêt du 7 juillet 2006, s'applique à l'arbitrage[1537]. Néanmoins s'il est possible devant les juges étatiques de modifier le fondement de la demande en appel, devant les arbitres, cette hyptohèse semble plus difficilement envisageable au regard des rares cas dans lesquels l'appel reste ouvert[1538]. Dans l'arrêt du 28 mai 2008, le tribunal arbitral avait dû se prononcer sur la responsabilité de la rupture du contrat de franchise ainsi que sur le retrait d'une enseigne ne respectant pas une clause de non réaffiliation, mais nullement sur les dommages-intérêts résultant de cette violation. En appel, la cour de Versailles, sur renvoi après cassation avait été saisie de cette dernière question mais ne considère pas comme une fin de non-recevoir l'autorité de la chose jugée invoquée par le franchisé. Or cette décision est censurée par la Cour de cassation[1539]. Afin d'obtenir la recevabilité de son action, la Société Prodim avait déclaré que la demande en dommages-intérêts effectuée antérieurement devant le tribunal arbitral était fondée sur les règles de la responsabilité contractuelle alors que celle intentée devant la juridiction étatique reposait sur les règles de la responsabilité délictuelle. Mais selon la Cour de cassation, « la seule différence de fondement juridique, fût-elle avérée, est insuffisante à écarter la fin de non-recevoir ». En conséquence, si différentes demandes tendent vers le même objet, l'exception de chose jugée doit être admise[1540]. Cette solution *« a pour effet d'étendre le jeu de l'autorité de la chose arbitrée au-delà des seules questions tranchées par la sentence, pour couvrir l'ensemble des demandes qui, bien que non soumises à l'arbitre par les parties, auraient pu ou dû l'être »*[1541]. Dans le cadre de l'arrêt du 12 avril 2012, si l'identité de parties était établie, il en a été décidé de même concernant l'objet de la demande. Comme les juridictions étatiques, il est fait application en matière d'arbitrage du principe de concentration des moyens issu de la jurisprudence *Césaréo*, mais à la différence celles-ci, il est de surcroît mis en œuvre un principe de concentration des demandes tel que l'a énoncé l'arrêt du 28 mai 2008. Or, il convient de faire une distinction entre les deux obligations

---

[1537] J.-B. RACINE, Note sous CA Paris, 7 février 2008, *Société française de rentes et de financement Crédirente c/ Compagnie générale de garantie SA*, *Rev. de l'arbitrage*, 2008, p. 511.

[1538] E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, n° 11, p. 207.

[1539] J. BEGUIN, Note sous cet arrêt, *J.C.P.*, G, 2008, I, 164, p. 30. Selon l'arrêt *Prodim* de 2008, *« faute d'avoir demandé lors de la première procédure arbitrale toutes les sanctions possibles de l'inexécution, tout se passe comme si la sentence qui a rejeté la seule demande d'exécution en nature les avait refusées toutes. Les tribunaux ne peuvent plus connaître de cette affaire alors que les conséquences de la rupture fautive n'ont pas été réglées »*. Cf. Ph. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 20, p. 867.

[1540] J. BEGUIN, Note sous Cass. 1ière civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.123, *Prodim*, *J.C.P.*, G., 2012, 843, Chron. « Droit de l'arbitrage », p. 1409-1410.

[1541] I. VEILLARD, « Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 19-20.

de concentration[1542]. Un rapprochement entre les effets de la sentence et ceux du jugement résulte notamment du décret du 13 janvier 2011 qui renforce l'efficacité de la sentence en éliminant la possibilité d'annuler cette dernière lorsqu'elle est entâchée de certaines irrégularités formelles. Selon le nouvel article 1483 du CPC *« l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité de la sentence ne peut entraîner la nullité de celle-ci s'il est établi, par les pièces de la procédure ou par tout autre moyen, que les prescriptions légales ont été, en fait observées »*[1543]. Par ailleurs, toujours dans le but d'une plus grande efficacité de la sentence arbitrale, la réforme issue du décret précité prévoit que si, en principe, la sentence est notifiée par voie de signification, il est possible pour les parties de prévoir un autre mode de signification comme la lettre recommandée avec accusé de réception ou l'envoi électronique[1544].
Certes, il existe de nombreux points communs entre la justice étatique et la justice arbitrale mais en matière d'arbitrage international, l'*exequatur* doit être accordé par le juge français pour faire exécuter en France la sentence arbitrale[1545] qui ne repose sur aucun ordre juridique national[1546]. En effet, un Etat ne peut exercer une contrainte sans avoir au préalable exercé son contrôle sur l'acte[1547]. Afin d'obtenir cet *exequatur*, il faudra que ladite sentence soit en conformité avec l'ordre public international[1548] en matière internationale[1549].
Il convient de distinguer ce dernier de la notion du respect de l'ordre public dans le cadre de l'arbitrage interne. Pour que soit accordé l'*exequatur* en application de l'article 1488 alinéa 1er du CPC, il convient de vérifier que la sentence n'est pas manifestement contraire à l'ordre public. Le recours en annulation et l'appel sont suspensifs. Il en va différemment dans le cadre de l'arbitrage international puisque le nouvel article 1526 du CPC dispose que : « le recours en

---

[1542] *« L'obligation de concentrer les moyens impose d'invoquer dans la même instance tous les moyens, c'est-à-dire tous les fondements juridiques d'une même demande. L'obligation de concentrer les demandes fondées sur une même cause oblige à formuler dans la même instance toutes les prétentions soutenues par les mêmes fondements juridiques »*. Cf. E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, n° 6, p. 204-205.
[1543] *Infra* n° 409.
[1544] En revanche, pour les jugements, en application de l'article 675 du CPC, il est prévu que ces derniers « sont notifiés par voie de signification à moins que la loi n'en dispose autrement ».
[1545] En application du nouvel article 1525 alinéa 1er du CPC, il est possible de faire appel de la « décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence abitrale rendue à l'étranger ».
[1546] *« C'est une apatride »*. Cf. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 39.
[1547] M.-C. RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 31.
[1548] Les pays membres de la Convention de New York de 1958 peuvent obtenir avec plus de facilité l'exequatur de leurs sentences arbitrales en raisons notamment du peu de cas y faisant obstacle. Même dans ces hypothèses, la Convention de New York se montre « très libérale » en admettant l'application de législations souples autorisant l'exequatur des sentences arbitrales. Tel est notamment le cas de la France dont le droit ayant trait à l'exequatur des décisions est plus souple que celui qui est conventionnel. Cf. T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 11. Par ailleurs, on constate que la jurisprudence a presque anéanti complètement le régime de l'immunité d'exécution. En effet, depuis l'été 2000, « la convention d'arbitrage vaut renonciation à l'immunité d'exécution ». Cf. T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 12.
[1549] P. MAYER, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 33.

annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs ». Or, une telle innovation permet d'éviter les stratégies dilatoires[1550] consistant à effectuer un recours contre l'ordonnance d'*exequatur* ou la sentence rendue en France dans le but d'en retarder l'exécution[1551] et renforce ainsi l'efficacité de l'arbitrage. Néanmoins, dans certains cas, selon l'alinéa 2 de l'article précité, le premier président statuant en référé ou le conseiller de la mise en état lorsqu'il est saisi a la possibilité d'aménager ou d'arrêter l'exécution de la sentence. Par ailleurs, toujours dans le but d'éviter les recours dilatoires, le nouvel article 1519 du CPC prévoit que le délai de recours est d'un mois mais ne court plus à compter la signification de la sentence déclarée exécutoire mais de la notification de la sentence, ce qui n'implique plus d'attendre que celle-ci soit revêtue de l'*exequatur* pour exercer un tel recours. La sentence arbitrale ne pouvant toutefois pas faire l'objet de mesures d'exécution forcée sans avoir obtenu l'*exequatur* de celle-ci, avant de pouvoir effectuer des mesures d'exécution, il est important de laisser s'écouler le délai de recours contre la décision d'*exequatur* lorsque ce dernier est recevable et en cas de recours, d'attendre la décision rendue sur ce recours. Mais la sentence arbitrale, comme un jugement, a dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée[1552], ce qui permet d'énoncer qu'elle a *« une consistance juridictionnelle immédiate »*[1553], entraînant pour le créancier le droit de prendre des mesures conservatoires qui lui semblent nécessaires[1554]. De plus, le régime du sursis à exécution des sentences arbitrales est identique à celui relatif aux jugements[1555]. Désormais, depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 janvier 2001, le point de départ des intérêts résultant de l'article 1153-1 du Code civil est fixé à la date de la sentence arbitrale et non plus à celle du jour de l'*exequatur*[1556]. Par ailleurs, le rapprochement entre les règles de la procédure arbitrale et celles de la procédure étatique se manifeste par la volonté d'étendre aux sentences arbitrales la protection dont bénéficient les décisions issues de la justice étatique concernant les critiques éventuelles[1557]. A la différence d'une décision de justice qui peut faire l'objet d'une contestation par les tiers par le biais de la tierce-opposition, dans le cadre de l'arbitrage international un tel recours a été supprimé permettant dès lors d'éviter une certaine insécurité juridique résultant d'une éventuelle remise en cause de la sentence par des

---

[1550] E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 7, p. 271.

[1551] J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage international – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 16, n° 27, p. 771.

[1552] En application du nouvel article 1484 et de l'ancien article 1476 du Code de procédure civile.

[1553] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 38.

[1554] Et cela, sans être obligé d'obtenir une autorisation préalable du juge, sur le fondement de l'article 68 de la loi du 9 juillet 1991, qui donne cette possibilité à la partie gagnante qui se prévaut d'une décision de justice dépourvue de force exécutoire. Toutefois, selon un jugement critiqué du Tribunal de grande instance de Lyon du 25 janvier 1994, cet article ne concerne que les décisions résultant des juridictions de l'ordre judiciaire. Cf. *Revue de l'arbitrage*, 1994, p.525, cité par R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 38.

[1555] L'exécution de la sentence est automatique sauf si cette exécution entraîne des conséquences manifestement excessives pour le débiteur par rapport à sa situation et non au regard du caractère annulable de la sentence. Cf. T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 12.

[1556] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 12.

[1557] Il s'agirait ainsi de faire application à ces dernières de l'article 434-25 du Code pénal sanctionnant le fait de jeter le discrédit sur une décision de justice. Cf. A. GALLOIS, « Le discrédit jeté sur une sentence arbitrale », *J.C.P.*, G., 2008, Actualités, 593, p. 5-6.

tiers. Cependant, une telle différence ne doit pas être déterminante dans le choix du recours à l'arbitrage. Il n'est pas certain que le juge français ne doive pas faire application de principes supérieurs comme le droit à un procès équitable impliquant un tel recours notamment au regard des exigences résultant de l'article 6§1 de la Conv EDH[1558]. D'où la question de savoir si le résultat obtenu diffère réellement selon qu'il résulte d'une sentence arbitrale ou d'une décision de justice.

142. L'obtention d'une solution différente de celle issue d'une juridiction étatique au regard de l'application de la hiérarchie des normes par l'arbitre – Il résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale du 28 juin 2011, que l'arbitre ne peut transmettre une QPC au Conseil constitutionnel, au motif qu'il tient son pouvoir de la convention des parties et qu'il ne peut ainsi constituer une juridiction relevant de la Cour de la cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958[1559] portant loi organique sur le Conseil constitutionnel[1560]. De même, la CJUE qui est devenue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) fait également état de l'origine contractuelle de l'arbitrage pour ne pas admettre la possibilité pour l'arbitre de poser une question préjudicielle aux juges communautaires[1561]. L'arbitrage, qu'il soit interne ou international, semble être autonome et se détacher ainsi de l'ordre juridique étatique. Si l'on part de notre exemple de départ concernant le contrat de vente de marchandises entre deux professionnels et qu'on y applique les faits de l'espèce de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 29 juin 2011, on constate que la solution rendue par l'arbitre diffèrerait de celle qui aurait été issue des juridictions étatiques. En l'espèce, le vendeur français n'avait pas livré les céréales à l'acheteur belge en raison du retrait de celui-ci de l'agrément d'exportateur délivré par l'administration française en l'occurrence l'Office national interprofessionnel des céréales. L'acquéreur avait effectué devant l'arbitre une demande afin d'être indemnisé du refus de la livraison en énonçant que celui-ci n'était pas justifié en raison de sa non-conformité au droit de l'Union européenne. L'arbitre, cependant, ne s'estimant pas compétent pour contrôler la conformité du droit français à la législation européenne, admet la rupture unilatérale effectuée par le vendeur et ne donne pas gain de cause à l'acquéreur. Un recours en annulation a été formé devant la cour d'appel par ce dernier qui invoqua le non-

---

[1558] S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 27, p. 578-579.

[1559] Sur ce même fondement, il en a cependant été décidé autrement en ce qui concerne la Commission arbitrale des journalistes professionnels, celle-ci permettant de rendre des décisions qui sont exécutoires par leur dépôt au greffe sans qu'il y ait eu antérieurement d'*exequatur*. La demande de QPC doit donc être admise par cette Commission arbitrale qui la transmet à la Cour de cassation. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 9 mars 2012, n° 11-40.109. Cf. A. BUGADA, « La Commission arbitrale des journalistes professionnels : une juridiction conforme à la Constitution ? », Note sous cet arrêt, *Procédures*, 2012, Commentaires, n° 149, p. 17-18.

[1560] L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Note sous Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40030, A. c/ F., *LPA*, 11-14 novembre 2011, n° 225-226, p. 18-19.

[1561] C'est qui résulte d'un arrêt de la CJCE du 23 mars 1982, n° C-182/81, Nordsee ou bien encore d'un autre arrêt de la même cour rendu le 27 janvier 2005, n° C-125/04, Denuit et Cordenier c/ TRansorient, qui énonce qu' : *« Un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 234 CE dès lors qu'il n'y a aucune obligation, ni en droit, ni en fait, pour les parties contractantes de confier leurs différends à l'arbitrage et que les autorités publiques de l'Etat membre concerné ne sont ni impliquées dans le choix de la voie de l'arbitrage, ni appelées à intervenir d'office dans le déroulement de la procédure devant l'arbitre »*. Cité par L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Note sous Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40030, A. c/ F., *LPA*, 11-14 novembre 2011, n° 225-226, p. 19.

respect par l'arbitre de sa mission et la violation de l'ordre public international. La même partie effectua une plainte contre la Commission européenne qui engagea une procédure contre la France. La Commission jugea la réglementation française non-conforme aux libertés européennes d'établissement et de prestation de service mais la cour d'appel rejeta en l'espèce le recours en annulation en estimant que l'arbitre avait, conformément à sa mission et sans contrariété à l'ordre public international, pu décider que la résiliation effectuée au regard du droit français en vigueur pouvait être valable. Le pourvoi qui a été formé a également été rejeté par la Cour de cassation d'une part au regard du principe de « non-révision au fond » ne permettant pas au juge de l'annulation de contrôler la façon dont l'arbitre exerce sa mission et d'autre part au regard de l'absence de « violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international ». Selon un auteur, en l'espèce, le caractère flagrant de la violation à l'ordre public ne pouvait apparaître étant donné qu'au jour de la sentence, la Commission européenne n'avait pas encore statué sur ce point[1562]. Selon un autre auteur, il semble concevable d'énoncer que le refus des arbitres d'accorder une indemnité à l'acquéreur et le rejet du recours en annulation formé par ce dernier ont uniquement un impact sur les relations d'ordre privé sans atteindre directement les droits protégés par l'Union européenne[1563]. En revanche, si le litige avait été soumis à un juge étatique, ce dernier aurait pris sa décision eu égard à la solution donnée par la Commission et les parties auraient abouti à un résultat différent. Selon un commentateur de cet arrêt, l'arbitre n'est pas compétent tant pour statuer sur l'inconstitutionnalité que sur l'inconventionnalité des différentes règles concernant le litige mais peut seulement statuer sur le comportement des parties[1564]. La décision du 28 juin 2011 conforte dans l'esprit des parties la possibilité d'aboutir à une solution différente de celle qui serait issue d'une juridiction étatique.Toutefois, au regard des termes de l'arrêt de la Cour de cassation, une évolution est susceptible de se dessiner en la matière et ainsi de donner lieu à une solution identique[1565]. En revanche, certains inconvénients de l'arbitrage peuvent dissuader les parties d'avoir recours à ce dernier, notamment au regard des conséquences du souhait de vouloir être jugé autrement.

143. Les conséquences éventuelles du souhait d'être jugé autrement – Selon Sénèque, « Quand la cause est bonne on préfère un juge à un arbitre », et selon Cicéron, « on prend des arbitres avec l'intention de ne pas tout perdre et de ne pas tout obtenir »[1566]. En effet, souvent, il résulte de la solution prise par les arbitres chargés de statuer en amiables compositeurs un partage de responsabilité alors qu'en réalité les parties ne devraient peut-être pas être sanctionnées dans les mêmes proportions[1567]. La même remarque peut cependant être faite pour ce qui concerne par exemple la transaction. Le souhait d'aboutir à un tel résultat dépend du but poursuivi par les parties mais s'il s'agit de l'unique finalité, le recours à l'arbitrage ne se justifie pas. Celui-ci doit être motivé par d'autres finalités, les modes amiables pouvant en effet aboutir parfois au même résultat.

[1562] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *D.* 2011, Actualités, p. 1910.
[1563] L. WEILLER, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *Procédures*, 2011, 306, p. 20.
[1564] J. JOURDAN-MARQUES, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 11.
[1565] *Infra* n° 147 et s.
[1566] Cité par G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 13, p. 76.
[1567] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 93.

144. Conclusion de la section 1 – Il existe un grand nombre d'arguments pouvant entraîner le souhait de recourir à l'arbitrage. Or, parmi ces derniers, seuls certains d'entre eux peuvent justifier à eux seul un tel recours. L'étude des autres modes de règlement des litiges montre en effet qu'il existe de nombreuses ressemblances avec l'arbitrage. Seules les spécificités propres à l'arbitrage permettent de déterminer le recours à celui-ci. Dans les autres cas, une hésitation étant permise, il est opportun de rechercher l'efficacité de chacun des modes de règlement du litige permettant d'aboutir au résultat souhaité au départ afin d'opter pour le mode de règlement du litige adéquat. Au final, si les parties choisissent néanmoins l'arbitrage pour obtenir un résultat particulier, alors même que ce dernier est aussi susceptible d'être atteint dans de nombreux cas par le biais d'autres modes de règlement du litige, il convient de s'interroger sur les chances de succès d'une telle stratégie.

Section 2 : L'efficacité de la stratégie dans le choix du recours à l'arbitrage

145. L'efficacité de l'arbitrage dépend de l'analyse économique du contrat et des effets que va entraîner la sentence arbitrale sur la poursuite des relations entre les parties ainsi que sur son exécution[1568]. Le choix de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques ou aux autres modes alternatifs de règlement des conflits résulte essentiellement de la nature des litiges. Si certaines matières sont propices à l'arbitrage, l'état d'esprit des parties doit aussi correspondre à celui de ce dernier. Les parties doivent être dotées de la même bonne volonté de résoudre le litige pendant toutes les étapes de la procédure afin que l'arbitrage conserve toute son efficacité[1569]. Afin de mesurer cette dernière, il convient d'évaluer les chances de succès du recours à l'arbitrage par rapport au résultat escompté (§1) et de prendre certaines mesures (§2).

§1 : L'évaluation des chances de succès du recours à l'arbitrage par rapport au resultat escompté

146. Les parties ont recours à l'arbitrage en vue d'atteindre certains buts particuliers. Or, c'est en fonction de l'atteinte effective de ces différentes finalités souhaitées au départ que l'on peut mesurer l'efficacité du recours à l'arbitrage par rapport aux autres modes de résolution des litiges. D'où l'importance d'évaluer les chances de succès du choix du recours à un tel mode de règlement du litige au regard des différents objectifs poursuivis par les parties qu'il s'agisse du résultat sur le fond du droit litigieux (A) ou de l'aléa résultant du comportement des parties et d'autres circonstances susceptibles de survenir (B).

[1568] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 726.

[1569] M.-C. RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 28.

A.La prévisibilité de la sentence quant au résultat sur le fond du droit litigieux

147. Très souvent, les parties ont recours à l'arbitrage en conférant à ce dernier la mission de statuer en amiable compositeur notamment en vue d'atteindre certaines finalités particulières. Il convient donc d'évaluer les chances de succès du recours à l'arbitrage, d'une part, au regard des avantages souhaités par les parties en confiant leur litige à l'arbitre, amiable compositeur (a), et d'autre part, de manière plus générale, en dehors d'une telle mission confiée à l'arbitre (b).

a.Dans le cadre du choix de recourir à l'amiable composition

148. Les limites à la possibilité d'échapper aux règles de droit – Si l'arbitre amiable compositeur a la possibilité de ne pas appliquer la règle de droit, les parties ne doivent pas y recourir dans le but d'échapper aux principes fondamentaux de la procédure car ce dernier est soumis à l'obligation de motivation et doit faire respecter le principe des droits de la défense. Dans le même ordre d'idées, le décret du 13 janvier 2011 reprend dans le nouvel article 1476 du CPC ce que prévoyait l'ancien article 1468 en énonçant que l'arbitre fixe la date à laquelle l'affaire est mise en délibéré et, qu'après cette date, *« aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral »*. Les stratégies consistant à recourir à l'arbitrage dans le but d'échapper à certaines règles de procédure applicables devant les juridictions étatiques et visant à éradiquer les comportements déloyaux des parties ne sont donc pas envisageables. Par ailleurs, il n'est pas interdit à l'arbitre amiable compositeur de se référer à une règle de droit notamment lorsque son application est conforme à l'équité[1570]. L'arbitre amiable compositeur peut en effet statuer conformément aux règles de droit. Ainsi, il n'est pas certain qu'en donnant à l'arbitre la mission de statuer en amiable compositeur, les justiciables aboutissent à un résultat différent de celui qui résulterait de l'application des règles de droit. Les parties doivent prendre en compte cette éventualité afin d'envisager la solution sur le fond du droit litigieux. Il en est de même lorsques celles-ci confèrent au juge étatique la mission de statuer en amiable compositeur[1571]. A l'inverse, dès lors que l'arbitre n'est pas investi de cette mission, comme le juge étatique, il doit rendre la justice. Pour ce faire, il peut rendre des sentences qui s'inspirent de l'équité comme le montrent celles qui rééquilibrent les obligations contractuelles de chacune des parties[1572]. D'où par exemple l'absence d'intérêt de recourir à l'amiable composition pour obtenir une meilleure réparation du préjudice subi. S'il peut paraître judicieux de recourir à l'arbitre amiable compositeur lorsque l'évaluation du montant des dommages et intérêts est difficile à effectuer[1573], il ne semble cependant pas que dans la même hypothèse, l'arbitre qui ne statue pas en amiable compositeur

---

[1570] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 16, p. 84.

[1571] L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, n° 8, p. 194.

[1572] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 347-348, p. 197-198.

[1573] Ainsi, dans une sentence inédite datant du 8 mai 1968, l'arbitre avait appliqué un article du Code Fédéral suisse énonçant que *« lorsque le montant exact des dommages ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée »* et avait évalué *« en conscience le montant de l'indemnité »*. Cf. E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 591, p. 346.

ou le juge étatique rende une solution très éloignée de celle de l'arbitre ayant été désigné comme amiable compositeur[1574]. D'ailleurs, au regard de la jurisprudence concernant l'évaluation du quantum du dommage, il apparaît que même lorsque les parties n'énoncent pas dans la convention d'arbitrage que l'arbitre doit statuer en amiable compositeur, ce dernier peut trancher en équité. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 17 janvier 2008 dans lequel la Cour d'appel de Paris affirme que *« le droit d'évaluer en équité le quantum du dommage est largement admis par les sentences arbitrales et les jurisprudences nationales »*[1575]. En l'espèce, l'arbitre international avait dû trancher un différend concernant un marché de fourniture de câbles téléphoniques conclu entre deux parties dont l'une relevait du droit français et l'autre du droit camerounais. Il en résulte une certaine insécurité juridique en la matière mais cette solution n'est peut-être valable que dans un certain contexte. En effet, la question de la portée de cette décision se pose pour savoir si on peut étendre sa solution à d'autres cas d'espèce à l'avenir. Il s'agit d'être prudent sur ce point puisque la solution résulte de la Cour d'appel et qu'elle est donc susceptible d'avoir une autorité moindre que si elle avait été issue d'un arrêt de la Cour de cassation[1576]. De plus, elle concerne plus spécifiquement l'arbitrage international dont les règles semblent parfois plus souples que dans le cadre de l'arbitrage national ; il n'est donc pas certain que l'on puisse appliquer la même solution dans ce dernier domaine. Par ailleurs, la décision porte sur le point précis de l'évaluation du quantum d'un dommage commercial et moral. Ainsi pour une autre question, la solution aurait donc peut-être été différente. En l'espèce, l'arrêt relève que les parties étaient d'accord pour que l'arbitre fasse application du droit camerounais et qu'aucune règle de ce droit n'avait été violée pour permettre à l'arbitre de statuer en équité. Il convient donc d'accueillir cette solution avec certaines réserves car de nombreuses conditions doivent être réunies pour que l'arbitre puisse trancher en équité sans que les parties le lui aient expressément demandé dans la convention d'arbitrage. D'où, par prévention, l'intérêt de préciser que l'arbitre a la mission de statuer en amiable compositeur afin de rendre plus prévisible la solution sur le fond du droit litigieux bien qu'en cette matière celle-ci semble incertaine.

149. Les limites à la prévisibilité de la sentence rendue par l'arbitre amiable compositeur – Les parties ont recours à l'arbitre amiable compositeur afin de voir leur litige tranché d'une certaine façon c'est-à-dire conformément à une certaine « conscience collective de l'équité » ou encore à une équité objective qui se réfèreraient aux principes généraux du droit et des pratiques du commerce international. La notion d'équité est susceptible d'être créatrice de normes impliquant ainsi une certaine prévisibilité en la matière[1577] alors même qu'il n'est pas possible de former un pourvoi en cassation lorsque l'arbitre statue en équité, la Cour de cassation

---

[1574] E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 591, p. 346.

[1575] J. BEGUIN, Note sous cet arrêt, *J.C.P.*, G, 2008, I, 164, p. 32.

[1576] *Infra* n° 275 et s.

[1577] Selon Monsieur le professeur E. Loquin, *« le recours à l'équité permet de dégager des solutions qui s'inspirent d'une certaine communauté de pensée sur le sens propre qu'il faut attribuer à l'idée de juste. Chaque groupe social sécrète sa propre conception de l'équité. La société des commerçants n'échappe pas à ce postulat. Arbitres et parties entretiennent une conception commune de l'équité, inspirée par les nécessités des affaires. […] Le risque d'arbitraire est atténué dans la mesure où la solution de l'arbitre n'est pas le fruit de quelques mystérieuses inspirations, mais celui de la référence à cette conscience collective de l'équité »*. Cf. E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairie Techniques, Paris, 1980, n° 594, p. 347.

ne pouvant connaître de celle-ci[1578]. En demandant à l'arbitre de statuer en amiable compositeur, les parties peuvent souhaiter que l'arbitre se fonde sur des critères qui ne sont pas exclusivement juridiques tels que des usages professionnels ou des pratiques commerciales. Dans ce cas, les parties peuvent prévoir la solution sur le fond du droit litigieux qui sera prise en conformité avec l'utilité de l'acte et de l'efficacité économique. En revanche, si les parties ont recours à l'amiable composition dans le but que l'arbitre statue en équité au regard notamment de l'équilibre du contrat, la solution sur le fond du droit litigieux est dès lors moins prévisible[1579]. D'une manière générale, l'équité laisse une grande liberté à l'arbitre qui a, par exemple, la possibilité de ne pas faire application des usages du commerce[1580]. De plus, au regard du principe du respect du secret des affaires, il est difficile de se référer à une véritable jurisprudence en la matière[1581]. Toutefois, si la justice arbitrale est discrète, l'on peut connaître le « droit jurisprudentiel arbitral » par le biais de certaines publications[1582]. La question de la prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux n'étant pas certaine, il convient de ne pas recourir à l'arbitre amiable compositeur uniquement en vue de l'obtention d'une solution déterminée car celle-ci n'est pas obligatoirement acquise.

150. Les limites à la stratégie consistant à recourir à l'arbitre amiable compositeur dans le but de pouvoir plus facilement faire annuler la sentence arbitrale – D'une manière générale, il résulte des arrêts de la Cour de cassation que l'arbitre, qui est investi de la mission de statuer en amiable compositeur, doit énoncer dans la sentence « qu'il a statué « en conscience » ou « en équité » ou dans l'exercice de sa « mission d'amiable compositeur » ou utiliser toute expression équivalente »[1583]. Or, lorsque l'arbitre est chargé d'une telle mission, l'une des parties peut être tentée de faire annuler la sentence arbitrale au regard de la motivation de celle-ci qui est susceptible de se référer à des règles de droit. Toutefois, si la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt du 15 février 2001 que les arbitres qui étaient investis de la mission de statuer en amiable composition devaient montrer dans quelles mesures leur sentence était conforme à l'équité dès lors qu'ils avaient exclusivement appliqué les règles juridiques, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 juin 2004 a décidé, quant à elle, que la motivation devait laisser présumer que les arbitres avaient statué en amiable compositeur. Pour ce faire, elle a fait état du dispositif de la sentence faisant référence à l'amiable composition ainsi que des motifs qui comprennent les termes de « franchise » et de « courtoisie » pour évoquer une relation commerciale ancienne[1584].

[1578] J. VUITTON, « Pourvoi en cassation. Décisions susceptibles de pourvoi », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 752, 2009, n° 50.

[1579] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 250-251, p. 142.

[1580] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Biliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, n° 354, p. 202 ; n° 356, p. 203 ; n° 360, p. 205.

[1581] P. BELLET, « Le juge et l'équité », in *Etudes offertes à René RODIERE*, Editions Dalloz, 1981, p. 10.

[1582] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, C. GOUDINEAU, *Pratique professionnelle de l'avocat*, Editions Litec, 4ième édition, 2001, n° 2.6.6.4.3., p. 279. Les centres d'arbitrages émettent d'importantes informations ayant trait aux sentences issues de leur administration. Cf. D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, n° 14, note de bas de page n° 23, p. 19.

[1583] J. BEGUIN, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, *op. cit.*, n° 28, p. 10.

[1584] P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 691-692.

Ainsi, il suffit d'être en présence de présomptions laissant penser que les arbitres ont effectivement statué en amiables compositeurs pour que l'on ne puisse pas contester la solution concernant l'exercice de la mission d'amiable composition par les arbitres. Selon un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 17 décembre 2008, l'arbitre amiable compositeur qui statue « en droit », alors qu'il a la mission de statuer en amiable compositeur doit faire référence à l'équité[1585]. Cependant, on peut s'interroger sur la garantie que peuvent avoir les parties en ce qui concerne la bonne exécution par les arbitres de cette mission. En effet, il est difficile de savoir si ces derniers ont réellement statué en amiables compositeurs[1586] mais d'une manière générale, l'application des règles de droit tend à une solution équitable[1587]. Le recours à l'amiable composition en vue d'atteindre certains buts particuliers ne semble pas toujours être efficace dans l'obtention desdits résultats. Or, on constate le même phénomène concernant le recours à l'arbitre qui est dépourvu de la mission de statuer en amiable compositeur au regard notamment de l'aléa résultant du comportement des parties et d'autres circonstances susceptibles de survenir.

b.En dehors du choix de recourir à l'amiable composition

151. Les pouvoirs respectifs de l'arbitre et des parties – Si une fois la sentence rendue, le tribunal arbitral est dessaisi, il est néanmoins possible pour les parties d'effectuer une demande tendant à interpréter la sentence, à en réparer les erreurs et omissions matérielles ou à la compléter en cas d'omission de statuer sur un chef de demande en application du nouvel article 1485 du CPC qui reprend ce qu'énonçait l'ancien article 1475 du même code. Cependant, il est désormais prévu que l'arbitre ne peut se saisir d'office en la matière. Ce qui limite les possibilités de voir la sentence modifiée, seules les parties étant à l'origine d'une demande allant dans ce sens. Il en résulte une certaine prévisibilité en la matière. En revanche, en ce qui concerne l'évaluation des chances de succès du recours tendant notamment à atteindre la vérité, la possibilité par exemple d'assigner un tiers afin qu'il produise une pièce qu'il détient ne peut s'effectuer qu'à la demande du tribunal arbitral, ce dernier conservant la maîtrise de l'instruction du procès[1588]. D'où la nécessaire intervention du tribunal arbitral pour contribuer à l'efficacité du recours à l'arbitrage et qui est parfois incertaine. De même, pour ce qui a trait à la possibilité de soulever d'office des moyens de droit, il ressort d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 29 juin 2011 que la modification par l'arbitre du fondement juridique invoqué par les parties est possible à condition toutefois de respecter le principe du contradictoire. Il en résulte une incertitude ayant trait à l'anticipation sur le fond du droit litigieux. On peut faire un parallèle sur ce point avec la décision de justice puisqu'il a été décidé dans un arrêt du 21 décembre 2007 qu'il n'appartenait pas au juge étatique, sauf dans des cas particuliers, de changer le fondement juridique de la demande. La décision du 29 juin 2011 a été

[1585] Et selon Monsieur le professeur J. Béguin, cette référence doit être explicite. Cf. J. BEGUIN, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, *op. cit.*, n° 32, p. 12.

[1586] Il en irait différemment si l'on demandait au juge de l'annulation de statuer au fond, ce qui ne lui est pas permis. Cf. P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 693.

[1587] P. CALLE, Note sous CA Paris, 3 juin 2004, *SA Exodis c/ SA Ricoh France*, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 693-694.

[1588] S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 19, p. 572.

qualifiée d'« exigeante »[1589]. En revanche, une meilleure prévisibilité résulte de la solution donnée par le juge de l'annulation qui s'immisce dans l'évaluation du préjudice alors que concernant le fond de la sentence, celle-ci ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une révision par le juge étatique[1590]. De plus, cette décision semble aller à l'encontre de la solution résultant d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 janvier 2008 qui avait décidé que l'arbitre était doté d'une grande liberté en la matière notamment en pouvant statuer en équité alors même qu'il n'avait pas été désigné comme amiable compositeur[1591]. D'ailleurs, d'une manière plus générale, si les parties ne dotent pas l'arbitre de la fonction d'amiable compositeur, l'arbitre a en principe pour mission de statuer en droit, mais il n'est pas exclu qu'il statue en équité comme le prévoit le nouvel article 1478 ou l'ancien article 1474 du CPC. Le jugement « en droit » ne s'oppose pas obligatoirement à celui qui est rendu « en équité » [1592]. Il semblerait néanmoins que la solution sur le fond du droit litigieux soit difficile à anticiper lorsque le recours à l'arbitrage est motivé par le souhait de bénéficier d'une certaine souplesse quant à l'application de certaines règles de procédure.

152. L'incertitude quant à l'obtention du but consistant à ne pas se voir appliquer certaines règles de procédure – Des décisions montrent qu'il est fait une application stricte par l'arbitre du principe du contradictoire. Par exemple, dans l'arrêt précité de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 29 juin 2011, il a été décidé que les arbitres n'avaient pas respecté le principe de la contradiction en ne se référant pas à l'indemnisation telle qu'elle avait été déterminée par les parties concernant la perte de gain mais à celle fondée sur la perte de chance de voir réaliser le projet dont elles n'avaient pas fait état[1593]. Dès lors que l'arbitre a la possibilité de soulever d'office les moyens qu'il juge appropriés[1594], il doit s'assurer que les parties ont pu en débattre avant de rendre sa sentence. Il s'agit d'éviter un risque de partialité, la

---

[1589] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-23.321, *D.* 2011, Actualités, p. 1911.

[1590] S. SMATT, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-23.321, Commercial Caribbean Niquel, *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 15.

[1591] Cf. S. SMATT, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-23.321, Commercial Caribbean Niquel, *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 15.

[1592] Alors que le jugement « en droit » peut se définir comme *« l'application par le juge ou par l'arbitre à une situation particulière d'une règle générale formulée par une « source » (officielle) du droit positif en vigueur », « l'arbitrage « en équité » est une solution apportée par l'arbitre à une situation particulière, en fonction de son particularisme, par une détermination qui trouve son origine, soit dans une conviction personnelle de l'arbitre, soit dans la référence à son système de valeur, quelle qu'en soit la « source » : objective (la loi « naturelle », la loi « divine » ou la « morale kantienne », par exemple) ou subjective (Code personnel de conduite, par exemple)*. Cf. J. BEGUIN, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 7, p. 2-3.

[1593] S. SMATT, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-23.321, Commercial Caribbean Niquel, *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 13-14.

[1594] C'est-à-dire lorsqu'il n'est pas lié contractuellement par un droit national applicable au litige en matière internationale bien que dans ce cas, les moyens peuvent être soulevés d'office mais au sein du droit désigné, ou de manière plus générale quand il n'a pas pour mission de statuer en amiable compositeur. Cf. C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. de l'arbitrage,* 2010, p. 18-19 ; 44.

modification du fondement de la demande pouvant favoriser l'une des parties[1595]. La même remarque avait été effectuée en la matière à l'égard du juge étatique[1596]. La solution semble cependant sévère en l'espèce puisque la perte de chance est, d'une manière générale, assimilée à un élément constitutif du gain manqué dans l'appréciation du préjudice économique[1597]. Ainsi, il semblerait que les principes du droit à un procès équitable immergent également la procédure arbitrale comme l'a d'ailleurs énoncé la Cour de cassation dans un arrêt de la première Chambre civile du 20 février 2001. D'où des doutes possibles ayant trait à l'obtention d'une solution différente de celle qui serait issue d'une juridiction étatique.

153. L'incertitude quant à l'obtention d'une solution différente de celle qui serait issue d'une juridiction étatique – Dès lors qu'il existe des divergences entre les pouvoirs de l'arbitre et ceux du juge étatique, la solution rendue par l'un ou l'autre est susceptible d'être différente. Pourtant, au regard de la simple faculté d'user de leurs pouvoirs respectifs, une incertitude demeure en la matière. Par exemple, concernant l'office de l'arbitre quant à la possibilié de soulever d'office des moyens de droit, il n'est pas certain, même s'il y est encouragé que l'arbitre use de cette faculté. Une telle attitude est donc susceptible de se rapprocher de celle du juge étatique pour lequel, il a été décidé dans la décision précitée du 21 décembre 2007 qu'il n'appartenait pas à celui-ci de changer le fondement juridique invoqué par les parties. Il demeure également une incertitude en ce qui concerne la concentration des demandes qui est établie en matière d'arbitrage alors que celle-ci n'est pas admise devant les juridictions étatiques étant donné qu'une évolution est possible au regard de la jurisprudence qui ne semble pas fixée en la matière[1598]. Par ailleurs, s'il résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale du 28 juin 2011 que l'arbitre ne peut transmettre une QPC au Conseil constitutionnel[1599], il n'est pas exclu qu'il écarte la règle qu'il estime inconstitutionnelle et qu'il ne rende pas ainsi une sentence identique à celle qui aurait pu être rendue si elle avait été issue d'une juridiction étatique. La différence réside seulement dans le fait que la règle écartée demeurera dans l'ordre juridique, seul le

---

[1595] D'où l'importance du nouvel article 1510 issu de la réforme de l'arbitrage du 13 janvier 2011 qui dispose que *« Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction »*. Les arbitres sont dès lors encouragés à organiser un débat entre les parties concernant les moyens qu'ils relèvent d'office. Cf. L. WEILLER, « Office de l'arbitre et principe de la contradiction », Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-23.321, *Procédure*s, 2011, n° 307, p. 21. Madame le Professeur Cécile Chainais énonce quant à l'office de l'arbitre en la matière qu'il *« appartient au juge arbitral de dire le droit (sous réserve des hypothèses où il lui est demandé de statuer en amiable compositeur) »*. D'après cet auteur, *« il serait dès lors incohérent de lui interdire de connaître du droit ou de l'empêcher de prendre des initiatives en ce sens, ou encore de la soupçonner de partialité lorsqu'il fait cet effort, auquel on ne peut que l'inciter et l'encourager. Seule la volonté exprimée par les parties pourra naturellement infléchir cet équilibre, voire le rompre en confiant aux seules parties le pouvoir d'apporter les règles de droit applicables »*. Cf. C. CHAINAIS, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. de l'arbitrage,* 2010, p. 43.

[1596] Au regard de la solution issue d'un arrêt du 21 décembre 2007 selon laquelle le juge n'a pas l'obligation de changer le fondement juridique de la demande. Or, en modifiant celui-ci, il avait été avancé que le magistrat pouvait favoriser l'une des parties au procès. Pourtant, une telle critique est susceptible d'entraver la bonne application du droit.

[1597] Notamment en application de l'article 1149 du Code civil qui dispose que *« Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après »*. Par ailleurs, cette solution semble être en désaccord avec la décision de la Cour d'appel du 17 janvier 2008 étudiée plus haut énonçant que les arbitres ont la possibilité d'évaluer le préjudice en équité même s'ils n'ont pas été désignés comme devant statuer en amiables compositeurs.

[1598] *Infra* n° 217.

[1599] *Supra* n° 142.

Conseil constitutionnel étant habilité à abroger celle-ci[1600]. Dans le même ordre d'idées, s'il n'est pas possible pour l'arbitre de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, il résulte de l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 29 juin 2011 cité plus haut[1601], que les arbitres devraient avoir le pouvoir de contrôler la conformité du droit d'un Etat membre de l'Union aux règles européennes[1602]. Toutefois, selon le Monsieur le Professeur Cyril Nourissat, à la différence d'une affaire soumise à un juge relevant d'un Etat membre, en matière d'arbitrage, l'arbitre détient ce pouvoir seulement lorsque le moyen a été invoqué dans les écritures de l'une des parties[1603]. Si une affaire similaire survenait, l'arbitre devrait donc effectuer un tel examen en faisant prévaloir les règles impératives résultant du droit de l'Union européenne[1604] afin de contribuer à l'effectivité de ce dernier[1605]. Dans cette perspective, la sentence qui en résulterait serait susceptible d'être identique à la décision qui serait issue d'une juridiction d'un Etat. D'ailleurs, la réforme de l'arbitrage notamment international tend à une meilleure prévisibilité des solutions[1606] et permet en conséquence de renforcer la sécurité juridique. Selon le but souhaité, l'anticipation du résultat est plus ou moins certaine mais au-delà des éléments touchant au fond du droit, d'autres paramètres doivent également être pris en compte pour évaluer l'efficacité du recours à l'arbitrage.

B.La prise en compte de certains éléments ne concernant pas le fond du droit

154. L'anticipation du délai de la procédure d'arbitrage et ses limites – Si un délai particulier est prévu dans la convention d'arbitrage, son expiration n'est pas la seule cause d'extinction de l'instance. Jusqu'à la réforme résultant du décret du 13 janvier 2011, tel était le cas aussi du décès de l'arbitre. Il s'agissait d'un aléa qui pouvait porter préjudice aux parties si ces dernières avaient eu recours à l'arbitrage afin d'obtenir rapidement une sentence arbitrale.

[1600] Selon un auteur, on peut s'interroger sur la question suivante : *« Dans l'ordre juridique arbitral, l'arbitre ne serait-il pas, en tant que juge naturel, le mieux à même de garantir le respect de la hiérarchie des normes, dès lors qu'il n'est pas habilité à le faire par le biais d'une QPC »* ? Cf. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Note sous Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40030, A. c/ F., *LPA*, 11-14 novembre 2011, n° 225-226, p. 20.

[1601] Supra 142.

[1602] Par le biais d'un *obiter dictum*, cet arrêt énonce que la cour d'appel a eu tort de dire les arbitres « incompétents pour statuer tant sur la conformité au droit communautaire de la décision de refus d'agrément (…) que sur la légalité de l'article L. 211-16 du code rural au regard des règles communautaires ». Cité par L. d'AVOUT, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *D.* 2011, n° 35, Pan., p. 2440. Ainsi, implicitement, il ressort de cette décision que l'arbitre a le pouvoir d'apprécier *« la conformité au droit communautaire tant d'une décision administrative – en l'occurrence la décision de refus d'agrément en qualité de collecteur-exportateur de céréales de la société belge – que d'une législation nationale »*. Cf. X. DELPECH, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *D.* 2011, Actualités, p. 1910. Cf. aussi C. NOURISSAT, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *J.C.P.*, G., 2011, n° 40, 1064, n° 8, p. 1778. En plus de l'impossibilité pour les arbitres de poser une question préjudicielle, cette solution peut être justifiée au regard des « principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union ». Cf. L. WEILLER, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *Procédures*, 2011, 306, p. 19.

[1603] C. NOURISSAT, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *J.C.P.*, G., 2011, n° 40, 1064, n° 8, p. 1778.

[1604] Notamment en demandant au juge d'appui de poser une question préjudicielle à la Commission européenne. Cf. L. d'AVOUT, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *D.* 2011, n° 35, Pan., p. 2440.

[1605] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ière civ., 29 juin 2011, n° 10-16.680, *D.* 2011, Actualités, p. 1910.

[1606] *« Dans l'apparence que lui donne sa réglementation française, l'arbitrage international perd ainsi un peu de sa singularité et se normalise par rapport au droit processuel commun ; ce qui est un bien en terme de prévisibilité des solutions »*. Cf. L. d'AVOUT, Note sous le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, *D.* 2011, n° 35, Pan., p. 2439.

Dans cette hypothèse, les parties devaient de nouveau choisir un arbitre[1607], recommencer en conséquence une procédure d'arbitrage et cela risquait de prendre beaucoup plus de temps que si elles avaient eu recours à la juridiction étatique car, devant cette dernière, dans le même cas, le juge est rapidement remplacé[1608] afin qu'il n'y ait pas de rupture dans le procès. Désormais, le décret du 13 janvier 2011 apporte des modifications en la matière puisqu'en application du nouvel article 1473 du CPC, il est prévu notamment que le décès de l'arbitre n'est plus une des causes d'extinction de l'instance mais qu'il suspend seulement cette dernière[1609]. Lorsque l'instance arbitrale reprend son cours, le tribunal arbitral peut effectuer une prorogation de l'instance d'une durée de six mois comme le prévoit le nouvel article 1475 alinéa 2, ce qui permet à l'arbitre remplaçant de prendre connaissance du dossier, de procéder éventuellement à une nouvelle mesure d'instruction[1610] et de contribuer ainsi à rendre une meilleure justice. En revanche, le retard dans l'obtention d'une solution juridictionnelle du litige peut résulter du comportement de l'une des parties qui demande des reports d'audience, forme un recours ou fait obstacle à l'exécution de la sentence. Si d'une manière générale la disponibilité de l'arbitre est plus grande que celle du juge étatique, cela ne doit pas permettre aux parties de changer les dates d'audience à leur convenance car cela risque de prolonger l'instance et de durer aussi longtemps qu'un procès se déroulant devant les juridictions étatiques. Le recours à l'arbitrage peut dès lors être inefficace si les parties ont choisi celui-ci dans le but d'obtenir rapidement une sentence. *« L'arbitre n'est pas le valet des parties »*[1611], mais l'on peut reprocher à ce dernier de ne pas accomplir avec plus d'autorité à l'égard de celles-ci son rôle de conduite de l'instance en s'opposant aux multiples reports d'audiences[1612]. Toutefois, là encore, il semblerait qu'il y ait une évolution en la matière au regard de l'application de l'article 6 de la Conv. EDH à la procédure d'arbitrage qui résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 6 octobre 2010. D'ailleurs, la Cour EDH avait déjà énoncé dans un arrêt du 3 avril 2008, n° 773/03, (*Regent Compagny c/ Ukraine*) que la partie, qui a obtenu gain de cause dans

---

[1607] Cependant, le juge d'appui, qui selon l'ancien article 1444 du Code de procédure civile, devait intervenir seulement dans les cas où la « constitution » du tribunal arbitral avait été entravée, s'était néanmoins vu reconnaître un rôle beaucoup plus important par le biais de la jurisprudence « Belle Créole » qui avait notamment autorisé son assistance en cas de décès de l'arbitre mais aussi dans bien d'autres hypothèses : lors de la récusation d'un arbitre, afin d'effectuer son remplacement en cas d'abstention ou de démission. C'est ce qui résultait du jugement du Tribunal de grande instance de Paris, ord. réf., du 12 juillet 1989. Cf. *Revue de l'arbitrage* 1990, p.176, cité par T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 8.

[1608] R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.37.

[1609] B. Le BARS, « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P.*, G., 2011, n° 4, p. 144. D'où une économie non seulement de temps mais aussi d'argent. Cf. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Rev. de dr. intern. et de dr. comp.*, 2011, n° 2, p. 392. En application de ce même article, sauf stipulation contraire, l'instance est seulement suspendue en cas d'empêchement, d'abstention, de démission, de récusation ou de révocation d'un arbitre jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement.

[1610] P. MAYER, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 33.

[1611] R. DAVID, Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé, Etude de droit comparé, Société des nations, Institut international de Rome pour l'unification du droit privé, « L'Universale » tipographia poliglotta, Rome, 1932, spéc. P. 51, cité par T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 10.

[1612] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 10.

une sentence arbitrale, peut *« revendiquer un droit à une exécution effective et dans un délai raisonnable fondé sur l'article 6 »*[1613]. La mauvaise foi de l'une des parties peut entraver l'efficacité et l'esprit de l'arbitrage notamment lorsqu'elle se manifeste lors de l'exercice des voies de recours ou de l'exécution de la sentence arbitrale. Il est difficile de démontrer l'efficacité de la stratégie consistant à recourir à l'arbitrage dans le but de trouver rapidement une solution au litige en raison de l'imprévisibilité de la réaction de chacune des parties au fil du temps. Certes, avant la réforme issue du décret du 13 janvier 2011, les arbitres essayaient de convaincre les deux parties de ne pas effectuer de recours[1614]. Désormais, l'absence de la voie d'appel est le principe. Dans l'hypothèse où les parties en décident autrement, l'appel étant suspensif[1615], il retarde l'exécution de la sentence. Il est donc, dans ce cas, judicieux pour les parties de prévoir, dans la convention d'arbitrage, l'exécution provisoire de la décision[1616]. D'ailleurs c'est ce que précise le nouvel article 1484 du CPC qui énonce dans son alinéa 2 que la sentence « peut être assortie de l'exécution provisoire ». Cela permet aussi de ne pas inciter la partie dotée de moyens financiers importants d'imposer à l'autre une prolongation de la procédure dans le but « d'obtenir sa reddition moyennant une faible indemnité transactionnelle »[1617]. Toutefois, même en cas d'exclusion de la voie d'appel, il est toujours possible pour ces dernières de saisir la Cour d'appel d'un recours en annulation[1618] sur le fondement du nouvel article 1492 du CPC ou de l'ancien article 1484, bien que la limitation des raisons permettant d'annuler une sentence arbitrale rende difficile le succès de ce recours[1619]. Par ailleurs, lorsque les recours en annulation sont *« infondés, exagérés ou dilatoires »*[1620] aux yeux du juge de l'annulation, celui-ci n'hésite pas à ordonner de lourdes sanctions aux auteurs desdits recours en raison du caractère abusif de la procédure[1621]. Comme pour les parties, une des raisons principales de recourir à la juridiction arbitrale est de trouver rapidement une solution au conflit, très souvent, elles exécutent de manière spontanée, la sentence rendue par les arbitres[1622].

[1613] N. FRICERO, Note sous Cass. civ. 1ière, 6 oct. 2010, n° 09-10.530, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 270.

[1614] Notamment en « adoptant une attitude moyenne ». En revanche, lorsque les parties avaient renoncé à l'appel, ils n'étaient pas enclins à modérer leur solution. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1681, p. 682.

[1615] En application du nouvel article 1496 du CPC.

[1616] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1681, p. 683.

[1617] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1681, p. 683.

[1618] Concernant l'arbitrage international, si la sentence arbitrale a été rendue en France, un recours en annulation de la sentence est possible notamment dans les cas de corruption ou de trafic d'influence qui ne sont pas conformes à l'ordre public international en application des articles 1518 et 1520, 5° du CPC.

[1619] Et est ainsi révélateur de l'efficacité de l'arbitrage. Cf. T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 4.

[1620] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 11.

[1621] Par exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 janvier 2003, le recourant a été condamné à 30000 euros pour son « comportement abusif, dilatoire et de mauvaise foi » et l'autre partie a bénéficié de 30000 euros de dommages et intérêts. Habituellement, l'on constate que lorsque le recours n'est pas assez étayé, le juge de l'annulation « *semble accorder de manière avantageuse les dépens* » à l'adversaire du recourant. Cité par T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 11-12.

[1622] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1655, p. 671.

Si la partie condamnée n'exécute pas de plein gré la sentence arbitrale[1623], il faudra que l'autre partie demande l'*exequatur* au Tribunal de grande instance puisque, à la différence d'un jugement, la sentence arbitrale est dépourvue de force exécutoire[1624]. Or, cela peut aller à l'encontre du but poursuivi par les parties selon lequel le recours aux arbitres permet d'obtenir rapidement une solution à leur différend. En effet, cette demande d'*exequatur*, bien qu'elle se caractérise le plus simplement possible, par une requête au greffe de la juridiction en application de l'article 1487 du CPC, peut ralentir la mise en œuvre de mesures d'exécution forcée et est ainsi susceptible d'être préjudiciable à l'une des parties. Néanmoins, quel que soit le délai pour obtenir l'*exequatur* de la sentence arbitrale, ce dernier est très souvent accordé par le juge étatique. Enfin, la survenance d'une procédure parallèle est susceptible d'avoir une incidence sur la procédure d'arbitrage et de retarder celle-ci. En effet, si les parties ont prévu de recourir à l'arbitrage dans leur contrat, dans certains cas, il est possible que concernant les mêmes questions, une autre procédure survienne[1625] et déjoue ainsi la stratégie prévue au départ par les parties. Hormis le cas du ralentissement de la procédure, un autre inconvénient dont l'attitude de l'une des parties est à l'origine consiste dans l'utilisation d'une voie de recours faisant échec à la confidentialité de la sentence.

155. La confidentialité de l'arbitrage et ses limites – Si le fait pour l'une des parties d'interjeter appel de la sentence est susceptible de retarder la procédure, elle entraîne aussi la publicité de la décision et fait ainsi échec à la confidentialité de celle-ci en révélant à tous l'existence du conflit. D'ailleurs, même si la Cour d'appel doit statuer conformément aux pouvoirs juridictionnels conférés à l'arbitre par la convention des parties[1626] c'est-à-dire, par exemple, en amiable compositeur, sa décision donnera lieu à une publication. Ainsi, afin que le recours à l'arbitrage atteigne le but fixé par les parties, il est nécessaire que ces dernières adoptent un comportement qui ne fasse pas échec à l'obtention du résultat souhaité. Or, dès lors que le but poursuivi est celui de la confidentialité, si l'une des parties intente un appel, la stratégie de départ est déjouée. Il convient donc de ne pas se réserver la voie de l'appel dans la convention d'arbitrage, le principe étant désormais l'absence d'appel en la matière. D'ailleurs, l'importance de la confidentialité en matière d'arbitrage est telle que le décret du 13 janvier 2011 prévoit dans le nouvel article 1464 du CPC qu'en principe, « la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ». La prise de certaines mesures peut contribuer à garantir le respect de celui-ci.

[1623] Ce qui est rare parce que *« dès l'origine, la source conventionnelle de l'arbitrage révèle chez les contractants une prédisposition psychologique à ne pas se dérober à son exécution. Et puis enfin, au sein d'une communauté économique, le fait de ne pas respecter les règles du jeu risque de placer le mauvais joueur dans une position inconfortable qui l'incite à respecter la décision des arbitres, sinon par vertu, du moins par raison »*. Cf. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, L'arbitrage : une question d'actualité : Petites affiches, 2 octobre 2003, n°197, p. 38.

[1624] En raison notamment de l'origine privée du pouvoir de l'arbitre. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n° 1653, p. 670.

[1625] D. MOURALIS, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, th., Sous la direction de J. Mestre, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, 2008, n° 1, p. 19.

[1626] M.-C. RIVIER, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 30.

156. L'anticipation sur le fond du droit litigeux en matière d'arbitrage ne semble pas plus certaine que celle qui concerne la justice étatique. La réforme issue du décret du 13 janvier 2011 tend néanmoins à rendre plus prévisible le délai de la procédure d'arbitrage et renforce ainsi l'efficacité de celle-ci. Il en est de même pour ce qui a trait à la confidentialité.

§2 : Les mesures permettant de garantir l'efficacité de l'arbitrage

157. La rédaction de la convention d'arbitrage – La rédaction de la convention d'arbitrage est susceptible d'avoir une incidence sur l'efficacité du recours à l'arbitrage en fonction du but poursuivi par les parties. Lorsque les parties ont recours à l'arbitrage « ad hoc », elles sont seules pour déterminer les règles applicables à l'arbitrage. La rédaction d'une convention d'arbitrage doit donc être d'autant plus minutieuse en laissant le moins possible de liberté à l'arbitre quant à la détermination des règles applicables au litige notamment en matière procédurale puisque ces dernières entraînent des conséquences importantes sur le fond du droit. Il n'existe pas de clause d'arbitrage-type susceptible de figurer dans tout contrat quelle que soit sa nature et il semble parfois préférable d'éviter de recourir à l'amiable composition[1627]. L'arbitrage international est le domaine de prédilection de l'autonomie de la volonté individuelle. Le choix de la loi applicable au fond du litige éventuel constitue une donnée essentielle de la convention d'arbitrage[1628]. Dans ce domaine, l'autonomie de la volonté des parties constitue le principe de base et les difficultés ne surgissent que dans le silence de leur convention. Dès lors que les parties ont choisi la loi applicable à leur litige, l'arbitre opère la qualification selon cette loi[1629]. Il semble ainsi possible pour les parties d'anticiper l'interprétation du contrat susceptible d'être effectuée par l'arbitre. Néanmoins, ce dernier est investi du pouvoir de qualifier une opération litigieuse et il résulte de la jurisprudence internationale qu'il n'est pas lié par les qualifications données par les parties à leurs actions ou à leurs relations contractuelles[1630]. L'arbitre ayant la possibilité de soulever d'office des moyens de droit tout en respectant le principe du contradictoire[1631], il ne peut exercer cette faculté que dans le cadre du droit national désigné par les parties. Lorsque les parties n'ont pas donné leur préférence pour l'application d'un droit en particulier[1632], l'arbitre international dispose d'une grande liberté de choix entre diverses qualifications et doit envisager tous les critères de rattachement possibles. Mais il résulte de l'ancien article 1496 du CPC dont la formule est reprise par le nouvel article 1511 du même code

---

[1627] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 99-100.

[1628] Mais la loi de procédure peut être d'un pays différent de celle qui concerne le fond du litige. Cf. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.36.

[1629] M. DE BOISSESON, « L'arbitre international et le problème de la qualification », in *Mélanges offerts à Claude REYMOND, Autour de l'arbitrage*, Editions du Juris-Classeur, Litec, 2004, p.34.

[1630] Sentence n°3540, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, p. 399. Citée par M. DE BOISSESON, « L'arbitre international et le problème de la qualification », in *Mélanges offerts à Claude REYMOND, Autour de l'arbitrage*, Editions du Juris-Classeur, Litec, 2004, p.31.

[1631] *Supra* n°138.

[1632] Qui peut être dépourvu de lien avec *« leur nationalité, leur résidence ou le lieu d'exécution du contrat »*. Cf. R. PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p.33.

que l'arbitre *« tient compte dans tous les cas des usages du commerce »*[1633]. Au-delà du choix de la loi applicable au fond du litige, il est aussi important pour les parties de prévoir la loi de la procédure applicable à ce dernier et de choisir le lieu dans lequel va s'effectuer l'arbitrage car la procédure devra se soumettre aux règles de l'Etat dans lequel elle va se dérouler[1634] et dont dépendra aussi la compétence territoriale en matière de voies de recours. Par ailleurs, la loi choisie permet d'anticiper la question de la reconnaissance et de l'exécution internationale des sentences. Il semblerait donc judicieux de choisir la loi de procédure du pays dans lequel va se dérouler l'exécution de la sentence. En effet, il convient de tenir compte du contrôle effectué par le juge de l'Etat dans lequel va être exécutée la sentence et des éventuelles difficultés qui peuvent en résulter notamment en ce qui concerne l'allongement du délai de l'exécution. D'une manière générale, l'arbitre s'inspire, pour rendre sa sentence, des principes issus de la Conv. ESDH qui résultent « de la conception française de l'ordre public international » et qui doivent donc être connus pour rendre effective l'exécution des sentences arbitrales[1635]. De plus, les parties étant libres de déterminer les modes de preuve dont devront user les arbitres[1636], la loi de procédure est un choix important à mentionner dans la convention d'arbitrage car elle va avoir des conséquences sur le fond du droit en raison notamment de ce qu'elle prévoit en matière de preuve et du poids de son formalisme susceptible de faire varier le coût et la durée du procès[1637]. Il convient d'éviter de laisser l'arbitre décider seul, ce dernier pouvant en effet rechercher le droit applicable à la procédure en se fondant sur des éléments susceptibles de déterminer l'intention des parties, tels que le lieu de l'arbitrage ou celui de l'exécution du contrat alors que ces derniers ne sont peut-être pas révélateurs de la volonté de celles-ci[1638]. Par ailleurs, lorsque les parties prévoient le recours à un droit en particulier, il est essentiel qu'elles précisent si un appel de la sentence est possible ou pas car les clauses d'arbitrage ne sont pas toujours d'une grande clarté à ce sujet[1639] et il leur est conseillé de renoncer à l'appel[1640]. D'ailleurs, avant la réforme issue du décret du 13 janvier 2011, il était proposé de supprimer les articles 1482 et 1483 du Code de procédure civile et de rédiger l'article 1484 du même code de la façon suivante : *« La sentence ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation, malgré toute*

[1633] *Supra* n°132. Dans cette hypothèse, il convient néanmoins de retenir une conception stricte de ces derniers lorsque les parties ont choisi une loi étatique applicable à leur litige. Dans un sens strict, les usages sont « les pratiques habituellement suivies dans le milieu des commerçants ». Cf. J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2011, n° 106, p. 71-72.

[1634] *« Afin d'assurer que la sentence soit susceptible de sanction légale, il convient de respecter les dispositions impératives du droit national applicable aux arbitrages internationaux dans le pays où a lieu l'arbitrage, même si les parties ou l'arbitre font choix d'autres règles de procédure »* (CCI, Guide de l'arbitrage), cité par J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, Technique contractuelle, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n° 1675, p. 680.

[1635] M.- E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2003, n° 407, p. 229.

[1636] Ainsi, il est possible de prévoir que la conviction de l'arbitre résultera des seules pièces produites de manière contradictoire. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1675, p. 681.

[1637] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 96.

[1638] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 96.

[1639] M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 96, note de bas de page n°8.

[1640] *Supra* n° 155.

stipulation contraire »[1641]. Finalement, l'article 1489 du CPC dispose que « la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ». En premier lieu, l'appel de la sentence contredit « l'esprit de l'arbitrage », qui est une justice privée choisie par les parties dans le but notamment d'éviter que l'affaire soit soumise au juge étatique. En second lieu, l'appel de la sentence empêche les parties de bénéficier des avantages de l'arbitrage qui résulte du libre choix de l'arbitre, de la rapidité ainsi que de la confidentialité de la procédure[1642]. Pour renoncer à l'appel, avant la réforme, une distinction devait être effectuée selon que les parties avaient recours à l'arbitre statuant « en droit » ou en amiable compositeur. Dans le premier cas, étant donné que l'appel était ouvert sauf si les parties en décidaient autrement, ces dernières devaient y renoncer expressément dans la convention d'arbitrage. Dans le second cas, c'était l'inverse, les parties étaient censées avoir renoncé à l'appel, il leur incombait donc de montrer leur volonté d'y recourir par le biais d'une clause expresse si elles souhaitaient néanmoins pouvoir intenter un appel. Désormais, il en va différement. Dans le cas où les parties décident de confier à l'arbitre la mission de statuer en amiable compositeur, il est important de savoir si elles souhaitent privilégier la célérité de la procédure et sa confidentialité ou si elles attachent une plus grande importance à la garantie de voir l'arbitre rendre une sentence « en équité ». Alors que dans le premier cas, il est judicieux de ne pas se réserver la voie de l'appel, dans le second, à l'inverse, il convient de prévoir expréssement la possibilité d'intenter un appel. Toutefois, dans ce dernier cas, si l'appel est fermé, le recours en annulation est quant à lui ouvert, mais ne peut être mis en œuvre que dans les cas de nullité prévus par le nouvel article 1492 du CPC. Or, si dans cette hypothèse, le cas le plus approprié serait celui de l'article 1492-3° du même code qui prévoit que « l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui a été conférée », la sentence sera annulée dans le cas où l'arbitre amiable compositeur ne fait pas référence à l'équité ou à sa mission de statuer en amiable compositeur[1643]. En effet, en dehors de la possibilité de faire appel de la sentence, le recours en annulation n'est admis que dans des conditions restrictives permettant ainsi de respecter le principe de célérité de la procédure. Cette stratégie résulte ainsi de la jurisprudence de la Cour de cassation qui n'est pas très exigeante en ce qui concerne la motivation par l'arbitre de la sentence rendue « en équité »[1644]. La voie de l'annulation pour défaut de motivation semble donc fermée pour l'une des parties qui douterait de la mission accomplie par l'arbitre de statuer « en équité ». Le but de la célérité de la sentence arbitrale est ainsi atteint sans que l'une des parties puisse y faire obstacle *a posteriori* par le biais de l'annulation de la sentence pour défaut de motivation mais une telle voie est toutefois ouverte dans le cas où elle serait entachée d'un vice grave. En revanche, la jurisprudence n'étant pas exigeante concernant la motivation, il peut aussi en résulter la crainte que ne soit pas satisfait le but consistant dans l'aboutissement d'une sentence rendue « en équité » notamment lorsque l'arbitre amiable compositeur décide de statuer « en droit ». D'où l'importance pour les parties de se réserver expressément la voie de l'appel dans la convention d'arbitrage afin d'avoir la garantie que la sentence a bien été rendue « en équité » puisque dans ce cas, le juge d'appel

---

[1641] J. ORTSCHEIDT, « Supprimer l'appel de la sentence en matière d'arbitrage interne », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 65.

[1642] J. ORTSCHEIDT, « Supprimer l'appel de la sentence en matière d'arbitrage interne », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 65.

[1643] Cf. J. BEGUIN, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, *op. cit.*, n° 38, p. 13-14 ; n° 43, p. 15.

[1644] En application des articles 1471 et 1484 du CPC. Cf. *Supra* n° 150.

rejuge l'affaire au fond avec les mêmes pouvoirs que ceux de l'arbitre c'est-à-dire en amiable compositeur. Certes, la solution n'en exclut pas moins le risque d'arbitraire mais le limite tout de même au regard des deux degrés de juridiction. Par ailleurs, dans le cadre de l'arbitrage international, la possibilité, pour les parties, instaurée par le nouvel article 1522 du CPC, de renoncer par avance au recours en annulation n'est pas conseillé étant donné que celui-ci constitue une garantie de bonne justice et non pas un instrument au service d'une stratégie dilatoire dans un esprit de chicane[1645]. Le temps de la procédure d'arbitrage doit d'ailleurs parfois être suffisamment long pour permettre aux arbitres de rendre leur sentence. Dans le cadre de l'arbitrage interne, le délai fixé étant de six mois, il est judicieux pour les parties de prévoir une prorogation de celui-ci qui paraît parfois trop bref notamment en effectuant un calendrier de procédure indiquant clairement la durée du délai[1646]. Si aucun délai n'est prévu en matière d'arbitrage international, il est conseillé aux parties qui souhaitent en fixer un de prévoir précisément le point de départ de ce délai en le faisant partir de préférence au moment de la constitution du tribunal arbitral plutôt qu'à celui de la demande d'arbitrage[1647]. De même, toujours, en matière internationale, le respect de l'obligation de confidentialité n'étant pas le principe, dans certains litiges, il sera bienvenu pour les parties de prévoir une clause à cet effet ainsi qu'une sanction en cas de non- respect assortie d'une astreinte[1648]. Afin cependant de ne pas entraver la durée de la procédure, il convient de constituer rapidement le tribunal arbitral.

158. La constitution du tribunal arbitral – Souvent la procédure arbitrale semble plus adaptée à certains types de contentieux au regard notamment de sa rapidité. Or, pour contribuer à l'efficacité de la stratégie consistant à agir devant un arbitre plutôt qu'un juge, il convient d'y associer un élément psychologique de la part des parties qui est la volonté pour chacune d'elles de résoudre le plus rapidement possible le litige afin d'assurer la poursuite de leurs relations d'affaires[1649]. En effet, une fois que la convention d'arbitrage est rédigée, la constitution du tribunal arbitral doit s'effectuer de manière rapide[1650] et le Code de procédure civile prévoit des règles permettant de faciliter la constitution de ce dernier. Par exemple, en application du nouvel article 1452 du CPC, en cas d'arbitrage par trois arbitres, « si une partie ne choisit pas d'arbitre

---

[1645] S. BOLLEE, « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, n° 26, p. 475.

[1646] Dans un arrêt du 22 septembre 2010, la première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que le simple fait qu'un accord entre les parties a été conclu concernant un calendrier d'arbitrage ne précisant cependant pas le délai convenu dans la sentence ne pouvait valoir preuve de la prorogation de la durée de la procédure d'arbitrage. Cf. L. JAEGER, O. RAMBAUD MARTEL, « La preuve de la prorogation du délai d'arbitrage », Note sous Cass. civ. 1ière, 22 septembre 2010, n° 08-21.313 et n° 09-17.410, n° 793, *Banque Delubac & Cie c/ CFCMNE*, *LCA*, 2011-2, p. 457.

[1647] Les parties n'évaluant pas toujours correctement la durée nécessaire à la constitution du tribunal arbitral. Cf. E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 88, p. 313.

[1648] Si l'arbitre peut, d'une manière générale, prononcer des astreintes même en matière internationale, l'article 1506 3° renvoyant à l'article 1468 du CPC, il semble réservé en la matière et il est donc judicieux d'insérer une clause faisant état de cette possibilité notamment concernant l'accomplissement d'une obligation précise. Cf. E. GAILLARD, P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 89, p. 313 ; n° 106, p. 321.

[1649] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 67, p. 68.

[1650] Dans la convention d'arbitrage, les parties peuvent fixer un délai de désignation des arbitres afin d'éviter un comportement dilatoire de l'adversaire. Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1664, p. 675.

dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie », il est prévu que la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou à défaut le juge d'appui peut effectuer cette désignation palliant ainsi la mauvaise foi de l'une des parties[1651]. D'où l'importance de scruter la conscience des parties lorsqu'elles décident de recourir à l'arbitrage puisque une fois conclue la convention d'arbitrage, il n'est pas facile de refuser de faire application de cette convention en ne constituant pas le tribunal arbitral[1652]. De même, la clause dite « blanche » qui, à défaut de désigner les arbitres, ne prévoit pas les modalités de leur désignation, ne donne plus lieu à une annulation en application de l'article 1444 du CPC. Les parties peuvent choisir un arbitre unique dans le cadre des litiges simples, en revanche lorsque la matière litigieuse est complexe, il est préférable qu'elles aient recours à une pluralité d'arbitres[1653]. D'ailleurs, le décret précité prévoit dans le nouvel article 1451 alinéa 3 du CPC que *« si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis, ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459 »*. L'efficacité de la rapidité de la constitution du tribunal arbitral se manifeste ainsi par la fixation d'un délai en la matière[1654].

159. Conclusion de la section 2 – Au regard d'une part, des pouvoirs de l'arbitre et d'autre part, du comportement des parties il est difficile d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. La Cour de cassation laisse penser que des évolutions sont possibles eu égard notamment à la possibilité pour l'arbitre de relever d'office certains moyens, de garantir le respect de la hiérarchie des normes ou bien encore de bénéficier d'une certaine liberté quant à l'évaluation du quantum du préjudice subi. L'imprévisibilité concerne tant le résultat sur le fond du droit litigieux que l'obtention de certains objectifs liés à l'arbitrage. Néanmoins certaines mesures permettent de renforcer l'efficacité de cette institution et tendent vers plus de prévisibilité notamment en liant les parties sur leur comportement pendant l'instance ou en encadrant les pouvoirs de l'arbitre. Dès lors une vive concurrence est établie avec les autres modes de règlement du litige.

160. Conclusion du chapitre 2 – Si de nombreuses raisons incitent les parties à agir plutôt devant un arbitre que de recourir aux autres modes de règlement du litige, seules certaines d'entre elles justifient, à elles seules, le recours à l'arbitrage. L'institutionnalisation croissante de ce dernier ainsi que sa judiciarisation entraînent une perte d'intérêt pour les parties de choisir ce

---

[1651] D'ailleurs, même avant le décret du 13 janvier 2011, en cas de négligence de la part de l'une des parties, le juge d'appui avait le pouvoir de choisir un arbitre au nom de cette partie. Cf. T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 8.

[1652] D'ailleurs, en cas de concours de clauses entre une clause compromissoire et une clause attributive de compétence, la jurisprudence donne la préférence au règlement arbitral du litige même si la clause compromissoire est antérieure à la clause de compétence. Cf. L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n° 90, p. 36.

[1653] Mais la présence de plusieurs parties à un même contrat peut susciter des difficultés en ce qui concerne le choix des arbitres. Lorsque les intérêts en présence s'opposent ou que les parties ne parviennent pas à trouver un accord sur cette question, il est possible de faire désigner les arbitres par un organisme tiers. Cf. M. DUBISSON, « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 90-91.

[1654] J. BEGUIN, J. ORTSCHEIDT, Ch. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage interne – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 11-12, 322, n° 20, p. 549.

mode de règlement du litige[1655]. De plus, si l'on énonce que lorsque les parties ont recours à l'arbitrage, elles renoncent aux garanties dont bénéficient les juridictions étatiques[1656], on constate que cela n'est pas toujours vrai surtout depuis la réforme issue du décret du 13 janvier 2011. La liberté de choix des règles de procédure ne semble plus être une raison suffisante pour justifier le recours à l'arbitrage. Il en va différemment pour ce qui a trait à la confidentialité de la sentence. L'efficacité de la stratégie consistant à recourir à l'arbitrage dépend de l'état d'esprit des parties. Il est plus difficile d'anticiper ce dernier avant la naissance du litige plutôt qu'une fois celui-ci né. Certes, d'une manière générale, avant la naissance du litige, les parties peuvent prévoir aisément, dans un climat d'entente, les modalités de règlement d'un éventuel différend qui les opposerait sur certains points de droit[1657], avec toutefois le risque que leur volonté évolue avec le temps. En effet, la mentalité des parties peut changer au fil du temps et rien ne garantit que l'une d'elles ne fasse obstacle à l'exécution de la clause compromissoire lorsque le litige intervient[1658] ou n'entrave le bon déroulement de la procédure d'arbitrage. En revanche, une fois le litige né, lors de la conclusion du compromis, les parties semblent plus à même, dans un contexte conflictuel, d'apprécier la portée de leur engagement de recourir à un arbitre. Il s'agit ainsi d'un indice plus fiable permettant d'évaluer l'efficacité de la stratégie procédurale en la matière. La question s'est ensuite posée de savoir si l'arbitrage n'allait pas souffrir de sa trop grande efficacité[1659]. Selon un auteur, « L'arbitrage doit être considéré comme une magistrature, non comme une bonne affaire commerciale »[1660]. Il semblerait que l'attente légitime de l'arbitrage consiste à ce que soit rendue une justice conciliant *« l'éthique et l'efficacité, le droit et l'économie »*[1661]. Le risque toutefois consiste dans le fait d'être à la fois gagnant et perdant alors que l'on pourrait être totalement gagnant sur le fond du droit litigieux.

161. Conclusion du titre 2 – Le monde des affaires est le domaine privilégié des contrats dans lesquels l'on insère des clauses de conciliation, de médiation et d'arbitrage car les parties sont soucieuses de ménager leurs relations commerciales futures plutôt que de subir les aléas et les frais d'un procès[1662]. Ainsi, dès lors que les parties souhaitent aboutir à une solution tournée vers le futur et donc susceptible de permettre la poursuite des relations contractuelles, tant le recours aux modes amiables, que le recours à l'arbitrage sont des voies susceptibles d'y conduire. On relève de nombreuses similitudes entre les modes amiables de règlement des litiges et l'arbitrage notamment en ce qui concerne le respect du secret des affaires. De plus, l'efficacité

[1655] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 9, p. 5.

[1656] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 12, p. 69.

[1657] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 47.

[1658] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 5.

[1659] T. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité* : *Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 4.

[1660] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 727.

[1661] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 728.

[1662] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 67, p. 68 ; n° 494, p. 378.

de leurs stratégies respectives dépend de l'état d'esprit des parties et donc du moment du choix du mode de règlement du litige.

162. Conclusion de la Partie 1 – Si l'on constate un mouvement en faveur des modes alternatifs de règlement des litiges[1663] et de l'arbitrage, les règlements qui en résultent ont besoin du juge étatique pour être revêtus de la force exécutoire. Il s'agit là peut-être d'un élément en défaveur du recours à ces derniers et, à l'inverse, d'une incitation à saisir directement un juge étatique. Dès lors que l'on tient compte des cas dans lesquels aucun choix n'est possible et du fait de l'inégalité apparaissant parfois entre les parties, il apparaît que la liberté de celles-ci dans le choix du mode de règlement du litige n'est pas absolue. Certes, concernant certains modes de règlement amiables l'accès à l'aide juridictionnelle a été instauré. Par ailleurs, l'utilisation de ces derniers à mauvais escient semble éradiquée notamment au regard de la suspension de la prescription de l'action. Néanmoins, si une hésitation est établie entre l'arbitrage et la justice étatique, l'arbitre étant rémunéré par les parties, la différence de coût entre les deux modes de règlement du litige est susceptible d'entraver la liberté de choix. De plus, une concurrence existe entre ces différents modes de règlement du litige car parfois que l'on opte pour un mode de règlement ou un autre, il est possible d'aboutir au même résultat. Les différences concernent donc uniquement les particularités propres à chacun d'eux. Quelle que soit la stratégie utilisée concernant les modes amiables de règlement du litige ou l'arbitrage, celle-ci semble plus incertaine que celle qui consiste dans le recours aux modes de résolution de justice privée puisque concernant ces derniers il est possible d'anticiper la tactique de l'adversaire alors que pour ce qui a trait aux modes amiables de règlement des litiges ou à l'arbitrage, il est difficilement envisageable de prévoir à l'avance quel va être le comportement de l'adversaire au moment de la mise en œuvre des clauses d'arrangement amiable, de conciliation, de médiation ou d'arbitrage qui ont été insérées dans le contrat avant la naissance du litige. La stratégie la plus efficace semble consister dans la prévention du litige par le biais du respect d'une certaine technique relative à la rédaction du contrat. A l'aide de nos exemples, si l'on a pu faire état de l'existence d'une stratégie consistant à choisir un mode de règlement plutôt qu'un autre et de la variation de l'efficacité de celle-ci selon les mesures prises et les différents buts à atteindre, la démonstration ne peut être complète que si l'on fait la comparaison avec la possibilité pour les parties de choisir de confier leur litige au juge étatique et d'encadrer les pouvoirs de ce dernier. Dans les matières où aucun choix quant au mode de règlement du litige n'est possible ou lorsque même en présence d'un choix, les parties ne souhaitent pas échapper au règlement du litige devant une juridiction étatique[1664] il est en effet parfois opportun pour ces dernières d'aménager la solution judiciaire de leur différend. Dans le cadre d'un rapport contractuel, le créancier d'une obligation peut réagir au plus vite dès qu'il trouve des indices lui permettant d'induire une inexécution probable dans le futur de la part de son débiteur. Il peut adapter son comportement afin de parvenir à un résultat précis qui implique ou pas une action en justice. Celle-ci dépendra par exemple des mesures prises afin de se prémunir d'une éventuelle insolvabilité de son débiteur ou des clauses insérées dans le contrat prévoyant une renégociation de celui-ci,

---

[1663] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 17, p. 90.

[1664] Notamment lorsque ces dernières ont des rapports très conflictuels entraînant une multiplication des litiges ou que le différend pose une question de principe susceptible de faire jurisprudence. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 35, p. 13.

l'intervention d'un expert pour résoudre les difficultés au fur et à mesure qu'elles se présentent. Par ailleurs, le créancier peut attendre que l'inexécution soit avérée pour mettre en oeuvre l'exception d'inexécution ou pour faire jouer la clause résolutoire si celle-ci est insérée dans le contrat ou bien encore pour agir en justice notamment en résolution du contrat ou en exécution forcée, l'un n'excluant pas l'autre, un changement de stratégie étant donc possible au cours d'une instance à condition de respecter certaines conditions. L'insertion d'une clause résolutoire n'empêche pas les parties de recourir ultérieurement au juge pour qu'il prononce la résolution du contrat[1665] bien que ce dernier peut décider de ne pas y mettre un terme. Toutefois, selon la nature de l'obligation inexécutée, des difficultés ayant trait au droit de la preuve sont susceptibles de surgir. La preuve de l'obligation diffère selon qu'il s'agit d'une obligation de moyen ou de résultat. La solution peut varier lorsque le litige comporte un élément d'extranéité selon le droit choisi par les parties. En effet si le droit anglais a été choisi par les parties, le juge peut reprocher à celles-ci d'avoir agi en justice sans avoir au préalable tenté une négociation à l'amiable qui aurait été plus favorable. De plus, le droit anglais admet la théorie de l'*efficient breach* que ne connaît pas le droit français même si celui-ci tend à se rapprocher de celui-là avec l'instauration d'un droit européen des contrats ainsi qu'avec l'évolution de la jurisprudence eu égard au changement de circonstances économiques. En droit interne, dans certains cas, selon le but poursuivi par l'un des contractants, le choix du mode de règlement du litige est inexistant. Par exemple, en présence d'une clause illégale dans un contrat, plusieurs attitudes sont concevables. L'une des parties peut souhaiter demander l'annulation du contrat pour vice du consentement en démontrant que cette clause a été déterminante lors de la conclusion de l'acte ou bien elle peut préférer que le contrat subsiste et que la clause soit ainsi réputée non écrite, ou bien encore elle peut refuser d'exécuter son obligation résultant de cette clause en invoquant l'exception d'inexécution. Si le choix consiste dans le fait de faire reconnaître l'illégalité de la clause, il n'est possible que par le biais d'une action en justice. Ainsi, il incombe à la partie qui n'exécute pas son obligation de demander au juge étatique de constater l'illégalité de cette clause, car seul ce dernier en a le pouvoir[1666]. D'où l'importance d'anticiper le déroulement de l'exécution du contrat car en amont du litige, il est possible de prévenir ce dernier en insérant une clause de renégociation notamment pour éviter un tel contentieux. En fonction du but à atteindre, un choix est susceptible d'être effectué. Par exemple dans l'hypothèse de la préservation des relations contractuelles à l'avenir, le recours aux règlements amiables semble préférable par rapport aux autres modes de règlement du litige. Cependant l'efficacité du résultat à atteindre ne se confond pas toujours avec le but du mode de règlement du litige choisi. Elle dépend non seulement des mesures prises avant la naissance du litige ou une fois le litige né mais également de l'analyse de l'anticipation du procès étudiée dans la deuxième partie. Certes, selon les mesures prises en amont du litige, le résultat sur le fond du droit litigieux est susceptible de varier. D'où la démontration d'une stratégie dans le cadre de l'anticipation du litige. Cependant, si l'étude de la première partie permet de faire état des différentes voies qui s'offrent aux parties quant à l'évitement ou les modalités de résolution du litige, elle est insuffisante dans certains cas

---

[1665] M.-A. RAKOTOVAHINY, « La sanction unilatérale dans le contrat », in *A propos de la sanction*, Etudes réunies et présentées par C. MASCALA, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n° 6, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 178.

[1666] Ch. ATIAS, « L'exception d'illégalité d'une clause contractuelle, Inexécution du contrat ou respect de la loi ? », *D.* 2008, Chron., p. 1014.

pour effectuer un choix éclairé, d'autres éléments devant pour ce faire être pris en compte. D'où l'intérêt désormais d'anticiper le litige résolu par le juge étatique.

Deuxième partie : La stratégie d'anticipation appliquée au procès

« Pesez la situation puis agissez »[1667].

163. Le temps de la réflexion avant l'action – L'action en justice est *« le droit mis en mouvement »*, il est *« le droit à l'état de guerre »*[1668]. Ainsi, avant de saisir un juge, il convient de peser les risques d'une action en justice par rapport à l'avantage escompté. Le coût du procès, les aléas de son résultat, les difficultés concernant la recherche de la preuve des faits invoqués expliquent le caractère facultatif de l'action[1669]. En effet, on est libre d'agir ou pas en justice[1670] sous réserve de ne pas abuser de ce droit[1671]. En dehors de la matière civile, on pourrait adopter le même raisonnement en matière administrative concernant le choix pour l'administré d'agir en justice alors qu'en matière pénale, l'anticipation du procès ne peut débuter qu'au moment de l'analyse du dossier pénal et consiste à élaborer une stratégie de défense[1672] en envisageant l'incidence des différentes façons de réagir à l'accusation sur la solution du procès. Dans l'optique de la stratégie procédurale, face à une multiplicité d'attitudes concevables, il s'agit d'adopter celle qui semble la plus opportune[1673]. Or, l'efficacité d'une action ne se conçoit qu'au regard des buts à atteindre et des moyens pouvant être mis en œuvre pour y parvenir. Cela rejoint la praxéologie qui, *« définie comme théorie générale de l'action efficace*[1674]*, se base sur un principe général : celui du « choix » opéré par l'auteur – ou les auteurs – d'actions déterminées en vue d'atteindre certains buts déterminés »*[1675]. Ainsi, il s'agit de déterminer quels sont les

---

[1667] SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 186. En effet, d'une manière générale, la précipitation fait obstacle à l'obtention de la victoire. Cf. V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, Editions Economica, 2007, p. 236.

[1668] DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 1855-1866, t. IX, cité par P. JULIEN et N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 27, p. 29.

[1669] P. JULIEN et N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 33, p. 32.

[1670] G. WIEDERKEHR, « Action en justice », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 7. Notons que dans certaines hypothèses, le juge peut se saisir d'office notamment dans le but de protéger « un faible ». Cf. A. BENABENT, « L'office du juge en droit de la famille », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 80-81.

[1671] L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1905, p. 21-24.

[1672] A. KRID, *La stratégie de défense pénale devant le Tribunal correctionnel*, Mémoire dans le cadre du Master II Professionnel « Expertise dans le procès pénal », Sous la direction de Geneviève CASILE-HUGUES, Institut de Sciences Pénales et de criminologie, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006, p. 6. Cf. aussi A. TRAVERSI, *La défense pénale, Technique de l'argumentation et de l'art oratoire*, Traduction de Michèle FANTOLI, Bruylant, Bruxelles, 2ième édition, 1999, p. 27-28.

[1673] L. CHAMBERLAND, *Techniques et stratégies d'un procès civil*, Manuel de plaidoirie, Les éditions Yvon Blais Inc., 2000, p. 2.

[1674] T. KOTARBINSKI, *Praxiology. An Introduction to the Science of Efficient Action*, Oxford, Pergan Press, 1965, 219 p. ; L. VON MISES, *Human Action. A Treatise on Economics*, London-Edinburg-Glasgow, William Hoddge and Co. Ltd., 1949, 889 p., cité par G. FERRARI, « Le droit dans la forme praxéologique du jeu », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 200.

[1675] G. FERRARI, « Le droit dans la forme praxéologique du jeu », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 200.

moyens permettant de parvenir à l'objectif fixé au départ par chacun des litigants. Si l'action comporte une part de risque, *« elle est raisonnable dans la mesure où elle calcule le risque »*[1676]. Après avoir pris le temps de la réflexion, une action en justice peut cependant s'avérer inutile. D'où l'importance d'évaluer l'opportunité d'agir en justice (Titre 1) et d'anticiper l'instance dans le but d'atteindre le résultat souhaité (Titre 2).

[1676] *« Elle se fonde sur des probabilités »*. Cf. R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962, édition de 2004, Imprimé en juillet 2008, p. 22 ; p. 28. Cf. aussi G. THUILLIER, « Probabilisme et art de juger », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 1216.

Titre 1 : La stratégie dans la décision d'agir en justice

164. La stratégie dans l'action consistant à éviter un trouble futur – L'action tendant à prévenir la réalisation d'un fait dommageable susceptible de donner lieu à un procès fait état d'une stratégie consistant à utiliser des moyens procéduraux permettant d'éviter un procès ou de gagner du temps en cas d'action en justice ultérieure. Lorsque certaines conditions sont réunies, est susceptible d'être mise en œuvre la dénonciation de nouvel œuvre pouvant être définie comme « une sorte de principe de précaution possessoire »[1677]. Il s'agit d'une action préventive permettant d'éviter qu'un trouble ne survienne. Elle tend par exemple à suspendre des travaux dont la poursuite serait susceptible de créer un trouble au possesseur[1678] comme le montre l'exemple de la construction d'un mur qui, une fois terminé, risquerait d'entraver la jouissance d'une servitude[1679]. Dans un tout autre domaine, l'une des parties peut souhaiter faire reconnaître en justice la force probante d'un acte sous seing privé afin de se prémunir d'une éventuelle contestation future. Cette vérification d'écriture à titre principal, qui est issue des articles 1322 à 1324 du Code civil, est ainsi une action déclaratoire[1680]. De même, afin d'éviter des contestations futures portant sur l'étendue d'un patrimoine, la première Chambre civile dans un arrêt du 9 juin 2011, n° 10-10348 a déclaré valable la demande consistant à faire constater la prescription de la créance d'un établissement bancaire dès lors que celle-ci permettait de faire obstacle à un conflit d'intérêts concernant une liquidation successorale, des hypothèques ayant été prises en l'espèce sur le patrimoine de la demanderesse pour garantir ladite créance. Il semblerait que dans cette affaire, si l'action déclaratoire a été admise alors qu'aucun litige n'était déjà né, l'intérêt actuel était établi dès lors que la demande ne visait pas seulement à faire déclarer la créance prescrite mais tendait en conséquence également à faire cesser le droit de suite hypothécaire du créancier sur le patrimoine de la demanderesse[1681] et de connaître l'étendue exacte de ce dernier. Par ailleurs, en matière communautaire, il est prévu des cas dans lesquels une action tendant à prévenir un trouble futur est possible.

165. L'action préventive en matière communautaire en cas d'acte délictuel susceptible de se produire – En matière communautaire, la jurisprudence fait état de la possible mise en œuvre d'une action préventive lorsqu'un acte délictuel est susceptible de se produire. Le

---

[1677] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 107.

[1678] Tel serait le cas si un voisin construisait sur sa propriété un barrage dont la finalité serait de détourner un cours d'eau utilisé par le possesseur pour arroser son terrain. Cf. L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 57.

[1679] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 108.

[1680] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 102, p. 47.

[1681] La portée de cet arrêt ne devrait pas laisser penser que devrait être admise toute demande permettant de faire reconnaître un droit découlant d'une situation incertaine uniquement parce qu'elle est fondée sur le respect de la sécurité juridique. Cf. N. FRICERO, Note sous Civ. 1e, 9 juin 2011, n° 10-10.348, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 250.

règlement « Bruxelles I » énonce que le tribunal compétent est celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou « risque de se produire ». Tel est le cas par exemple en matière de contrefaçon. En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 25 mars 2009 a énoncé que l'action en contrefaçon et concurrence déloyale effectuée devant le tribunal français était possible puisque la contrefaçon avait été constatée par huissier de justice sur le sol français même si aucune vente d'articles contrefaits n'avait été réalisée en France[1682]. Ainsi, en l'espèce, l'action semble plus tendre à prévenir le dommage en France qu'à la réparation de ce dernier puisque les produits copiés étaient distribués à l'étranger. Si certaines circonstances sont propices à une action préventive de nature à éviter la survenance de faits dommageables, d'une manière plus générale, en cas de litige, il convient d'évaluer les chances de succès d'une éventuelle action en justice afin de s'interroger sur l'opportunité de celle-ci. Pour ce faire une analyse préalable de la situation est nécessaire.

166. Analyse de la situation – Lorsqu'une entreprise a violé une obligation depuis un certain nombre d'années ou n'a pas respecté la loi[1683], notamment en effectuant une discrimination[1684] salariale concernant un salarié qui perçoit donc un salaire moindre que l'ensemble des autres salariés de cette entreprise alors qu'il est doté de la même compétence que ces derniers, elle a le choix entre plusieurs possibilités. Tout d'abord, elle peut attendre, dans l'espoir de ne jamais être condamnée, tout en sachant qu'elle risque un jour d'être lourdement sanctionnée. Elle peut aussi remettre à niveau le salaire, petit à petit en espérant que la véritable cause de cette progression de salaire ne soit pas connue du salarié et que ce dernier ne demande pas son dû en calculant la somme lui revenant eu égard au nombre d'années passées. Enfin, l'entreprise peut décider d'effectuer une transaction en proposant une indemnisation au salarié victime, qui en contrepartie s'engage à ne pas agir en justice pour obtenir réparation de son préjudice[1685]. Au-delà du risque médiatique, le choix de l'entreprise entre ces différentes alternatives dépend de l'évaluation du risque juridique, c'est-à-dire du coût engendré par une éventuelle sanction résultant de ce comportement transgressif[1686] et de l'avantage escompté en cas d'inaction, de rattrapage salarial progressif ou de transaction avec le salarié. Par ailleurs, d'autres paramètres doivent rentrer en ligne de compte. Il s'agit par exemple du cas de la prescription extinctive qui a pour finalité d'éteindre le droit d'action à l'encontre d'un comportement transgressif au bout d'un certain délai prévu par la loi[1687], ou bien de l'amnistie qui enlève, de manière rétroactive à certains faits commis à un moment déterminé, leur caractère délictueux. Cela peut encourager les entreprises à la violation des règles de droit dans le but d'obtenir un certain gain. En effet, si l'on compare l'éventuel bénéfice commercial obtenu par le biais de la violation d'une règle de droit et

---

[1682] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1015.

[1683] Par exemple le principe « à travail égal salaire égal » selon lequel l'employeur doit verser un salaire identique à tous les salariés qui effectuent le même travail et qui ont le même niveau de compétence. Cf. F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 124.

[1684] Même si la matière pénale ne fait pas l'objet de notre étude, il est possible de s'inspirer d'exemples résultant de cette matière.

[1685] F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 125.

[1686] Auquel sera susceptible d'être ajouté celui de la procédure judiciaire et notamment les honoraires d'avocat. Cf. F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 158.

[1687] En matière de salaire, conformément à l'article 2224 du Code civil, la prescription est de cinq ans. Il convient également de se référer à l'article L. 3245-1 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

le coût d'une sanction en prenant en compte dans le calcul les chances de succès d'une action en justice, la durée du procès ainsi que le montant des réparations allouées, il en résulte que le risque de sanction n'est pas très élevé[1688]. L'on peut faire la comparaison avec la théorie de l'*efficient breach of contract, « laquelle permet à tout contractant de ne pas respecter ses engagements s'il peut espérer retirer de la violation de ceux-ci un bénéfice économique supérieur au profit initialement attendu »*[1689]. Mais au-delà, de ce calcul économique, permettant de tirer parti d'un comportement frauduleux, le droit peut aussi être le levier d'une stratégie pour parvenir à une fin, par exemple en incitant l'adversaire à négocier, en obtenant des délais pour mener à bien une procédure, ou pour bénéficier de la publicité des débats ou du jugement[1690]. Ainsi, l'évaluation du risque d'une action en justice est un critère subjectif[1691] qui dépend de l'avantage dont espère au final bénéficier le demandeur[1692]. En ce qui concerne les entreprises, d'une manière générale, le magistrat juge en faveur des « petits » ou des « opprimés »[1693]. Donc, dans ces matières, il est préférable d'éviter le recours à la justice étatique. Toutefois, quelques contre-exemples montrent que certains grands distributeurs peuvent se fonder sur des décisions prises en leur faveur afin de faire obstacle à des politiques protectrices d'intérêts particuliers[1694]. On peut en déduire que l'analyse de la situation dépend d'une stratégie d'attente permettant de trouver éventuellement une alternative à une action en justice en fonction du but poursuivi (Chapitre 1) et de l'évaluation des chances de succès d'une telle action confirmant ou pas le choix effectué précédemment (Chapitre 2).

[1688] C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, Editions Dalloz, 2006, p. 8-9. Cf. aussi R. SEVE, *Philosophie et théorie du droit*, Editions Dalloz, 2007, n° 203, p. 163.

[1689] Y. LEQUETTE, « La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats », in *Hommage à Gérard CORNU, Droit et sagesse*, Thèmes et commentaires, Association Henri Capitant, Editions Dalloz, 2009, p. 39.

[1690] C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, Editions Dalloz, 2006, p. 11.

[1691] Par exemple, en cas de comportement déloyal de la part d'une entreprise concurrente, il semble nécessaire de pouvoir répliquer immédiatement et donc d'éviter les lenteurs d'une action en justice. Dans ce cas, l'usage du droit de réponse en matière de presse prévu par la loi de 1881 semble être plus efficace que le recours à la justice étatique. Cf. J. BEGUIN, Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, T. XVIII, Dalloz, 1969, p. 98.

[1692] D'un créancier à un autre, ou d'une entreprise à une autre, des risques identiques peuvent être envisageables ou au contraire à écarter en raison notamment de l'aptitude plus ou moins grande de chacun ou de chacune à pouvoir en supporter les conséquences. Cf. F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 10-11 ; 14.

[1693] C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, Editions Dalloz, 2006, p. 12.

[1694] C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, Editions Dalloz, 2006, p. 13.

Chapitre 1 : La stratégie d'attente

167. Définition de la stratégie d'attente – L'*« attente stratégique »* est une expression empruntée à un colonel et a donc vocation à s'appliquer à la stratégie militaire. Elle consiste à agir dans une certaine direction notamment lorsque l'on n'a pas encore bien identifié l'ennemi[1695]. En cas de grande incertitude concernant la situation de ce dernier, il convient de renoncer à agir trop rapidement[1696]. Si l'effet du temps est plus souvent destructeur que constructeur[1697], il a un rôle à jouer en matière de stratégie procédurale. Lorsque le litige est né mais que l'on se situe avant le procès, il s'agit d'un moment d'observation[1698]. L'utilisation d'un temps de réflexion est importante dans la mesure où dans le procès comme dans la guerre *« Celui qui sait quand il faut combattre et quand il ne le faut pas sera victorieux »*[1699]. Appliquée au conflit, l'attente stratégique va ainsi se manifester dans l'analyse du profil de l'adversaire (Section 1) et dans l'utilisation des effets de l'écoulement du temps par chacun des litigants en fonction des différents buts à atteindre (Section 2).

Section 1 : Analyse du profil de l'adversaire

168. L'analyse du profil de l'adversaire consiste dans une étude de l'attitude de l'adversaire, de son identité et de son statut ainsi que dans la recherche d'informations concernant son patrimoine (§1) impliquant la prise de certaines mesures en prévision d'un procès (§2).

§1 : L'attitude, l'identité, le statut et l'étendue du patrimoine de l'adversaire

A.L'étude de l'attitude de l'adversaire, de son identité et de son statut

169. Une meilleure connaissance de l'adversaire – Mieux connaître l'adversaire comprend la recherche d'un dialogue avec ce dernier. En effet, en cas de litige, comme dans le domaine militaire, il convient d'essayer par le biais du dialogue d'éviter d'engager une action[1700]. D'ailleurs, en cas d'entente sur le mode de règlement du litige, il est utile de rechercher l'identité de l'adversaire eu égard notamment au choix de l'arbitre si les parties souhaitent se tourner vers

---

[1695] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 205, p. 398.
[1696] C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, n° 18, p. 63.
[1697] Ph. MALAURIE, « L'homme, le temps et le droit, la prescription civile », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 395.
[1698] *« Ce temps avant-courrier d'un procès incertain, incite les adversaires à se « placer ». C'est à qui, souvent, ne commencera pas, laissant à l'autre l'initiative de la demande et ses charges. Jeux subtils de la prétention et de la résistance »*. Cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 7, p. 42.
[1699] SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 148.
[1700] C'est ainsi que Vauban s'est exclamé : *« Ne tentez jamais d'enlever de vive force ce que vous pouvez obtenir par industrie »*, cité par V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, Editions Economica, 2007, p. 263.

l'arbitrage[1701]. De plus, la recherche de l'identité de l'adversaire rejoint celle du statut de ce dernier, tel que celui d'homme marié, pacsé ou concubin, qui peut avoir des conséquences juridiques notamment en matière contractuelle. Par exemple, jusqu'à l'insertion de nouvelles règles à l'article 9-1 de la loi du 6 juillet 1989 par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à l'habitation, le bailleur d'un local d'habitation ne pouvait, de manière efficace, rendre opposable au conjoint du preneur à bail la signification du jugement d'expulsion effectuée uniquement à l'égard de son époux et ce, alors même que le bail était signé au seul nom de l'époux auquel la signification avait eu lieu et sans que ce dernier ait porté à la connaissance du bailleur l'existence de son conjoint. C'est ce qui résulte du principe de la cotitularité du bail issu notamment de la qualité d'époux. D'où l'intérêt, pour le bailleur de se renseigner sur le statut de son cocontractant afin de signifier à son conjoint les actes effectués conformément à la loi précitée pour qu'ils soient efficaces. Désormais, les nouvelles règles prévoient que *« nonobstant les dispositions des articles 515-4 et 1751 du Code civil, les notifications ou significations faites en application du présent titre par le bailleur sont de plein droit opposables au partenaire lié par un pacte civil de solidarité au locataire ou au conjoint du locataire si l'existence de ce partenaire ou de ce conjoint n'a pas été préalablement portée à la connaissance du bailleur »*. Donc si le preneur est marié, dès lors que si le bailleur n'a pas reçu la notification de cette information, l'acte est néanmoins opposable au conjoint. Par ailleurs, toujours dans le cadre d'un contrat de bail d'habitation entre un bailleur et un preneur, si ce dernier est marié, en cas de divorce, son conjoint peut demander l'attribution préférentielle prévue à l'article 1751 alinéa 2 du Code civil et en cas de décès, une continuation du bail s'opère en faveur du conjoint survivant en application de l'alinéa 3 de l'article précité. De même, la loi du 6 juillet 1989, modifiée par celle du 15 novembre 1999, énonce dans son article 14 qu'en cas d'abandon du domicile par le locataire ou de décès de ce dernier, le contrat de bail continue également au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ainsi que du concubin notoire vivant avec lui depuis au minimum un an au moment où l'événement survient. En revanche, à l'exclusion du concubin, seul le partenaire survivant peut être titulaire du droit temporaire au logement[1702] et demander l'attribution préférentielle du logement[1703] si elle est prévue dans le testament du prédécé et à condition néanmoins d'être cotitulaire du bail et que le logement ait réellement été affecté à l'habitation principale. Par ailleurs, la cotitularité du bail fait naître des obligations à l'égard des époux qui sont chacun tenu du paiement des loyers à l'égard du bailleur alors même que l'un des deux n'a pas signé le bail et n'encourt donc pas la qualification de preneur[1704]. Il en est de même à l'égard du partenaire mais pas du concubin[1705]. La prise en compte de la théorie de l'apparence semble en effet incertaine en la matière. En revanche, l'existence d'une obligation

---

[1701] Dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1964, un avocat avait été désigné comme l'arbitre des parties alors que l'une d'elles était la cliente de celui-ci. En l'espèce, l'arrêt de la Cour d'appel a été censuré par la Chambre commerciale de la Cour de cassation pour ne pas avoir accepté la demande en nullité du compromis sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles de la personne devant revêtir la qualité d'arbitre. Cf. Cass. com., 16 juillet 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, 2, p. 371-372.

[1702] Conformément à l'article 763 du Code civil sur renvoi de l'article 515-6 du même code.

[1703] En application de l'article 831 du Code civil sur renvoi de l'article 515-6 précité.

[1704] J.-M. BRIGANT, « Vers un bail conjugal d'habitation ? », *Dr. de la famille*, 2011, 3, n° 9, p. 15 ; n° 15, p. 18.

[1705] Cette solution n'est pas protectrice des intérêts du bailleur, ce dernier ayant pu croire conclure un bail à l'égard d'un couple marié. D'où la proposition d'instaurer un droit commun en matière de bail concernant tant le mariage, le pacte civil de solidarité que le concubinage. Cf. J.-M. BRIGANT, « Vers un bail conjugal d'habitation ? », *Dr. de la famille*, 2011, 3, n° 10-12, p. 15-16.

naturelle susceptible de se nover en obligation juridique entraîne des conséquences juridiques devant être prises en compte concernant l'évaluation des chances de succès d'une action en justice. Lorsqu'une personne accomplit un acte dicté par son devoir de conscience morale, il ne peut demander la restitution de ce qu'il a versé[1706]. Les obligations naturelles peuvent concerner l'entraide financière entre les concubins, de même en ce qui concerne l'aide alimentaire dans les rapports entre frères et sœurs, entre alliés ou entre époux après un divorce[1707]. Concernant les concubins, il a par exemple été décidé par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 juin 1998 n°96-16.664 qu'un concubin devait payer à son ex-concubine le loyer ainsi que les charges du logement ou bien encore une somme mensuelle au titre de l'obligation alimentaire ou bien encore une somme de 60000 euros pour les travaux servant à financer un petit pavillon sur un terrain lui appartenant[1708]. Le statut de l'adversaire est ainsi une source d'obligations mais également d'informations sur sa situation professionnelle, celle-ci pouvant avoir une incidence sur la solution sur le fond du droit litigieux notamment en matière d'interprétation des contrats[1709]. Si l'étude du comportement de l'adversaire dans le cadre militaire est très importante[1710], il en est de même en matière contractuelle[1711] et procédurale puisque l'attitude de ce dernier peut influencer le choix qui a trait au mode de règlement du litige. Par exemple, le créancier peut être condamné pour avoir agi en justice de manière abusive contre son débiteur dans le but d'obtenir le recouvrement de sa créance alors qu'il aurait pu obtenir satisfaction de manière amiable[1712]. A l'inverse, le débiteur risque également de commettre un abus pour résistance abusive aux prétentions de son créancier dans certaines circonstances notamment s'il oblige ce dernier à agir en justice alors qu'il reconnaît être redevable de la dette[1713]. Hormis la possibilité de trouver un terrain d'entente et ainsi une solution à l'amiable[1714], le dialogue peut consister dans un accord permettant d'évaluer différemment les chances de succès d'une action en justice comme nous le montrerons dans le prochain chapitre. Toutefois, même si un accord encadrant les pouvoirs du juge est possible, lors du procès, l'attitude des parties est susceptible d'évoluer. En effet, *« le contrat ne peut pas tout appréhender, et moins encore le fonds intarissable des comportements humains »*[1715]. Subsiste donc une part irréductible d'aléa qui amoindrit l'efficacité de la stratégie[1716]. L'analyse de l'attitude de l'adversaire se manifeste dans sa manière de réagir aux demandes qui lui sont

---

[1706] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 48.
[1707] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 454, p. 241-242.
[1708] S. JULIEN SAINT AMAD-HASSANI, « Les régimes matrimoniaux », *Patrimoine 2011-2012*, Memento Pratique Francis LEVEBVRE, Editions Francis Levebvre, 2011, n° 743, p. 69.
[1709] Le juge favorisant la partie réputée faible.
[1710] C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, n° 10, p. 58.
[1711] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 33, p. 35.
[1712] L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 140, p. 30.
[1713] C'est ce qui a été décidé dans un arrêt inédit de la deuxième Chambre civile du 7 juin 2006, n° 04-15.880. Toutefois, la condamnation du défendeur ne permet pas, à elle seule, de conduire à un abus par ce dernier de son droit de défense. Cf. L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 141, p. 30.
[1714] *Supra* n° 72.
[1715] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 484, p. 261.
[1716] *Infra* n° 360.

adressées. Elle intervient au regard de l'anticipation de la stratégie de celui-ci en appliquant à la matière procédurale, le conseil de Sun Tzu qui énonce que : *« Ce qui est de la plus haute importance dans la guerre, c'est de s'attaquer à la stratégie de l'ennemi »*[1717] et ainsi de bien connaître ce dernier[1718]. La stratégie d'attente permet aux litigants de se comporter de la même façon que les stratèges militaires qui analysent et interprètent les moyens de défense, la réaction de leurs ennemis ainsi que leurs points faibles afin d'en prévoir les conséquences et ainsi d'adapter leurs moyens d'action[1719] à l'exemple de Pâris qui arrive à vaincre Achille malgré les grandes qualités physiques de ce dernier en le frappant à son talon[1720]. En matière juridique, il s'agit, par exemple, pour le créancier de mieux étudier le comportement du débiteur, de connaître davantage son état d'esprit[1721] et d'adapter en conséquence la voie procédurale adéquate. Ce dernier est susceptible d'apparaître sous de multiples visages[1722] empreint de surcroît d'un « moule, d'un contexte social » [1723] dans lequel il évolue. A ces critères personnels peuvent s'en ajouter d'autres plus objectifs tels que l'influence du lieu géographique ou du temps[1724]. Des études ont montré que le taux de litigiosité variait en fonction des régions ou même des départements[1725]. Au-delà de l'exemple français, la psychologie du débiteur peut être différente d'un pays à un autre[1726] car le lieu géographique a une certaine emprise sur les

---

[1717] In *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 139.

[1718] *« Connaissez l'ennemi et connaissez-vous vous-même ; en cent batailles vous ne courrez jamais aucun danger »*. Cf. SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 150. Il en est de même en ce qui concerne la stratégie de l'entreprise notamment à l'égard des concurrents. Cf. R. PAPIN, *L'art de diriger*, Dunod, Paris, 1995, p. 187.

[1719] C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, Editions Dalloz, 2006, p. 6-7.

[1720] B. H. LIDDELL HART, *Pâris or the Future of War*, Garland, 1972, cité par V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, Editions Economica, 2007, p. 102-103.

[1721] Et même ses croyances dans le but d'une éventuelle utilisation du serment à son encontre.

[1722] Tels que *« le débonnaire, le familier, le versatile, le manipulateur, le bavard, le ratiocineur, le désinvolte, le solennel indigné, le notable, le dominateur, l'important ou l'emphatique, le hâbleur, l'humble, le persécuté, le pathétique, le chicanier, le naïf, le poltron, le maître chanteur, le fanatique, le violent, le seigneur, le héros ou le séducteur »*. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 123.23, p. 28.

[1723] Tel que celui *« de sa culture, de son environnement familial, de ses fréquentations, de ses aspirations, de son activité professionnelle, de sa situation économique, de ses succès et de ses échecs »*. Cité par J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 123.31, p. 29.

[1724] Avec notamment l'état de la conjoncture économique ou l'évolution des idées. Par exemple, alors que la Bretagne est une région dans laquelle les procès étaient peu nombreux avant 1850, elle comprend un taux de litigiosité élevé après le début du XXème siècle. Cf. B. SCHNAPPER, « Pour une géographie des mentalités judiciaires. La litigiosité en France au XIXème siècle », *Voies nouvelles en histoire du droit, La justice, la famille, la répression pénale (XVIème – XXème siècles)*, P.U.F., Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1991, p. 406 ; J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 123.51, p. 31.

[1725] Un fort taux de litigiosité a, par exemple, été constaté dans le Dauphiné et en Normandie. Certes, si ce taux varie en fonction de l'importance des villes mais aussi de l'évolution du temps, on peut faire état de certaines constantes. De nombreux procès ont lieu dans la moitié sud de la France et parmi les départements dans lesquels il y a beaucoup procès, nombreux sont ceux qui sont issus des anciens pays de droit écrit alors qu'à l'inverse ceux qui sont moins processifs sont pour la plupart issus des anciens pays de droit coutumiers. Cf. B. SCHNAPPER, « Pour une géographie des mentalités judiciaires. La litigiosité en France au XIXème siècle », *Voies nouvelles en histoire du droit, La justice, la famille, la répression pénale (XVIème – XXème siècles)*, P.U.F., Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1991, p. 395, 418-419.

[1726] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 123.43, p. 30.

mentalités et permet ainsi d'évaluer la teneur du procès, sa durée ou bien encore de prévoir son dénouement[1727]. D'ailleurs, selon Montesquieu, l'attitude des personnes est liée aux climats[1728]. Parmi ces multiples éléments, le plus difficile sera, par exemple, pour le créancier de discerner la part de vérité, c'est-à-dire la face cachée car le débiteur peut se montrer différent ou tricher sur sa personnalité dans le but d'analyser lui aussi la réaction du créancier. Il s'agit de « scruter » les intentions de l'adversaire de la même manière que l'on pourrait juger un salarié en période d'essai[1729] ; en fonction de la réaction de l'autre partie, on peut juger opportun ou non de régler le litige à l'amiable.

170. L'étude de l'attitude, de l'identité et du statut de l'adversaire ne suffit pas pour décider d'agir ou au contraire de s'abstenir d'agir en justice notamment dans un rapport entre un créancier et un débiteur. On peut se demander quel serait l'intérêt pour un créancier de faire reconnaître en justice son droit d'exercer des mesures de contrainte envers son débiteur si ce dernier était insolvable. Le choix du créancier d'intenter une action en justice contre son débiteur dépend essentiellement de la nature de la créance, c'est-à-dire de son importance ainsi que des sûretés[1730] ou des mesures conservatoires prises sur le patrimoine de son débiteur afin que le jugement soit efficace. Il est ainsi essentiel de s'être assuré de la préservation de ses droits et de juger de l'opportunité ou non d'exercer des mesures conservatoires ou d'exécution avant d'agir en justice. Pour ce faire, il convient de se renseigner sur l'étendue du patrimoine de l'adversaire.

B.Le patrimoine de l'adversaire lié au statut de celui-ci

171. Les renseignements portant sur la situation du débiteur et sur l'étendue de ses biens en vue d'obtenir un paiement – L'attente est souvent un préalable important pour le créancier lui permettant de se renseigner sur la solvabilité de son débiteur en cas d'une éventuelle action en justice et de prendre des garanties appropriées dans le but d'obtenir le recouvrement de sa créance[1731]. Il convient donc de rassembler un certain nombre d'informations concernant notamment le régime matrimonial[1732], le divorce ou la séparation de corps[1733], la

---

[1727] F. TERRE, « Proximité, Espace, Espace-Temps », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 589.

[1728] *« On a plus de vigueur dans les climats froids. […] Cette force plus grande doit produire bien des effets : par exemple, plus de confiance en soi-même, c'est-à-dire, plus de courage ; plus de connaissance de sa supériorité, c'est-à-dire, moins de désir de vengeance. […] Approchez des pays du midi, vous croirez vous éloigner de la morale même. […] Dans les pays tempérés, vous verrez des peuples inconstants dans leurs manières, dans leurs vices mêmes, et dans leurs vertus : le climat n'y a pas une qualité assez déterminée pour les fixer eux-mêmes ».* Cf. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome 1, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, Livre XIV, Chap. II, p. 373-376 ; v. aussi Livre XIX, Chap. IV, p. 461 et Tome 2, p. 443.

[1729] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 33, p. 36.

[1730] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 3341.12 à 341.49, p. 114-126.

[1731] *Infra* n° 171.

[1732] *Infra* n° 173.

[1733] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 313.24, p. 81.

valeur du patrimoine, la nature des sûretés[1734], les éventuels obstacles au recouvrement de la créance ou aux voies d'exécution[1735], l'existence d'une procédure collective, de surendettement ou de rétablissement personnel[1736]. En effet, certaines situations imposent au créancier d'accomplir des formalités préalables pour obtenir le paiement de sa créance. Tel est le cas lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure de surendettement ou d'une procédure collective[1737]. Lorsque le débiteur bénéficie d'une immunité d'exécution[1738], il n'est pas possible de mettre en œuvre des mesures conservatoires[1739]. Il s'agit aussi de rechercher si les biens appartenant au débiteur ne font pas l'objet d'une clause d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité[1740] car si ces dernières n'empêchent pas d'inscrire une sûreté, « dont l'efficacité sera parfois relative », elles sont un obstacle à l'exercice d'une voie d'exécution[1741]. De même, l'ouverture d'une procédure collective empêche la réalisation de voies d'exécution[1742]. Ainsi avant d'engager une action en justice, il est judicieux de s'intéresser aux garanties susceptibles de permettre le recouvrement de la créance, le créancier devant combiner son objectif qui consiste le plus souvent en un paiement ou en l'exécution d'une obligation, la personne du débiteur qui bénéficie peut-être d'une immunité et la nature des biens de ce dernier qui ne sont pas obligatoirement saisissables. La recherche doit être approfondie dans certains cas. Lorsque le créancier souhaite prendre une hypothèque sur l'immeuble de son débiteur, il doit vérifier que ce dernier en est bien le propriétaire mais aussi qu'il est le seul propriétaire car dans le cas inverse, c'est-à-dire s'il s'agit d'une hypothèque grevant un immeuble indivis, l'effet de cette dernière est incertaine car elle dépend du résultat du partage. Dans l'hypothèse où le débiteur n'est pas propriétaire de l'immeuble, le créancier devra s'interroger sur la question de savoir si le débiteur n'est pas titulaire de droits sur cet immeuble notamment par le biais de parts ou d'actions d'une société qui possède cet immeuble car cela lui permettrait d'effectuer la saisie conservatoire de ces biens[1743]. Ensuite, pour savoir s'il est opportun de pratiquer des mesures conservatoires par

---

[1734] Il s'agit là d'une donnée importante car en cas d'ouverture d'une procédure collective, le gagiste, le rétenteur ainsi que les créanciers munis d'une propriété-sûreté sont mieux protégés que s'ils bénéficiaient des autres sûretés. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 341.61 et n° 342.41, p. 126 ; p. 128.

[1735] Par exemple, en raison de sa participation à l'exercice de la souveraineté d'un Etat étranger, le débiteur peut bénéficier d'une double immunité de juridiction et d'exécution. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 331.21 à 331.26, p. 105-106.

[1736] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 333.51, p. 111.

[1737] Dans ces hypothèses, le créancier a l'obligation de déclarer sa créance. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 313.81, p. 85.

[1738] Sont considérés comme tels, les personnes morales publiques, c'est-à-dire l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics administratifs ou à caractère industriel et commercial. Toutefois, la loi a prévu la possibilité pour le créancier d'obtenir de ces dernières le paiement d'une somme d'argent résultant d'une décision passée en force de chose jugée. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 451.11 et 452.11, p. 207 ; 209.

[1739] L. 9 juillet 1991, article 1er, alinéa 3.

[1740] « L'inaliénabilité emporte l'insaisissabilité ». Conformément à l'article 900-1 du Code civil, les clauses d'inaliénabilité ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 332.42, p. 109.

[1741] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 513.13, p. 285.

[1742] Article L. 622-21 à L. 622-23 du Code de commerce.

[1743] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 532.41, p. 319.

rapport au coût de l'hypothèque, il s'agit d'évaluer le montant susceptible de résulter du produit de la vente du bien. Pour ce faire, il convient de se renseigner sur la valeur de l'immeuble ainsi que sur l'étendue des sûretés antérieurement inscrites[1744]. En effet, le montant recherché résulte de la différence entre la valeur du bien et celle des créances protégées par une sûreté. Au regard du recueil de ces informations, parfois il ne paraît pas toujours opportun d'agir en justice. De plus, le recours à un juge n'est pas obligatoire notamment lorsque le créancier est doté d'un titre exécutoire autre qu'une décision de justice[1745], ce dernier lui permettant de prendre certaines mesures conservatoires ou même d'exécution. De telles initatives semblent nécessaires pour se préserver la garantie d'un paiement en cas de succès de l'action en justice[1746]. Une autre interrogation concerne celle du choix entre la mise en œuvre de mesures conservatoires ou d'exécution[1747]. Par ailleurs, de la même façon que le créancier souhaite se prémunir d'une éventuelle insolvabilité de son débiteur, ce dernier peut anticiper la saisie de ses biens en prenant certaines mesures.

§2 : La prise de mesures préventives en vue d'une éventuelle action en justice concernant le recouvrement d'une créance

172. Au-delà de la possibilité d'adhérer à une assurance juridique, dans le cadre d'un rapport contractuel impliquant une obligation de paiement, le débiteur (A) comme le créancier (B) peuvent prendre des mesures préventives afin d'anticiper une éventuelle action en justice.

A.Les mesures propres au débiteur

173. La protection des biens au regard d'une éventuelle saisie – Il semble important pour le débiteur de protéger d'une éventuelle saisie certains de ses biens et notamment le logement familial puisque hormis les cas d'insaisissabilité légales, l'affectation d'un bien au logement familial ne permet pas d'exclure ce dernier du droit de gage des créanciers[1748]. Depuis la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, il est possible pour l'entrepreneur individuel de rendre insaisissable son logement. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, quant à elle, a étendu le domaine de la déclaration d'insaisissabilité[1749] en rendant insaisissables les droits de ce dernier sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale, celle-ci ne renvoyant pas obligatoirement au logement familial[1750].

[1744] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 532.81, p. 319.

[1745] Cette distinction entre les différents titres susceptibles d'être détenus par le créancier existait déjà en droit romain. En effet, à l'époque des Actions de la loi, lorsque le créancier détenait un titre exécutoire, il avait la possibilité d'exercer la *manus injectio*, alors que dans le cas où son titre n'était pas certain, il pouvait recourir à la *legis actio sacramenti* dont le but était de lui permettre d'exercer son droit et ainsi de lui donner accès à la *manus injectio judicati*. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th. Paris, Librairie de la société du recueil Sirey et du Journal du palais, 1908, p. 174.

[1746] *Infra* n° 174.

[1747] *Infra* n° 175-176.

[1748] A. LEBORGNE, « Saisie immobilière et logement familial », *Act. Jur. famille*, Oct. 2008, p. 380.

[1749] En application des articles L. 526-1 alinéa 1er et 2 à L. 526-4 du Code de commerce.

[1750] A. TISSERAND-MARTIN, « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 838.

D'ailleurs, en application de l'article L. 526-1 du Code de commerce, les biens susceptibles d'être délarés insaisissables sont tout bien foncier, bâti ou non bâti dès lors qu'il n'est pas affecté à l'usage professionnel. Cette insaisissabilité concerne les créanciers professionnels et ceux dont la créance est née postérieurement à la déclaration d'insaisissabilité et non pas les créanciers personnels de l'entrepreneur[1751]. De surcroît, la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, qui a institué le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité, donne la possibilité à celui qui choisit ce statut de limiter, sans création d'une personne morale nouvelle dédiée, le droit de poursuite de ses créanciers professionnels aux biens qu'il a déclarés affectés à son entreprise[1752], les autres créanciers, auxquels on peut opposer cette déclaration, ayant pour « gage général » le patrimoine non affecté conformément à ce que prévoit l'article L. 526-6 du Code de commerce. Deux patrimoines sont donc constitués[1753]. Il a paru dès lors sembler inopportun d'effectuer la déclaration d'insaisissabilité précitée. Cependant, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 juin 2011, énonçant que : « Le débiteur peut opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il a effectuée en application de l'article L. 526-1 du Code de commerce, avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire, en dépit de la règle du désaisissement », redonne un intérêt à cette déclaration d'insaisissabilité en empêchant le liquidateur de vendre l'immeuble déclaré insaisissable. De plus, cette dernière peut être effectuée jusqu'au jour de l'ouverture de la procédure, c'est-à-dire jusqu'au dernier moment[1754] et semble être efficace également bien au-delà de la procédure collective[1755]. L'EIRL n'en est pas moins utile et son cumul avec la déclaration d'insaisissabilité est conseillé[1756]. Pourtant, ces différents outils précités permettant au débiteur de protéger les biens d'une éventuelle saisie ne sont pas toujours efficaces. La déclaration d'insaisissabilité est susceptible d'être anéantie lorsque sa levée est demandée par les banques qui souhaitent accorder leur aide en cas de difficultés de paiement rencontrées par l'entreprise. La même remarque peut être effectuée pour le statut de l'entrepreneur individuel[1757]. Dans le cas où le débiteur est marié, la meilleure façon de protéger les biens du couple est d'opter pour un régime matrimonial adapté[1758] et notamment celui de la séparation de biens[1759]

[1751] J. CHAMPION, *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, n° 63.41, p. 124.

[1752] V. LEGRAND, J. VALLANSAN, « Déclaration notariée d'insaisissabilité ou/et statut d'EIRL. Quelle technique choisir après l'arrêt du 28 juin 2011 ? », *J.C.P.*, N., 2012, n° 2, 1015, p. 32.

[1753] J. CHAMPION, *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, n° 63.44, p. 125.

[1754] Sous réserve d'une fraude. Cf. V. LEGRAND, J. VALLANSAN, « Déclaration notariée d'insaisissabilité ou/et statut d'EIRL. Quelle technique choisir après l'arrêt du 28 juin 2011 ? », *J.C.P.*, N., 2012, n° 2, 1015, p. 32-34.

[1755] V. LEGRAND, J. VALLANSAN, « Déclaration notariée d'insaisissabilité ou/et statut d'EIRL. Quelle technique choisir après l'arrêt du 28 juin 2011 ? », *J.C.P.*, N., 2012, n° 2, 1015, p. 34-36.

[1756] Par exemple en cas de non-respect des règles d'affectation, la sanction étant de rendre l'entrepreneur responsable de la totalité de ses patrimoines en application de l'article L. 526-12, alinéa 9 du Code de commerce, dès lors que la déclaration d'insaisissabilité a également été effectuée, le logement du débiteur sera protégé puisque celle-ci est opposable au liquidateur. Cf. V. LEGRAND, J. VALLANSAN, « Déclaration notariée d'insaisissabilité ou/et statut d'EIRL. Quelle technique choisir après l'arrêt du 28 juin 2011 ? », *J.C.P.*, N., 2012, n° 2, 1015, p. 38.

[1757] C. BRENNER, « Comment protéger le patrimoine conjugal contre les dettes de l'entreprise ? », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 18, p. 1. Cf. aussi J. CHAMPION, *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, n° 63.58, p. 126.

[1758] E. FREMONT, « Le choix du régime matrimonial. A chacun son mariage, à chacun son contrat », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-mai-Juin 2008, 8, n° 2, p. 4.

ou celui de la participation aux acquêts[1760], ce dernier étant, dans certains cas, plus satisfactoire[1761]. C'est surtout lorsque l'un des conjoints exerce une profession civile et l'autre une profession à risque qu'une hésitation entre ces deux régimes est possible[1762]. Etant donné qu'en application de l'article 1413 du Code civil, en principe, les biens communs entrent dans l'assiette de la procédure collective à la différence des biens acquis en indivision dans le cadre du régime de la séparation de biens et qu'il en est de même en ce qui concerne les gains et salaires du conjoint *in bonis* comme l'ont décidé la première Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dès lors que le débiteur est marié sous un régime communautaire, il convient pour celui-ci, de changer de régime matrimonial au cours du mariage[1763] à condition de respecter les règles prévues à cet effet. Par exemple, en droit français, un acte authentique doit être effectué et une homologation judiciaire est nécessaire en présence d'enfants mineurs. Néanmoins, des dérogations sont parfois possibles en présence d'un élément d'extranéité. Dès lors que la Convention de La Haye sur la loi régissant les régimes matrimoniaux du 14 mars 1978 est applicable, la désignation de la loi concernant le régime matrimonial permet parfois d'éviter de recourir à la procédure longue et coûteuse de changement de régime matrimonial prévue par le droit interne[1764]. De plus, les avantages résultant d'une telle désignation sont, d'une part, l'effet rétroactif que la loi nouvellement désignée entraîne si les parties en font la demande expressément à la différence d'un changement de régime matrimonial

---

[1759] Dans ce cas, les biens du conjoint du débiteur sont à l'abri d'une liquidation ou d'un redressement judiciaire à moins que ce conjoint n'ait effectué un engagement solidaire ou un cautionnement concernant les obligations de son époux. Cf. A. LAMBOLEY, M.-H. LAURENS-LAMBOLEY, *Droit des régimes matrimoniaux*, Objectif droit, LexisNexis SA, Paris, 2011, n° 163, p. 93. Il convient également de réserver le cas de l'application de la théorie de la société de fait puisque dans cette hypothèse, les créanciers peuvent saisir les biens du conjoint non commerçant. D'une manière générale, le régime de la séparation de biens semble adéquat lorsque chacun des conjoints exploite un fonds de commerce ou artisanal séparément bien que le régime de participation aux acquêts puisse également convenir afin que chacun puisse bénéficier de l'enrichissement de l'autre. En revanche, lorsque les époux exploitent ensemble le même fonds, l'adoption du régime de la communauté n'est pas à exclure, la cogestion pouvant dès lors faciliter la prise de décisions en renforçant ainsi l'efficacité de leurs pouvoirs et permettre une meilleure participation dans la gestion courante du fonds. Il est toutefois conseillé d'exploiter le fonds de commerce en société dont chacun des conjoints sera propriétaire par moitié. Cf. J. CHAMPION, *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, n° 02.36, p. 24 ; n° 182.13, p. 359 ; n° 186.38, p. 373 ; n° 186.40 et 186.42, p. 373 ; n° 188.11, p. 379.

[1760] E. FREMONT, « Le choix du régime matrimonial. A chacun son mariage, à chacun son contrat », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-mai-Juin 2008, 8, n° 7, p. 8. Cf. aussi S. JULIEN SAINT AMAD-HASSANI, « Les régimes matrimoniaux », *Patrimoine 2011-2012*, Memento Pratique Francis LEVEBVRE, Editions Francis Levebvre, 2011, n° 350, p. 44 ; n° 400, p. 47 ; C. ROBBE-PHAN, « L'anticipation contractuelle en amont du divorce », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 20, n° 13 et 16, p. 6-7.

[1761] En fonctionnant comme un régime de séparation de biens pendant le mariage, il assure la protection du conjoint au moment de sa dissolution en faisant bénéficier ce dernier de l'enrichissement de son époux. De plus, l'application de la théorie des avantages matrimoniaux facilite la transmission du patrimoine au décès de l'un des conjoints. Cf. C. BRENNER, « Comment protéger le patrimoine conjugal contre les dettes de l'entreprise ? », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 18, p. 1-2.

[1762] J. CHAMPION, *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, n° 186.38, p. 373.

[1763] M. CLERMON, P. CENAC, « Aménagements volontaires des régimes matrimoniaux (ou adapter son régime) : les aménagements directs », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-mai-Juin 2008, 9, n° 4, p. 26.

[1764] Cf. J.-V. LUCAS, « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 32.

effectué en droit interne qui ne produit pas cet effet[1765] et d'autre part, l'obstacle au changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial en cas de modification de l'élément de rattachement[1766]. Mais de la même façon que le débiteur se protège d'une éventuelle saisie de ses biens, le créancier doit pouvoir s'assurer d'obtenir le recouvrement de sa créance. Pour ce faire, en fonction des informations recueillies sur le patrimoinde de son adversaire, il doit réagir en prenant certaines mesures de nature à garantir l'efficacité du jugement qui est susceptible de lui donner raison.

B.Les mesures propres au créancier

174. Les moyens permettant d'anticiper la survenance d'un procès – La maxime *Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa,* qui signifie : « Aux vigilants les droits, aux retardataires les os »[1767], permet de faire prendre conscience aux justiciables de l'importance des mesures préventives permettant de conserver leurs droits. D'une manière générale, elle est utilisée pour désigner la liquidation des biens du débiteur insolvable en matière civile, et inciter ainsi les créanciers chirographaires à prendre des garanties pour le recouvrement de leurs créances[1768]. C'est pour cela que le créancier a intérêt à garantir son obligation par une sûreté et à devenir ainsi un créancier privilégié lui permettant d'accroître ses chances de paiement[1769]. La maxime précitée peut aussi s'appliquer avant le procès pour faire état de l'intérêt pour les justiciables de préserver leurs droits même si ces derniers ne tendent pas obligatoirement au recouvrement d'une somme d'argent. Par exemple, dans le cas d'un contrat de vente de marchandises, la réserve de propriété est une garantie pour le vendeur contre une éventuelle défaillance de son débiteur[1770]. Certes, si selon le dictionnaire de vocabulaire juridique du doyen Gérard Cornu, le terme « garantie » en droit privé, au sens large, est *« tout mécanisme qui prémunit contre une perte pécuniaire »*[1771], la notion est difficile à définir tant il existe de multiples autres sens[1772]. Nous retiendrons le sens nous permettant d'évoquer les mesures que le créancier doit prendre pour le recouvrement d'une somme d'argent. L'effet de surprise permet d'augmenter les chances de succès de l'offensive tant dans le domaine de la guerre que dans celui du conflit juridique ou de la stratégie d'entreprise[1773]. Comme le dit Sun Tzu, à l'égard de l'adversaire : *« Attaquez là où*

[1765] J.-V. LUCAS, « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 32.
[1766] Cf. *Supra* n° 385.
[1767] H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 110.
[1768] *Ibid.*, p. 110-111.
[1769] En effet *« le privilège intervient au stade du règlement des créanciers, et confère à celui qui en est doté un rang préférentiel »*. Cf. M. DAGOT, « La notion de privilège », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome II, Editions Litec, 1998, p. 335.
[1770] Dans le domaine de la vente internationale, une telle garantie est systématiquement prévue dans le contrat. Cependant, cette dernière pouvant se manifester sous des formes différentes selon les pays, une harmonisation en la matière serait la bienvenue. Cf. A. MAIROT, « Plaidoyer pour une harmonisation internationale de la réserve de propriété », *LPA*, 13 oct. 2011, n° 204, p. 3.
[1771] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Garantie », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 436.
[1772] P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 304.
[1773] R. PAPIN, *L'art de diriger*, Dunod, Paris, 1995, p. 189 ; 191.

il n'est pas prêt ; faites une sortie lorsqu'il ne s'y attend pas »[1774]. Si l'effet de surprise « implique un certain degré de ruse », cette dernière n'est pas obligatoirement illicite. En effet, comme l'énonce Clausewitz, *« aucune disposition naturelle ne paraît plus apte que la ruse à diriger et à animer l'activité stratégique »*[1775]. D'où l'intérêt de prendre des mesures conservatoires sur les biens de son débiteur.

175. Diversité des mesures conservatoires – Avant le litige, le créancier qui doit recevoir un paiement en vertu du contrat qui le lie à son débiteur, a la possibilité de prendre des mesures conservatoires afin de s'assurer du recouvrement de sa créance en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur. En effet, avant le litige, le créancier peut seulement être qualifié de « créancier potentiel »[1776]. Ainsi, ce dernier, de manière préventive, ne peut mettre en œuvre des mesures d'exécution forcée mais uniquement des mesures conservatoires. L'avantage pour le créancier potentiel, de recourir à ces dernières mesures est d'accroître ses chances d'obtenir le recouvrement de sa créance en cas de manquement du débiteur à son obligation de paiement. Envisager l'intérêt de recourir à ces mesures provisoires permet de mesurer le risque de ne prendre aucune garantie au regard d'un procès futur condamnant le débiteur à payer ses dettes. Si les sûretés peuvent être prises avant tout litige, on peut se demander s'il en est de même en ce qui concerne les saisies-conservatoires. Conformément au nouvel article L. 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution, les mesures conservatoires sont de deux sortes : elles sont constituées d'une part des saisies conservatoires et d'autre part des sûretés judiciaires. Les sûretés judiciaires prises sur les biens du débiteur par le créancier vont permettre à ce dernier d'être payé en priorité par rapport aux autres créanciers en cas de vente desdits biens. La saisie-conservatoire, quant à elle, a pour but de rendre indisponible les biens du débiteur afin que ce dernier n'organise pas son insolvabilité. Quand plusieurs mesures conservatoires peuvent être prises, on peut se demander si le choix de recourir à l'une plutôt qu'une autre relève d'une stratégie.

176. La stratégie dans le choix entre les différentes mesures conservatoires – Alors que les saisies conservatoires peuvent être pratiquées sur les biens meubles corporels, les créances, les droits d'associé et les valeurs mobilières[1777], les sûretés judiciaires, quant à elles, peuvent être effectuées sur les immeubles, les fonds de commerce, les actions, les parts sociales et valeurs mobilières[1778]. Ainsi, un choix est possible entre les deux sortes de mesures conservatoires[1779] en ce qui concerne les droits d'associé et les valeurs mobilières. En ce qui concerne les mesures de

---

[1774] SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 126. Cf. aussi C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, p. 207 ; p. 728. En effet, l'effet de surprise a suscité de nombreuses victoires. Cf. V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, Editions Economica, 2007, p. 84.

[1775] C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, p. 212. Cf. aussi N. MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Livre second, Ch. XIII, in *Le Prince et autres textes*, Editions Gallimard, Folio classique, 1980, p. 224.

[1776] A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Editions Dalloz, 1ère édition, 2009, n° 52, p. 37.

[1777] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 441.31, p. 195.

[1778] L. 9 juillet 1991, article 77.

[1779] Pour la saisie conservatoire nous nous réfèrerons aux articles 244 à 249 du décret du 31 juillet 1992 et pour la sûreté judiciaire, aux articles 253 et 254 du même décret. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 441.51, p. 196.

sûreté, il convient aussi de distinguer l'hypothèque prévue par le Code des procédures cviles d'exécution de l'hypothèque judiciaire. En effet, cette dernière n'impose pas au créancier le respect des formalités prévues après l'inscription de l'hypothèque provisoire pour la rendre définitive[1780]. Tout dépend donc du but poursuivi par le créancier qui peut trouver une meilleure satisfaction dans l'effet d'indisponibilité que procure la saisie ou au contraire dans le droit de préférence qui prend rang à la date de la formalité initiale de la publicité provisoire découlant de la mesure de sûreté judiciaire. Ces deux sortes de mesures ont des effets différents. Les saisies conservatoires tendent à la réalisation d'une mesure d'exécution en rendant un bien indisponible mais n'attribuent pas un rang préférentiel[1781], contrairement aux sûretés judiciaires. Le choix peut aussi surtout s'effectuer en fonction des différents moyens susceptibles de parvenir au résultat souhaité au départ. Par exemple, afin de transformer la saisie conservatoire en mesure d'exécution forcée, le créancier doit se munir d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible[1782] et procéder à la signification de l'acte de conversion[1783], ce qui peut impliquer l'obtention d'une décision de justice et donc de devoir passer par un juge. Si le créancier a le choix dans la diversité des mesures conservatoires, demeure une limite qui est de ne pas dépasser ce qui est nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. Il ne faut donc pas que la mesure soit disproportionnée par rapport à l'objectif à atteindre. A défaut, le créancier risque d'être condamné à des dommages et intérêts sur le fondement de l'article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution pour avoir pris une mesure inutile ou abusive. Une fois ces limites observées, le créancier n'a pas l'obligation d'effectuer qu'un seul choix. En effet, ces mesures ne sont pas alternatives mais au contraire peuvent se cumuler. Ainsi, le créancier, en fonction du recouvrement de sa créance ou de son but à atteindre, peut, à la fois inscrire une hypothèque, effectuer une saisie conservatoire des créances ainsi qu'une saisie conservatoire sur les biens meubles corporels du débiteur[1784]. Ce cumul de mesures est même conseillé lorsque l'on est présence d'une incertitude sur la nature du bien saisi. A chaque ressource financière appartenant au débiteur correspond une mesure conservatoire ou d'exécution[1785]. Lorsque le débiteur a déposé des sommes sur un compte bancaire situé à l'étranger, la prise de mesures préventives par le créancier est plus incertaine en raison de l'obligation pour celui-ci de saisir dans ce cas de

---

[1780] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 551.21, p. 336.

[1781] Mis à part le cas de la saisie conservatoire d'une créance qui « emporte affectation spéciale et privilège ». Cité par J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 441.34, p. 195.

[1782] Article L. 111-2 du Code des procédures civiles d'exécution.

[1783] Article R. 521-1(issu du décret n° 2012-783 du 20 mai 2012) du Code des procédures civiles d'exécution.

[1784] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 462.21, p. 213.

[1785] Ainsi, l'on peut faire l'inventaire suivant, certes non exhaustif, si l'on prend l'exemple d'un gérant d'une société à responsabilité limitée qui peut : *« percevoir une rémunération (saisie des rémunérations), recevoir des dividendes (saisie-attribution), détenir des biens mobiliers corporels dans les locaux de la société (saisie-vente entre les mains d'un tiers), être propriétaire de parts (saisie des droits d'associé) »*, mais il peut aussi posséder *« un mobilier garnissant son appartement (saisie-vente entre ses mains), un compte bancaire (saisie-attribution), des parts et actions (saisie ou nantissement sur ces parts et actions), des biens placés dans un coffre-fort appartenant à un tiers (saisie des objets placés dans un coffre-fort), un véhicule (mesure d'exécution sur un véhicule terrestre à moteur), un appartement ou d'autres biens immobiliers (hypothèque, puis saisie immobilière), des parts d'une société immobilière correspondant à un appartement ou à un autre bien (nantissement des parts ou saisie des droits d'associé), une obligation de livraison à la charge d'un tiers portant sur un meuble de prix (saisie-appréhension) »*. Cité par J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 462.21, p. 214.

figure le juge de l'Etat de la situation de l'établissement bancaire. Cependant, le souhait de la Commission européenne d'adopter un règlement européen portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires[1786] est susceptible de permettre de pallier aux difficultés liées à la mise en œuvre d'une telle procédure, celle-ci pouvant entraîner des coûts importants et des difficultés eu égard aux divergences entre les régimes juridiques des Etats membres. Ainsi en fonction de la nature des biens du débiteur, le choix est plus ou moins étendu. Dans le cas où le créancier ne parvient pas à réunir les conditions nécessaires pour pratiquer des mesures conservatoires sur les biens de son débiteur, il peut toutefois avoir recours à un séquestre en application de l'article 1961 du Code civil, notamment lorsque la possession de biens immobiliers fait l'objet d'un litige entre plusieurs personnes[1787].

177. Conclusion de la section 1 – Si une distinction dans la recherche des informations relatives à l'adversaire est effectuée en analysant d'une part les éléments inhérents à la personne tels que l'identité, le statut, l'attitude de celle-ci, et d'autre part un élément plus objectif concernant les biens lui appartenant, les deux sont néanmoins étroitement liés, l'étendue du patrimoine dépendant notamment du statut matrimonial de chacun ainsi que de sa situation professionnelle. L'analyse du profil de l'adversaire est un moyen tendant à l'efficacité d'une éventuelle action en justice et contribue à effectuer un choix ayant trait au mode de règlement du litige. Cependant, une telle recherche doit ainsi être complétée par une autre analyse qui porte sur l'écoulement du temps avant d'intenter une action en justice, cet intervalle pouvant avoir des répercussions sur les chances de succès d'une action en justice ou bien là encore déterminer le choix quant aux modalités de règlement du litige. Ainsi, au-delà du temps nécessaire à la recherche du profil de l'adversaire et de l'étendue du patrimoine de ce dernier impliquant la prise de mesures de nature à anticiper un éventuel contentieux portant sur un paiement, l'écoulement du temps peut être utilisé par chacun des litigants à son avantage en fonction des différents buts à atteindre bien qu'une telle stratégie ne soit pas sans risques.

[1786] J.-D. LACHKAR, « Le projet EJE poursuit l'objectif d'améliorer l'exécution des décisions de justice en Europe », Entretien, Propos recueillis par T. TAILLER, *J.C.P.*, G., 2012, 852, p. 1428. Néanmoins, eu égard à la solution qui résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 14 février 2008, il semble plus judicieux pour le créancier saisissant d'effectuer une saisie-attribution sur les comptes bancaires de son débiteur qui peuvent se trouver dans des succursales étrangères plutôt que sur ses biens corporels notamment lorsque ces derniers se situent dans un autre pays. Selon cet arrêt, dès lors que le créancier saisissant effectue une saisie au siège de la banque de son débiteur, il peut obtenir le paiement de la créance que constitue le solde du compte tenu par la succursale étrangère. En effet, si la banque doit déclarer les comptes tenus par ses succursales à l'étranger, l'acte de saisie entraîne un effet attributif immédiat de la créance qui ressort d'un de ses comptes. Ainsi, le principe de territorialité ne fait pas obstacle à la réalisation des mesures d'exécution sur des comptes bancaires tenus à l'étranger par des succursales de la banque du débiteur. Cf. D. MARTIN, H. SYNET, Note sous cass. 2ième civ., 14 février 2008, *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 1050.

[1787] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 551.31, p. 336.

Section 2 : L'utilisation de l'écoulement du temps par chacun des litigants

178. Le temps étant utilisé différemment par les litigants, nous envisagerons d'une part la stratégie du litigant qui s'interroge sur l'opportunité d'une éventuelle action en justice (§1) et d'autre part, celle de son adversaire (§2).

§1 : La stratégie du litigant demandeur potentiel à une éventuelle action en justice

179. L'attitude des litigants pendant l'exécution du contrat peut être prise en compte par le juge lors d'une d'action en justice ultérieure et avoir des conséquences sur le succès ou l'échec de celle-ci. Il s'agit par exemple pour l'un des litigants d'obtenir certains avantages susceptibles de résulter de son comportement tolérant à l'égard de son adversaire (A). Néanmoins, cette attitude n'est pas sans risques (B). De plus, dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité, il est parfois judicieux de saisir la juridiction en premier sans attendre que l'adversaire en prenne l'initiative au regard de son incidence sur le fond du droit litigieux (C).

A.Un comportement tolérant

180. L'espoir d'obtenir les faveurs du juge en cas d'action en justice ultérieure – Dans le cadre d'une relation contractuelle, si l'un des cocontractants manque à certains de ses engagements mais est de bonne foi, il doit pouvoir compter sur la coopération de l'autre, en application de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil concernant le respect de l'obligation de bonne foi, afin de pouvoir y remédier[1788]. D'où, parfois une certaine tolérance du créancier à l'égard de son débiteur dans le but notamment d'obtenir les faveurs du juge en cas d'action en justice ultérieure. Le juge analyse le comportement des cocontractants face à leurs obligations contractuelles avant de rendre son jugement. Ainsi, il peut être reproché à l'un des contractants son attitude contentieuse[1789]. C'est notamment ce qu'avait décidé la Cour d'appel de Rennes en relevant lors d'un contrat de bail « l'attitude tracassière » du bailleur à l'égard de son locataire[1790]. De même, en cas d'insertion par les parties d'une clause pénale dans le contrat, le juge prend en compte l'attitude des parties et notamment leur bonne ou mauvaise foi pour exercer son pouvoir modérateur en la matière[1791]. En dehors de la bonne foi pouvant se

---

[1788] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 568, p. 307-308.

[1789] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 560, p. 302.

[1790] La Cour de cassation avait néanmoins censuré la décision de la Cour d'appel car cette dernière avait aussi fait état de torts à l'encontre de l'autre contractant et n'aurait donc pas dû condamner une seule des parties au contrat. Cf. Cass. 3ième civ., C, 28 nov. 1992, Le Bon C/ Foly, *Loyers et copr.*, Février 1993, n° 55, 4-5.

[1791] Par exemple, le juge peut refuser de réduire le montant de la clause pénale ou même d'appliquer celle-ci dès lors que le débiteur qui a manqué à ses obligations a néanmoins payé une indemnité de nature à satisfaire le créancier, cette dernière étant d'un montant presque identique à celui qui était effectivement dû. Cf. M.-O. ROLLAND-JACOB, *La jurisprudence d'appel source de droit*, th., Université de Rennes I, Faculté des Sciences Juridiques, 1985, p. 113.

manifester par une certaine tolérance du créancier à l'égard de son débiteur, le temps accordé par celui-là à celui-ci exprime parfois le souhait d'accroître les chances d'obtenir le paiement de la dette au regard des moyens d'action plus importants qui en découlent.

181. La possibilité de se réserver ultérieurement de plus grands moyens d'action à l'égard de son adversaire – Un créancier peut être tolérant à l'égard de son débiteur en accordant du temps à ce dernier pour qu'il puisse se décharger de sa dette. Il s'agit d'une stratégie permettant au créancier d'augmenter le nombre de créances et ainsi d'avoir un plus grand pouvoir par la suite sur l'attitude du débiteur en exerçant par exemple des moyens de pression plusieurs années après. C'est notamment ce qu'avait tenté de faire une banque qui avait accordé un délai de quelques mois à des clients pour rembourser leur prêt en ne réclamant sa créance non pas à l'échéance du délai mais seulement six ans plus tard[1792]. Toutefois, un tel comportement ne permet pas toujours d'obtenir l'effet souhaité au départ.

B.Les risques d'un comportement tolérant

182. L'appréciation par le juge du comportement tolérant à l'égard de l'adversaire dans un sens différent de celui espéré par le litigant – Le créancier doit être prudent concernant la tolérance dont il fait preuve à l'égard de son débiteur car les juges peuvent considérer qu'elle est de nature à faire obstacle à l'établissement de la gravité du comportement de l'adversaire entraînant la résiliation unilatérale du contrat[1793] ou bien encore qu'il est de mauvaise foi par exemple en mettant en œuvre la clause résolutoire de nombreuses années après un manquement contractuel imputable à son débiteur. C'est notamment ce qu'a décidé la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 31 janvier 1995 dans lequel la banque avait laissé s'écouler un délai de six ans avant d'invoquer la clause résolutoire à l'encontre de son débiteur[1794]. Selon le comportement du créancier et son choix d'effectuer une action en justice, le débiteur n'est pas dépourvu de moyens de défense. Par exemple, dans le cas où le créancier fait preuve de tolérance à l'égard de son débiteur, il peut lui être reproché par la suite de changer brusquement d'attitude en agissant en justice pour réclamer son dû[1795]. C'est ce qui a eu lieu dans une affaire où le crédirentier a vu son action en résolution de la vente rejetée pour avoir violé son obligation de bonne foi en adoptant une attitude brusquement différente dans l'exécution du contrat. Pendant longtemps, le fait qu'il n'ait pas manifesté le souhait de recevoir le paiement de sa rente a permis au débirentier avec lequel il avait noué des liens affectifs de croire qu'il ne réclamerait jamais la rente[1796]. Dans une autre affaire, il a également été jugé qu'un concédant avait manqué à son obligation de bonne foi

---

[1792] En l'espèce, son souhait d'être conciliante lui *« permettait de « tenir » son client en se réservant la possibilité d'invoquer à tout instant le bénéfice de la clause résolutoire »*. Cf. C. JAMIN, Note sous Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1995, *D.* 1995, Jurisprudence, p. 389.

[1793] N. MATHEY, Note sous Cass. com., 14 févr. 2012, n° 11-10.346, « Mise en œuvre d'une clause résolutoire dans un contrat de distribution », *C.C.C.*, 2012, Commentaires, n° 150, p. 54-55.

[1794] *Supra* n° 67

[1795] En effet, *« celui qui a créé, ou laissé créer une habitude, doit s'expliquer avant de rompre cette habitude »*. Tel est par exemple le cas pour un banquier qui a fait preuve de tolérance à l'égard de son client en acceptant « un découvert habituel » sur le compte de ce dernier pouvant être constitutif d'une ouverture de crédit. Cf. G. ENDREO, « L'habitude », *D.* 1981, Chron., p. 316.

[1796] Civ.3ième, 8 avril 1987, Bull.civ., III, n° 88, cité par B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 644, p. 350.

dans l'exécution de son contrat. En l'espèce, ce dernier n'avait pas contesté pendant des années les impayés de son concessionnaire et de manière inattendue avait agi en justice afin d'obtenir la résiliation du contrat en invoquant une clause obligeant le concessionnaire à payer comptant ses commandes[1797]. Par ailleurs, lorsque la dette est garantie par un tiers les juges peuvent condamner le créancier pour manquement au devoir de loyauté envers le garant pour avoir augmenté le montant de la garantie dûe[1798] en raison de son manque de diligence dans le recouvrement de sa créance. Par exemple, dans un arrêt du 31 mai 1994, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a maintenu la solution de la Cour d'appel qui avait énoncé que dans le cadre d'un contrat de commission pour la vente de carburant, le fournisseur qui avait laissé s'accumuler les dettes de son cocontractant, un locataire gérant, dont le loueur de fonds était tenu de garantir la bonne exécution du contrat, n'avait pas eu un comportement loyal en ne permettant pas à ce dernier de résilier le contrat[1799]. De même, dans un arrêt de la Cour de cassation de la même chambre du 5 décembre 1995, il a été reproché à un bailleur de ne pas avoir résilié le contrat de bail à l'égard de son locataire qui a été déclaré en liquidation judiciaire tout en demandant à la caution de ce dernier le remboursement des loyers impayés depuis plus de deux ans alors qu'il savait que plus aucune activité n'était exercée dans son local et que pendant plus de trois mois après le jugement d'ouverture les loyers n'ont plus été payés[1800]. D'ailleurs, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 juin 2001 considère que le créancier est fautif en ne rompant pas le contrat pour limiter le montant de la dette du débiteur alors même que celle-ci n'est pas garantie par un tiers. En l'espèce, dans le cadre d'un contrat de maintenance d'un lecteur de chèques, le débiteur qui s'était engagé à payer au créancier une redevance mensuelle pendant une période minimale de quatre ans, avait cessé tout paiement dès la fin de la première année et n'avait pas fait échec à la clause de reconduction tacite de la convention, de telle sorte que sa dette s'était alourdie. La Cour d'appel de Paris a reproché au créancier d'avoir laissé s'accumuler les dettes impayées de son débiteur notamment pendant les deux années consécutives après le terme du contrat en admettant le jeu de la clause résolutoire, et d'avoir ainsi eu un comportement contraire à son obligation de bonne foi faisant dès lors obstacle à l'obtention du recouvrement intégral de sa créance[1801]. En effet, en application du principe de bonne foi, le créancier n'aurait pas dû dépasser la première échéance contractuelle pour mettre en demeure son débiteur[1802]. Dans un arrêt du 21 mars 2012, sans se fonder sur l'obligation de bonne foi, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que le fait pour un

---

[1797] Com., 25 mars 1991, *Liaisons jur. et fisc.*, 25/04/1991, cité par B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 644, p. 350.

[1798] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10e édition, 2009, n° 440, p. 457.

[1799] En l'espèce, la dette du locataire-gérant représentait « près de trois ans de commission ». Cf. Cass. com., 31 mai 1994, Sté BP France c/ Loubeyre, *R.J.D.A.*, 1994, n° 1129, p. 871-872.

[1800] J. MESTRE, Note sous Cass. com., 5 décembre 1995, *R.T.D. civ.*, 1996, p. 899. En revanche, dans un arrêt de la Cour de cassation de la même année rendu également par la Chambre commerciale, il a été décidé que le comportement d'un fournisseur, qui avait poursuivi le contrat malgré les incidents de paiement de son cocontractant, un locataire-gérant, n'était pas fautif à l'égard du garant des dettes de ce dernier, le bailleur. En effet, en l'espèce, il était possible de penser que les soucis d'ordre financier du locataire-gérant allaient se résorber étant donné qu'il débutait dans son activité et que plusieurs paiements avaient néanmoins eu lieu durant cette période difficile. L'imprudence qui n'était donc pas caractérisée dans cette affaire semble ainsi dépendre des circonstances de chaque cas d'espèce. Cf. J. MESTRE, note sous Cass. com., 17 octobre 1995, *R.T.D. civ.*, 1996, p. 398.

[1801] Le débiteur n'étant condamné *« qu'à concurrence du montant total des sommes dues au titre du contrat originel »*. Cf. C. COULON, Note sous CA de Paris, 25e ch. A, *D.* 2002, Jurisprudence, n° 2, p. 843.

[1802] C. COULON, Note sous CA de Paris, 25e ch. A, *D.* 2002, Jurisprudence, n° 3, p. 843.

bailleur de réclamer à son locataire une régularisation des charges locatives sept ans après la conclusion du bail était constitutif d'une faute dans l'exécution du contrat[1803]. En dehors de l'établissement de la mauvaise foi du contractant ou d'une faute contractuelle, la tolérance de ce dernier peut être à l'origine d'un autre lien contractuel susceptible d'engendrer des conséquences juridiques non souhaitées. Dans certains cas, le juge reconnaît l'existence d'un contrat lorsque par son comportement une personne n'a pas émis de contestation envers une autre. Par exemple, dans un arrêt du 6 novembre 1984, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'une banque, qui ne manifeste pas sa désapprobation à l'égard d'un client dont le compte est à découvert, commet une faute en refusant de manière brutale de payer trois lettres de change[1804]. Dans cette affaire, en l'absence de convention écrite, la non contestation par la banque des paiements effectués par son client dont le compte est à découvert implique de sa part l'existence d'une ouverture de crédit et donc des obligations à son égard. De même, dans un autre arrêt du 16 janvier 1996, la première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'un découvert bancaire qui n'a pas fait l'objet de contestation de la part de la banque pendant plus de trois mois permet de considérer qu'elle a consenti une ouverture de crédit conformément à l'article L. 311-2 du Code de la consommation[1805]. Un effet plus grave encore de l'effet de l'écoulement du temps consiste selon le fondement de l'action en justice à priver définitivement le litigant de son droit d'agir en justice.

183. L'effet de l'écoulement du temps sur le droit d'agir en justice – La prescription, à l'image du double visage de la statue de *Janus Bifron*[1806] provoque deux effets opposés, parfois acquisitif, parfois extinctif. Lorsque l'écoulement du temps procure un effet acquisitif, la stratégie pourrait consister pour l'un des litigants à laisser s'écouler le délai requis afin d'acquérir un droit. Par exemple, la prescription acquisitive a lieu en matière de propriété mais le délai d'acquisition variant selon qu'il est fait état ou non d'un juste titre et de la bonne foi[1807], la stratégie consiste plus souvent, à l'inverse, à faire échec à l'effet extinctif de la prescription. Le temps peut éteindre le droit d'action[1808], sauf s'il s'agit de l'action en revendication qui est perpétuelle. La prescription peut avoir un effet extinctif mais elle est une fin de non-recevoir

---

[1803] Bien que cette réclamation soit « juridiquement recevable et exacte dans son calcul », elle a été considérée comme étant « déloyale et brutale », un tel comportement étant de nature à constituer une faute dans l'exécution du contrat. Cependant, selon Monsieur le Professeur Dimitri Houtcieff, un tel comportement devrait pouvoir éteindre le droit du bailleur. Cf. D. HOUTCIEFF, « De l'invocation déloyale de régularisation de charges de loyer », Note sous Cass. 3ième civ., 21 mars 2012, *Gaz. pal.*, 4-5 Juill. 2012, Chron., p. 18-19.

[1804] In *D.* 1985, Somm., p. 340.

[1805] Mais certaines conditions doivent être réunies. En effet, il faut que le client n'ait pas agi au titre d'une activité professionnelle et que la banque ait manqué avant la fin du troisième mois de mettre ce dernier en demeure exprimant ainsi son refus de lui accorder une ouverture de crédit. Par ailleurs, dans ce cas, si la banque n'a pas effectué une offre préalable de prêt, elle perd droit à tout intérêt couru qu'il soit conventionnel ou légal sur le solde débiteur. Cf. *J.C.P.*, E, 1996, Pan., 249.

[1806] Cette métaphore est empruntée au Professeur Philippe MALAURIE. Cf. « L'homme, le temps et le droit, la prescription civile », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 394.

[1807] Ph. MALAURIE, « L'homme, le temps et le droit, la prescription civile », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 394.

[1808] Le temps produit des effets sur le droit. Cf. Ph. MALAURIE, « L'homme, le temps et le droit, la prescription civile », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 393.

d'ordre privé, le juge ne peut y pourvoir d'office[1809]. Il y a cependant peu de chances que le débiteur n'en fasse pas état comme moyen de défense à moins qu'il y trouve un intérêt. Selon le fondement juridique de l'éventuelle action en justice, la prescription de cette dernière peut varier. Si pendant longtemps le délai de prescription de droit commun a été de trente ans, depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, il est de cinq ans[1810]. Par ailleurs, il a toujours existé d'autres délais dont la durée est variable selon les différents droits substantiels[1811]. Ainsi, en droit des assurances, l'assuré bénéficie d'un délai de deux ans à compter de l'événement qui a donné lieu au litige pour agir en justice[1812]. Par ailleurs, si l'une des parties au contrat souhaite agir en se fondant sur les vices du consentement, elle devra introduire son action dans les cinq ans, alors que si elle a l'intention d'agir sur le fondement de la garantie des vices cachés, elle devra le faire dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice[1813]. Certes, si la diminution du nombre de délais spéciaux était l'un des objectifs de la loi précitée, il demeure néanmoins toujours de multiples délais spéciaux inférieurs à cinq ans[1814]. D'où la prise en compte du délai de la prescription de l'action dans le cadre de la stratégie d'attente de façon à ce que l'écoulement du temps nécessaire à celle-ci ne ferme pas le droit d'agir en justice notamment s'il s'agit d'une voie opportune[1815]. Toutefois, dans de rares cas, si le créancier a laissé le délai de prescription s'écouler mais que le débiteur s'exécute malgré la prescription de l'action, ce dernier ne peut demander le remboursement de ce qu'il a versé au créancier en soutenant qu'il n'avait plus l'obligation de s'acquitter de sa dette. En effet, il a accompli une obligation naturelle et ne peut en demander la répétition en application de l'article 1235 aliné 2 du Code civil. Hormis le cas de l'action en justice, d'autres hypothèses permettent d'interrompre le délai de

---

[1809] *« La prescription extinctive ne signifie pas que les conditions du droit substantiel litigieux ne peuvent pas être établies. Elles pourraient l'être si le défendeur n'invoquait pas la prescription (art. 2247 du C. civ., anc. Art. 2223) »*. Cf. G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 12, p. 24. Il en va différemment pour le délai préfix qui est d'ordre public et qui peut donc être relevé d'office par le juge. De plus, ce délai ne peut faire l'objet ni de suspension ni d'interruption contrairement à celui de prescription.

[1810] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Quel délais pour la prescription ? Rapport français », in *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, Sous la dir. de Patrice Jourdain et Patrick Wéry, Bruylant, Bruxelles, 2010, n° 7, p. 89.

[1811] Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 371. 11- n° 372.32, p. 144-145 ; Ph. MALAURIE, « L'homme, le temps et le droit, la prescription civile », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 395-396.

[1812] Notons que ce délai de prescription peut être interrompu par l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception à l'assureur. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 235.

[1813] Article 1648 du Code civil, réd. Ord. 17 février 2005. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 485.11, p. 239.

[1814] Tel est le cas des prescriptions annales dans le commerce maritime en application de l'article L. 110-4 II du Code de commerce ou en matière de transports conformément à l'article L. 133-6 du même code. Cf. M. ROUSSILLE, « La prescription en droit des affaires », in *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, Sous la dir. de Patrice Jourdain et Patrick Wéry, Bruylant, Bruxelles, 2010, n° 18-19, p. 565-566.

[1815] Dans ce cas, il convient de respecter les formes requises par la loi. Pour interrompre la prescription, l'assignation ne doit pas comporter de vices ou être plus tard déclarée caduque. En effet, il résulte d'un arrêt de l'Assemblée plénière du 3 avril 1987 qu'une assignation dont la caducité a été constatée ne peut interrompre le délai de prescription. S'il en allait différemment l'article 757 du CPC perdrait sa raison d'être. Cf. CABANNES (Premier Avocat général), Conclusions sous Cass. Ass. plén., 3 avril 1987, *J.C.P.*, G, 1987, II, 20792. Par ailleurs, il faut que l'assignation soit signifiée au débiteur. Par exemple, le dépôt d'une requête en injonction de payer n'a cet effet que lors de la signification de l'ordonnance. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 375.11, p. 148.

prescription de l'action[1816]. Par exemple, la notification de l'exécution de la mesure conservatoire au débiteur procure cet effet conformément à l'article 71 de la loi du 9 juillet 1991. Tel est le cas aussi des causes de suspension de la prescription prévues aux articles 2251 à 2254 du Code civil ou de l'adage *contra non valemtem agere non currit praescriptio* selon lequel la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir[1817]. Par ailleurs, concernant un litige comportant un élément d'extranéité, l'écoulement du temps ne doit pas permettre à l'adversaire d'effectuer en premier la saisine de la juridiction d'un Etat plutôt que celle d'un autre Etat en cas de compétence concurrente au regard de son incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux. Parfois, il convient en effet « de ne pas se laisser imposer le jeu et de s'emparer de l'initiative afin de dicter soi-même des règles favorables »[1818].

C.Les risques d'une action en justice non exercée rapidement

184. L'incidence de la date de saisine de la juridiction sur le résultat sur le fond du droit litigieux – Lorsque plusieurs juges appartenant à des Etats différents peuvent connaître du litige, il convient d'opérer des distinctions selon que ce dernier est régi par un règlement communautaire ou par les règles issues du droit international privé propre à chaque Etat. Certes, en droit interne lorsque deux juridictions également compétentes sont susceptibles de connaître du litige, les règles relatives à la litispendance font état de l'incidence de la saisine d'une juridiction sur le résultat sur le fond du droit litigieux en cas de saisine parallèle mais ultérieure d'une autre juridiction. Mais la différence est plus visible encore dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité, dès lors que la saisine d'une juridiction entraîne l'application d'une loi différente de celle issue d'une d'autre juridiction pouvant être saisie ultérieurement. Par exemple, en matière de divorce, l'article 19 du règlement communautaire n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis prévoit que plusieurs juridictions peuvent être compétentes pour connaître du litige mais que dès lors qu'une juridiction est saisie, une autre juridiction également compétente saisie ultérieurement doit sursoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie en premier se prononce sur sa compétence et si celle-ci se reconnaît

---

[1816] Il en est de même pour la demande d'aide juridictionnelle qui, si elle est introduite dans le délai concernant les actions devant les juridictions de premier degré, a un effet interruptif de la prescription, conformément à l'article 38 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991. Par ailleurs, si cette demande est recevable, elle fait courir un autre délai de même durée pour introduire une action en justice. Mais ce nouveau délai a fait l'objet de modifications résultant du décret n° 2007-1142 du 26 juillet 2007 en ce qui concerne ses points de départ : « à compter de la notification de la décision d'admission provisoire, ou de la notification de la décision constatant la caducité de la demande, laquelle résulte du défaut de production des pièces nécessaires dans le délai fixé par le bureau en vertu de l'article 42 nouveau, ou à compter de la date à laquelle la décision d'admission ou de rejet est devenue définitive, ou enfin en cas d'admission, de la date, si elle est plus tardive, à laquelle l'auxiliaire de justice a été désigné ». Ainsi, dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 15 février 2007, il a été jugé que lorsque le bureau d'aide juridictionnelle se déclare incompétent et renvoie le dossier au bureau compétent, cette décision d'incompétence n'est pas le point de départ du délai permettant la saisine de la juridiction étatique puisque dans ce cas, l'on peut considérer qu'elle n'a pas mis fin à la procédure. Cf. N. FRICERO, Observations sous Civ. 2ième, 15 février 2007, *Dalloz*, 2007, Panorama, p. 2428.

[1817] Cet empêchement peut être dû à la survenance d'un cas de force majeure ou au fait qu'il a pu ne pas avoir connaissance de l'événement à l'origine de son action. Cf. H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 35.

[1818] P. FAYARD, *Comprendre et appliquer Sun Tzu*, Dunod, Paris, 2011, 3ième édition, p. 28.

compétente, se dessaisir[1819]. Il s'agit d'une obligation du juge qui n'implique pas une demande de la part de l'une des parties[1820]. D'où l'intérêt de connaître le moment exact de la saisine de la juridiction pour connaître la loi applicable au fond, cette dernière pouvant parfois varier d'une juridiction à l'autre. Or, afin d'éviter la saisine simultanée d'une juridiction concurrente issue d'un autre Etat membre, il convient de demander au greffe lors du dépôt d'une requête en divorce de mentionner le jour et l'heure du dépôt sur un exemplaire inséré dans le dossier[1821]. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 14 septembre 2006 a en effet énoncé que lorsque deux juridictions, chacune issue d'un Etat différent, sont saisies le même jour, il faut se référer à l'heure du dépôt de la demande pour déterminer quelle est la juridiction qui a été saisie en premier. En revanche, dans le cadre d'un pays qui ne fait pas partie de l'Union européenne, la juridiction saisie ultérieurement n'a pas l'obligation de se désister. Toutefois, lorsque l'instance est en cours devant une juridiction française et qu'un jugement étranger vient d'être rendu, ce dernier prévaut et met ainsi fin à l'instance en France même si c'est la juridiction française qui a été saisie en premier[1822]. Si le souhait du demandeur consiste à éviter qu'un jugement étranger ne soit rendu avant le jugement français, il convient pour celui-ci de saisir la juridiction française le plus tôt possible afin de tenter d'obtenir un jugement en France avant que la juridiction étrangère n'ait statué. Ainsi, dès lors que la saisine de la juridiction a des conséquences sur la loi applicable au litige, il est judicieux dans les deux cas de saisir rapidement la juridiction qui sera susceptible de donner gain de cause au demandeur. D'ailleurs, dans le même ordre d'idées, la saisine d'une juridiction peut faire obstacle à une option de compétence. *« Même lorsqu'il existe de véritables règles répartitrices, comme celles de l'Union européenne, le droit applicable peut varier selon le juge saisi »*[1823]. C'est ainsi que l'une des parties au contrat peut intenter une action en justice devant le tribunal d'un Etat pour faire juger de manière préventive qu'elle n'est pas responsable d'un dommage que l'autre partie au contrat serait susceptible d'invoquer à son encontre. C'est ce que permet la CJCE dans l'affaire *The Ship Tatry* (Aff. N° 406/92) qui a fait état d'une situation de litispendance entre une demande de déclaration de non-responsabilité effectuée par un transporteur maritime et une demande d'indemnisation mise en œuvre par les propriétaires des marchandises transportées en énonçant que : *« la question de l'existence ou de l'inexistence d'une responsabilité se trouve au centre des deux procédures. Le fait que les conclusions du demandeur soient formulées de manière négative dans la première demande, alors que dans la seconde demande elles sont formulées de façon positive par le défendeur, devenu demandeur, ne rend pas différent l'objet du litige »*[1824]. Il est donc possible pour la partie

---

[1819] Et si celle-ci est étabie, se dessaisir. Cf. P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.103.

[1820] P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.104.

[1821] P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.107.

[1822] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 49.

[1823] Ph. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 861.

[1824] Cité par Ph. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 861.

au contrat qui devrait être défendeur à une action en justice de faire reconnaître son droit en premier pour empêcher son adversaire de faire jouer une option dont il bénéficie concernant la juridiction compétente. Mais on peut s'interroger sur la question de savoir si cette partie a un intérêt à agir en justice dès lors que *« sa prétention – je ne suis pas responsable des avaries – ne se heurte à aucun obstacle car l'affirmation contraire ne fait peser sur lui aucune obligation d'indemnisation. Il ne suffit pas au propriétaire des marchandises déteriorées de réclamer pour que le transporteur soit tenu de l'indemniser. […] Le seul intérêt discernable est de priver le demandeur d'une option de compétence que lui offrent les textes, avec, le plus souvent, l'arrière-pensée d'engluer le règlement du litige »*[1825]. En dehors du domaine du droit international privé, lors de la stratégie d'attente, la vigilance s'impose en ce qui concerne l'effet de l'écoulement du temps, mais avant toute initiative, il convient d'envisager la stratégie de l'adversaire[1826], c'est-à-dire ce que *peut* faire ce dernier[1827].

§2 : La stratégie de l'adversaire

185. La volonté de laisser s'écouler le délai de prescription de l'action – Dans un rapport entre un créancier et un débiteur, ce dernier peut, à la différence du créancier utiliser le temps dans le but de laisser s'écouler le délai de prescription de l'éventuelle action susceptible d'être effectuée à son encontre. Comme le juge a la possibilité de sanctionner un comportement abusif en prolongeant le lien contractuel, lorsque l'une des parties souhaite sortir du contrat de manière trop brutale, il prend aussi en compte l'hypothèse inverse dans laquelle le contractant fait preuve d'un comportement dilatoire[1828]. Ainsi, dans une affaire dans laquelle un assureur avait, par son attitude, volontairement laissé courir le délai de prescription biennale afin d'empêcher la victime de faire valoir son droit en justice, les juges de la première Chambre civile de la Cour de cassation ont décidé, dans un arrêt du 28 octobre 1991, que l'attitude frauduleuse de l'assureur devait le priver de son droit d'invoquer la courte prescription à son profit[1829]. Par ailleurs, l'un des contractants peut souhaiter laisser s'écouler le délai de prescription relatif à l'action en nullité du contrat, afin ensuite d'en demander l'exécution à l'autre partie désormais empêchée d'en contester la régularité. Toutefois, dans ce cas, celle-ci peut se prévaloir de la règle *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excepiendum* selon laquelle ce qui est temporaire par voie d'action est perpétuel par voie d'exception[1830]. Cela signifie que lorsque l'une des parties à un contrat n'a pas agi dans les délais pour l'annuler, alors que ce dernier est entaché d'irrégularité et qu'il n'a pas encore fait l'objet d'une exécution, il est possible pour celle-ci d'opposer à une demande d'exécution, la nullité de ce contrat quel que soit le moment auquel

---

[1825] Ph. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 862.
[1826] V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, Editions Economica, 2007, p. 87 ; 158.
[1827] Selon Machiavel : *« Danger prévu est à demi vaincu »*. Cf. G. LIVET, *Guerre et paix de Machiavel à Hobbes*, Librairie Armand Colin, Paris, 1972, p. 25.
[1828] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 687, p. 374.
[1829] Civ.1e, 28 janvier 1991, *Bull.civ.*, I, n° 282, cité par B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 684-687, p. 372-374.
[1830] H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 195.

elle l'invoque[1831]. La jurisprudence a donc limité le champ d'application de cet adage puisque le contrat ne doit pas avoir commencé d'être exécuté par la victime pour qu'il en soit fait application[1832]. Nous en avons une illustration dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 13 février 2007, dans lequel les juges énoncent que *« l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté »*. Ainsi, alors que l'exception de nullité perpétuelle permet d'être invoquée malgré la prescription, elle semble soumise à cette dernière dès lors que les cinq années ont passé et que l'une des parties a entamé un commencement d'exécution[1833]. Or, dans la pratique, il est rare qu'un contrat successif n'ait pas été exécuté, même seulement en partie, après cinq ans[1834]. En revanche, s'il s'agit d'un délai préfix, cette règle ne peut pas s'appliquer[1835]. L'utilisation du temps permet ainsi de laisser s'écouler le délai de prescription de l'action mais peut également consister dans l'organisation par l'un des litigants de son insolvabilité[1836] dans les cas où celui-ci revêt la qualité de débiteur.

186. L'organisation de son insolvabilité – Il convient pour le créancier d'être attentif à tous les signes du débiteur ayant pour fin de gagner du temps en repoussant à plus tard le règlement de ses dettes. Tel est le cas par exemple d'un débiteur qui, de manière systématique, retarde des rendez-vous, prétexte ne pas avoir signé un chèque[1837] ou encore propose au créancier un échelonnement du paiement de sa dette en lui promettant l'arrivée prochaine de fonds importants résultant d'une bonne affaire[1838]. Dès lors que le débiteur souhaite utiliser l'écoulement du temps dans le but d'organiser son insolvabilité, si certaines conditions sont réunies[1839], le créancier pourra rétorquer en exerçant l'action paulienne énoncée par l'article 1167 du Code civil[1840]. Par

---

[1831] H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 195.

[1832] Or, l'on peut se demander pourquoi la victime qui, de bonne foi, a effectué un commencement d'exécution ne bénéficie pas de la règle dont peut se prévaloir celle qui n'a rien fait, notamment au regard de l'égalité de traitement et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cf. P.-Y. GAUTIER, observations sous Civ.1ère, 13 février 2007, *R.T.D. Civ.* 2007, p. 587.

[1833] Cette solution est conforme à l'article 134 de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts qui prescrivait l'interdiction de réclamer « la cassation des contrats, en demandant *ou en défendant* », après l'écoulement du délai de prescription. Toutefois, à l'époque de cette Ordonnance, en 1539, l'exception de nullité pouvait uniquement être mise en œuvre dans le même délai que celui prévu pour l'action. Or, en l'espèce, elle semble exclure l'adage seulement parce que le contrat a commencé d'être exécuté et non dans l'hypothèse inverse. Cf. P.-Y. GAUTIER, observations sous Civ.1ère, 13 février 2007, *R.T.D. Civ.* 2007, p. 586-587.

[1834] Nous pouvons prendre l'exemple d'un emprunt immobilier faisant l'objet d'un remboursement sur une durée de 20 ans, ainsi que d'un bail de longue durée qui ont certainement fonctionné au moins une fois. Cf. P.-Y. GAUTIER, observations sous Civ.1ère, 13 février 2007, *R.T.D. Civ.* 2007, p. 587.

[1835] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 371.21, p. 143.

[1836] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 122.27, p. 25.

[1837] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 123.23, p. 28.

[1838] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 123.61, p. 32.

[1839] Il faut notamment que le débiteur se soit appauvri avec la complicité d'un tiers dans le but de créer un préjudice au créancier, il faut en outre que la créance soit certaine et antérieure à l'acte frauduleux, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit liquide, exigible et constatée par un titre exécutoire.

[1840] Il s'agit en effet d'un bon moyen permettant de faire obstacle à la stratégie frauduleuse de l'adversaire et qui s'applique dans de nombreuses hypothèses. Cf. B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », *Defrénois*, 2005, art. 38146, n° 2, et note de bas de page n° 4, p. 655.

ailleurs, en repoussant l'échéance de ses dettes, le débiteur parvient à empêcher son créancier d'agir eu égard notamment à la lassitude qu'il engendre à son égard.

187. Le souhait de provoquer une lassitude chez le litigant – A la demande du créancier d'exécuter par exemple son obligation de paiement, le débiteur peut réagir de diverses façons. S'il a l'intention de ne pas payer, il devra invoquer à l'encontre du créancier de bons moyens de défense mais son refus de payer peut être inspiré par un esprit de vengeance ou une intention de nuire. Il peut, de surcroît, espérer décourager le créancier dans sa volonté d'agir eu égard notamment au faible montant de la créance[1841]. Souvent, la stratégie du débiteur consiste à repousser l'échéance de ses dettes en comptant sur l'inaction de son créancier eu égard notamment au déséquilibre certain qui se creuse entre l'enjeu du litige et le coût engendré par la procédure mise en œuvre pour le recouvrement des créances. Le débiteur espère lasser ce dernier dans le but de le contraindre à effectuer une transaction à son net désavantage. Dans ce cas, une riposte serait nécessaire tout au moins s'il était possible pour cette catégorie de créanciers de *« placer les valeurs morales au-dessus des données purement économiques »*[1842]. Mais il n'est cependant pas courant pour les créanciers de permettre de faire triompher la morale sur le cynisme des débiteurs récalcitrants. Par lassitude, le créancier peut s'abstenir finalement d'agir en justice malgré la résistance de l'autre partie et ainsi abdiquer. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le litige s'éteint spontanément[1843]. Dans ce cas, l'on dit que l'abdication est tacite mais cette dernière peut aussi être orale ou écrite[1844] notamment lorsqu'elle résulte d'une lettre de renonciation[1845]. Cette hypothèse se rencontrera lorsque le montant de la créance ne justifie pas l'introduction d'une action en justice susceptible d'entraîner des frais importants ainsi qu'une perte de temps. Dans l'hypothèse particulière dans laquelle la créance principale est garantie par une caution, la possibilité pour le créancier de renoncer à agir contre son débiteur ne l'empêche pas d'agir contre la caution. En effet, dans l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 mai 2007 les juges ont décidé que *« la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre ce débiteur »*[1846]. Ainsi la renonciation au droit au paiement de la créance principale ne fait pas obstacle au droit d'agir en paiement contre la caution[1847], ce qui au final permet d'aboutir au même résultat consistant pour le créancier à recouvrer sa créance. Si on peut s'interroger sur l'intérêt de procéder de la sorte étant donné qu'après avoir agi contre la

---

[1841] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 123.61, p. 32.

[1842] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 112.22, p. 13.

[1843] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 46.

[1844] L'abdication est susceptible de s'effectuer moyennant une contrepartie financière. Toutefois, si les contreparties sont réciproques, il ne s'agit plus d'une abdication mais d'une transaction.

[1845] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 46.

[1846] Cité par Ph. THERY, Observations sous Com. 22 mai 2007, *R.T.D. Civ*. 2007, p. 805.

[1847] Il semble toutefois qu'il y ait une divergence entre les chambres de la Cour de cassation puisque la première chambre civile en a décidé autrement dans un arrêt du 22 avril 1986 dans lequel elle a décidé que le désistement d'action du bénéficiaire d'une promesse de porte-forte contre la société au nom de qui l'engagement avait été effectué *« avait eu pour effet d'éteindre la créance qu'il avait sur cette société et, par voie de conséquence, contre quiconque de ce chef »*, cité par Ph. THERY, Observations sous Com. 22 mai 2007, *R.T.D. Civ*. 2007, p. 805.

caution, cette dernière pourra ensuite se retourner contre le débiteur principal[1848], on peut néanmoins penser qu'au regard du comportement du débiteur, le créancier, peut-être lassé par ce dernier, préfère avoir à traiter avec la caution plutôt qu'avec son débiteur. En dehors de l'effet de lassitude laissé à son cocontractant, il est conseillé de rester prudent dans les écrits susceptibles de précéder une instance.

188. La prudence dans les écrits constitutifs d'un aveu extrajudiciaire – La force probante de l'aveu extrajudiciaire est soumise à l'appréciation souveraine du juge et peut ainsi avoir la valeur d'un simple indice ou servir de commencement de preuve par écrit en application de l'article 1347 du Code civil. Néanmoins, l'adversaire doit être conscient que de tels écrits peuvent emporter la conviction du juge pour l'établissement de certains faits mais que des déclarations secondaires peuvent être écartées dès lors qu'elles amoindrissent la portée des faits faisant l'objet d'un aveu[1849].

189. Conclusion de la section 2 – Dans le cas de notre exemple n° 1, en cas de signes avant-coureurs de non-paiement du vendeur de marchandises qui s'approvisionne auprès de son fournisseur, ce dernier pourra, avant d'engager une action en justice, à défaut des mesures pouvant être prises afin d'éviter celle-ci[1850] et des possibilités de trouver un arrangement à l'amiable[1851], se renseigner sur l'étendue du patrimoine de celui-ci permettant de prendre éventuellement les garanties nécessaires afin que l'éventuelle insolvabilité de son adversaire ne rende pas son action en justice inefficace[1852]. Par ailleurs, la tolérance du créancier doit être mesurée et proportionnée à l'obligation de bonne foi qui règne dans tous les contrats même s'il n'est pas prévu une clause d'exécution loyale. D'ailleurs, au regard des risques engendrés par une inaction prolongée du débiteur à l'égard de son créancier, il convient pour ce dernier de ne pas rester passif en cas de non-paiement et d'en faire la demande rapidement. Il en est de même dans le cadre d'un rapport entre un bailleur et un locataire en cas de non-paiement des loyers par ce dernier au regard de la longueur de la procédure en la matière dûe notamment à la protection dont bénéficie le locataire. En revanche, si l'on se place du côté du débiteur de l'obligation, il convient pour ce dernier de faire le nécessaire pour montrer sa bonne foi en exécutant son obligation même de manière imparfaite en ce qui concerne un paiement afin d'obtenir la tolérance du juge à son égard notamment pour que lui soient accordés des délais de grâce en application de l'article 1244-1 du Code civil mais aussi pour que le créancier qui intente une action en justice soit susceptible d'être considéré de mauvaise foi ou comme violant le respect de l'obligation de loyauté contractuelle en ne facilitant pas l'exécution par le débiteur de ses obligations.

190. Conclusion du chapitre 1 – Avant de s'engager dans un procès comme dans une guerre, il convient de réfléchir et de prendre en compte certains facteurs dans le but d'évaluer les

---

[1848] Ph. THERY, Observations sous Com. 22 mai 2007, *R.T.D. Civ*. 2007, p. 806.

[1849] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 181 ; 183, p. 76.

[1850] Cf. *Supra* n° 174.

[1851] Cf. *Supra* n° 72

[1852] Bien qu'en l'espèce, le recours à un garant prévu dans le contrat en cas de non-paiement permet de pallier le manquement du débiteur sur ce point.

chances de succès d'une action[1853]. Si en matière militaire, *« le choix d'une stratégie dépend à la fois des buts de guerre et des moyens disponibles »*[1854], de même, dans le cadre d'un procès, le choix d'intenter une action ou pas dépend de l'objectif poursuivi par le litigant et des moyens lui permettant d'atteindre le résultat prévu au départ. Par exemple, si *« la victoire est l'objectif principal de la guerre »*[1855], obtenir gain de cause sur le fond du droit litigieux est le plus souvent celui d'une action en justice. Cette dernière implique donc une évaluation au préalable de ses chances de succès.

[1853] *« C'est souvent grâce à la stratégie imaginée par l'avocat que le procès se gagne »*. Cf. P. CREHANGE, *Introduction à l'art de la plaidoirie,* Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2012, p. 80.

[1854] R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962, édition de 2004, Imprimé en juillet 2008, p. 42.

[1855] SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 132. Cf. aussi C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, n° 4, p. 54 ; G. LIVET, *Guerre et paix de Machiavel à Hobbes*, Librairie Armand Colin, Paris, 1972, p. 25. Comme l'énonce ARISTOTE, « la victoire est la fin de la stratégie ». Cf. *Ethique de Nicomaque*, Traduction, préface et notes par Jean Voilquin, Flammarion, Paris, 1992, Livre premier, Chapitre premier, p. 21.

Chapitre 2 : La stratégie pour une action en justice efficace

191. Le risque inhérent à l'action – Dans l'action, il y a toujours une part de risque que l'on ne peut pas éliminer[1856]. Avant de s'engager dans une guerre, il est recommandé d'évaluer *« l'enjeu, les moyens, les risques ainsi que les circonstances »*[1857]. L'évaluation de l'enjeu consiste à rechercher si l'opération envisagée est justifiée par rapport à la finalité souhaitée. Celle des moyens fait référence à la façon de régler le conflit en fonction de sa nature car, dans certains cas, celui-ci peut être résolu par des moyens autres qu'exclusivement militaires[1858]. L'évaluation des risques implique de s'assurer qu'il n'y ait pas de disproportion avérée entre les moyens et l'enjeu tout en prenant aussi en compte les imprévus. Enfin, celle des circonstances évoque les conditions dans lesquelles évolue tout conflit et souligne le fait que celles-ci sont chaque fois différentes[1859] même s'il existe des constantes[1860]. Ainsi, le choix s'effectue en fonction de ces divers paramètres et devra s'adapter au fil du déroulement des événements modifiant la situation[1861]. Il en est de même lorsque l'un des litigants souhaite saisir les tribunaux étatiques[1862], ce qui rend difficile l'anticipation des chances de succès d'une action en justice. Comme l'énonce Monsieur le Professeur Christian Atias, *« Toute action entreprise sous couvert d'une règle de droit s'entend sous la réserve implicite du risque de l'erreur ou, au moins, de l'appréciation judiciaire défavorable »*[1863].

[1856] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 177, p. 325.
Selon M. Villey, « il n'y a point d'action parfaite mais seulement des actions risquées ». Cf. *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les carnets de Michel VILLEY*, Textes préparés et indexés par Marie-Anne Frison-Roche et Christophe Jamin, PUF, 1995, n° 53, p. 48.

[1857] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 184, p. 337.

[1858] Tel est le cas par exemple pour les guerres de décolonisation dont le problème est essentiellement politique. Cf. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 184, p. 338.

[1859] Eu égard notamment à la conjoncture politique, diplomatique ou militaire ainsi qu'à la volonté et aux capacités de l'adversaire. Cf. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 184, p. 342. Il s'agit aussi de prendre en compte des facteurs tels que l'influence morale, les conditions météorologiques et le terrain, le commandement et la doctrine. Cf. SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 118.

[1860] Qui peuvent être géographiques, techniques ou humaines. Cf. H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 184, p. 342.

[1861] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 184, p. 342.

[1862] En matière procédurale, l'évaluation de l'enjeu consiste à savoir s'il est nécessaire d'effectuer un procès pour résoudre le litige, l'évaluation des moyens conduit à s'interroger sur l'efficacité d'une action en justice, celle des risques renvoie au choix du mode de règlement du litige qui doit correspondre au but poursuivi, enfin l'évaluation des circonstances fait référence aux particularités de chaque litige qui se manifestent dans la réaction de l'adversaire ou dans les intentions respectives de chacun des litigants alors que les constantes concernent les types de procédures qui s'appliquent généralement en fonction de la nature du litige.

[1863] C. ATIAS, « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.*, 2003, Chron., n° 5, p. 1104.

192. L'incertitude du résultat – Si l'issue de la guerre est toujours incertaine[1864], il en est peut-être de même en ce qui concerne le résultat d'un procès. La question est de savoir si le degré de prévisibilité de la solution n'est pas susceptible de varier. Certes, il est important d'essayer de parvenir au résultat escompté mais concernant l'action en justice, le résultat sur le fond du droit litigieux n'est peut-être pas toujours celui souhaité au départ. Sous réserve que l'on puisse parvenir à un résultat en la matière[1865], il convient d'évaluer les chances de succès d'une action en justice. Plus les différents facteurs à prendre en compte sont prévisibles plus la stratégie semble efficace. Si cette dernière ne peut supprimer le hasard, elle doit le « cantonner »[1866].

193. L'anticipation des chances de succès d'une action en justice – En fonction des différents éléments à prendre en considération, on peut évaluer les chances de succès d'une action en justice. Les facteurs concernés peuvent, par exemple, avoir trait à la nature du droit litigieux, à la jurisprudence, à la durée et au coût du procès. Si le litige porte sur un bien, la recherche de la qualification juridique de ce dernier est essentielle car de celle-ci va dépendre la compétence d'attribution, la compétence territoriale, la nature des voies d'exécution susceptibles d'être mises en œuvre ainsi que la loi applicable[1867]. Selon qu'il s'agit d'un droit réel ou d'un droit personnel les modalités d'action sont différentes. Mais au-delà de ces critères classiques, il est important de tenir compte d'une part, de l'intérêt d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable à un coût non excessif et d'autre part, des risques résultant des moyens de défense envisageables, des demandes reconventionnelles, des interventions forcées ou volontaires susceptibles de donner lieu à un tout autre résultat[1868]. En fonction des arguments présentés par chacune des parties, le juge peut donner satisfaction à la partie adverse et condamner le demandeur[1869]. La période qui précède toute éventuelle action en justice est « primordiale ». Si le but est d'obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux, la stratégie consiste ainsi à analyser les demandes, les moyens, le principal et l'accessoire, le principal et le subsidiaire ainsi qu'à anticiper les moyens de défense de la partie adverse[1870]. Il ressort de cette évaluation entre les difficultés susceptibles d'entraver l'obtention du résultat souhaité et les avantages y conduisant, l'intérêt d'effectuer une assignation en justice ou au contraire d'y renoncer ou bien encore de se tourner vers d'autres modes de résolution des conflits lorsque ces derniers sont possibles. De plus, il convient de prendre en considération le comportement des parties pendant le procès car le juge peut s'y référer pour prononcer, par exemple, la résolution du contrat, et ainsi modifier la

---

[1864] L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th., *op. cit.*, p. 311.
[1865] Ph. JESTAZ, « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 295.
[1866] J.-P. CHARNAY, *La stratégie*, Que sais-je ?, PUF, 1ère édition 1995, p. 15.
[1867] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 321.11, p. 90.
[1868] Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1265.
[1869] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 47.
[1870] Ph. BLONDEL, « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 165.

situation du débiteur en faveur de ce dernier ou au contraire en sa défaveur[1871]. Afin d'effectuer le meilleur choix possible eu égard notamment au cas concret, à l'adversaire, aux moyens nécessaires ainsi qu'aux finalités souhaitées[1872], tentons d'évaluer les chances de succès d'une action en justice en ce qui concerne la première instance sans exclure toutefois quelques parallèles avec les voies de recours[1873] au regard tant des éléments propres aux litigants et à la matière litigieuse (Section 1) que de ceux qui ne dépendent pas de la volonté de ces derniers (Section 2).

Section 1 : L'évaluation des chances de succès de l'action au regard des éléments propres aux litigants et à la matière litigieuse

194. Il convient de partir de l'hypothèse selon laquelle, le litigant qui espère obtenir le paiement de sa créance s'est assuré, lors de la stratégie d'attente, de la solvabilité de son adversaire notamment en ayant pris certaines mesures à son égard. Néanmoins, cette garantie n'est pas suffisante pour que l'action soit efficace, encore faut-il se référer aux éléments d'une part, propres au litigant qui souhaite agir en justice (§1) et d'autre part, à ceux qui ont trait à la présentation de l'affaire au juge ainsi qu'à la procédure applicable au litige (§2).

§1 : Les éléments propres au litigant souhaitant agir en justice

195. La prise en compte des éléments propres au litigant pour évaluer les chances de succès d'une action en justice comprend d'une part l'analyse de l'objectif poursuivi par ce dernier ayant l'intention de saisir un juge ainsi que celle de sa qualité juridique (A) et d'autre part la prise en compte de ses moyens d'action (B).

A.L'objectif poursuivi par le litigant et la qualité de ce dernier

196. Hormis le cas habituel où l'un des litigants souhaite intenter une action en justice dans le but d'obtenir gain de cause, il convient de faire état des autres cas parmi lesquels la demande peut s'avérer abusive ou dilatoire donnant lieu à une sanction en application de l'article 32-1 du CPC afin d'évaluer les risques d'une action en justice (a). Par ailleurs, le résultat de celle-ci est également lié à la qualité du litigant qui la met en œuvre (b).

a.L'objectif poursuivi par le litigant

197. La liberté d'agir en justice et ses limites – Les justiciables bénéficient d'un libre accès à la justice qui est un droit fondamental consacré tant à l'article 16 de la Déclaration des droits

---

[1871] J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *J.C.P.*, G., 2008, n° 21, I, 143, n° 45, p. 19.

[1872] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 206, p. 400.

[1873] Notamment l'appel et le pourvoi en cassation qui sont les plus utilisées. Le doyen Héron qualifiait ces dernières de « générales » par opposition aux autres voies de recours « particulières ». Cf. K. SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, n° 702, p. 514.

de l'homme et du citoyen du 26 avril 1789 qu'à l'article 6 §1 de la Conv. EDH au regard de l'interprétation de ce dernier effectuée par la Cour EDH dans l'arrêt *Golder* du 21 février 1975[1874]. Toutefois, l'action est parfois déclarée irrecevable par le juge. Tel est le cas lorsque le demandeur n'a pas qualité pour agir ou n'a pas d'intérêt à agir. On relève, de surcroît, des cas particuliers dans lesquels le législateur rajoute des conditions au droit d'accès au juge[1875]. Le défaut d'intérêt à agir peut concerner l'hypothèse du jugement qui est dépourvu d'utilité à l'égard du demandeur notamment lorsque le débiteur accomplit ses obligations spontanément ou lorsque la demande, en limitant les pouvoirs du juge en application de l'article 5 du CPC, n'est pas susceptible de *« rétablir l'exercice du droit substantiel litigieux »*[1876]. Toutefois, l'irrecevabilité de l'action n'est pas certaine dans les cas où le juge ne peut la soulever d'office comme le montre l'hypothèse de la fin de non-recevoir de prescription. Il convient dès lors de s'en rapporter au comportement du défendeur qui a la possibilité d'invoquer ou pas la prescription extinctive[1877]. Par ailleurs lorsque l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[1878] est applicable[1879], le procès peut être qualifié d'*« intolérable pour la société »*[1880]. Dans cette hypothèse *"l'action en justice sera refusée au demandeur lorsqu'il ne peut invoquer à l'appui de sa demande qu'un acte immoral accompli par lui"*[1881]. Il résulte de la mise en œuvre de cet adage qu'il est inutile en matière contractuelle d'agir en justice si le demandeur souhaite faire annuler le contrat pour immoralité alors qu'il est à l'origine de celle-ci. L'action en nullité de la convention pour immoralité est possible mais le demandeur est irrecevable à demander la restitution de ce qu'il a versé en exécution du contrat. Toutefois, si l'autre partie au contrat a aussi été coupable, le juge va analyser le degré d'indignité de chacun des cocontractants. Lorsque la culpabilité est plus imputable à l'un qu'à l'autre, la restitution sera attribuée au moins fautif. En revanche, si les deux parties sont indignes dans les mêmes

---

[1874] C. GREWE, « L'accès au juge : le droit processuel d'action », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, p. 36. C'est d'ailleurs aussi ce qu'a énoncé le Conseil d'Etat dans une ordonnance référendaire du 30 juin 2009, n° 328879. Cf. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Note sous cette ordonnance, *J.C.P.*, G., 2009, n° 52, 601, p. 53.

[1875] Il s'agit, par exemple, des articles 28-4° et 30-5° du décret du 4 janvier 1955 ayant trait à la publicité foncière qui énoncent que, tant qu'elles ne sont pas publiées, ne sont pas recevables les demandes en justice *« tendant à faire prononcer la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision de droits résultant d'actes soumis à la publicité »*. Cf. G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 11, p. 23.

[1876] G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 3, p. 19.

[1877] G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 12, p. 24.

[1878] Qui signifie que : « Nul ne peut être entendu lorsqu'il invoque sa propre turpitude ». Cf. H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 149.

[1879] *Infra* n° 405.

[1880] G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 3, p. 19 ; n° 9, p. 23. Cf. aussi C. CARDAHI, *Sentiment et droit, Nos sentiments et nos passions devant la justice et la loi, Etude juridique et sociologique*, Beyrouth, 1951, p. 177-179.

[1881] Si une partie de la doctrine française du XIXe siècle semble préférer faire application de l'article 1131 du Code civil, Portalis fait état, quant à lui, dans le discours préliminaire du Code civil, *« de l'autorité des maximes traditionnelles pour compléter et corriger les dispositions du Code »*. Cf. G. J. TZARANO, *Etude sur la règle : « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, Thèse, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926, p. 7 ; 32 ; 104. Ainsi, selon un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 6 novembre 1990, il n'est pas possible pour un défendeur d'invoquer l'exception de nullité lorsque ce dernier a profité en connaissance de cause de l'exécution du contrat qui portait sur la cession d'un brevet d'invention obtenu de manière frauduleuse. Cf. J. MESTRE, Note sous Cass. com., 6 nov. 1990, *R.T.D. civ.*, 1991, p. 734.

proportions, aucune restitution ne sera possible[1882]. Dans les contrats comportant un élément d'extranéité, la question se pose de savoir si une loi étrangère serait susceptible d'admettre une telle restitution même en cas d'immoralité. Le droit anglais, comme le droit français, ne permet pas toujours à celui qui est coupable d'immoralité de demander la répétition de ce qu'il a payé dans le contrat pour obtenir un avantage illicite[1883]. Dans le même ordre d'idées, mais en dehors du cadre d'un rapport contractuel, la prise en compte du comportement immoral du demandeur par le juge peut également avoir une incidence sur la recevabilité de l'action en justice. Par exemple il a été jugé qu'une marchande foraine ne pouvait faire valoir en justice son droit « d'étaler son éventaire » devant le propriétaire d'un immeuble alors qu'elle développait son activité dans des conditions illicites[1884]. La loyauté processuelle peut également limiter le droit au juge en rendant la demande irrecevable[1885]. C'est ce qui résulte par exemple du principe de l'*estoppel*[1886]. La certitude du résultat concernant la recevabilité de l'action dépend ainsi du respect des conditions pour agir ou de l'obligation ou pas pour le juge de soulever d'office les moyens d'irrecevabilité. Si l'on fait le parallèle avec les voies de recours, on constate que le droit d'exercer celles-ci n'est pas absolu. Certes, il semblerait que tant en matière civile qu'administrative, seule une loi puisse faire obstacle à la mise en oeuvre du principe général du double degré de juridiction[1887]. Mais ce principe n'étant ni reconnu d'un point de vue constitutionnel[1888] ni consacré comme un élément du procès équitable au sens de l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[1889], dans certaines hypothèses, il est impossible de faire appel[1890]. Tel est le cas des jugements rendus en premier et dernier ressort en raison du faible montant de la demande**.** Il existe en effet un taux de

---

[1882] H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 149.

[1883] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 469, p. 292.

[1884] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 671, p. 366.

[1885] M.- E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2003, n° 412, p. 233-234. Néanmoins si certaines conditions sont remplies. Il en est de même lorsque le comportement est constitutif d'une renonciation à agir. Par exemple, il a été jugé qu'un contractant qui n'a pas émis de réserves à la réception de la marchandise ne peut ensuite obtenir en justice la résolution de la vente en invoquant la non-conformité de la marchandise livrée. Cf. Cass. com., 12 février 1980, *Bull. civ*., IV, n° 80, p. 61-62.

[1886] M.- E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2003, n° 413 et s., p. 234 et s. Néanmoins, ce dernier est en contradiction avec l'obligation de concentration des moyens qui est désormais imposée aux parties. Cf. N. FRICERO, Observations sous Cass. civ. 1ière, 3 févr. 2010, n° 08-21.288, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Pan., p. 271.

[1887] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 203, p. 183.

[1888] Il en est de même en droit belge. Cf. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruylant, Bruxelles, 2009, n° 1, p. 3.

[1889] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 3, p. 29.

[1890] Pourtant, au-delà de la satisfaction d'intérêts privés, ce principe *« a pour but l'intérêt de tous les justiciables en général, qui constitue un intérêt public »*. Cf. L. ASSELIN, *Le double degré de juridiction*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit, Paris, Editions A. PEDONE, 1934, p. 75.

ressort en deça duquel il n'est pas possible de faire rejuger le litige devant le juge d'appel[1891]. De même, selon la nature du jugement, un appel n'est pas toujours concevable. Tel est le cas, par exemple, de la décison relative à la médiation ou y mettant fin en application de l'article 131-15 du CPC[1892], des mesures d'administration judiciaires comme l'énonce l'article 537 du CPC, des décisions du juge aux affaires familiales qui prononcent le divorce pour consentement mutuel selon l'article 1102 du CPC ou bien encore des décisions de donné acte. On peut citer encore de nombreux autres exemples, comme les ordonnances du juge de la mise en état[1893], les ordonnances de référé rendues par le premier président de la cour d'appel ainsi que dans certains cas les décisions concernant le redressement et la liquidation judiciaire[1894]. Ainsi, d'une manière générale, il existe une graduation dans la certitude de la recevabilité de l'action mais dans certains cas le choix d'agir en justice peut faire l'objet d'une sanction notamment en fonction du but poursuivi par le demandeur.

198. Les sanctions d'une action abusive ou dilatoire – Il peut y avoir abus à ester en justice[1895]. L'action est qualifiée d'abusive ou de dilatoire dès lors qu'elle est mise en œuvre dans *« l'intention de nuire »* à son adversaire, de façon *« téméraire »*[1896] ou dans le but de gagner du temps en retardant par exemple l'exécution de son obligation[1897]. Dans ces hypothèses, l'article 32-1 du CPC prévoit des sanctions[1898] qui tendent à l'efficacité du droit judiciaire

---

[1891] Ce taux de ressort est fixé par les règles propres à chaque tribunal comme l'énonce l'article 34 du CPC et il est actuellement de 4000 euros en matière civile, commerciale et sociale. Cf. J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, n° 21, p. 13. En matière administrative, à l'inverse, l'appel n'est pas subordonné à une condition de valeur du litige. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 199, p. 178 ; n° 203, p. 183.

[1892] Selon lequel, « La décision ordonnant ou renouvelant la médiation ou y mettant fin n'est pas susceptible d'appel ». Cf. aussi J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, n° 24, p. 14.

[1893] Sauf lorsque ces dernières mettent fin à l'instance ou constatent son extinction, ainsi qu'« en matière d'expertise, d'allocations de provision, de sursis à statuer, de mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps ». Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, Agir en justice, Editions Prat, 2007, p. 110.

[1894] J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, n° 24-25, p. 14-16.

[1895] *« L'abus peut être commis dans l'exercice du droit de plaider ; celui qui n'engage un procès ou qui ne résiste à une demande que dans un but méchant et vexatoire encourt, de ce chef, une condamnation à des dommages-intérêts »*. Cf. L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1905, p. 22. Cf. aussi R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 554, p. 435-436 ; L. CADIET, « La sanction et le procès », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 134-135.

[1896] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 554, p. 435-436.

[1897] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 9, p. 16-17 ; n° 43, p. 53. Cf. aussi F.-J. PANSIER et J.-M. PANSIER, « Abus de procédure, article 700 du Code de procédure civile et référé », *J.C.P.*, G, 1983, I, 3105, n° 7 et 12.

[1898] Des dommages-intérêts qui sont octroyés à la partie victime de l'abus et une amende civile qui est accordée au Trésor public. Mais ce dernier type de sanction est moins fréquemment prononcé que le premier. Cf. L. CADIET, « La sanction et le procès », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 135 ; L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 131, p. 29.

privé[1899]. De manière plus précise, il y a abus de droit dans les cas où le titulaire d'un droit *« en use soit sans intérêt sérieux et appréciable exclusivement en vue de nuire à autrui, soit sans motifs légitimes »*[1900]. *« La notion d'abus est étroitement liée à la mauvaise foi, celle de dilatoire ajoute une dimension en plus, la volonté de retarder l'issue du procès ou de gagner du temps dans l'exécution de ses obligations. Dans tous les cas de figure, on ne fait pas l'économie d'une appréciation morale du comportement du plaideur »*[1901]. Il convient toutefois de bien distinguer les deux manières d'agir car une action peut être abusive sans être dilatoire[1902]. Selon Japiot, l'abus de droit n'est pas admis largement par les tribunaux[1903] et selon Josserand, on ne peut exercer un droit dans un but autre que celui auquel il est destiné[1904]. Dans une conception restrictive, l'abus se réduit à l'exercice de l'action dans l'intention de nuire[1905], donc dans les cas de délits civils dans lesquels la jurisprudence exige que les faits soient constitutifs d'une faute dolosive[1906]. La jurisprudence sanctionne l'attitude du demandeur dès que l'existence d'une faute est établie dans l'exercice de l'action en justice[1907]. De plus, l'intention de nuire peut résulter de l'inutilité de l'acte. Selon la conception extensive de l'abus de droit, il n'est pas obligatoire de

---

[1899] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 19, p. 34.

[1900] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 30, p. 44.

[1901] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 26, p. 40.

[1902] D'ailleurs, si ces deux types d'action peuvent être sanctionnés sur le fondement des mêmes articles (art. 32-1, 559, 581, CPC), ils peuvent aussi l'être de manière autonome « (art. 118, 123, 550, al. 2, CPC, manœuvres dilatoires ; art. 560 et 628, CPC, recours abusifs). Cf. L. CADIET, « La sanction et le procès », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 136 ; L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 130, p. 29.

[1903] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 66, p. 50.

[1904] L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1905, p. 5. Selon cet auteur, « Les droits subjectifs, valeurs sociales, produits sociaux, concédés par la société, ne nous sont pas attribués abstraitement et pour que nous en usions discrétionnairement, *ad nutum* ; chacun d'eux a sa raison d'être, sa mission à accomplir ; chacun d'eux est animé d'un certain esprit qu'il n'appartient pas à son titulaire de méconnaître ou de travestir ; lorsque nous les exerçons, nous devons nous conformer à cet esprit et demeurer dans la ligne de l'institution ; sans quoi, nous détournerions le droit de sa destination, nous en mésuserions, nous en *abuserions*, nous commettrions une faute de nature à engager notre responsabilité », in *Cours de droit civil positif français. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, T. II, Librairie du Recueil Sirey, 3ième édition, Paris, 1939, n° 428, p. 246-247. Cf. aussi M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 23-24 Mai 2007, Doctr., p. 1523.

[1905] *« Tel est le cas du propriétaire qui fait conduire des fouilles sur son terrain dans le but de tarir la source du fonds voisin, ou encore de l'individu qui se livre à des activités bruyantes, lorsque son voisin organise une partie de chasse, pour faire fuir le gibier »*. Cf. M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 23-24 Mai 2007, Doctr., p. 1523.

[1906] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 33, p. 46-47.

[1907] Toutefois, la faute ne doit pas uniquement consister dans le fait d'avoir agi en justice. Par exemple, une décision a été censurée par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 janvier 1998 pour avoir décidé que les multiples procédures mises en œuvre afin d'établir le droit de propriété de la défenderesse avaient impliqué des « tracas et des frais ». Or selon la Cour de cassation, *« en statuant ainsi, par des motifs qui ne caractérisent pas une faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil »*. De même, selon un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 24 février 2004, le comportement d'un contractant qui retarde l'exécution d'un paiement en agissant en justice ne peut cependant être constitutif d'un abus du droit d'agir dès lors que les différentes procédures ont été utilisées dans le but d'évaluer l'étendue du sinistre. Cf. M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 23-24 Mai 2007, Doctr., p. 1523-1524.

prouver l'intention de nuire puisque l'abus est constitué lorsque le plaideur cause un dommage *« par sa légèreté ou son imprudence »*[1908]. Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 9 novembre 2006 a retenu la « *légèreté blâmable* »[1909]. *« Encore convient-il d'être prudent en ce domaine, tant la pesée des fautes est une opération délicate, et tant les mots semblent impuissants à traduire tous les comportements fautifs »*[1910]. De plus, la distinction entre la faute volontaire et la faute involontaire est délicate et il convient d'ajouter d'autres critères pour faire état d'un abus du droit d'agir en justice[1911]. Le plaideur n'a donc pas toujours le choix concernant l'action en justice ; il ne peut exercer cette dernière qu'à condition de ne pas causer un préjudice à son adversaire en invoquant une situation litigieuse dépourvue de fondement. Toutefois, selon la doctrine, l'irrecevabilité de l'action ne suffit pas pour que l'abus du droit d'agir soit constitué, il faut en plus que le justiciable connaisse cette irrecevabilité[1912]. Dans tous les cas, la faute, qui selon la Cour de cassation *« fait dégénérer en abus le droit d'ester en justice »*, doit être caractérisée[1913]. Tant en ce qui concerne l'abus que le dilatoire, il convient de rechercher un élément psychologique et le montant dû à la victime dépend du degré de gravité du manquement[1914]. Ainsi, l'amende civile peut être accompagnée de dommages-intérêts selon les cas. Par exemple, en matière de copropriété, en cas de recours abusif contre une décision d'assemblée générale ayant trait à des travaux d'amélioration, le copropriétaire pourra être condamné à une amende d'un montant allant de 150 euros à 3000 euros[1915]. Dans une affaire, le demandeur en justice a été condamné à soixante mille francs de dommages et intérêts pour procédure abusive. En l'espèce, son action visait à faire condamner son adversaire qui avait cessé de lui accorder des crédits alors qu'il était lui-même à l'origine de la modification des conditions de vente eu égard notamment à la perte de confiance qu'il avait suscitée chez son cocontractant[1916]. Dans le cadre d'un rapport contractuel, les juges ont la possibilité de prendre en compte le comportement de l'une des parties sur une certaine durée afin d'en déduire le

---

[1908] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 35, p. 48. Par exemple, il en a été décidé ainsi dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 mai 1999 dans lequel le justiciable n'avait pas de droit à agir. En l'espèce, il y avait abus de droit *« dans l'exercice d'un recours manifestement irrecevable »*. Cf. M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 23-24 Mai 2007, Doctr., p. 1524.

[1909] L. CADIET, « La sanction et le procès », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 136.

[1910] L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 137, p. 30.

[1911] L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 138-139, p. 30.

[1912] *« Au caractère irrecevable de l'action doivent s'ajouter d'autres éléments prouvant que le justiciable avait conscience de cette irrecevabilité, généralement parce que l'action avait été précédée par d'autres épisodes procéduraux »*. Cf. M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 23-24 Mai 2007, Doctr., p. 1524.

[1913] M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 23-24 Mai 2007, Doctr., p. 1522 ; p. 1525. « Aussi, nombreux sont les arrêts de cassation pour défaut de base légale, faisant grief aux juridictions du fond de s'être contentées de formules stéréotypées telles que : « action vexatoire », « action abusive », « demande injustifiée », résistance abusive », « demande ne reposant sur aucune base objective », « appel abusif », etc. ». Cf. L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 122, p. 28.

[1914] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 46, p. 56-57.

[1915] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 162.

[1916] G. PARLEANI, note sous Cour d'appel de Paris, 25e Ch., sect. A, 1er mars 1983, Société industrielle des enduits et revêtements, dite SIDER, et autre c. société anonyme des Ciments français, *J.C.P.*, Ed. G., 1984, II, 20314, n° 18.

caractère abusif ou non de son action en justice[1917]. Le justiciable qui a droit à l'aide juridictionnelle doit être particulièrement vigilant quant à la finalité de son action en justice. En effet, lorsque le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est demandeur, et qu'il est condamné aux dépens, il doit rembourser en tout ou partie les sommes versées par l'Etat dès lors que la procédure engagée est jugée dilatoire ou abusive par le magistrat[1918]. Toutefois, d'une manière générale, il semblerait que les actions purement dilatoires ne soient pas fréquentes et que les juges ne prononcent pas de lourdes sanctions en la matière[1919]. Il semble également possible de raisonner de la même façon dans le cadre d'une instance renouvelée. Les voies de recours sont instituées dans un but particulier[1920] mais, parfois, les parties utilisent ces dernières dans un but autre que celui auxquelles elles sont destinées. Par exemple, « le recours important à la voie d'appel risque d'engendrer des appels dilatoires qui nuisent à l'effectivité des décisions de justice »[1921]. Si le plus souvent la partie qui interjette appel souhaite que le jugement de première instance soit réformé ou annulé[1922], cette dernière peut également exercer cette voie de recours dans un autre but et notamment de manière abusive[1923]. Il semble en aller de même concernant le pourvoi en cassation. Si les parties agissent dans le but exclusif de ralentir la procédure, elles peuvent être condamnées par le juge bien que la limite soit parfois difficile à tracer entre l'exercice loyal du droit à une voie de recours et l'abus dans l'exercice de ce droit[1924]. En dehors du cas du litigant qui agit en justice dans l'intention de nuire à son adversaire, de retarder l'exécution de ses obligations ou bien encore habituellement d'obtenir gain de cause, il est possible d'agir dans le but d'obtenir un résultat autre que purement juridique.

199. La possibilité d'effectuer une action en justice dans le but d'obtenir un résultat autre que purement juridique – Le procès n'a pas pour seul effet de déterminer les droits et obligations de chacune des parties mais aussi celui de contribuer à la reconstitution du lien

---

[1917] Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 février 1993, un commissaire aux comptes avait déclenché une procédure d'alerte qui n'avait pas lieu d'être et saisi de nombreuses fois le procureur de la République sans que cela soit justifié par des motifs sérieux. « *Ainsi, dans cette affaire, le fait de déclencher une procédure d'alerte inopportune et le fait de saisir inconsidérément le Parquet n'étaient pas critiquables en eux-mêmes ; appréciés de façon indivisible, en revanche, ils devenaient sanctionnables* », cité par B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 541, p. 290.

[1918] Sinon, d'une manière générale, il lui incombe de rembourser à son adversaire les frais non compris dans les dépens (art. 42, 75 du CPC). Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 18, p. 105 ; L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 125, p. 28.

[1919] J. BEAUCHARD, « La relativité du dilatoire », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 105.

[1920] Selon Monsieur Karim SALHI, la « finalité caractéristique des recours consiste toujours en la poursuite de la remise en cause d'un acte juridique en vue d'en obtenir la destruction ». Cf. K. SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, n° 61, p. 43.

[1921] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, n° 277, p. 926.

[1922] Conformément à l'article 542 du CPC.

[1923] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 57, p. 39 ; n° 59, p. 42 ; n° 61, p. 44 ; n° 226, p. 130 ; n° 406, p. 238.

[1924] *« L'évolution du litige n'est pas dilatoire quand elle est indépendante de la volonté des parties. En cas de changement d'avocat entre les deux instances, ce qui n'est pas illégitime quand le justiciable pense que son premier avocat a failli à sa mission, l'évolution de la matière litigieuse permet un renouvellement de la stratégie judiciaire ».* Cf. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, n° 280, p. 932.

social[1925] et à la diminution des tensions[1926] notamment par le biais d'un certain cérémonial[1927]. Il permet de remplacer la violence, la justice privée, par le biais d'un rituel[1928]. Il peut avoir un effet d'apaisement entre les adversaires, bien que ce résultat soit inhérent aux modes amiables de résolution des litiges[1929]. Parfois, l'action en justice est utilisée comme un *« levier économique procurant un avantage organisationnel ou concurrentiel »*[1930]. Dans certains cas, les entreprises usent d'une stratégie de provocation en commettant volontairement des infractions dans l'attente d'être attraites en justice afin d'en retirer un bénéfice du point de vue commercial par le biais notamment de la médiatisation de l'affaire[1931]. De surcroît, l'action en justice peut être utilisée comme un moyen de pression à l'égard de l'adversaire afin notamment d'obliger celui-ci à transiger. Si à une certaine époque de l'histoire, l'action en justice était un moyen de pression sur son adversaire pour l'obliger ensuite à recourir à des modes amiables[1932] ces dernier pouvant être considérés comme faisant partie de l'« infrajustice », il n'est pas exclu actuellement qu'une assignation en justice ne soit pas de nature également à impressionner son adversaire, ce dernier décidant dès lors de transiger afin d'éviter des frais de procès inutiles sachant sa cause perdue d'avance ou ses moyens de défense non fondés juridiquement. Par ailleurs, même si le litigant n'est pas certain d'obtenir gain de cause, l'action en justice peut être le moyen de défendre son honneur. Tout semble dépendre de la nature du droit violé et de la personnalité de la personne

---

[1925] E. LE ROY, Le dédoublement de la figure du procès, « Cérémonie de reconstitution du lien social », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 18.

[1926] G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 32.

[1927] Ce dernier est ancien. Sur le bouclier d'Achille dans l'Iliade à la fin du chant VIII, vers 495 à 508 est décrite la confrontation entre les différents points de vue sur la grande place appelée l'agora. Cf. E. LE ROY, Le dédoublement de la figure du procès, « Cérémonie de reconstitution du lien social », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 25.

[1928] M.-A. FRISON-ROCHE, « La philosophie du procès, propos introductifs », *Arch. phil. dr.*, Tome 39, Le procès, 1995, p. 20-21. Peut en effet resurgir, dans certains cas, la formule issue de la loi des XII tables : « *Adversus hostem aesterna auctoritas esto* » : « contre l'ennemi, revendication éternelle », c'est-à-dire l'idée selon laquelle, les rapports « haineux » entre adversaires ne s'éteignent pas à l'image de la « haine éternelle » des Montaigu et des Capulet qui symbolise la nature de l'homme. Cité par Ph. MALAURIE, « L'homme, le temps et le droit, la prescription civile », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 394.

[1929] *Supra* n° 91 et s.

[1930] C. CHAMPAUD, « Stratégie judiciaire (Droit des affaires) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1259. Il s'agit d'*« obtenir un résultat économique ou social. Pour pouvoir obtenir ce résultat, il faut être à même d'alléguer et, en cas de contestation d'établir les faits pertinents de nature à le justifier »*. Cf. Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1265.

[1931] Tel a été le cas en 1995 pour la société *Les Trois Suisses* qui avait volontairement mis en œuvre une publicité comparative dépréciant la société *La Redoute*. Cf. C. CHAMPAUD, « Stratégie judiciaire (Droit des affaires) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1259-1260.

[1932] Tel est notamment le cas vers 1647-1657 où dans le cadre de la justice seigneuriale, les trois-quarts des affaires d'injures et de violences sans homicide ont donné lieu seulement à un premier acte de procédure, des accords ayant été ultérieurement trouvés pour résoudre le conflit. B. GARNOT, *Histoire de la justice, France, XVIe-XXIe siècle*, Editions Gallimard, 2009, p. 356.

lésée[1933]. Ce qui rejoint l'importance de la prise en compte de la qualité du litigant qui a l'intention d'agir en justice. En effet, si d'une manière générale, le but poursuivi par celui-ci est d'obtenir gain de cause, la qualité dont il est doté a une incidence sur son action en justice.

b.La qualité du litigant

200. Un résultat variable sur le fond du droit litigieux selon la qualité du litigant – Selon que l'on agit en qualité de créancier ou de débiteur, ou encore de contractant commerçant ou non-commerçant, de professionnel ou de consommateur[1934], de salarié ou d'employeur, la stratégie va être différente. Par exemple, dans le cas où le litigant est un consommateur, il a dans certaines hypothèses la possibilité d'effectuer une action de groupe qui diffère de l'action individuelle. De plus, au regard de sa qualité de consommateur, le juge a la possibilité de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation[1935] et d'effectuer une interprétation du contrat en sa faveur[1936]. De même, selon que le litigant est débiteur ou créancier, l'interprétation du contrat par le juge peut être différente[1937]. Par ailleurs, en droit du travail, selon la qualité de salarié ou d'employeur du litigant, les règles de preuve varient. Dans ce domaine, très souvent, la charge de la preuve est inversée, elle pèse sur l'employeur[1938] et en cas de conflit de normes, le doute profite au salarié[1939]. Si la qualité du litigant telle qu'elle vient d'être énoncée ne peut varier au cours du procès, il en va différemment en ce qui concerne la qualité de demandeur et de défendeur. Or, dans certaines matières litigieuses, il convient de revêtir la qualité de défendeur plutôt que de demandeur.

201. La stratégie consistant à revêtir la qualité de défendeur à l'action au regard du rôle de la plaidoirie – Si souvent on énonce que la plaidoirie joue un rôle important en matière pénale[1940], dans certains cas, elle joue également un rôle non négligeable en matière administrative[1941] et en matière civile[1942] notamment dans l'hypothèse d'un divorce où la

---

[1933] Ainsi, Jhering écrit : *« Pour le paysan, le champ qu'il laboure et le bétail qu'il élève sont la base de toute son existence, et contre le voisin qui, au moyen de sa charrue, lui a enlevé quelques pieds de terrain ou contre le marchand de bétail qui ne lui paie pas son bœuf, il entame à sa manière, c'est-à-dire, dans la forme d'un procès conduit avec la passion la plus exaspérée, la même lutte pour son droit que soutient l'officier, l'épée à la main, contre celui qui a blessé son honneur. Tous deux se sacrifient sans réserve ; les conséquences leur sont absolument indifférentes. […] Que l'on mette ces mêmes hommes sur les bancs des jurés ; que l'on soumette à des officiers un délit contre la propriété et à des paysans un délit contre l'honneur, puis que l'on fasse l'épreuve inverse, et l'on verra la diversité de leurs jugements »*, in *La lutte pour le droit*, 1890, réédition aux éditions Dalloz, 2006, p. 34.

[1934] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 8, p. 19.

[1935] En application de l'article L. 141-4 du Code de la consommation issu de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008. Cf. E. BAZIN, « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et procéd.*, 2008, p. 125 et s.

[1936] *Supra* n° 32.

[1937] *Supra* n° 35.

[1938] *Infra* n° 213.

[1939] E. COLLOMP, « L'office du juge en droit du travail », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 94-95 ; p. 96.

[1940] A. KRID, *La stratégie de défense pénale devant le Tribunal correctionnel*, Mémoire dans le cadre du Master II Professionnel « Expertise dans le procès pénal », Sous la direction de Geneviève CASILE-HUGUES, Institut de Sciences Pénales et de criminologie, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006, p. 50.

[1941] Domaine dans lequel elle a pris un essor récent dans le cadre du référé-suspension et du référé-liberté. Cf. R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 913.02 et n° 913.03, p. 933-934.

stratégie consiste à plaider en dernier afin de réagir oralement aux arguments avancés par la partie adverse et de laisser ainsi au juge une dernière impression en faveur de la thèse du défendeur à l'action[1943]. D'où l'intérêt pour le demandeur qui souhaite effectuer une action en divorce d'attendre après l'ordonnance du juge de non-conciliation que l'adversaire effectue en premier son assignation en justice pour revêtir la qualité de défendeur à l'action[1944]. Cela nous permet de déduire de la spécificité de certaines matières des stratégies différentes et de la qualité du litigant la prise de certaines mesures renforçant l'efficacité de l'action.

B. Les moyens d'action du litigant

202. Les diverses manifestations des mesures préventives unilatérales – Dans le but, par exemple, de se préserver les chances de succès d'une action en justice, l'adoption d'un certain comportement peut avoir une incidence sur le résultat espéré[1945]. Dans le cas du recouvrement d'une somme d'argent nous avons vu que les mesures préventives peuvent notamment se concrétiser par la prise de garanties ou par l'exclusion de certains biens de l'assiette d'une éventuelle saisie. Or, en dehors de ces hypothèses, elles peuvent se manifester en matière de preuve notamment à travers les mesures visant à l'établissement ou à la conservation de la preuve[1946] (b).

[1942] Eu égard au prédélibéré des juridictions, « une audience vive » peut influencer le juge au moment où il prononcera son jugement. Cf. H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 98.

[1943] Il s'agit d'être « à la fois technique et séducteur ». Cf. H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 99. D'ailleurs, dans *L'exécution* qui concerne certes la matière pénale, Robert Badinter fait état de l'importance de la séduction lors de la plaidoirie en rapportant les paroles de son maître : « Ne t'y trompe pas, mon petit, tu es avec ton juge comme l'amoureux avec sa maîtresse. Tu peux la haïr par moments, avoir des envies sauvages de la frapper. Mais c'est d'elle, de ses sentiments, de son plaisir, bon ou méchant n'importe, que tout dépend pour toi. Et tu sais qu'il faut que tu la convainques, que tu la séduises ou que tu en crèves. C'est la même chose avec le jury. Tu le guettes, même si tu affectes l'indifférence, tu trembles de déplaire, même si tu fais tout en apparence pour le choquer, tu veux qu'il soit à toi, qu'il s'ouvre à toi, qu'il t'appartienne enfin ». Cf. R. BADINTER, *L'exécution*, Editions Grasset, 1973, Nouvelle édition, Librairie Arthème Fayard, 1998, p. 87-88. De plus, l'emploi de certains *« artifices rhétoriques »* tels que le changement de ton selon l'importance des arguments invoqués ou l'utilisation des pauses afin de capter l'attention des juges ne semble pas dépourvu d'importance concernant l'issue du litige. De même, des qualités propres au défenseur telles que sa moralité, sa façon d'adapter son discours aux circonstances et de regarder le juge et d'être convaincu du bien-fondé de la thèse avancée font partie de l'art de persuader le juge. Cf. A. TRAVERSI, *La défense pénale, Technique de l'argumentation et de l'art oratoire*, Traduction de Michèle FANTOLI, Bruylant, Bruxelles, 2ième édition, 1999, p. 173-175 ; 231 ; 236-237.

[1944] Sous réserve toutefois de l'hypothèse du litige comportant un élément d'extranéité au regard des effets de la litispendance régis notamment par le règlement communautaire n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II *bis*.

[1945] Il en est de même par exemple en matière de copropriété concernant le souhait de se réserver une voie de recours. Dans ce domaine, lorsque les copropriétaires veulent se réserver le pouvoir de contester ultérieurement une décision d'assemblée générale, ils doivent être soit opposants, c'est-à-dire qu'ils doivent voter contre la décision, soit absents et bénéficient alors d'un délai de deux mois à compter de la signification de la décision pour agir en justice devant le tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble. A défaut d'action intentée dans ce délai, la décision est définitive. Par ailleurs, plus spécialement, seuls les copropriétaires opposants ont la possibilité d'effectuer un recours contre une décision ayant trait aux travaux d'amélioration. Sont donc privés de cette faculté les absents, qu'ils soient représentés ou non, ainsi que les abstentionnistes. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 161-162.

[1946] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 501.12, p. 277.

a.La stratégie au regard du comportement à adopter dans certains cas particuliers

203. La stratégie consistant dans l'attitude à adopter afin d'établir un lien de filiation – La question peut se poser de savoir s'il existe une stratégie d'anticipation procédurale pour un justiciable qui souhaiterait faire reconnaître sa paternité naturelle à l'égard d'un enfant à naître devant bénéficier, une fois né, d'une filiation légitime. Or, en plus de la distinction entre l'application de la loi ancienne et celle de la loi nouvelle portant réforme de la filiation, il semblerait qu'une stratégie soit envisageable eu égard au comportement du justiciable souhaitant établir son lien de filiation alors même qu'il s'agit d'une matière indisponible. Lorsqu'un enfant est issu d'une union légitime, le tiers qui souhaite néanmoins établir sa filiation à l'égard de ce dernier doit prendre des mesures préventives qui consistent notamment à effectuer une reconnaissance prénatale plusieurs mois avant la naissance. On constate en effet que l'attitude du tiers qui poursuit ce but particulier a une incidence sur le résultat en la matière. Avant la réforme de la filiation, l'action en contestation de paternité légitime n'est habituellement pas recevable en application de l'ancien article 339-9 du Code civil qui énonçait que *« toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état »*. Dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 14 février 2006 si une possession d'état d'enfant légitime était établie avant la naissance de l'enfant, un homme avait toutefois effectué une reconnaissance prénatale et avait demandé au juge qu'il soit procédé à une expertise biologique. Or, étant donné qu'une possession d'état d'enfant légitime s'était établie avant la naissance de l'enfant avec le mari de la mère, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir décidé que la filiation légitime était inattaquable au regard de l'article 322 alinéa 2 du Code civil et qu'en conséquence l'action en contestation de paternité était irrecevable[1947]. Ainsi, l'attitude du père légitime antérieurement à la naissance est susceptible de faire obstacle à toute action en contestation et donc en établissement de paternité naturelle[1948]. La possession d'état d'enfant légitime semble difficilement contestable car en l'espèce il a été considéré par la Cour de cassation qu'elle n'était pas équivoque alors qu'il avait été relevé que le mari de la mère connaissait la liaison qu'avait eue sa femme avec l'homme qui avait effectué cette reconnaissance prénatale[1949]. La Cour de cassation a empêché la filiation naturelle de s'établir au regard de l'antériorité de la possession d'état qui s'était constituée à l'égard du mari avant la naissance de l'enfant faisant ainsi obstacle à l'interprétation *a contrario* de l'article 322, alinéa 2 qui s'appliquait sous l'empire de la loi ancienne, et qui énonçait que *« nul ne pouvait contester l'état de celui qui avait une possession conforme à son titre de naissance »*. La stratégie consistant dans la reconnaissance prénatale semble donc efficace uniquement dans le cas où il n'y a pas de possession d'état à l'égard du mari de la mère ou bien peut-être lorsqu'elle est accompagnée à l'égard de son auteur d'une possession d'état antérieure à celle qui concerne le mari de la mère. En effet, dans cet arrêt du 14 février 2006, la Cour de cassation a considéré que la reconnaisance prénatale ne pouvait faire obstacle à une possession d'état d'enfant légitime qui s'était établie antérieurement à la date de celle-ci. La stratégie semble donc consister dans cette hypothèse dans la chronologie de l'établissement de la possession d'état c'est-à-dire que la solution paraît favorable à celui qui

[1947] E. BARRET, Note sous Cass. 1ère civ., 14 février 2006, *Gaz. Pal.*, 28 fev.-1er mars 2007, Jurisprudence, p. 1018.
[1948] F. CHENEDE, Note sous Cass. 1ère civ., 8 octobre 2008, *Act. jur. Famille*, Janvier 2009, p. 36.
[1949] E. BARRET, Note sous Cass. 1ère civ., 14 février 2006, *Gaz. Pal.*, 28 fev.-1er mars 2007, Jurisprudence, p. 1019.

arrive à établir sa possession d'état en premier à l'égard de l'enfant. La mère qui souhaiterait faire obstacle à la présomption de paternité devrait donc effectuer la déclaration de l'enfant seule sans inscrire le nom de son mari et l'élever seule afin d'éviter que la possession d'état ne puisse s'établir à l'égard de son mari vis-à-vis de l'enfant[1950]. Or cela semble difficile si la mère habite avec son mari. Cette stratégie pourrait être plus efficace si une séparation de corps avait eu lieu au préalable. La stratégie du mari de la mère consiste, quant à lui, afin de faire échec à l'établissement d'une paternité naturelle, à effectuer une reconnaissance prénatale et à adopter un comportement constitutif d'une possession d'état. Ainsi, si l'article 339-9 du Code civil était applicable à notre cas d'espèce, une reconnaissance prénatale ne devrait pas avoir d'incidence sur le résultat du litige puisqu'elle devrait normalement être déclarée irrecevable par les juges du fond. Toutefois, ce n'est pas ce qui a été décidé dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation datant du 8 octobre 2008, dans lequel un enfant bénéficiait d'une possession d'état légitime. Dans cette affaire, les juges ont admis l'action du tiers qui souhaitait établir sa paternité naturelle au regard du fait qu'il avait reconnu l'enfant plus de quatre mois avant sa naissance. L'on peut en déduire qu'une reconnaissance qui s'effectue longtemps avant la naissance de l'enfant fait obstacle à l'établissement d'une possession d'état anténatale. Ainsi le principe d'indisponibilité en matière de filiation se trouve amoindri par le rôle de la volonté en droit de la filiation. D'où l'importance attaché au comportement en la matière qui permet de montrer l'existence d'une stratégie même dans les cas où les droits sont indisponibles. Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, il semblerait que la stratégie en la matière puisse évoluer puisque désormais, en application de l'article 333 du Code civil, une action en contestation de filiation légitime est recevable dès lors que la possession d'état d'enfant légitime est inférieure à cinq ans même si elle corrobore un titre de naissance d'enfant légitime. Par ailleurs, en vertu de cette loi, c'est la filiation établie en premier qui prévaut. Mais l'on peut s'interroger sur la question de savoir si une reconnaissance prénatale peut faire obstacle à la présomption de paternité[1951]. Dans le domaine du droit de la filiation, le comportement est particulièrement important au regard notamment de la « possession d'état » qui permet de « consolider les situations acquises »[1952]. D'autant que si depuis un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000 l'expertise est de droit en matière de filiation sauf dans les cas où il existe un motif légitime de ne pas y procéder, il est difficile de savoir si la « vérité biologique » doit l'emporter sur les liens affectifs[1953]. La science « est soumise à l'épreuve raisonnable de sa recevabilité procédurale et de sa compatibilité avec l'éthique du jugement »[1954]. En matière de filiation, « la vérité n'est pas toujours bonne à dévoiler »[1955]. La loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 qui a ratifié l'ordonnance du 4 juillet 2005, énonce que « la présomption de paternité est

---

[1950] J. RUBELLIN-DEVICHI, « Procréations assistées et stratégies en matière de filiations », *J.C.P.*, G., 1991, I, 3505, n° 4, p. 182.

[1951] E. BARRET, Note sous Cass. 1ère civ., 14 février 2006, *Gaz. Pal.*, 28 fev.-1er mars 2007, Jurisprudence, p. 1020.

[1952] J. RUBELLIN-DEVICHI, « Procréations assistées et stratégies en matière de filiations », *J.C.P.*, G., 1991, I, 3505, n° 2, p. 181.

[1953] J. SAINTE-ROSE, « Le juge face à la science », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 351. D'ailleurs, à propos de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, l'on a énoncé qu'elle refusait « d'être la traduction aveugle de la vérité biologique ». Cf. T. GARE, « L'ordonnance portant réforme de la filiation », *J.C.P.*, G., 2006, I, 144, n° 15, p. 1107.

[1954] G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *R.T.D. civ.*, 2005, p. 36.

[1955] E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 170, p. 126. Cf. aussi J-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, p. 264.

écartée lorsque l'acte de naissance ne désigne pas le mari en qualité de père »[1956]. Dans ce cas, même s'il s'agit d'une hypothèse d'école[1957], la stratégie pour le mari de la mère consiste en application de l'article 315 du même code à reconnaître l'enfant si aucune filiation n'est établie. Si une autre reconnaissance prénatale a été effectuée, l'officier doit saisir le procureur de la République[1958]. L'efficacité de la stratégie de l'un dépend aussi de celle de l'autre et plus nombreuses sont les chances de succès pour celui qui est actif.

b.La stratégie dans la prise de mesures en matière de preuve

204. Selon le professeur J. Chevalier, *« aucune règle ne se recommande d'une antiquité plus rassurante que celle qui impose au demandeur l'initiative de la preuve et le risque de perdre son procès s'il ne réussit pas à établir le bien-fondé de sa prétention »*[1959].
D'où l'intérêt de se préconstituer une preuve (1) et d'user de l'article 145 du CPC lorsque les conditions en sont réunies (2).

1.La préconstitution de la preuve

205. L'intérêt de se préconstituer une preuve avant le procès dans le respect des limites du principe de loyauté – Les modes de preuve varient selon la matière litigieuse. Par exemple, dans le cadre des contrats réels tels que les contrats de prêt consentis par des particuliers, la preuve de la remise des fonds est insuffisante pour prouver l'existence de l'obligation de restitution de l'emprunteur[1960]. En effet, une reconnaissance de dette semble être en la matière le document essentiel pour rapporter la preuve du contrat de prêt ainsi que de la remise des fonds pour en obtenir le remboursement. Même dans le cadre des contrats consensuels, il convient de se préconstituer une preuve et donc d'effectuer le contrat par écrit afin de pouvoir en rapporter la preuve en cas de procès. En matière contractuelle, il convient en effet de conserver des preuves afin de pouvoir faire état de son bon droit plus facilement et de contribuer ainsi à l'efficacité d'une éventuelle action en justice. Il y a notamment un intérêt à se préconstituer une preuve dans les cas où la jurisprudence a renversé la charge de la preuve concernant l'obligation d'information du professionnel. Néanmoins, toutes les préconstitutions de preuve ne sont pas permises[1961]. La preuve issue d'un stratagème ne peut être admise par le juge[1962]. D'ailleurs, il

---

[1956] Art. 313 du Code civil.
[1957] M. DOUCHY-OUDOT, *Droit civil 1ère année, introduction, personnes, famille*, HyperCours Dalloz, Editions Dalloz, 2011, 6ième édition, n° 563, p. 353.
[1958] En application des 336 et 336-1 du Code civil.
[1959] J. CHEVALIER, *Cours de droit civil approfondi, Droit privé 1958-1959*, la preuve, spéc. p. 3, cité par Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 68.
[1960] *Supra* n° 212.
[1961] En application de l'article 9 du CPC, il convient de prouver les faits « conformément à la loi ». Il n'est pas envisageable de recourir à des moyens de preuve frauduleux ou violant l'ordre public. Cf. J.-P. LACROIX-ANDRIVET, « Preuves à conserver », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 111.21, p. 51.

ressort de nombreux articles de loi que doit être respecté un principe de loyauté en la matière[1963] comme l'énonce par exemple les articles 259-1 et 259-2 du Code civil. Le constat d'adultère est soumis à certaines conditions de validité. De même, l'enregistrement téléphonique n'est admis que s'il s'agit d'un message laissé sur le répondeur d'un téléphone. Dans cette hypothèse comme dans celle d'un SMS, l'huissier de justice pourra en faire la retranscription dans un constat. La violation de la vie privée ou la déloyauté en la matière ne peut être établie dès lors que l'on considère que *« l'auteur d'un SMS comme d'un message téléphonique ne peut ignorer que son SMS ou son message téléphonique est enregistré par l'appareil récepteur »*[1964]. Il en est de même concernant la preuve par e-mail ou des messages obtenus sur des réseaux sociaux[1965]. Seule l'hypothèse d'une fraude pourrait faire obstacle à l'invocation d'une preuve en justice. Or, le recours à un huissier de justice est susceptible de contribuer à l'efficacité de l'action au regard de son pouvoir en matière de force probatoire. Il semble de plus en plus être une arme efficace contre l'adversaire dans le succès des prétentions de l'une des parties puisqu'il incombe à ce professionnel du droit de vérifier que la preuve est obtenue sans fraude. Ce dernier peut ainsi être qualifié de *« gardien de la loyauté de la preuve »*[1966]. De plus, les constats qu'il dresse ont, depuis la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires[1967], qui dans son article 2 modifie l'article 1er de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, une force probante plus importante qu'auparavant puisqu'ils font foi jusqu'à preuve contraire et qu'ils n'ont plus la valeur de simples renseignements[1968]. D'où l'intérêt de recourir à un huissier de justice pour renforcer les chances de succès de l'action notamment en matière familiale mais également dans le domaine des baux d'habitation[1969]. Si en matière pénale, il convient aussi de respecter la légalité, la preuve semble toutefois être admise plus largement. Une stratégie est donc envisageable en la matière dans le choix de la juridiction

---

[1962] Par exemple, il résulte d'un arrêt de la Chambre sociale du 4 juillet 2012, n° 11-30.266 que ne peut être valable la preuve résultant de la mise en œuvre d'un procédé tendant à piéger un employé de la Poste à qui il était reproché une ouverture du courrier. Le procédé consistant à introduire des lettres diffusant une encre bleue dès leur ouverture avait permis de faire état de la faute de l'auteur des faits. Or, la Chambre sociale de la Cour de cassation énonce en se fondant se l'article 9 du CPC que *« l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu »*. En l'espèce, eu égards aux termes employés par les juges, il semblerait que le rejet de la preuve résulte de la clandestinité du procédé mis en place. Cf. D. CORRIGNAN-CARSIN, « Lettres piégées, irrecevabilité de la preuve », Note sous cet arrêt, *J.C.P., G.*, 2012, 904, p. 1505-1506.

[1963] M. DOUCHY-OUDOT, « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.*, 15-17 nov. 2009, n° 5-6, p. 3-4.

[1964] E. BAZIN, « Le renforcement du rôle de l'huissier de justice en droit de la famille et en droit des baux d'habitation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 13, p. 9.

[1965] E. BAZIN, « Le renforcement du rôle de l'huissier de justice en droit de la famille et en droit des baux d'habitation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 7, p. 8.

[1966] E. BAZIN, « Le renforcement du rôle de l'huissier de justice en droit de la famille et en droit des baux d'habitation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 13, p. 9.

[1967] *Site internet Légifrance*.

[1968] L'article 1er de l'ordonnance du 2 novembre 1945 précitée prévoit ainsi que : *« Ils (les huissiers de justice) peuvent, commis par justice ou à la requête de particuliers, effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter. Sauf en matière pénale où elles ont valeur de simples renseignements, ces constatations font foi jusqu'à preuve contraire »*. Cf. E. BAZIN, « Le renforcement du rôle de l'huissier de justice en droit de la famille et en droit des baux d'habitation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 2, p. 7.

[1969] Dans lequel l'établissement d'un état des lieux est nécessaire et dont la force probante renforcée va mettre l'adversaire en difficulté pour rapporter la preuve contraire. Cf. E. BAZIN, « Le renforcement du rôle de l'huissier de justice en droit de la famille et en droit des baux d'habitation », *Dr. et procéd.*, 2012, n° 25 et s., p. 12-13.

compétente lorsqu'une option est offerte au justiciable entre la juridiction civile ou pénale[1970]. Cependant, en matière civile, il semblerait qu'il y ait une évolution au regard de la solution issue d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 5 avril 2012 qui consacre un droit « à la preuve »[1971]. Il est donc important d'éviter les cas dans lesquels, l'échec du procès résulte d'une insuffisance en matière de preuve.

206. Si selon l'article 146 du Code de procédure civile, le juge ne peut ordonner une mesure d'instruction dans le but de pallier l'absence de preuve d'une partie, il convient d'éviter que l'une des parties se trouve dans une telle situation et ainsi d'encourager celle-ci à préconstituer ses preuves avant tout procès, en application de l'article 145 du Code de procédure civile[1972] qui est « l'instrument privilégié pour éviter le dépérissement des preuves »[1973]. La mesure d'instruction in futurum *« permet en amont d'atténuer le risque de preuve en réduisant la part d'incertitude avant le procès »*[1974].

2.Le recours à l'article 145 du CPC

207. La mise en œuvre de l'article 145 du CPC conditionnée par l'efficacité de la mesure – Il appartient le plus souvent au juge des référés de prescrire avant tout procès la preuve des faits dont paraît dépendre la solution du litige[1975]. Pourtant, parfois, il peut être utile que cette mesure s'effectue à l'insu du débiteur. D'ailleurs, dans certains cas, l'adversaire n'est pas encore connu. Ainsi, dans ces deux dernières hypothèses, le demandeur a la possibilité, conformément à l'article 493 du CPC, de déposer une requête. Selon la Cour de cassation, il est possible de mettre en œuvre l'article 145 du CPC à condition que la requête reposant sur le fondement de ce dernier soit effectuée dans le but de l'efficacité de la mesure exigeant parfois un effet de surprise[1976]. En revanche, l'urgence n'est pas nécessaire comme l'énonce un arrêt du 15 janvier

---

[1970] *Supra* n° 223.

[1971] Ce dernier pouvant prévaloir sur le droit au respect de l'intimité de la vie privée. Pour ce faire, des conditions doivent néanmoins être respectées. La pièce nécessaire au soutien d'une prétention doit être indispensable, c'est-à-dire le seul moyen de preuve permettant d'avoir une incidence sur l'issue du procès, et « proportionnée aux intérêts antinomiques en présence », c'est-à-dire qu'elle doit être obtenue de façon licite. Si la solution concerne le cas de l'exercice du droit au respect de l'intimité de la vie privée, il n'est pas exclu qu'elle soit par la suite applicable à d'autres domaines dans lesquels notamment d'autres types de secrets peuvent être invoqués. Cf. J.-D. BRETZNER, Note sous Cass. civ. 1ière, 5 avr. 2012, *D.* 2012, Pan., p. 2826-2827.

[1972] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 221.21, p. 51.

[1973] H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 71.

[1974] M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 212.

[1975] Tel est le cas notamment en matière de construction immobilière. Cf. R. PERROT, « L'évolution du référé », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 651.

[1976] L'autonomie des mesures d'instruction *in futurum* est soumise à certaines limites. Cf. I. DESPRES, « Retour vers le futur (L'article 145 du Code de procédure civile) », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 6, p. 696-697 ; n° 13, p. 703-704. Il n'y a donc pas de liberté de choix entre la procédure de référé et la procédure sur requête puisqu'il ne peut être recouru à celle-ci que dans certaines hypothèses. Cf. H. CROZE, C. LAPORTE, *Guide pratique de procédure civile*, Editions LexisNexis, 4ième édition, 2012, n° 277, p. 131.

2009 rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation[1977]. Parfois, la mesure consiste en une demande de consultation effectuée par un technicien[1978] ou d'une production d'attestations[1979]. La mesure est subordonnée à l'invocation d'un motif légitime mais elle semble efficace au regard de l'admission large par le juge de l'existence de celui-ci. Pour faire droit à la requête, le juge doit constater qu'il existe un motif légitime c'est-à-dire que la demande sur laquelle il repose est fondée[1980] mais la question se pose de savoir quels sont les obstacles à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile. Par exemple, il a été jugé dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 mai 2007 que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas un tel obstacle. En l'espèce, un employeur a déposé une requête au juge afin qu'il prenne une ordonnance désignant un huissier de justice chargé de consulter les messages électroniques contenus dans l'ordinateur d'un de ses salariés. En effet, l'employeur soupçonnait ce dernier de créer une société concurrente avec des personnes extérieures à l'entreprise. Ce motif a été jugé légitime par le juge pour faire droit à la requête déposée sur le fondement de l'article 145 du CPC. Toutefois, bien que la mesure d'instruction soit ordonnée sur requête, sa mise en œuvre s'est effectuée en présence du salarié. Ainsi, peut-être que le principe du contradictoire devra désormais s'appliquer à l'ordonnance sur requête lors de l'application de la mesure[1981]. D'ailleurs il résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 16 mai 2012 que sur le fondement de l'article 145 du CPC un huissier de justice ne peut exercer un pouvoir de contrainte consistant à fouiller les locaux d'une entreprise sans le consentement du requis et à saisir tous les documents utiles sans le consentement de la personne concernée par cette mesure d'intruction[1982]. Il semblerait qu'il y ait peu d'obstacles à l'invocation de motif légitime justifiant la demande fondée sur l'article 145 du CPC. Par exemple, selon un arrêt du 8 février 2006 rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation : *« le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à*

[1977] N. FRICERO, « Stratégie probatoire et perspective d'un procès », in *Jean FOYER, In Memoriam*, Litec, LexisNexis SA, 2010, n° 9, p. 117. Cf. aussi M. FOULON, Y. STRICKLER, « Le constat sur requête avant tout procès », *Dr. et procéd.*, 2010, n° 20, p. 313.

[1978] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 421, p. 182.

[1979] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 475, p. 212.

[1980] Et n'est pas irrecevable. Comme l'énonce un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 29 avril 1985, la mesure ne peut avoir pour objet de remettre en cause l'autorité de la chose jugée. Cf. N. FRICERO, « Stratégie probatoire et perspective d'un procès », in *Jean FOYER, In Memoriam*, Litec, LexisNexis SA, 2010, n° 16, p. 120.

[1981] A. FABRE, observations sous Cour de cassation, Chambre sociale, 23 mai 2007, *Dalloz*, 2007, Actualité jurisprudentielle, p. 1590-1591.

[1982] En l'espèce, il s'agissait de tenter de rapporter la preuve d'actes de concurrence déloyale et de détournement de clientèle qu'une société était soupçonnée avoir effectués. Or, selon la Cour de cassation la Cour d'appel a eu raison d'énoncer « qu'excède les mesures d'instruction légalement admissibles au sens de l'article 145 du code de procédure civile, la mesure ordonnée par le président d'un tribunal de commerce autorisant un huissier de justice à se rendre dans les locaux d'une société suspectée d'actes de concurrence déloyale et de détournement d'une clientèle et à se saisir de tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement, permettant ainsi à l'huissier de justice de fouiller à son gré les locaux de la société, sans avoir préalablement sollicité la remise spontanée des documents concernés et obtenu le consentement du requis ». Cf. L. LEROY-GISSINGER, F. RENAULT-MALIGNAC, Note sous Cass. civ., 2ième, 16 mai 2012, n° 11-17.229, *D.* 2012, « Deuxième chambre civile », Etudes et commentaires, p. 2066.

l'application des dispositions de l'article 145 du CPC dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »[1983]. Par ailleurs, le secret bancaire n'empêche pas la mise en œuvre des mesures prises au titre de l'article 145 du CPC comme l'énonce la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 décembre 2008 qui ne concerne toutefois peut-être que le cas dans lequel le paiement de la créance est demandé par la banque[1984]. S'il semble y avoir de moins en moins d'obstacles à la mise en œuvre de l'article 145 du CPC, le secret médical semble néanmoins toujours prévaloir sur cet article[1985]. Afin d'anticiper ce que le juge décide quant au motif légitime, il convient de s'interroger sur la question de savoir si le motif légitime dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond ou si la Cour de cassation exerce son contrôle en la matière. Or, il semble qu'il soit difficile d'anticiper la solution concernant la notion de motif légitime car les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation en la matière[1986]. En dehors des mesures préventives ayant trait à la conservation de la preuve, la stratégie dans l'anticipation d'un procès peut consister dans la prise de mesures se manifestant dans la façon d'introduire une action en justice dans le but de tendre à l'efficacité de celle-ci[1987].

208. Les éléments propres aux litigants ont une incidence sur l'efficacité de l'action mais ne permettent pas à eux seuls d'évaluer les chances de succès de celle-ci. Il convient donc de compléter cette analyse en nous penchant sur la situation litigieuse afin de rechercher si différentes options s'offrent au potentiel demandeur en justice. Dès lors qu'un choix est possible en la matière et que de celui-ci dépend le résultat de l'action, une stratégie est concevable et le rôle du demandeur à l'action est en conséquence déterminant pour évaluer les chances de succès de l'action.

§2 : L'incidence de la présentation de l'affaire au juge et du choix de la procédure applicable sur le résultat de l'action

209. Tant la liberté de choix du potentiel demandeur à l'action quant à l'invocation des faits et des moyens de droit devant le juge (A) que l'accord entre les litigants portant sur les modalités de règlement du litige (B) sont liés à la procédure applicable au fond. Or cette dernière implique de prendre en compte le temps et le coût du procès ainsi que les éventuelles difficultés liées à l'exécution du jugement (C) afin d'évaluer l'efficacité de l'action.

[1983] Toutefois, il a été jugé antérieurement que la mesure d'expertise ne devait pas permettre au demandeur d'obtenir des informations ayant trait par exemple aux secrets de fabrication de l'adversaire ou « de connaître malgré le secret des affaires, la structure commerciale de sa concurrente ». Cf. N. FRICERO, « Stratégie probatoire et perspective d'un procès », in *Jean FOYER, In Memoriam*, Litec, LexisNexis SA, 2010, n° 18, p. 121. Ainsi, même au regard de la nouvelle jurisprudence, il n'est pas certain que le juge fasse droit à la mesure.

[1984] H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 12, p. 9.

[1985] H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 12, p. 9.

[1986] J. BUFFET, « La sentinelle de la loi », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 39.

[1987] *Infra* n° 292.

A.L'incidence de la présentation de la situation litigieuse sur l'évaluation des chances de succès de l'action

210. Selon que le potentiel demandeur à l'action fait état ou pas de certains faits et moyens de droit devant le juge ou qu'il choisit de saisir un tribunal plutôt qu'un autre en cas de liberté de choix en la matière, le résultat sur le fond du droit litigieux peut varier. Cette démonstration est d'ailleurs plus visible lorsque le litige comporte un élément d'extranéité puisque dans ce cas la loi de l'Etat qui est applicable au litige n'est souvent pas identique à celle des autres Etats. D'où l'intérêtd'étudier une telle stratégie tant en droit interne (a) que dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité (b).

a.En droit interne

211. L'invocation des faits et ses conséquences sur les pouvoirs du juge – Les faits dont les parties vont devoir parfois rapporter la preuve *« sont au cœur du procès »*[1988]. Ils sont d'une grande importance car, en matière contentieuse[1989], le juge peut se fonder sur ceux qui sont dans le débat mais qui ne font pas l'objet du débat[1990], ce qui au final, est susceptible de conduire à une solution sur le fond du droit litigieux qui n'a pas été prévue par les parties[1991]. Afin d'évaluer les chances de succès de son action en justice, le litigant qui intente un procès doit s'interroger

---

[1988] M. STORM, « Le juge et son panier », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 474.

[1989] En matière de procédure gracieuse, le juge bénéficie de plus grands pouvoirs puisqu'il peut fonder sa décision sur tous les faits qui lui sont soumis que ces derniers soient allégués ou pas conformément à ce qu'énonce l'article 26 du CPC et peut d'office mettre en œuvre toutes les investigations utiles en application de l'article 27 alinéa 1 du même code. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 313, p. 127-128.

[1990] M. STORM, « Le juge et son panier », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 474-475. Par exemple, on peut énoncer qu'un fait est simplement dans le débat lorsqu'il est une « simple allégation » c'est-à-dire qu'il n'est pas « un élément nécessaire à la logique de l'argumentation du plaideur » à l'inverse du fait « spécialement allégué » qui fait donc l'objet du débat. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 325, p. 239.

[1991] Par exemple, dans un arrêt du 5 mai 1970, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a maintenu la décision des juges d'appel qui avaient pris en compte des faits dans le débat mais qui n'étaient pas spécialement invoqués au soutien des prétentions des victimes pour en déduire une faute personnelle de l'adversaire de ces dernières. En l'espèce, à la suite de l'éboulement d'un terrain sur lequel se déroulaient des travaux, les propriétaires du fonds voisin ont souhaité obtenir réparation du dommage que celui-ci a causé à leur immeuble. Or, le propriétaire du fonds sur lequel a eu lieu l'éboulement s'est défendu en énonçant d'abord qu'il n'était pas le maître de l'ouvrage de l'entrepreneur qui avait effectué les travaux et ensuite que ce dernier était seul le gardien du chantier. Si les victimes n'avaient pas spécialement fait état d'une faute du propriétaire du terrain qui s'était éboulé, en revanche, les juges de la cour d'appel ont énoncé que ce dernier *« avait commis une faute grave génératrice de dommage en s'abstenant de faire prendre par un entrepreneur toutes mesures nécessaires pour éviter l'éboulement »*. Cf. *Bull. civ.*, III, n° 312, p. 228.

sur la sélection des faits que le juge peut effectuer[1992]. Si ce dernier peut ainsi prendre en compte les faits que les parties n'ont pas « spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions », en application de l'article 7 alinéa 2 du CPC[1993], qui peuvent être énoncés dans leurs écritures mais aussi ressortir des pièces du dossier[1994], notamment d'un rapport d'expertise, il doit au préalable solliciter les parties pour qu'elles effectuent leurs observations[1995]. Il voit, en revanche, ses pouvoirs limités lorsque le fait est invoqué dans une demande subsidiaire, celle-ci ne pouvant prévaloir sur la demande principale[1996]. D'une manière générale, *« le juge se convainc de l'existence d'un fait en appréciant la force probante des éléments dont il dispose »*[1997]. Si une partie ne parvient pas à établir les faits nécessaires au succès de sa prétention, on dit qu'elle supporte le risque de l'allégation des faits[1998]. Ainsi, une partie qui prétend au paiement d'une somme d'argent doit faire état des faits permettant au juge de reconnaître l'attribution de cette somme[1999]. Par ailleurs, la situation litigieuse dont le litigant fait état n'est que la représentation de « sa vérité »[2000] et il doit anticiper celle de son adversaire afin d'évaluer les moyens de défense de celui-ci ainsi que leur chance de succès[2001]. Comme l'écrit le doyen Carbonnier : *« chacun combat pour lui-même et nullement pour la vérité. Sans doute les déloyautés, les coups bas sont prohibés. Mais l'obligation de vérité serait quelque chose de plus que l'obligation de*

[1992] *« En réalité, la soi-disant « constatation » des faits est, qu'on le veuille ou non, une question d'opinions. Or, au sein de la diversité des opinions possibles, une seule doit être retenue pour que puisse être appliquée la règle de droit qui fait de l'existence de ces faits la condition de la conséquence qu'elle y attache. Sans doute est-ce à l'ordre juridique de déterminer cette opinion ; mais il le fait en désignant comme devant seule être retenue l'opinion du juge »*. Cf. L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 69, p. 10. « Le tribunal se contente de ce qui est nécessaire pour répondre aux conclusions ». Cf. J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 32, p. 52-53. D'une manière générale, le juge retiendra les faits qui lui paraissent *pertinents*, « c'est-à-dire les faits présentant la propriété potentielle d'influer sur l'issue du litige ou le plus souvent, sur une *certaine* issue du litige ». Par exemple, peut être considéré comme *« pertinent »*, un fait de *« contexte »* tel que celui de la durée de l'embauche de la personne qui a commis une faute dans son travail. En effet, l'information selon laquelle la conclusion du contrat date de trois mois ou de plus de trente ans n'est pas dépourvue d'importance. Cf. T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, th., Préf. de J. CARBONNIER, Bibliothèque de philosophie du droit, T. 30, L.G.D.J., 1988, n° 130, p. 119.

[1993] Sur l'évolution des pouvoirs du juge en la matière, cf. J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 83 et s., p. 115 et s.

[1994] P. JOURDAIN, « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 1983, Doctrine, n° 11, p. 316.

[1995] Communications de la Cour de cassation, « Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 8. En application de l'article 8 du CPC, il a la possibilité de demander à celle-ci de lui « fournir les explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige ».

[1996] *Infra* n° 220.

[1997] J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 306, p. 415.

[1998] *« Le risque de l'allégation d'un fait est attribué à une partie, lorsque celle-ci est exposée à perdre son procès dans l'hypothèse ou ce fait ne serait pas allégué »*. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 361, p. 263.

[1999] Mais le risque de l'allégation d'un fait n'est pas obligatoirement lié au risque de la preuve. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 384 et s., p. 275 et s.

[2000] P. HUGONET, *La vérité judiciaire*, Préface de Simone Rozes, Editions Litec, 1986, p. 10.

[2001] *« Les jugements naissent de la dialectique et restent soumis à la dialectique. Ce ne sont là que des vérités présumées »*. Cf. S. BAUZON, « Dire le droit », in *Michel Villey, Le juste partage*, Sous la direction de C. Delsol et S. Bauzon, Collection L'esprit du droit, Editions Dalloz, 2007, p. 20. Il convient de *« se demander toujours ce que va pouvoir dire l'adversaire afin de devancer son propre exposé et neutraliser ses propres explications »*. Cf. J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 61.24, p. 125.

loyauté »[2002]. Ainsi, « chaque partie essaye de convaincre le juge de la *vérité* de *ses faits* »[2003].Toutefois, le demandeur à l'action peut être sanctionné s'il invoque un fait dont il sait qu'il est faux[2004]. Si les faits invoqués par ce dernier ne sont pas contestés[2005], il n'a pas à en rapporter la preuve[2006] à moins que le juge puisse en décider autrement[2007]. Ce n'est pas obligatoirement à celui qui intente une action en justice qu'incombe la charge de la preuve mais à celui qui tend à la contestation de la situation établie[2008]. La question de la charge de la preuve[2009] doit être distinguée de celle du risque[2010]. *« Dans un cas, il convient de se demander qui doit fournir les éléments probatoires de nature à établir l'existence ou l'inexistence d'un élément de fait décisif ; dans l'autre, il faut se demander qui supporte les conséquences de l'absence de preuve de ce fait »*[2011]. D'une manière générale, en application de l'article 9 du CPC, *« il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au*

[2002] Cité par E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 29, p. 16.

[2003] D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Sous la direction de Emmanuel DOKES, Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006 par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS et l'Université de Bourgogne, Editions Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2007, n° 2, p. 278.

[2004] En effet, la jurisprudence énonce que *« cet acte de malice ou de mauvaise foi »* est constitutif d'un abus de voies de droit. Cf. E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 20, p. 11.

[2005] Pouvant ainsi être qualifiés de faits constants. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 350, p. 256.

[2006] « Prouver c'est avant tout convaincre le juge de l'existence d'un fait ». Cf. J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 382, p. 510.

[2007] La question s'est en effet posée de savoir si le juge avait l'obligation ou seulement la faculté de considérer comme acquis les faits constants. Alors que certains arrêts de la Cour de cassation se prononcent en faveur de la théorie des faits constants, d'autres considèrent que le juge n'est pas tenu de reconnaître le fait non contesté. D'ailleurs, Monsieur le Professeur Thierry Le Bars est favorable à cette dernière jurisprudence mais énonce que les juges devraient demander à la partie qui invoque un fait non contesté qu'ils refusent de reconnaître pour acquis d'en produire les éléments de preuve afin qu'elle ne soit pas surprise d'être déboutée à cause d'un fait qu'elle croyait pourtant ne pas devoir en rapporter la preuve. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 353-356, p. 258-261. Cf. aussi J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 64 et s., p. 87 et s., spéc. n° 78, p. 107-108.

[2008] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 69. Il s'agit en effet de préserver la sécurité, la tranquillité collective. Cf. J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 389-390, p. 520-522 ; n° 395, p. 526.

[2009] *« Une partie supporte la charge de la preuve d'un fait, lorsqu'elle doit, elle-même, produire des éléments probatoires recevables ou convaincants »*. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 338, p. 248. Sur les différentes acceptions du terme « charge », cf. J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 5, p. 18.

[2010] *« Un plaideur supporte le risque de la preuve d'un fait, quand il est assuré d'être condamné ou débouté, dans l'hypothèse où la preuve de ce fait ne serait pas rapportée »*. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 338, p. 248. Le plus souvent, l'attribution du risque de la preuve dépend de l'aptitude respective des parties dans la recherche des preuves ou du but fixé par le législateur ou la jurisprudence qui tend à parvenir à *« une solution pratique considérée comme opportune ou équitable »*. Cf. J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 458, p. 598 ; n° 478 et s., p. 619 et s.

[2011] T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 338, p. 248.

succès de sa prétention ». Si le plus souvent, c'est celui à qui incombe la charge de la preuve qui supporte le risque de celle-ci, il en va parfois différemment[2012]. D'où l'importance d'anticiper le risque de la preuve pour évaluer les chances de succès d'une action en justice.

212. L'anticipation du risque de la preuve – Si chaque partie essaie de convaincre le juge de la véracité de ses faits, c'est aussi pour tenter de le convaincre de la qualification juridique qui en résulte. En effet, si la première étape consiste à rapporter la preuve des faits invoqués, la seconde a trait à la qualification juridique de ces derniers[2013] car c'est en fonction de celle-ci que s'applique la règle de droit[2014]. Dès lors que l'une des parties souhaite, par exemple, intenter une action possessoire, il revient au demandeur à l'action d'apporter la preuve des faits de sa possession, c'est-à-dire qu'il détient celle-ci depuis au moins un an et qu'elle fait l'objet d'un trouble[2015] de nature à rendre recevable son action en justice. Or, si le juge doute de la qualification juridique des faits, il ne peut retenir la règle de droit applicable. L'article 1315 du Code civil complète l'article 9 du CPC en ce qu'il ne concerne pas la preuve des faits mais celle de l'existence de l'obligation en application de son alinéa 1 et celle de son exécution ou de son extinction comme le prévoit son alinéa 2. L'évaluation des chances de succès d'une action en justice dépend non seulement des règles de droit applicables au litige mais aussi des règles de preuve[2016] qui permettent d'anticiper le risque de la preuve[2017]. Il découle de l'article 9 du CPC précité que le risque de la preuve du fait pèse sur celui qui l'invoque[2018]. Le risque de la preuve de l'existence de l'obligation pèse quant à lui sur celui qui en a la charge. Or, selon l'article 1315 du Code civil, il pèse sur *« celui qui en réclame l'exécution »*. En conséquence, cette dernière disposition *« sert à trancher un litige en cas de doute sur le fond du droit »*[2019]. Si on applique ces règles à notre cas d'espèce n° 1 et notamment à la relation entre le commerçant et la personne à laquelle celui-ci a versé une somme d'argent, on peut énoncer les solutions suivantes.

[2012] T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 338, p. 248.

[2013] La qualification des faits peut être définie comme *« une opération intellectuelle consistant à classer les faits de l'espèce dans les notions générales et abstraites de la règle de droit invoquée »*. Cf. G. BOLARD, « Les écritures qualificatives », *J.C.P.*, G., 2000, I, 214, n° 5, p. 516.

[2014] *« Il est évident que les plaideurs tentent de convaincre les juges de la véracité des faits susceptibles d'influencer ce dernier lors de l'opération de qualification juridique. L'un soutiendra à la lumière de tel(s) fait(s), qu'il prouvera, que telle qualification devra être retenue, l'autre plaidera à l'appui d'autre(s) fait(s) établi(s) que cette qualification ne saurait qu'être rejetée »*. Cf. D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Sous la direction de Emmanuel DOKES, Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006 par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS et l'Université de Bourgogne, Editions Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2007, n° 2, p. 278.

[2015] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 129.

[2016] Concernant tant l'objet, la charge et le mode de preuve.

[2017] En effet, *« toute règle probatoire tenant à l'objet et aux modes de preuve a une incidence sur les contours du risque de la preuve »*. Cf. M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 196.

[2018] D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Sous la direction de Emmanuel DOKES, Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006 par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS et l'Université de Bourgogne, Editions Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2007, n° 2, p. 278.

[2019] J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 282, p. 377-378.

Dans l'hypothèse où le commerçant prêteur souhaite obtenir la restitution de ladite somme, il lui incombe de prouver l'existence de l'obligation de restitution. Pour ce faire, il doit rapporter la preuve de la conclusion du contrat de prêt c'est-à-dire de l'existence de l'accord de volontés effectué à cette fin et de la remise des fonds à l'emprunteur. En effet, la preuve du seul versement de la somme ne peut suffire à établir la preuve de l'obligation de restitution car celui-ci peut être qualifié non de prêt mais de don manuel ou de paiement permettant d'éteindre une dette[2020]. Selon un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 14 janvier 2010, avec au visa les articles 1315, alinéa 2 et 1132 du Code civil, *« une reconnaissance de dette souscrite par le débiteur suffit à rapporter la preuve de la remise des fonds dès lors que celle-ci fait présumer, en application de ce dernier texte, la cause de l'obligation de l'emprunteur qui est justement constituée par cette remise »*[2021]. D'où l'intérêt pour le prêteur de se préconstituer une preuve avant le litige[2022]. Par ailleurs, selon la nature de l'obligation, les règles de preuve varient. Par exemple, le créancier d'une obligation de moyen doit rapporter la preuve de l'existence de cette obligation, mais aussi de celle de la mauvaise exécution par le débiteur de celle-ci en démontrant l'exécution défectueuse de ce dernier[2023] alors que tel n'est pas le cas pour le créancier d'une obligation de résultat[2024].On constate qu'il existe de nombreuses dérogations à la règle qui prévoit la charge de la preuve afin notamment de cantonner le risque de celle-ci.

213. Le cantonnement du risque probatoire – Le plus souvent, le risque probatoire est évincé par le législateur notamment par le biais de présomptions irréfragables qui ne permettent pas de rapporter la preuve contraire[2025]. Tel est le cas de la présomption de vérité qui résulte d'une décision qui ne peut plus faire l'objet de voies de recours[2026]. Toutefois, il convient de tenir compte des évolutions et notamment des exigences relatives au droit à un procès équitable qui sont susceptibles désormais de faire obstacle à ces présomptions lorsqu'elles tendent à faire présumer de manière irréfragable la fraude, telle que par exemple la présomption d'interposition de personnes[2027]. Par ailleurs, certaines règles sont édictées en faveur d'une catégorie de

---

[2020] C. CRETON, Note sous Civ. 1ère, 8 avr. 2010, pourvoi n° 09-10.977, *D.* 2010, Etudes et commentaires, n° 5, p. 2098.

[2021] C. CRETON, Note sous Civ. 1ère, 14 janv. 2010 pourvoi n° 08-18.581, *D.* 2010, Etudes et commentaires, n° 5, p. 2097.

[2022] *Infra* n° 205.

[2023] Or, il semble que dans ce cas l'article 1315 du Code civil soit réécrit par la Cour de cassation. En effet, lorsque cette dernière « considère qu'il appartient, « à celui qui réclame l'exécution », de prouver l'exécution défectueuse, c'est-à-dire la faute, elle met à la charge d'une seule et même partie la preuve de l'existence d'une obligation et de la mauvaise exécution de cette dernière ». Cf. D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Sous la direction de Emmanuel DOKES, Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006 par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS et l'Université de Bourgogne, Editions Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2007, n° 6, p. 281.

[2024] R. RODIERE, « Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité, Première partie : la réalité de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle », *J.C.P.*, I, 861, n° 4 et 5.

[2025] *« La force donnée à la présomption procède de la nécessité d'interdire la preuve contraire pour atteindre le but fixé »*. Il s'agit *« essentiellement d'une règle de fond »*. Cf. J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 368, p. 493.

[2026] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 53, p. 43.

[2027] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 73.

justiciables tels que les salariés victimes de discrimination ou de harcèlement[2028] car dans ces matières la charge de la preuve est inversée[2029]. Il en est de même pour la personne ayant été contaminée par le virus de l'hépatite C[2030]. Le risque probatoire varie selon les matières[2031] et

---

[2028] Conformément à l'article L. 123-1 du Code du travail qui dispose qu': *« En cas de litige relatif à l'application du présent article, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »*. Cf. M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 200 ; 214. Cf. aussi H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 16, p. 10.

[2029] Respectivement art. L. 1134-1 et 1154-1 du Code du travail Pour la discrimination voir l'article L.122-45 alinéa 5 du Code du travail. De plus, le risque de la preuve pèse également sur l'employeur en cas de licenciement économique puisque dans cette hypothèse, seul celui-ci doit justifier du motif économique ou faire état de l'accomplissement de son obligation de reclassement. Cf. E. COLLOMP, « L'office du juge en droit du travail », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 94-95.

[2030] Selon l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 *« en cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi ; le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur »*. Cf. M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 215. On retrouve également une jurisprudence favorable, avant l'entrée en vigueur de cette loi, à l'égard des victimes du sang contaminé et d'infection nosocomiale. Par ailleurs, les juges ont eu recours au système de présomption concernant les victimes de scléroses en plaques apparues suite aux vaccins contre l'hépatite B ainsi que celles ayant subi un préjudice lié au Distilbène. Cf. H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 6, p. 6-7. Cf. aussi D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Sous la direction de Emmanuel DOKES, Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006 par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS et l'Université de Bourgogne, Editions Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2007, n° 12, p. 284.

[2031] Par exemple, en droit du travail, selon la décision n° 98-258 du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 : « c'est dans le cas où le juge sera dans l'impossibilité au terme d'une instruction préparatoire de forger avec certitude sa conviction sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement qu'il sera conduit à faire application du principe selon lequel le doute profite au salarié », cité par M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, note de bas de page n° 42, p. 202. Toujours dans cette matière, il en est de même en droit disciplinaire lorsque le juge doit apprécier le bien-fondé d'une sanction en application de l'article L. 1333-1 du Code du travail. Cf. E. COLLOMP, « L'office du juge en droit du travail », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 94. Cf. aussi D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Sous la direction de Emmanuel DOKES, Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006 par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS et l'Université de Bourgogne, Editions Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2007, n° 8, p. 282.

parfois, il n'est pas lié à l'inversion de la charge de la preuve[2032]. On peut aussi faire référence à certaines règles d'interprétation telles que l'article 1162 du Code civil ou l'article L. 133-2 du Code de la consommation[2033]. « Dans le même esprit, peuvent être cités l'article 2268 du Code civil qui pose la présomption de bonne foi, l'article 312 du même Code sur la présomption *Pater is est*…, ou encore l'article 1202 qui exclut toute présomption de solidarité en matière civile »[2034]. De même, en dehors du domaine de la famille, dans le cadre de la garantie des vices cachés, la mauvaise foi du vendeur est toujours présumée[2035]. *« L'usage des présomptions repose simplement sur cette idée que l'évidence est une chose extrêmement rare dans le cours de la justice, et qu'il est donc nécessaire, pour que le droit puisse se réaliser, de transformer les hésitations en certitudes, en se fondant sur ce qui arrive dans l'ordre normal des choses »*[2036]. Au regard des indications données au juge dans sa façon de juger en cas de doute, ce dernier est en conséquence cantonné. De plus, les dérogations au système de preuves légales ne consistent pas seulement dans la charge de la preuve mais aussi dans les modalités de celle-ci. Certes, concernant les actes juridiques en droit civil, un écrit est nécessaire comme le prévoit l'article 1341 alinéa 1er du Code civil, mais il en va différemment dans d'autres branches du droit. Hormis le cas du droit pénal, où le juge statue d'après « son intime conviction », en droit commercial, la preuve par témoins est possible en application des articles 1341 alinéa 2 du Code civil et L. 110-3 du Code de commerce. Par ailleurs, même en présence d'actes juridiques, si ces derniers sont inférieurs à un certain montant, des dérogations sont possibles. Tel est le cas aussi en présence d'un commencement de preuve par écrit en application de l'article 1347 du Code civil ou en cas de perte de l'écrit résultant d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit comme le prévoit l'article 1348 du Code civil. En matière familiale, l'on peut parler de présomptions « quasi-légales » puisqu'elles s'appliquent en l'absence de texte. Tel est le cas en ce qui concerne « une certaine impossibilité morale »[2037] de se préconstituer un écrit en présence d'un lien de parenté. En effet, lorsque l'on peut établir un lien de parenté, il y a une présomption d'impossibilité morale de fournir la préconstitution d'un écrit[2038]. Il en est de même en cas de concubinage lorsque certaines conditions objectives sont réunies telles que la stabilité de ce dernier au regard de sa durée ou la présence d'enfants, ou bien encore dans l'hypothèse où l'on

---

[2032] Concernant l'exemple précédent du risque de la preuve qui pèse sur l'employeur eu égard à l'existence d'une cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement, en application de l'alinéa1er de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, qui dispose que « le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles (…) » , n'attribue pas la charge de la preuve à l'une des parties au litige en priorité par rapport à l'autre. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 339, p. 248.

[2033] *Supra* n° 32.

[2034] M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 205.

[2035] V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 101-102, p. 80-81.

[2036] P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Librairie du Recueil Sirey, 2ième édition, 1951, p. 114.

[2037] C. CARDAHI, *Sentiment et droit, Nos sentiments et nos passions devant la justice et la loi, Etude juridique et sociologique*, Beyrouth, 1951, p. 180.

[2038] Bien qu'il y ait parfois des exceptions. Cf. V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 78, p. 67.

parvient à démontrer un lien de confiance, d'amitié ou un usage en la matière[2039]. Par ailleurs, s'il existe un système de preuves légales, ce dernier ne s'applique pas toujours comme c'est le cas pour les faits juridiques dont la preuve peut être rapportée par tous moyens. Par exemple, dans le cadre de notre cas pratique n°1, si le commerçant parvient à rapporter la preuve de l'existence du contrat de prêt et de la remise des fonds, il établit en conséquence l'existence de l'obligation de restitution qui est à la charge l'emprunteur et il revient à ce dernier, qui se prétend libéré, de rapporter la preuve qu'il a effectué le paiement en application de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil[2040]. Selon la nature juridique de ce dernier, les règles de preuve varient. Un arrêt du 16 septembre 2010 de la première Chambre civile de la Cour de cassation confirme une solution rendue par la même chambre le 6 juillet 2004 puis le 30 avril 2009 en vertu de laquelle le paiement encourt la qualification de fait juridique entraînant dès lors la possibilité d'en rapporter la preuve par tous moyens[2041]. Ainsi, dans le cas n°1, la personne qui a reçu une somme à titre de prêt qu'elle prétend avoir restituée, peut rapporter la preuve de ce paiement par tous moyens et donc par des témoignages, alors que si ce dernier était qualifié d'acte juridique, un écrit serait en principe nécessaire en application de l'article 1341 du Code civil. Au regard des nouveaux moyens de preuve possibles, le litigant peut parfois plus facilement faire la preuve de son droit. On relève à ce propos l'admission de la production des lettres missives, des courriels ainsi que des mini-messages appelés SMS, à condition toutefois qu'ils n'aient pas été obtenus par fraude ou par la violence[2042]. Lorsque demeure un doute, le litigant peut soit être dissuadé d'agir en justice soit au contraire tenté d'agir en espérant profiter du bénéfice de ce dernier. D'une manière générale, si la preuve est indispensable au succès de la prétention, mieux vaut s'abstenir d'agir en justice. Toutefois, s'il demeure des cas de risques probatoires difficiles à anticiper, il est néanmoins envisageable d'avoir recours au serment[2043] et notamment au serment décisoire[2044] qui peut être considéré comme *« une arme désespérée »* à la seule disposition du

---

[2039] V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 73-76, p. 64-66 ; n° 81, p. 68-69.

[2040] Qui énonce que la charge de la preuve incombe à celui qui se prétend libéré.

[2041] G. DEHARO, « Nature juridique du paiement : la Cour de cassation tranche en faveur de la qualification de fait juridique », Note sous Cass. 1ère civ., 16 sept. 2010, n° 09-13.947, *J.C.P.*, G, 2010, n° 940, p. 1776. En l'espèce, il a donc été reproché aux juges du fond de ne pas avoir examiné les attestations produites par l'emprunteuse pour prouver que son paiement avait eu lieu. Cf. X. DELPECH, Note sous cet arrêt, *D*. 2010, Act., p. 2156.

[2042] H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 9, p. 8.

[2043] Qui est défini comme une *« affirmation solennelle à l'origine religieuse, orale ou écrite, par laquelle une personne promet (jure) de se comporter d'une certaine manière ou atteste (en le jurant aussi) la véracité d'une déclaration »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Serment », *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 858. Ainsi, il s'agit d'un « procédé permettant sinon d'authentifier, du moins de donner à des écrits ou à des paroles une force et une valeur plus grandes que celles qu'ils auraient eues s'ils avaient été rédigés ou prononcés sans être confortés par lui ». Cf. P. JULIEN, « Propos sur le serment : un chrétien peut-il jurer ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 281.

[2044] Qui est un *« serment déféré par un plaideur à son adversaire, sur des faits personnels à ce dernier, afin d'en faire dépendre la solution du litige (C. civ., a. 1357-1° ; 2275, al. 1°) et qui, doté de tels effets, constitue à la fois une preuve légale et un mode de sisposition du droit »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Serment », *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 858. La possibilité pour l'une des parties de déférer le serment à son adversaire existait déjà dans le procès civil romain et consistait à interroger ce dernier sur sa bonne foi. Cf. A. KOHL, *Procès civil et sincérité,* Collection scientifique de la faculté de droit de l'université de Liège, 1971, p. 20 ; J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 234, p. 94.

demandeur à la preuve mais qui n'est possible que dans certaines hypothèses[2045]. L'utilisation du serment décisoire est efficace s'il s'insère dans un certain contexte. Tel est le cas lorsque la partie qui le défère à son adversaire sait que ce dernier est très croyant[2046], même si le plus souvent, aujourd'hui il *« constitue un simple appel à la conscience »*[2047]. Celui-ci équivaut à un aveu qui a une grande force étant donné que même s'il n'est pas repris dans les dernières écritures il n'est pas réputé être abandonné[2048]. Afin de réduire le risque de la preuve, les litigants peuvent également prendre certaines mesures avant d'engager un procès notamment par le biais de l'article 145 du CPC qui prévoit la possibilité de la preuve *in futurum*[2049] ou bien encore en rédigeant des conventions portant sur la preuve dans les matières dans lesquelles les parties bénéficient de la libre disposition de leurs droits[2050]. La prise en compte du risque de la preuve permet de mieux rendre compte de celui du procès et ainsi d'orienter le choix dans le sens de l'action ou au contraire de l'inaction. De même, l'évolution des pouvoirs du juge en la matière a une incidence sur la stratégie dans la décision d'agir en justice.

214. L'incidence de l'évolution des pouvoirs du juge en matière de preuve sur le choix d'agir en justice – Dans certaines hypothèses, à l'instar du législateur, les juges de la Cour de cassation ont renversé la charge de la preuve. Tel est le cas en droit de la propriété ainsi qu'en ce qui concerne l'obligation d'information des professionnels. Dans cette dernière hypothèse, avant l'arrêt du 25 février 1997, le demandeur profane pouvait être dissuadé d'agir en justice car c'était à la victime de rapporter la preuve que le professionnel avait manqué à son obligation contractuelle d'information[2051]. Or, dans ces matières, la preuve est difficile à rapporter et peut

---

[2045] Il faut notamment que le fait invoqué soit décisif et que le défendeur puisse effectuer son choix en connaissance de cause, ce fait lui étant personnel. Cf. E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 97, p. 67 ; J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 235 et s., p. 95 et s.

[2046] Selon Montesquieu, *« quand un peuple a de bonnes mœurs, les lois deviennent simples. Platon dit que Radamante, qui gouvernait un peuple extrêmement religieux, expédiait tous les procès avec célérité, déférant seulement le serment sur chaque chef. Mais, dit le même Platon, quand un peuple n'est pas religieux, on ne peut faire usage du serment que dans les occasions où celui qui jure est sans intérêt, comme un juge et des témoins »*. Cf. *De l'esprit des lois*, Tome 1, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, Livre XIX, Chap. XXII, p. 474. Cf. aussi A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire, op. cit.*, p. 124. Cf. *Supra* n° 169.

[2047] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 511, p. 410. Il s'agit d'un *« engagement de la personne »*. Cf. J-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, p. 203.

[2048] En effet, il résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 13 février 2007 que même s'il n'est pas fait état de l'aveu dans les dernières conclusions d'appel, ce dernier est irrévocable. Cf. R. PERROT, Observations sous Cass. 1ère civ., 13 février 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 78, p. 17.

[2049] *Supra* n° 207.

[2050] *Infra* n° 241.

[2051] Désormais, il est fait une application exacte de l'article 1315 du code civil puisque la victime doit seulement faire la preuve de l'existence de l'obligation d'information mais pas de celle de l'inexécution. Cf. D. JACOTOT, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Sous la direction de Emmanuel DOKES, Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006 par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS et l'Université de Bourgogne, Editions Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2007, n° 6, p. 281.

être assimilée « à une forme de *probatio diabolica* »[2052]. L'évolution du rôle du juge est particulièrement mise en évidence dans l'exemple des premiers vols des avions supersoniques utilisés par la Défense nationale qui ont provoqué des dommages en raison du franchissement du mur du son. Si conformément aux règles de preuve légalement établies, c'est à celui qui invoque l'existence d'un dommage résultant d'un fait fautif de démontrer le lien de causalité entre l'événement à l'origine du dommage et le préjudice subi, il était à l'époque difficile aux victimes d'en rapporter la preuve étant donné que l'Etat était seul en possession des avions supersoniques. En effet, ce dernier était le défendeur et pouvait donc invoquer le principe selon lequel *« nul ne peut être contraint à produire une preuve contre lui-même »* (*nemo contra se edere*). Dans les années 60, il n'a pas été possible aux victimes de se défendre en raison de l'impossibilité pour elles de rapporter la preuve de ce lien de causalité. Ces dernières n'ont donc pas pu obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux c'est-à-dire réparation[2053]. Eu égard à ces principes de preuve, le procès était perdu d'avance. Aujourd'hui, il en va différemment et pour anticiper la solution du litige, il convient de tenir compte de l'évolution de la charge de la preuve et notamment du pouvoir du juge en la matière qui est tenu de faire respecter le principe de loyauté[2054] accompagné de celui de l'égalité des armes[2055]. Cela permet aussi de s'interroger sur l'opportunité de la maxime selon laquelle *« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »*[2056]. De même, la possibilité désormais offerte au litigant dans certaines hypothèses de pouvoir passer outre l'adage selon lequel *« Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même »* est susceptible d'inciter ce dernier à agir en justice pour faire reconnaître son droit en justice[2057]. A l'inverse, la violation du principe du respect de la vie privée pour produire une preuve, qui selon la Cour de cassation *« peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont, antérieurement, celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée »*, n'encourage pas obligatoirement le litigant à agir en justice car l'appréciation de la justification de l'atteinte à la

---

[2052] Celle-ci peut encore être illustrée par un arrêt rendu le 2 octobre 2007 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui a considéré qu'*« en cas de perte ou de vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire, au sens de l'article L. 132-3 du code monétaire et financier, d'en rapporter la preuve et que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute »*. En effet, en l'espèce, le client aurait de grandes difficultés à prouver l'absence de faute lourde, d'où la décision des magistrats d'attribuer la charge de la preuve à la banque. Or, une telle preuve étant très difficile à rapporter, le risque pèse ainsi sur cette dernière. Cf. M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 206-207. Cf. aussi H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 2, p. 5 ; n° 17, p. 11.

[2053] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 72.

[2054] Si la loyautée est exigée dans le cadre des relations contractuelles, elle doit également se manifester dans celui du procès et permettre ainsi de tendre à la recherche de la vérité. Cf. A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 541.

[2055] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 72.

[2056] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 74.

[2057] H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 14, p. 9.

vie privée est laissée au pouvoir souverain des juges du fond, ce qui engendre une incertitude sur le résultat en la matière[2058]. Tout dépend donc de la nature du litige. Par exemple, dans notre cas d'espèce n° 1, si le commerçant n'a pas été livré, ce n'est pas à lui de rapporter la preuve du défaut de livraison. En effet, « ce n'est pas au demandeur d'établir que la marchandise transportée n'a pas été livrée mais au voiturier de prouver qu'il a effectué la livraison »[2059]. Si celui qui intente une action en justice peut rapporter la preuve des faits qu'il invoque, il contribue à augmenter ses chances d'obtenir gain de cause, mais il lui incombe également d'analyser la règle de droit applicable au litige pour juger si elle est susceptible de jouer en sa faveur[2060]. Ainsi, si pouvoir rapporter la preuve des faits invoqués contribue à l'évaluation des chances de succès d'une action en justice, il convient de compléter l'analyse par les effets de la règle de droit applicable sur la solution du litige.

215. L'anticipation des pouvoirs du juge au regard de la qualification juridique de la situation litigieuse – Selon la qualification juridique des faits retenue, il est parfois possible d'envisager la solution sur le fond du droit litigieux. Il convient donc de qualifier juridiquement les faits et de prévoir l'étendue des pouvoirs du juge en la matière. Ce travail *« constitue l'une des étapes du procès civil »*[2061]. Certains faits litigieux vont être soumis au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond alors que d'autres pourront faire l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation. Afin d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux, il convient de bien connaître l'étendue des pouvoirs du juge pour prévoir ses réactions et intégrer sa marge de manœuvre ainsi que les réactions de l'adversaire notamment lorsque celui-ci a seul le pouvoir de demander au juge de soulever d'office certains moyens comme c'est le cas des règles relatives à la prescription ou parfois dans celles concernant la compétence[2062]. Au-delà de toutes ces précautions, la rédaction même de la demande en justice, et notamment le choix du fondement de celle-ci est susceptible d'avoir une incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux. S'il ressort d'une anecdote, citée par Motulsky en 1964 qu'à la question du président : « Mais maître sur quel article du code civil vous appuyez-vous ? », l'avocat répondit : « Sur tous, M. le président, sur tous ». Et qu'il aurait pu répondre : « *Jura novit curia* »[2063], il serait bienvenu aujourd'hui pour l'avocat de pouvoir répondre également de la sorte au magistrat au regard de la solution résultant de l'arrêt du 21 décembre 2007 pour échapper à une éventuelle erreur ou à l'oubli d'un fondement juridique susceptible de fonder la demande. Toutefois, depuis le 1er mars 1999, date d'entrée en vigueur du décret du 28 décembre 1998 dont la nouvelle rédaction de l'article 56 alinéa 2 est issue, le demandeur à l'action qui saisit une juridiction par le biais de

---

[2058] H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 11, p. 8.

[2059] J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 476, p. 616.

[2060] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 36.

[2061] C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, Chron., p. 744.

[2062] Avec, cependant, quelques exceptions telles qu'en matière d'injonction de payer en application de l'article 1406, alinéa 3 du CPC ou lorsque la demande est de la compétence du juge de l'exécution puisque dans ce dernier cas, l'article L. 311-12-1, alinéa 4 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que tout autre juge doit relever d'office son incompétence. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 442, p. 316.

[2063] H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, Chron., n° 16, note de bas de page n° 56, p. 240.

l'assignation a l'obligation de motiver sa demande en droit[2064] et pas uniquement en fait, d'où la recherche des différents fondements susceptibles d'appuyer la demande[2065].

216. La stratégie dans la recherche de tous les fondements de nature à fonder la demande au regard de l'émergence d'un principe de concentration des moyens – Si le rapport Magendie souhaitait instaurer un principe de concentration des demandes en première instance, la jurisprudence a déjà consacré un principe de concentration *substantielle* des demandes[2066]. C'est ce qui résulte d'un arrêt de principe de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 juillet 2006, *Césaréo*, qui énonce qu': *« il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »*[2067]. Tel qu'il ressort de cet arrêt, il n'est pas exclu que le fait de devoir concentrer les moyens de nature à fonder la demande soit un principe susceptible d'être érigé au rang des principes directeurs du procès[2068]. De plus, ce principe permettrait d'être en accord avec celui de célérité concernant la procédure[2069] comme le préconise le Rapport Magendie de 2004[2070] mais *« il ouvre un débat de principe sur une orientation majeure du nouveau Code »*[2071]. Cependant, même si cet arrêt a pu être qualifié de *« révolutionnaire »*[2072], le

---

[2064] B. DAILLE-DUCLOS, « Le décret du 28 décembre 1998 : Une véritable réforme de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., p. 823. Cf. aussi C. HANNOUN, « Observations sur les nouvelles exigences de forme dans les écritures des parties (à propos du décret du 28 décembre 1998), *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., n° 6, p. 827 ; M. DOUCHY, « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile : l'adoption partielle des propositions du rapport de J.-M. Coulon », *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., n° 1 et 2, p. 832 ; S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, Chron., n° 21, p. 67-68 ; H. CROZE, « Assignation », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 10, 2002, n° 4, p. 3 ; n° 15, p. 5 ; n° 25, p. 6-7 ; G. BOLARD, « Les écritures qualificatives », *J.C.P.*, G., 2000, I, 214, n° 1, p. 515.

[2065] « Le rôle de l'avocat est ainsi rehaussé, puisqu'on l'invite « à faire du droit ». Mais « le dernier mot reste au juge » étant donné que ce dernier a la possiblité de modifier le fondement juridique énoncé par la partie. Cf. R. MARTIN, « L'avocat, auxiliaire de justice », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, n° 6, p. 270.

[2066] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 8, p. 77.

[2067] *Gaz. Pal*. 2006, 2, p. 2515.

[2068] Afin notamment *« d'éviter des contestations répétitives sous des masques différents »*. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Procédures*, 2006, n° 201, p. 10.

[2069] R. PERROT, note sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *R.T.D. civ*., 2006, p. 826.

[2070] *Célérité et qualité de la Justice*, La documentation française, 2004, p. 69 et s. : le principe de loyauté processuelle commande d'imposer aux parties d'invoquer tous les faits, moyens et preuves qui fondent leurs prétentions, dès le début de l'instance, c'est-à-dire dès leurs premières conclusions, à peine d'irrecevabilité. Cité par N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, note de bas de page n° 30, p. 205.

[2071] Y. DESDEVISES, « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 218.

[2072] P. MAYER, « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 331.

revirement de jurisprudence date d'un arrêt du 4 mars 2004[2073]. La solution n'est donc pas vraiment nouvelle[2074] et se situe dans la droite ligne de ce qu'avait souhaité Motulsky car si cet auteur considérait que la cause de la demande était *« constituée par les circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la prétention soumise au juge »*, c'est-à-dire par *« les éléments générateurs du droit en question »*[2075], il énonçait aussi que concernant la chose jugée, *« la définition de la cause est nécessairement dominée par le désir – qui est à la base de l'institution – de ne point voir renaître des querelles déjà vidées (d'où une tendance inévitable à étendre la notion de chose implicitement jugée) »*[2076]. La cause peut être envisagée sous des aspects mutliples[2077]. La doctrine a toujours été divisée en la matière même si, d'une manière générale, la cause de l'instance est définie comme *« le fait juridique qui sert de fondement à la réclamation »*[2078]. Les difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit de préciser la notion de cause. Selon que les juges ont une conception étroite ou large de l'autorité de la chose jugée, *« ils favorisent ou freinent l'ouverture éventuelle d'un nouveau procès »*[2079]. La conception large de la cause englobe *« à la fois les faits et les qualifications juridiques discutées »*[2080]. Désormais, après avoir obtenu un jugement, le justiciable ne peut plus saisir le juge pour une demande qui tend aux mêmes fins que celle qui a déjà été tranchée. Ainsi, dans l'arrêt du 7 juillet 2006 précité, le justiciable qui avait invoqué, au soutien de sa prétention consistant à obtenir le paiement d'une somme d'argent, le moyen selon lequel il avait effectué un

---

[2073] Dans lequel la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a décidé *« qu'une cour d'appel, ayant constaté que dans une procédure antérieure comme dans celle pendante devant elle, une partie entendait obtenir le remboursement de sommes prêtées et que sa demande avait été rejetée par une précédente décision, retient à bon droit que cette partie, qui invoquait dans la seconde instance le mandat, la gestion d'affaires, la garantie personnelle, le cautionnement, le pacte de constitut, la répétition de l'indu ou l'enrichissement sans cause, ne développait que des moyens nouveaux et que sa demande nouvelle se heurtait par conséquent à l'autorité de la chose jugée »*. Cf. Cité par M. BENMAKHLOUF, Avis concernant le pourvoi effectué contre un arrêt du 29 avril 2003 de la cour d'appel d'Agen concernant la question de la détermination de la chose jugée en matière civile, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 82.

[2074] *« Elle est le fruit d'une longue évolution procédant, comme il est fréquent en jurisprudence, par tâtonnements successifs »*. Cf. L. CADIET, « La sanction et le procès », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 132-133.

[2075] H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, Chron., n° 4, p. 236.

[2076] H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, Chron., n° 2, p. 235. C'est ainsi selon ce dernier que « *la jurisprudence considère parfois qu'il est de bonne justice de traiter comme résolu un problème – soit de fait, soit de droit, soit les deux – dont il est pourtant certain qu'il n'avait pas été envisagé par le juge saisi en premier lieu* ». Cf. H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1968, Chron., n° 9, p. 3.

[2077] Il est énoncé que « le terme « cause » ne saurait avoir la même acception en matière d'immutabilité du litige et en matière de chose jugée. S'il existe un point d'accord quant à la question examinée, il faut bien voir qu'il est limité. La doctrine est en effet unanime lorsqu'il s'agit simplement de dire que la cause de la demande est le *fondement* de la prétention. L'unanimité cesse en revanche lorsqu'il s'agit de préciser en quoi consiste ce fondement ». Cf. G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, n° 226, p. 264-265 ; H. SOLUS, R. PERROT, Droit judiciaire privé, Editions Sirey, 1991, n° 70, p. 66.

[2078] F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 261.

[2079] M. BENMAKHLOUF, Avis concernant le pourvoi effectué contre un arrêt du 29 avril 2003 de la cour d'appel d'Agen concernant la question de la détermination de la chose jugée en matière civile, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 81.

[2080] M. BENMAKHLOUF, Avis concernant le pourvoi effectué contre un arrêt du 29 avril 2003 de la cour d'appel d'Agen concernant la question de la détermination de la chose jugée en matière civile, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 82-83.

travail sans contrepartie financière, ne pouvait plus recommencer un autre procès tendant à obtenir la même prétention mais en se fondant cette fois-ci sur un autre moyen, celui de l'enrichissement sans cause[2081]. Cette demande invoquée sur un autre fondement mais tendant à la même fin a été jugée irrecevable en raison de l'autorité de la chose jugée concernant la demande originaire. On peut désormais parler de jurisprudence *Césaréo* étant donné que la solution qui en résulte a été maintenue par d'autres arrêts. Cette jurisprudence semble donc désormais bien établie[2082]. Dans un arrêt du 24 septembre 2009, la première Chambre civile de la Cour de cassation a même fait application de cette jurisprudence alors que dans cette affaire, un élément de droit nouveau, notamment un revirement de jurisprudence, était intervenu entre le premier arrêt devenu irrévocable et la nouvelle demande[2083]. Il s'agit ainsi de préserver la stabilité et la sécurité judiciaire[2084]. De plus, la jurisprudence *Césaréo* a été étendue au défendeur dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 février 2007[2085] et dont on trouve une autre illustration dans un arrêt de la 3ième chambre civile de la même cour en date du 13 février 2008, qui énonce que le défendeur à une action en résolution forcée d'une vente doit invoquer lors de cette instance l'ensemble des moyens qu'il juge susceptibles de faire échec à la demande, notamment la rescision pour lésion[2086]. En l'espèce, le justiciable qui avait été condamné à la régularisation forcée d'une vente souhaitait donc engager une nouvelle instance sur le fondement de la rescision pour lésion. En effet, lors de la première action, les juges ayant conclu à l'efficacité de la vente alors qu'il avait invoqué le fait qu'un contrat de réservation ne pouvait être requalifié en promesse de vente valant vente, lors de la deuxième instance, il avait tenté d'obtenir gain de cause en se fondant cette fois-ci sur la rescision pour lésion. Tant dans la

---

[2081] *Gaz. Pal*. 2006, 2, p. 2515.

[2082] N. FRICERO, Note sous Civ. 2ième, 5 février 2009, n° 08-10.679, *D.* 2010, n° 3, Panorama, p. 173.

[2083] Or, les juges auraient pu en décider autrement s'ils avaient raisonné par analogie avec les règles ayant trait à l'appel-voie d'achèvement, au regard notamment de l'article 564 du CPC qui donne la possibilité au juge de statuer pour la première fois en appel sur des questions qui émanent d'éléments nouveaux ou de l'article 555 du même code qui admet l'intervention forcée d'un tiers en cas d'évolution du litige. Cf. C. BLERY, « Principe de concentration des moyens : une nouvelle pierre à l'édifice », Note sous Cass. 1ère civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *J.C.P.*, G., 2009, n° 45, 401, p. 15-17. Mais les juges ont peut-être raisonné eu égard aux règles applicables au pourvoi en cassation. En effet, dès lors qu'un premier pourvoi a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation, il n'est pas possible d'en former un second si entre temps un revirement de jurisprudence est intervenu, le changement de circonstances de droit n'étant pas de nature à permettre une nouvelle analyse de la solution que la Cour de cassation a rendue lors du premier pourvoi. Cf. F. BOUCARD, « « Pourvoi en cassation. Le renvoi après cassation », *J.-Cl.*, *Procédure civile*, fasc. 762, Mai 2010, n° 29.

[2084] M. CHARRUAULT, Conseiller rapporteur, Rapport sous Ass. plén., 7 juillet 2006, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 44-45. Cf. aussi M. BENMAKHLOUF, Avis concernant le pourvoi effectué contre un arrêt du 29 avril 2003 de la cour d'appel d'Agen concernant la question de la détermination de la chose jugée en matière civile, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 83. Une interprétation différente d'un même texte n'est pas susceptible de constituer un fait nouveau pouvant rendre recevable une demande nouvelle. Ainsi, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 février 2009 a maintenu la décision de la Cour d'appel en énonçant que le jugement avait l'autorité de la chose jugée et que l'appelant « n'était pas recevable, fût-ce sur le fondement d'une jurisprudence apparue postérieurement, à prétendre réouvrir les débats devant le même juge, sur la même contestation, entre les mêmes parties et sur leurs mêmes droits ». Cf. Ch. PAUL-LOUBIERE, Note sous Cass. civ. 2ième, 5 févr. 2009, *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 1061.

[2085] Dans lequel la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce qu'*« Il incombe aux parties de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature, soit à fonder la demande, soit à justifier son rejet total ou partiel »*. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.322, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 13.

[2086] M. DOUCHY-OUDOT, Observations sous Civ. 3e, 13 février 2008, *Droit et procédures*, Juillet-août 2008, p. 214.

première instance que dans la seconde, le plaideur tente d'obtenir l'inefficacité du contrat. Or, selon la Cour de cassation, la deuxième action du défendeur n'est pas recevable en raison de la violation du principe de concentration des moyens dès la première instance. Ainsi la cause de la demande ne se confond plus avec le moyen de droit[2087]. Il en résulte une modification de la notion de l'autorité de la chose jugée telle qu'elle est définie à l'article 1351 du Code civil[2088]. « La cause de la demande » comprend tous les moyens de droit pertinents au soutien de la prétention, même ceux dont il n'a pas été fait état lors de la première instance et qui n'apparaissent pas expressément dans le jugement[2089]. Une modification des articles 1351 du Code civil et 4 du CPC pourrait donc être effectuée[2090]. La solution qui ressort de l'arrêt du 7 juillet 2006 est différente de celle qui avait été adoptée auparavant par l'Assemblée plénière dans un arrêt du 3 juin 1994, dans lequel celle-ci avait permis au justiciable d'effectuer une seconde saisine en faisant état d'un autre moyen juridique au soutien de sa demande[2091]. Désormais, il

---

[2087] L'on peut s'interroger sur la question de savoir si l'on ne doit plus faire de distinction entre la cause de la demande au sens de l'article 1351 du Code civil et celle qui résulte de l'article 4 du CPC. Cf. M. DOUCHY-OUDOT, Observations sous Civ. 3e, 13 février 2008, *Droit et procédures*, Juillet-août 2008, p. 215.

[2088] La Cour de cassation ajoute une condition à l'article1351 du Code civil en considérant que la chose jugée par un jugement antérieur fait autorité à l'égard d'une demande identique fondée sur un moyen différent. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Procédures*, 2006, n° 201, p. 10. V. aussi du même auteur, la *R.T.D. civ.*, 2006, p. 826.

[2089] N. FRICERO, Observations sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Droit et procédures*, nov.-déc. 2006, p. 350.
Or, cela est en contradiction avec l'article 480 du Code de procédure civile qui dispose que *« le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal (...) a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche »*. Par ailleurs, si selon la Cour de cassation, sauf dérogation exceptionnelle, les motifs d'un jugement n'ont pas autorité de la chose jugée, il s'agit de ceux qui ont été expressément énoncés par le jugement, alors que selon l'arrêt du 7 juillet 2006, des motifs absents pourraient bénéficier de l'autorité de la chose jugée. Cf. G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *J.C.P.*, G, 2008, I, 156, n° 8 ; n° 10 et n° 11, p. 21-22. La Cour de cassation étend l'autorité de la chose jugée *« à des questions que le juge n'a jamais jugées et qui n'ont même pas été soulevées dans le procès »*. Elle ne semble donc pas avoir pris en compte le *« sens des mots »*. Cf. G. WIEDERKEHR, « Le doit et le sens des mots », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 577. C'est notamment *« parce que la fin de non-recevoir de la chose jugée couvrira artificiellement des questions qui n'auront même pas été abordées »* que l'on peut dire que le système est injuste. Cf. H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 13, p. 230. D'ailleurs, la CJCE n'est pas favorable à ce principe de la concentration des moyens *« en ce qu'elle aboutit à donner autorité à la chose qui n'a pas été jugée »* comme elle l'a énoncé dans un arrêt du 18 juillet 2007 (aff. C. 119/05). Cf. C. BLERY, « Principe de concentration des moyens : une nouvelle pierre à l'édifice », Note sous Cass. 1ère civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *J.C.P.*, G., 2009, n° 45, 401, p. 17.

[2090] L'article 1351 du Code civil serait rédigé de la façon suivante : *« L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la prétention soit la même et que la demande soit formée entre les mêmes parties, agissant en la même qualité. Une prétention n'est pas nouvelle dès lors qu'elle tend aux mêmes fins que la prétention déjà jugée, même si son fondement juridique est différent »*, et l'article 4 du CPC disposerait qu': *« Il incombe aux parties de présenter, dès l'instance initiale, l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature, soit à fonder leur prétention, soit à justifier son rejet »*. Cf. L. CADIET, « Autorité de chose jugée : de la jurisprudence vers les codes », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 17.

[2091] *Gaz. Pal*. 2006, 2, p. 2515-2516. En l'espèce, un jugement avait énoncé que la vente d'immeuble était régulière au regard de l'analyse du consentement réel et sérieux de la partie qui souhaitait annuler ladite vente. Ayant été déboutée, cette dernière engagea une seconde instance toujours dans le but d'obtenir l'annulation de la vente mais en invoquant le défaut de prix réel et sérieux. Ce nouveau moyen a été accueilli par les juges qui ont considéré que le premier jugement n'avait pas statué sur cette question puisque la nouvelle instance concernait certes une demande identique mais était fondée sur un moyen différent. Cf. N. FRICERO, Observations sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Droit et procédures*, nov.-déc. 2006, p. 349.

convient donc d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder la demande et d'utiliser la possibilité d'effectuer une demande subsidiaire notamment dans les cas où la validité d'un acte est critiquée et qu'est susceptible de l'être aussi une de ses modalités d'exécution puisque la validité d'une manifestation de volonté peut être contestée de différentes façons. Dans l'arrêt précité du 3 juin 1994, le débat portait sur le défaut de prix sérieux de la vente alors que le litige précédent était centré sur la question du vice de consentement du contrat. Or, il ne semble pas loyal et conforme au respect du principe du droit à un procès équitable, en cas d'échec, de recommencer un autre procès en s'appuyant sur un autre moyen en énonçant qu'il n'y a pas eu de discussions à l'égard de ce dernier[2092]. Au regard de la solution résultant de l'arrêt du 3 juin 1994, la partie perdante peut être incitée à recommencer une nouvelle instance pour invoquer un moyen nouveau de nature à fonder la même prétention. Ainsi, il peut s'agir d'un moyen stratégique permettant au perdant d'agir de nouveau en justice dans un esprit de chicane ou bien de manière légitime pour tenter d'obtenir gain de cause. La difficulté consiste dans la recherche du but poursuivi par le litigant qui effectue un nouveau procès. L'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006 coupe court à la stratégie du litigant qui tendrait à utiliser la possibilité de recommencer un nouveau procès dans un esprit de chicane, mais risque de priver les plaideurs du droit à un procès équitable[2093] surtout lorsque ces derniers n'ont pas été représentés par un avocat[2094], même si le principe de la concentration des moyens permet de rendre effectif l'exercice des droits de la défense[2095]. D'où les critiques de la doctrine en la matière[2096] notamment lorsque cette solution est mise en parallèle avec celle qui résulte de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 21 décembre 2007[2097]. Toutefois, il semblerait que le principe de la

---

[2092] Ph. BLONDEL, « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 177-178.

[2093] En effet, l'on peut se demander si « la recherche d'efficience » ne porte pas atteinte à ce droit. Cf. L. WEILLER, note sous Cass. 3ième civ., 13 février 2008, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10052, p. 32.

[2094] Dans le cas inverse, si ce dernier omet des moyens de droit susceptibles de fonder la demande, la responsabilité professionnelle de celui-ci peut être engagée. Cf. N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 204-205.

[2095] N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 202.

[2096] Si les avantages concernent notamment le respect du droit au délai raisonnable du jugement ainsi que la sécurité juridique, les inconvénients ont trait essentiellement au justiciable non juriste qui n'est pas représenté en justice et qui est susceptible d'omettre d'énoncer tous les moyens de nature à fonder sa demande. Cf. N. FRICERO, Observations sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Droit et procédures*, nov.-déc. 2006, p. 350. V. aussi L. WEILLER, note sous Cass. 3ième civ., 13 février 2008, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10052, p. 34.

[2097] En effet, *« laisser les parties, seules, face au principe de concentration, sans exiger du juge qu'il leur rapporte son aide devient injuste »*. Cf. C. BLERY, « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès), in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, n° 12, p. 121. Cf. aussi M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 31 et s. Si désormais tous les moyens de droit pertinents de nature à fonder la demande sont inclus dans l'autorité de la chose jugée du jugement relatif à cette demande, il semble inquiétant que le juge n'ait pas l'obligation de faire état de ceux qui ne sont pas expressément énoncés par les parties afin de pouvoir en débattre lors de la première instance. Cf. N. FRICERO, Observations sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Droit et procédures*, nov.-déc. 2006, p. 351. V. aussi S. GUINCHARD, « Les prémices d'une démocratie procédurale », *Répertoire de Procédure civile, Cahiers de l'actualité*, Janvier 2007, p. 9.

concentration des moyens ne soit pas contraire à l'article 6§1 de la Conv.EDH[2098]. En effet, le droit d'accès au juge peut comporter des « limites proportionnées au but légitime qu'elles poursuivent ». Or, il semblerait que la sécurité juridique constitue un but légitime en la matière[2099] permettant de limiter le droit d'accès au juge. Si le principe de concentration des moyens est acceptable, il ne doit toutefois pas tendre à la concentration des demandes[2100]. Cette jurisprudence a ainsi des conséquences en matière de stratégie procédurale. Afin de se réserver toutes les chances de succès sur le fond du droit litigieux, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, il incombe aux parties *« de concentrer l'ensemble des moyens de nature à fonder leurs prétentions à peine de se heurter ultérieurement à la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée. Pratiquement elles doivent formuler leurs moyens de droit dans leurs écritures »*[2101]. En d'autres termes, tous les fondements juridiques possibles doivent être invoqués[2102]. Ainsi, la stratégie consistant pour le justiciable, plutôt qu'à faire appel, à recommencer une nouvelle action sur un autre fondement dans le but d'éviter les frais de la procédure d'appel n'a plus lieu d'être. Il n'est pas certain que la rapidité de la procédure aille de concert avec la qualité du procès car s'il a été reproché à des juges de ne pas avoir usé de l'article 12 du CPC pour ne pas ralentir la procédure, les plaideurs ont ensuite effectué un autre procès, ce qui a au final fait perdre encore plus de temps à ces derniers[2103], et si désormais on leur retire cette possibilité au regard du principe de concentration des moyens c'est au détriment de la qualité du procès[2104]. Toutefois, le risque de l'erreur ou de l'ignorance du demandeur doit peser sur ce dernier et non pas sur le défendeur. En effet, *« le droit à l'erreur du demandeur est largement dominé par le droit du défendeur à se reposer sur la décision de débouté qu'il a obtenue après plusieurs années de lutte onéreuse »*[2105]. Par ailleurs, la portée de la solution résultant de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006 est limitée aux jugements qui ne peuvent faire l'objet d'un

---

[2098] C'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour EDH du 26 mai 2011, *Legrand c./ France*, n° 23228/08. Cf. N. FRICERO, Note sous Cour EDH, 26 mai 2011, *Legrand c./ France*, n° 23228/08, « Droits de l'Homme », Droit des procédures internationales, *Dr. et procéd.*, 2012, p. 3.

[2099] Mme KOERING-JOULIN, « Note relative au droit d'accès à un tribunal », *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 48 ; N. FRICERO, Note sous Cour EDH, 26 mai 2011, *Legrand c./ France*, n° 23228/08, « Droits de l'Homme », Droit des procédures internationales, *Dr. et procéd.*, 2012, p. 3.

[2100] Y. STRICKLER, « La concentration des moyens et la nouvelle procédure d'appel », *Dr. et procéd.*, 2011, spéc. n° 25, p. 171. Cf. aussi J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, n° 337-2, p. 286. Sur cette distinction cf. E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, n° 6, p. 204-205 ; *supra* n° 141..

[2101] Il s'agit d'une hypocrisie car « les parties ne sont pas à proprement parler obligées d'alléguer les moyens de droit, non : simplement cela leur « incombe ». De plus, « si elles ne le font pas, le juge *pourra* pallier leur carence mais n'y sera pas tenu ». Cf. H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 230.

[2102] F. GRANDSARD, « Le regard du praticien », *Procédures*, 2007, Etudes, 15, n° 12, p. 22.

[2103] Tel avait été le cas dans un arrêt rendu le 22 avril 1997 dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation avait énoncé que les juges du fond auraient dû faire application de l'article 12 du CPC, ce qui aurait permis d'éviter la prolongation du procès. Cf. G. BOLARD et P. DRAI, Justice hâtive, justice rapide, « Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès », *J.C.P.*, G, 1997, I, 4061, p. 459.

[2104] Il est en effet difficile d'admettre que ne soient pas pris en compte lors d'un second procès des moyens de droit qui n'ont pas été invoqués antérieurement au soutien d'une demande identique entre les mêmes personnes, alors que le but de l'institution judiciaire est notamment *« de permettre la réalisation effective des droits des plaideurs »*. Cf. L. WEILLER, note sous Cass. 3ième civ., 13 février 2008, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10052, p. 34.

[2105] P. MAYER, « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 343.

appel ou qui ont dépassé le délai d'appel[2106]. La concentration des moyens « doit être comprise au sein du procès et non pas au sein d'une instance au procès »[2107]. Il est donc possible, en appel, pour les parties d'invoquer des moyens de droit qui n'ont pas été insérés dans le débat lors de la première instance[2108] bien que cela ne soit pas conforme au principe de concentration prôné par le Rapport Magendie de 2004, n'ayant pas encore reçu de « consécration légale ». D'ailleurs, l'interprétation de l'attendu de cet arrêt a suscité des hésitations[2109]. De plus, le second Rapport Magendie datant de 2008 et concernant plus spécifiquement la procédure devant la cour d'appel[2110], semblait revenir sur le principe selon lequel, il est possible, en application de l'article 563 du CPC, de faire état de nouveaux moyens pour justifier les prétentions soumises au premier juge. Or, instaurer une voie d'achèvement tempérée du litige n'est pas une réforme anodine[2111] et semble être un remaniement du code car d'une manière générale, *« les demandes tendant aux mêmes fins sont recevables pour la première fois en appel, alors même qu'elles seraient fondées sur un texte différent »*[2112]. D'où encore d'ailleurs, au regard de la réforme de la procédure d'appel, la possibilité en principe, de modifier le fondement juridique de la demande en appel[2113]. Dans un arrêt du 2 avril 2008 dans lequel le demandeur avait lors de la première instance, fondé sa demande sur le fondement de l'enrichissement sans cause et en appel sur celui de la répétition de l'indu, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi non en raison de la modification du fondement de la demande en appel mais parce que cette dernière action ne pouvait être mise en œuvre *« qu'à l'encontre du créancier ou de celui qui a reçu le paiement et non à l'encontre du débiteur pour le compte duquel le paiement a été effectué »*[2114]. Il ressort de cet arrêt que la modification du fondement juridique de la demande est recevable en appel mais que les chances de succès de cette dernière dépendent de la qualité de la personne à l'encontre de laquelle l'action est exercée[2115]. Ainsi, en appel, la demande fondée sur un moyen différent de celui invoqué en première instance est recevable, seules ses chances du succès sont subordonnées à la réunion de certaines conditions concernant le fond du droit[2116]. Au

---

[2106] N. FRICERO, Observations sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Droit et procédures*, nov.-déc. 2006, p. 351.

[2107] E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, n° 11, p. 207.

[2108] « Ainsi la concentration des moyens devrait être comprise au sein d'un procès, et non pas d'une instance dans le procès ». Cf. G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *J.C.P.*, G, 2008, I, 156, n° 7, p. 21.

[2109] S. GUINCHARD, « Les prémices d'une démocratie procédurale », *Répertoire de Procédure civile, Cahiers de l'actualité*, Janvier 2007, p. 9.

[2110] J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008.

[2111] Comme le principe de concentration dont a fait état la jurisprudence, il ouvre un débat sur une nouvelle orientation du CPC. Cf. Y. DESDEVISES, « Le général et le spécial en procédure civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 218.

[2112] C. BLERY, « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès), in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, n° 6, p. 116.

[2113] M. ZAVARO, *La réforme de la procédure civile devant la Cour d'appel*, Editions Edilaix, 2011, n° 10, p. 12.

[2114] C. LE GALLOU, Observations sous Cass. 3e civ., 2 avril 2008, *Revue Lamy droit civil*, 2008, Actualité, n° 3011, p. 13.

[2115] C. LE GALLOU, Observations sous Cass. 3e civ., 2 avril 2008, *Revue Lamy droit civil*, 2008, Actualité, n° 3011, p. 13.

[2116] Toutefois, l'action aurait pu ne pas être déclarée recevable au regard du principe de subsidiarité de l'action *de in rem verso*.

regard de cette jurisprudence et de l'arrêt du 21 décembre 2007, on constate une disparité entre les jugements rendus en premier et dernier ressort et ceux rendus en premier ressort. Concernant les premiers, en cas d'omission d'un moyen de droit, les parties ne peuvent ultérieurement former une autre demande pour reprocher au juge de ne pas avoir rectifié leur fondement initial, celui-ci n'étant pas tenu de le modifier. En revanche, dans le cas de la seconde catégorie de jugements, les parties peuvent modifier en appel le moyen de droit dans les conditions fixées par des articles 563 et suivants du CPC, sous réserve que l'appel reste une voie d'achèvement du litige. Une évolution a été envisagée[2117] et tend ainsi vers l'instauration à la fois d'un principe de concentration procédurale et substantielle[2118]. Dans le même ordre d'idées, on peut imaginer qu'il en aille de même en ce qui concerne l'invocation des moyens de preuve au soutien des prétentions de chacune des parties. Il semblerait qu'il y ait en la matière la possibilité d'user d'une stratégie habile sans être déloyale. En effet, le demandeur a la possibilité de communiquer uniquement quelques pièces et non l'intégralité en attendant de connaître les moyens de défense de son adversaire, sous réserve toutefois de l'instauration d'un principe de loyauté en matière procédurale susceptible de faire obstacle à toute manœuvre de la part des parties[2119]. D'ailleurs, la jurisprudence a déjà énoncé qu'une preuve nouvelle qui n'a pas été invoquée, n'est pas recevable si elle pouvait être invoquée auparavant, en revanche devrait être recevable un moyen de preuve découvert ultérieurement en raisonnant comme lorsque la voie d'appel est considérée comme une voie d'achèvement du litige. Or, le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 portant sur la procédure d'appel prévoit dans son article 8 que la communication de l'intégralité des pièces doit s'effectuer dès les premières conclusions[2120]. Ainsi, la stratégie tendant à effectuer une action en justice pour obtenir gain de cause consiste à rechercher et à invoquer dès la première instance tous les fondements de nature à fonder la demande[2121] ainsi que les moyens de preuve sur lesquels celle-ci s'appuie, d'autant que la jurisprudence est susceptible de changer à l'avenir.

217. Une autre stratégie à envisager au regard d'une éventuelle modification de la jurisprudence en la matière – Il n'est pas exclu que la jurisprudence *Césaréo* s'applique à l'avenir dans les cas où l'objet de la demande est distinct de celui dont il a été fait état lors du

---

[2117] D'ailleurs, une certaine interprétation de l'arrêt du 13 février 2008 qui applique la jurisprudence *Césaréo* au défendeur conduit à lui donner une autre portée. Si le fait pour le défendeur d'invoquer un autre moyen au soutien du rejet de la demande que celui invoqué antérieurement peut être qualifié de défense au fond, cette dernière peut être présentée en tout état de cause et donc pour la première fois en appel. Cependant, si l'on considère que c'est uniquement au cours de la première instance que peuvent être invoqués tous les moyens de nature à fonder le rejet de la demande, il pourrait s'agir d'un moyen de défense particulier auquel pourrait s'appliquer le régime de l'exception de procédure. Cf. L. WEILLER, note sous Cass. 3ième civ., 13 février 2008, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10052, p. 34.

[2118] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 8, p. 78.

[2119] A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 538. Cf. aussi M. DOUCHY-OUDOT, « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.*, 15-17 nov. 2009, n° 8, p. 4.

[2120] En supprimant le troisième alinéa de l'article 132 du CPC selon lequel « en cause d'appel, une nouvelle communication des pièces déjà versées aux débats de première instance n'est pas exigée. Toute partie peut néanmoins la demander ». Cf. O. SALATI, « Présentation des principales dispositions du décret du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Dr. et procéd.*, 2010, Chr., p. 4.

[2121] R. PERROT, Note sous Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.322, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 13.

précédent procès. Le principe de la concentration des moyens risque d'entraîner un glissement vers la concentration des demandes[2122]. On peut songer à ce qu'il faille, par exemple, lors d'une action en réparation du préjudice subi, invoquer dès la première instance tous les chefs de préjudices réparables afin de ne pas prendre le risque de se voir opposer l'autorité de la chose jugée lors d'une seconde demande relative à un préjudice d'un autre ordre et donc ayant un objet distinct de la précédente. Ainsi, dans le cadre d'une action en responsabilité pour obtenir la réparation d'un préjudice matériel, il conviendrait de ne pas effectuer un autre procès pour obtenir celle d'un préjudice moral dès lors que les faits permettraient dès la première instance de faire état des deux types de préjudice. D'ailleurs, un arrêt de la première Chambre civile du 1er juillet 2010 ouvre une brèche en la matière en faisant obtacle à ce qu'une autre instance ait lieu alors même que c'est dans le but d'obtenir un objet distinct de celui qui était demandé lors de la première instance. Dans cet arrêt, il a été décidé que le défendeur qui, dans une précédente instance avait souhaité que la demande effectuée contre lui soit rejetée en invoquant la non validité de l'acte de cautionnement et de la portée de son engagement ayant trait à ce dernier, ne pouvait ensuite effectuer une nouvelle action pour condamner les créanciers, qui n'avaient pas procédé au renouvellement d'une hypothèque sur les biens du débiteur principal, à payer des dommages-intérêts qui viendraient compenser le versement de la somme qu'il avait été condamnée à payer en exécution du contrat[2123]. Toutefois, en l'espèce, si l'objet de la demande était distinct, néanmoins, celle-ci *« était destinée à remettre en cause la précédente condamnation »*[2124]. D'ailleurs, un arrêt antérieur de la deuxième Chambre civile du 6 juillet 2006 en avait décidé différemment. Mais un arrêt de la Chambre commerciale du 6 juillet 2010 semble maintenir la solution car en l'espèce l'arrêt de la Cour d'appel a été cassé alors que celle-ci avait décidé que le précédent jugement avait pout objet de fixer le montant de l'obligation de la caution et que la seconde demande tendait à la limitation de l'assiette de l'engagement de cette dernière. Certes, selon Monsieur le Professeur Roger Perrot, *« la dualité d'objet était discutable »*[2125] comme dans celui de l'arrêt du 1er juillet 2010, *« tant il était évident que la seconde instance n'avait d'autre objet que de neutraliser le jugement »*. D'après Monsieur le Professeur Emmanuel Jeuland, ce dernier arrêt élargit *« le principe de la concentration des moyens dégagé par l'arrêt Cesareo à une concentration implicite des demandes »*[2126]. La première Chambre civile a pris notamment le soin de ne pas évoquer l'objet de la demande et en maintenant la solution de la Cour d'appel qui a énoncé que la demande était irrecevable en raison de ses moyens qui n'ont pas été soulevés en temps utile, elle a *« transformé une demande en dommages et intérêts en un simple moyen de défense. Elle a donc qualifié l'objet d'une demande*

[2122] M. ZAVARO, *La réforme de la procédure civile devant la Cour d'appel*, Editions Edilaix, 2011, n° 11, p. 12.

[2123] C. CRETON, Note sous Civ. 1ère, 1er juill. 2010, pourvoi n° 09-10.364, *D.* 2010, Etudes et commentaires, n° 8, p. 2100-2101.

[2124] C. CRETON, Note sous Civ. 1ère, 1er juill. 2010, pourvoi n° 09-10.364, *D.* 2010, Etudes et commentaires, n° 8, p. 2100-2101.

[2125] R. PERROT, « Principe de concentration », Note sous Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671, *Procédures*, Octobre 2010, Commentaires, n° 335, p. 10.

[2126] E. JEULAND, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », Note sous Cass. 1ère civ., 1er juill. 2010 et Cass. 2ième civ., 23 sept. 2010, *J.C.P.*, G, 2010, n° 1052, p. 1993. C'est ce qu'affirme également un autre auteur. Cf. V. AVENA-ROBARDET, Note sous Cass. civ. 2e, 26 mai 2011, n° 10-16.735, *D.* 2011, Actualités, p. 1566.

de cause de la demande »[2127]. L'on peut s'interroger sur la question de savoir s'il en irait différemment dans l'hypothèse où la nouvelle action ne remettrait pas en cause la décision précédente c'est-à-dire en l'espèce si la demande tendait à obtenir des dommages-intérêts en proportion plus importante que le montant de la condamnation du précédent jugement[2128]. Par ailleurs, dans un autre domaine, tel pourrait aussi être le cas de l'invocation des différents préjudices réparables. En effet, obtenir ou pas gain de cause en ce qui concerne la demande en réparation du préjudice matériel n'a pas obligatoirement de lien avec celle qui concerne la réparation du dommage moral. Toutefois, il n'est pas exclu qu'à l'avenir il soit fait obstacle à l'invocation ultérieure d'une demande de ce type dès lors qu'elle pourrait être effectuée lors de la première instance. D'ailleurs, dans l'arrêt précité du 1er juillet 2010, l'absence du renouvellement de l'inscription hypothéquaire par les créanciers sur les biens du débiteur aurait pu être invoquée lors de la première instance. Il ne s'agit donc pas d'un fait nouveau qui serait apparu après que la décision ait été rendue. Cependant, au regard des arrêts récents, la Cour de cassation ne semble pas souhaiter s'engager dans cette voie en précisant que lorsque la seconde demande a un objet distinct de la première, elle est recevable. Par exemple, selon un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 23 septembre 2010, *« L'action en responsabilité intentée par un client contre sa banque n'a pas le même objet que l'action en paiement exercée par celle-ci, de sorte qu'une cour d'appel ne peut exciper de l'autorité de la chose jugée pour la déclarer irrecevable au motif qu'elle ne tendrait qu'à faire échec, par des moyens que le client n'a pas cru devoir développer en temps utile, à la condamnation irrévocable prononcée à son encontre, sauf à violer l'article 1351 du Code civil »* [2129]. Il semble qu'il y a une contradiction avec l'arrêt du 1er juillet 2010 précité mais à la différence de ce dernier, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation fait état d'un objet différent de la première demande. Par ailleurs, dans les deux cas, le principe de concentration des demandes semble exclu[2130]. L'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 28 mai 2008 qui consacre ce dernier ne paraît donc être valable qu'en matière d'arbitrage[2131] bien qu'au regard de l'arrêt de la même chambre du 1er

---

[2127] E. JEULAND, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », Note sous Cass. 1ère civ., 1er juill. 2010 et Cass. 2ième civ., 23 sept. 2010, *J.C.P.*, G, 2010, n° 1052, p. 1994-1995.

[2128] A ce sujet, la Cour de cassation avait énoncé dans un arrêt d'une chambre mixte du 21 février 2003 que la caution bénéficiait d'une option entre la possibilité de faire état de la responsabilité de la banque dans le cadre d'une défense au fond à condition de ne pas invoquer en plus des dommages-intérêts ou d'effectuer une demande reconventionnelle tendant à obtenir des dommages-intérêts et la compensation. Cf. E. JEULAND, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », Note sous Cass. 1ère civ., 1er juill. 2010 et Cass. 2ième civ., 23 sept. 2010, *J.C.P.*, G, 2010, n° 1052, p. 1995.

[2129] Cf. *D.* 2010, n° 35, Act., p. 2300. De même, il résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 30 septembre 2010 que *« L'appel en garantie formé à l'encontre d'un fournisseur par un vendeur, en considération de la condamnation de ce dernier au profit de son client, n'a pas le même objet que la condamnation en paiement du prix de la marchandise du vendeur au bénéfice du fournisseur, prononcée par un tribunal, de sorte qu'il ne peut être déclaré irrecevable, sauf à violer les articles 1351 du code civil et 480 du code de procédure civile »*. Cf. *D.* 2010, n° 36, Act., p. 2372.

[2130] Alors que la première chambre civile *« déguise ce principe en étendant l'obligation de concentrer les moyens »*, la deuxième *« nie clairement son existence »*. Cf. E. JEULAND, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », Note sous Cass. 1ère civ., 1er juill. 2010 et Cass. 2ième civ., 23 sept. 2010, *J.C.P.*, G, 2010, n° 1052, p. 1994.

[2131] *Supra* n° 141.

juillet 2010, il semble être reconnu de manière implicite comme cela a été souligné plus haut[2132]. Toutefois, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation prend clairement position dans un arrêt du 26 mai 2011 en énonçant dans un attendu de principe que le demandeur *« n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits »*[2133]. Néanmoins, s'agissant d'un arrêt de la deuxième Chambre civile, il n'est pas certain que la première chambre adopte la même solution. Au regard de la divergence de vues entre ces deux chambres, il serait souhaitable qu'un arrêt d'assemblée plénière intervienne[2134]. Afin de mieux anticiper les cas dans lesquels le demandeur peut se voir opposer l'exception de l'autorité de la chose jugée par rapport à ce qui a été jugé lors d'une précédente instance, il est possible de procéder à quelques « questions tests ».

218. Les moyens permettant de connaître les cas dans lesquels la demande est susceptible dans un second procès de se heurter à l'exception de l'autorité de la chose jugée – Pour que la demande soit de nouveau analysée lors d'un second procès et qu'elle ne se heurte pas à l'exception de l'autorité de la chose jugée, il convient de faire état d'un fait nouveau puisque le changement de fondement juridique est désormais insuffisant pour considérer que la cause est nouvelle[2135]. Afin de savoir s'il est possible d'effectuer une autre demande qui concerne les mêmes parties dans un second procès, l'éventuel demandeur à l'action peut s'interroger sur la question de savoir s'il formerait de nouveau une demande s'il avait obtenu gain de cause lors du précédent procès. Dès lors que la réponse est positive, il y a de fortes chances pour que la nouvelle demande ne soit pas considérée comme identique à la précédente par les juges. Ainsi, il semble possible d'invoquer différents types de préjudices réparables dans différentes instances, la satisfaction concernant la réparation de l'un d'entre eux, n'empêchant pas de souhaiter obtenir gain de cause sur un autre chef de préjudice. Dans l'arrêt de la première Chambre civile du 1er juillet 2010 précité, si lors de la première instance, le défendeur avait pu faire annuler le contrat, il n'aurait pas effectué un autre procès. Etant condamné au paiement en vertu du contrat de cautionnement, le souhait pour la caution de diminuer le montant de sa condamnation avait un autre objet que celui de faire déclarer non valide son engagement total au paiement mais avait néanmoins un lien avec la précédente condamnation. Au regard de cet arrêt, la question consistant à s'interroger sur l'intérêt d'effectuer un nouveau procès en cas d'échec du premier fonctionne encore, même si la seconde demande comporte un objet distinct de la première. Mais la jurisprudence étant susceptible d'aller encore plus loin à l'avenir, il conviendrait donc de surcroît de se demander si l'objet, même distinct de la précédente demande, n'a pas été généré par un fait susceptible d'être invoqué dès la première instance. Ainsi, il pourrait être important, dans le cas d'une action en responsabilité concernant différents types de

---

[2132] En effet, *« le principe de la concentration des moyens est à géométrie variable et peut comprendre implicitement, pour certaines chambres, une concentration des demandes »*. Cf. E. JEULAND, « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », Note sous Cass. 1ère civ., 1er juill. 2010 et Cass. 2ième civ., 23 sept. 2010, *J.C.P.*, G, 2010, n° 1052, p. 1995.

[2133] En l'espèce, il a été décidé que la demande tendant à obtenir le paiement des loyers du bien vendu n'avait pas le même objet que celle consistant à faire déclarer la vente parfaite dudit bien. Cf. V. AVENA-ROBARDET, Note sous Cass. civ. 2e, 26 mai 2011, n° 10-16.735, *D.* 2011, Actualités, p. 1566.

[2134] V. AVENA-ROBARDET, Note sous Cass. civ. 2e, 26 mai 2011, n° 10-16.735, *D.* 2011, Actualités, p. 1566.

[2135] Et ce, que le moyen de droit nouveau ait pu être invoqué dès la première instance ou pas au regard notamment de l'arrêt du 24 septembre 2009 précité qui énonce que même si une modification de la jurisprudence survient, elle n'est pas en mesure de modifier le fondement juridique de la demande.

préjudices, de faire état de chacun d'eux dès lors que les faits générateurs qui peuvent donner lieu à des demandes ayant des objets distincts peuvent être invoqués dès la première instance. C'est dans ce sens que s'oriente l'arrêt du 1er juillet 2010 puisqu'en l'espèce, la caution souhaite faire condamner les créanciers qui n'ont pas renouvelé l'hypothèque sur les biens du débiteur principal pour diminuer l'étendue de son engagement et le non-renouvellement de ladite hypothèque est l'un des faits générateurs de son paiement. En effet, si le renouvellement avait été effectué, le paiement de la caution aurait été moindre ou n'aurait peut-être pas eu lieu. Or, ce fait générateur aurait pu être invoqué dès la première instance. C'est peut-être la raison pour laquelle la seconde demande de la caution a été déclarée irrecevable eu égard à la précédente condamnation devenue irrévocable. En revanche, dans le cadre de notre cas pratique n° 1 si le commerçant souhaite obtenir réparation du préjudice qu'il aurait subi lors d'une course à cheval dans un club hippique et intente ainsi une action en responsabilité contre le directeur du club qui est la personne à qui il a prêté une somme d'argent, il peut dans une première instance demander réparation à celle-ci de son préjudice sur le fondement de la responsabilité contractuelle, puis lors d'une autre instance attraire cette même personne en justice pour qu'elle lui restitue la somme versée en vertu du contrat de prêt. En effet, ce dernier n'est pas le fait générateur du préjudice subi par le commerçant victime dans le cadre du club hippique. Les deux demandes ont un objet distinct et l'obtention de la réparation du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité contractuelle du directeur du Club hippique lors de la première instance ne fait pas obstacle au souhait d'obtenir le remboursement d'un prêt en vertu d'un autre contrat même s'il s'agit d'une action envers la même personne. La stratégie consistant à effectuer un autre procès à bon escient consiste donc au préalable à s'interroger sur la question de savoir non seulement si la satisfaction sur le fond du droit litigieux lors du premier procès ne rendrait pas sans intérêt le second mais même en cas de réponse négative notamment lorsque les deux demandes ont un objet distinct si les faits à l'origine de la prétention n'auraient pas pu être invoqués antérieurement car n'étant pas dépourvus de liens avec ceux invoqués dans la précédente demande. Dans le cas d'un contractant qui a effectué un contrat de prêt avec une personne qui a pu lui causer un dommage corporel, non seulement le succès d'une action en réparation du préjudice subi ne rend pas sans intérêt un second procès effectué sur le fondement de l'obligation de restitution de la somme versée en vertu du contrat de prêt mais, même si les faits générateurs de l'inexécution de l'obligation précitée auraient pu être invoqués antérieurement, ils n'ont aucun lien avec ceux de la précédente demande alors que la demande en réparation du préjudice moral intentée après avoir, par exemple, demandé dans une précédente instance, la réparation du préjudice corporel, est susceptible d'avoir un lien avec les faits générateurs invoqués à l'appui de la précédente demande. A l'avenir, il semblerait prudent de faire état lors de la première instance de toutes les demandes ayant un objet distinct qui sont susceptibles de découler du même fait générateur sous réserve de la survenance d'un fait nouveau dont peut par exemple découler un nouveau type de préjudice notamment en raison d'une aggravation d'un dommage ou bien d'une demande qui est subordonnée à l'échec d'une autre demande[2136]. Ainsi, la

[2136]Il a été décidé dans un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 10 novembre 2010 que la condition de certitude du préjudice n'était pas établie lors de la première instance mais résultait de l'échec de la demande en garantie issue du contrat d'assurance effectuée en première instance. Or, dès lors que la mise en œuvre d'une action en responsabilité contractuelle est subordonnée à l'échec d'une autre demande, elle ne peut être mise en œuvre dès la première instance. J.-.J. BARBIERI, « La chose jugée est à la mesure de la chose demandée », Note sous Cass. 2e civ., 10 nov. 2010, n° 09-14.948, *J.C.P.*, G., 2010, n° 1270, p. 2380-2381. Il convient en effet ici de

jurisprudence *Césaréo* est susceptible de comporter des limites notamment lorsque des événements ont modifié la situation qui a déjà fait l'objet d'une décision de justice. Les solutions qui ressortent de certains arrêts devraient en conséquence rester inchangées[2137]. L'invocation de tous les faits et moyens de droit susceptibles d'être invoqués dès la première instance nous conduit à nous interroger sur les différentes demandes susceptibles de faire l'objet d'une même action.

219. La stratégie dans la recherche des différentes demandes possibles au sein d'une même action – Eu égard à une évolution possible de la jurisprudence, afin de se réserver toutes les chances de succès d'une action en justice, il convient d'invoquer toutes les demandes possibles lors de celle-ci. D'ailleurs, si différentes options concernant le droit substantiel peuvent avoir une incidence par rapport à la jurisprudence *Césaréo*, il en est de même en matière de preuve ainsi qu'au regard de la nature de l'action en justice. Certes, le terme « option » recouvre de multiples acceptions et s'il peut être employé en cas de choix possible entre la voie civile et la voie pénale pour agir en réparation[2138] ; il désigne également *« bien d'autres prérogatives qui ont en commun d'ouvrir à leur titulaire une alternative entre plusieurs partis déterminés par la loi »*[2139]. De manière plus étroite, lorsque l'option est liée à une action en justice, il est souvent fait référence à l'expression « options de compétence » comme c'est le cas pour l'option entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire[2140] en matière de garantie des vices cachés en application de l'article 1664 du Code civil, l'option entre l'exécution et la résolution d'un contrat synallagmatique prévue à l'article 1184 du Code civil, l'option entre l'action possessoire et pétitoire énoncée aux articles 1265 et suivants du CPC[2141], l'option entre plusieurs tribunaux qui sont compétents pour un même litige qu'il s'agisse de la compétence d'attribution ou de la compétence territoriale[2142], on peut se demander selon le choix effectué quels sont les effets qui en découlent et ainsi rechercher s'il existe une stratégie en la matière mais dans le cadre de ce paragraphe nous nous concentrerons sur les options concernant le droit susbstantiels et notamment au regard des différentes demandes[2143] pouvant être invoquées lors d'une même

---

distinguer le cas de la demande subsidiaire qui pourrait être invoquée dans l'assignation dès la première instance puisque si celle-ci est examinée lorsque la demande principale échoue, elle n'est pas subordonnée à celle-ci.

[2137] Tel devrait le cas d'une solution ressortant d'un arrêt du 6 mai 2004, dans lequel la deuxième Chambre civile a décidé que la modification de l'âge des enfants pouvait être un élément nouveau rendant recevable une nouvelle demande tendant aux mêmes fins que la précédente c'est-à-dire à faire valoir un droit de visite et d'hébergement. Cf. *Bull. civ.*, II, n° 208, p. 177-178.

[2138] *Infra* n° 225.

[2139] « Ainsi : l'option de l'héritier (ar. 774 et s. C. civ.) : l'option de communauté (art. 1453 anc. C. civ.) ; l'option de nationalité (art. 37 et s. Code la Nationalité) ; l'option conférée par une promesse de vente etc… ». Cf. F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 326.

[2140] Qui est une action *« par laquelle l'acheteur, qui découvre les vices cachés de la chose, demande, non point la résolution de la vente (action rédhibitoire), mais une diminution du prix »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Action », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 22.

[2141] *Infra* n° 253.

[2142] F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 356.

[2143] La demande est définie comme l'*« Acte juridique par lequel une personne formule une prétention qu'elle soumet au juge »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Demande », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 286.

action[2144]. Par exemple, l'acheteur trompé a le choix entre plusieurs voies de droit *« demande en nullité pour cause d'erreur en garantie des vices cachés, en réfaction de la vente, en remplacement de la chose vendue, voire même de la réscision pour lésion »*[2145]. Lorsque la règle de droit offre une alternative au demandeur comme par exemple les articles 1184 et 1644 du Code civil précités ou bien encore les articles 1610 et 1611 du même code, qui en cas de retard dans la livraison permettent à ce dernier soit de poursuivre la mise en possession effective, soit de demander la résolution et des dommages-intérêts, on énonce qu'il s'agit de *« plusieurs prétentions qui peuvent être exprimées par des demandes différentes, dans l'exercice d'une seule action »*[2146]. Par ailleurs, si ces dernières sont de nature substantielle, dans certains cas, elles ont une incidence sur la procédure pouvant ainsi déterminer le choix d'une voie plutôt qu'une autre. Par exemple, en matière de garantie des vices cachés, le choix de « l'action estimatoire » va impliquer des mesures d'instruction, notamment une expertise, à la différence de celui de « l'action rédhibitoire »[2147]. Au-dela de l'évolution possible de la jurisprudence *Césaréo*, l'avantage d'effectuer plusieurs demandes au sein d'une même action est de s'ouvrir plus largement la voie du pourvoi en cassation. Par exemple, l'acheteur d'une installation informatique qui n'est pas satisfait du produit vendu peut demander *« soit la résolution de la vente pour vice de fabrication, soit la restitution d'une partie du prix, soit la condamnation de son fournisseur pour manquement à une obligation de conseil »*, mais s'il invoque uniquement la restitution du prix sur le fondement de l'article 1641 du Code civil, il ne pourra ultérieurement faire état devant la Cour de cassation d'un autre moyen qui constituerait une fin de non-recevoir en raison de sa contrariété avec les conclusions déposées devant les juges du fond ou du moins de sa nouveauté[2148]. Par ailleurs, si le fait d'effectuer en même temps plusieurs actions qui ne sont pas compatibles comme c'est le cas d'un contractant, victime d'une inexécution qui ne peut dans le même temps obtenir la résolution du contrat et demander, à titre accessoire, son exécution intégrale ou partielle[2149], fait obstacle au droit d'agir du contractant il en va différemment au regard de la façon dont sont rédigées les conclusions et notamment à la distinction entre la demande principale[2150] et la demande subsidiaire[2151] cette dernière ne devant

---

[2144] L'action en justice désigne quant à elle une *« voie de droit ouverte pour la protection judiciaire d'un droit ou d'un intérêt légitime (…)»* et dans un sens plus précis le droit *« pour l'auteur d'une prétention d'être entendu et jugé sur le fond de celle-ci (..) »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Action », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 21.

[2145] F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 360.

[2146] F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 362.

[2147] F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 362.

[2148] A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 43, p. 5.

[2149] D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *R.I.D.C.*, 2-2006, p. 375.

[2150] Qui par opposition à la demande subsidiaire ou accessoire est la demande *« qui porte sur l'objet essentiel d'un litige »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 287.

[2151] Qui est définie comme la *« demande formée à titre éventuel, pour le cas où la demande principale ne serait pas accueillie par le juge »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 287.

pas être confondue avec la demande accessoire[2152]. D'où l'intérêt de procéder à des demandes subsidiaires même si *« tout subsidiaire affaiblit ou affadit le principal »*[2153], donnant lieu dès lors à une autre stratégie consistant dans le choix de l'ordre des moyens entre demande principale et demande subsidiaire.

220. Une stratégie dans le choix de l'ordre des moyens entre demande principale et demande subsidiaire – Les juges, habituellement, respectent la chronologie choisie par les parties, c'est-à-dire que la demande subsidiaire n'est examinée qu'une fois qu'il a été statué sur la demande principale[2154]. Il ressort de certains arrêts que si les juges analysent la demande subsidiaire sans s'être prononcé antérieurement sur la demande principale, ils *« dénaturent le sens et la portée des conclusions dont ils sont saisis »*[2155], ou bien encore *« modifient les termes du litige »*[2156]. On peut affirmer que le justiciable est *« maître de sa stratégie »*, le juge devant, pour se prononcer, respecter l'ordre dans lequel les prétentions sont énoncées dans les conclusions[2157]. La question s'est cependant posée de savoir si le juge ne devait pas parfois éradiquer cette stratégie par exemple en faisant prévaloir la demande subsidiaire sur la demande principale notamment lorsqu'elle consiste en une contestation des dépens alors que la demande principale vise à faire valoir une courte prescription prévue en la matière. En effet, dans l'hypothèse d'un recours en contestation des dépens, avant la loi du 17 juin 2008, il était possible d'invoquer la courte prescription de l'ancien article 2273 du Code civil qui reposait sur une présomption de paiement. Or, cette dernière ne pouvait être appliquée en cas d'aveu de non-paiement par le débiteur[2158]. Selon le Premier avocat général Monsieur Mellottée, *« c'est le*

[2152] Qui est définie quant à elle comme la demande *« formulant une prétention secondaire qui découle de la réclamation principale »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 286.

[2153] A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 43, p. 5.

[2154] MELLOTTEE (Premier avocat général), Avis émis à l'occasion de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009, *Bull. d'information*, 15 septembre 2009, p. 24.

[2155] C'est, par exemple, ce qui a été décidé dans un arrêt du 13 mars 1963 dans lequel, la première Chambre civile de la Cour de cassation censure les juges du fond qui ont prononcé la résolution d'un contrat alors que le demandeur n'avait fait état de celle-ci dans ses conclusions subsidiaires mais avait préalabement invoqué l'exécution forcée de ce dernier. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 157, p. 46. Cf. MELLOTTEE (Premier avocat général), Avis émis à l'occasion de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009, *Bull. d'information*, 15 septembre 2009, p. 24. C'est aussi ce qu'énonce Monsieur le Professeur Jacques NORMAND à propos d'un jugement du Tribunal de grande instance de Lyon du 15 décembre 1977 qui avait fait prévaloir la demande reconventionnelle en divorce pour faute alors que celle-ci était invoquée de manière subsidiaire et sous réserve que le juge déclare réunies les conditions d'un divorce pour altérations des facultés mentales. Cf. J. NORMAND, Note sous TGI de Lyon, 15 déc. 1977, *R.T.D. civ.* 1978, n° 5, p. 704.

[2156] Comme l'exprime un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 11 juin 1981 qui reproche à l'arrêt attaqué d'avoir tenu compte de la demande subsidiaire tendant à l'acceptation de prêter serment sans avoir préalablement examiné la demande principale visant à rejeter la prétention des adversaires. Cf. *Bull. civ.*, II, n° 130, p. 84. De même, dans un arrêt du 8 décembre 1999, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que les juges du fond ont modifié l'objet du litige et n'ont pas donné de base légale à leur décision en révoquant une ordonnance de clôture alors que celle-ci était invoquée par l'une des parties seulement à titre subsidiaire, la demande principale tendant au rejet des pièces et conclusions communiquées après l'ordonnance de clôture. Cf. *Bull. civ.*, III, n° 238, p. 167.

[2157] J. NORMAND, Note sous TGI de Lyon, 15 déc. 1977, *R.T.D. civ.* 1978, n° 5, p. 705.

[2158] Il en était de même en ce qui concerne la courte prescription de l'ancien article 2271 du Code civil ayant trait à l'action en paiement des salaires. D'ailleurs, il ressort d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 6 décembre 1967, que l'aveu de non-paiement peut résulter d'une contestation du montant de la créance de salaire. Cf. *Bull. civ.*, IV, n° 763, p. 649.

moyen lui-même tiré de la prescription abrégée qui devient fondamentalement irrecevable lorsqu'il se conjugue avec un aveu de non-paiement, avec lequel il est inconciliable »[2159]. Il s'agissait donc de se demander si la demande subsidiaire en contestation des dépens pouvait être considérée comme un tel aveu. Dans une affaire dont les faits ont donné lieu à un arrêt rendu le 29 mai 2009 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la demande subsidiaire consistait justement en une contestation de la somme due alors que la demande principale faisait état d'une prescription en application de la loi antérieure à celle du 17 juin 2008. Cependant, dans cet arrêt, l'Assemblée plénière a énoncé que le juge devait examiner les différentes demandes dans l'ordre effectué par le demandeur et qu'en conséquence une demande subsidiaire ne pouvait valoir d'aveu tacite[2160] et faire obstacle à la demande principale[2161]. Ainsi, les faits invoqués à l'appui d'une demande subsidiaire ne sont pas considérés comme des éléments du débat dont le juge peut tenir compte pour se prononcer sur la demande principale comme l'énonçait le pourvoi alors qu'il en avait été décidé différemment dans l'arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 21 décembre 2006[2162] qui a donné lieu à cet arrêt d'Assemblée plénière. Cela n'empêche pas d'énoncer que les demandes subsidiaires concourent à déterminer l'objet du litige en application de l'article 4 du CPC, le juge ne pouvant statuer *ultra petita*[2163]. Or, si la demande subsidiaire tendant à la contestation d'un paiement ne peut faire obstacle à la recevabilité de la demande principale, le subsidiaire est susceptible de devenir une manœuvre, une stratégie privant notamment l'adversaire d'un moyen de défense[2164] et permettant par là même de confirmer que les termes « stratégie judiciaire » sont employés dans un sens péjoratif[2165]. C'est d'ailleurs ce qui ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 28 novembre 2007 qui, en faisant référence à la contradiction dans les moyens entre la demande principale et subsidiaire dénonce « la stratégie judiciaire »[2166]. On constate ici une limite à la recherche de la vérité à laquelle tend la justice. Toutefois, selon Monsieur le Professeur

---

[2159] MELLOTTEE (Premier avocat général), Avis émis à l'occasion de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009, *Bull. d'information*, 15 septembre 2009, p. 27.

[2160] T. VASSEUR, Note sous Cass. ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *D.* 2009, n° 40, Pan., n° 4, p. 2718. Cf. aussi R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, « Conclusions subsidiaires », *Procédures*, 2009, Commentaires, n° 223, p. 12.

[2161] N. FRICERO, Note sous Cass. ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *D.* 2010, n° 3, Panorama, p. 172.

[2162] R. PERROT, « La portée d'un subsidiaire », Note sous Cass. civ. 2ième, 21 déc. 2006, n° 05-20.613, *Procédures*, 2007, Commentaires, n° 57, p. 13.

[2163] Il semble, par exemple, judicieux de demander dans le cadre de la demande principale une exonération d'une pénalité et de manière subsidiaire une réduction de celle-ci car à défaut, le juge ne peut accorder une chose non demandée comme l'énonce l'article 5 du CPC. Cf. E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *J.C.P.*, G, 1991, I, 3493, n° 5, p. 85.

[2164] C'est ainsi qu'un jugement avait été cassé, la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 juillet 1959, reprochant au tribunal d'avoir rejeté l'offre de délation de serment effectuée même à titre subsidiaire par le salarié, celle-ci constituant son seul moyen de défense contre l'exception de prescription qui avait été invoquée par l'employeur s'opposant à une demande en paiement de salaires. Cf. *Bull. civ.*, IV, n° 913, p. 729. Dans le cas des prescriptions présomptives de paiement, en vigueur avant la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 qui les a abrogées, il était possible pour le créancier d'invoquer l'aveu de non-paiement du débiteur comme moyen de défense contre ce dernier même après l'écoulement du délai. Cf. T. VASSEUR, Note sous Cass. ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *D.* 2009, n° 40, Panorama, n° 4, p. 2718.

[2165] *Supra* n° 15.

[2166] Selon cette juridiction, il n'y a pas à *« accorder la moindre portée à la contestation au fond désormais subsidiaire (...) qui relève de la stratégie judiciaire »*. Cf. CA Rouen, 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-02.708 (*Jurica*), cité par MELLOTTEE (Premier avocat général), Avis émis à l'occasion de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009, *Bull. d'information*, 15 septembre 2009, p. 27.

Emmanuel Putman, concernant le droit de la preuve, il aurait été *« assez risqué »* de faire produire à une demande subsidiaire l'effet d'un aveu implicite *« au cas où cela équivaudrait à sur-interpréter la volonté de l'auteur de la demande, car l'aveu judiciaire fait pleinement et irrévocablement foi contre lui »*[2167]. De même, il convient de ne pas *« sur-interpréter la demande subsidiaire »*[2168] qui, de par sa nature, doit être examinée après la demande principale[2169]. La solution de l'arrêt de l'Assemblée plénière est respectueuse de la volonté des parties et par conséquent, de l'objet du litige[2170]. Elle a été maintenue dans un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 11 mai 2011[2171]. D'ailleurs, l'arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 21 décembre 2006 précité dont la solution était opposée à celle issue de l'Assemblée plénière, avait fait l'objet de critiques. Monsieur le Professeur Roger Perrot, commentant cet arrêt, avait déclaré que la solution n'était pas évidente, le subsidiaire anéantissant la demande principale alors qu'il n'a de raison d'être qu'en cas d'échec du principal[2172]. Par ailleurs, la solution de l'arrêt d'Assemblée plénière n'est pas en contradiction avec le principe de loyauté du procès et de cohérence ou d'*estoppel* qui en découle[2173]. En effet, l'argument selon lequel une demande subsidiaire ne saurait contredire la demande principale en raison du respect du principe de cohérence pouvant se manifester dans le comportement procédural des plaideurs, n'a pas prévalu dans l'espèce étudiée[2174]. La Cour de cassation apporte d'ailleurs des limites à l'application de ce dernier principe ce qui conforte la thèse selon laquelle une marge de manœuvre et ainsi une stratégie procédurale existe au profit des plaideurs. Ainsi, le recours à la demande subsidiaire peut être considéré comme un art stratégique[2175] et doit parfois être évité[2176]. Par exemple, il convient de ne pas effectuer une demande subsidiaire en présence d'une action subsidiaire telle que l'action *de in rem verso* puisque celle-ci n'est envisageable que

---

[2167] E. PUTMAN, Note sous Cass. ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *Dr. et procéd.*, 2009, p. 278.

[2168] E. PUTMAN, Note sous Cass. ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *Dr. et procéd.*, 2009, p. 278.

[2169] En effet, *« la demande subsidiaire est formulée pour le cas où la demande principale ne serait pas accueillie »*. Cf. E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *J.C.P.*, G, 1991, I, 3493, n° 2, p. 84.

[2170] *« Lorsque le plaideur fait valoir un argument à titre principal, il souhaite que ce soit celui-ci qui soit examiné en premier lieu par le juge, et non avec un autre en même temps. Le subsidiaire, par définition, ne vient qu'après parce que dans son esprit il est de moindre valeur »*. Cf. O. SALATI, « L'aveu et la demande subsidiaire strictement entendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation », Note sous Cass. ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *J.C.P.*, G., 15 juin 2009, n° 9, p. 19.

[2171] Dans lequel il a été décidé que la cour d'appel, en analysant en premier lieu la demande subsidiaire en nullité du contrat, avait *« modifié l'objet du litige »*, les parties ayant invoqué à titre principal la caducité de l'acte. Cf. N. FRICERO, Note sous Civ. 3e, 11 mai 2011, n° 10-14.651, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 250.

[2172] D'où *« une hiérarchie dans le temps et un certain cloisonnement dans la manière d'appréhender successivement les problèmes »*. Cf. R. PERROT, « La portée d'un subsidiaire », Note sous Cass. civ. 2ième, 21 déc. 2006, n° 05-20.613, *Procédures*, 2007, Commentaires, n° 57, p. 13. Ce même auteur avait également critiqué un autre arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 avril 1989 qui avait permis à une Cour d'appel de statuer sur le fond en ne tenant pas compte de l'irrégularité de la citation dont il était cependant fait état à titre principal alors que la possibilité de statuer au fond n'était invoqué qu'à titre subsidiaire dans le cas où le moyen de nullité serait rejeté. Cf. R. PERROT, Note sous cet arrêt, *R.T.D. civ.*, 1990, n° 11, p. 149-150.

[2173] *Infra* n° 410.

[2174] Puisque *« la contradiction produit ses effets non pas au détriment d'un tiers mais du demandeur à la contestation, et que l'absence de cohérence relève d'une argumentation présentée de manière successive dans la même instance »*. Cf. M. GERARD (Conseiller rapporteur), Rapport effectué à l'occasion de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009, *Bull. d'information*, 15 septembre 2009, p. 18.

[2175] E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *J.C.P.*, G, 1991, I, 3493, n° 1, p. 84.

[2176] E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *J.C.P.*, G, 1991, I, 3493, n° 12, p. 86.

si aucune autre voie de droit n'est ouverte[2177]. Dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 8 décembre 1987, le demandeur qui avait invoqué à titre principal la société créée de fait qui aurait existé entre lui-même et sa concubine pour obtenir contre celle-ci le partage des immeubles acquis au cours du concubinage et de manière subsidiaire une condamnation de sa concubine à payer une somme sur le fondement de l'enrichissement sans cause dont elle aurait bénéficié en raison de leur communauté de fait, a été débouté tant sur sa demande principale que subsidiaire[2178]. En l'espèce, si le rejet de la demande principale en raison du non établissement de la société de fait paraît jusitifié, il semble en revanche curieux que le demandeur ait été débouté de sa demande subsidiaire. Certes, les conditions de l'action *de in rem verso* n'étaient peut-être pas réunies dans ce cas litigieux mais celle-ci a été rejetée au motif qu'elle aboutissait à « tourner règles du contrat » dont il avait été fait état à titre principal. Or, la voie de la société de fait « ne peut être considérée comme la voie normale ouverte au concubin, en cas de rupture de l'union, pour se faire indemniser des dépenses ayant profité à l'autre »[2179]. En conséquence, si les conditions de celle-ci n'étaient pas réunies en l'espèce, elle ne devait pas faire obstacle à la mise en œuvre de celle de l'action *de in rem verso*[2180]. De plus, il semble difficile pour le justiciable d'être certain de l'action applicable à l'espèce, d'autant qu'au regard de la jurisprudence *Césaréo*, si ce dernier se trompe de fondement, il risque de ne pas pouvoir recommencer une nouvelle instance à défaut d'un appel possible. Il devrait donc être envisageable, conformément à la raison d'être de la demande subsidiaire, d'invoquer par le biais de cette dernière l'action *de in rem verso* en cas de doute sur le choix du fondement de la demande. D'ailleurs, il semblerait que les juges permettent d'invoquer l'action *de in rem verso* de manière subsidiaire dans le cas où la demande principale serait déclarée irrecevable. Lorsque le demandeur a le choix pour fonder sa demande entre l'action *de in rem verso* et l'action en répétition de l'indu, il semble qu'il aille de son intérêt d'invoquer dès la première instance le fondement de l'action en répétition de l'indu et de manière subsidiaire celui de l'action *de in rem verso* car le principe de subsidiarité est inhérent à cette dernière action[2181] bien que dans un arrêt cité plus haut, la demande ultérieure, notamment en appel, effectuée sur le fondement de la répétition de l'indu alors que la première demande était fondée sur l'enrichissement sans cause, n'a pas été déclarée irrecevable au regard de ce principe de subsidiarité[2182]. Néanmoins, si les juges respectent la chronologie de l'ordre des moyens dans l'analyse de ces derniers, il existe donc une stratégie dans le choix de leur ordre en fonction du but poursuivi. Selon ce que souhaite

---

[2177] Sur les justifications d'une telle spécificité, cf. M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Préf. A. SERIAUX, Collection Droit civil, Série Etudes et Recherches, Economica, 1997, n° 119, p. 268-270.

[2178] J. MESTRE, « Du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause », Note sous Cass. civ. 1ère, 8 déc. 1987, *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 746.

[2179] J. MESTRE, « Du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause », Note sous Cass. civ. 1ère, 8 déc. 1987, *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 746.

[2180] La subsidiarité « doit se comprendre par rapport à une action normalement ouverte et exceptionnellement fermée dans les circonstances d'espèce, et non par rapport à une action normalement fermée et exceptionnellement possible ». Cf. J. MESTRE, « Du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause », Note sous Cass. civ. 1ère, 8 déc. 1987, *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 747.

[2181] Ainsi, le demandeur qui souhaite obtenir en première instance le remboursement d'une somme, qu'il a payée par erreur à la place du débiteur, sur le seul fondement de l'action *de in rem verso*, risque en appel, s'il invoque le même fondement, de se voir opposer la violation du principe de subsidiarité qui concerne cette action. Cf. C. LE GALLOU, Observations sous Cass. 3e civ., 2 avril 2008, *Revue Lamy droit civil*, 2008, Actualité, n° 3011, p. 14.

[2182] *Supra* n° 216.

obtenir le litigant, il est judicieux d'invoquer un moyen en priorité à un autre s'il lui permet par exemple d'aboutir à une meilleure indemnisation. Tel est parfois le cas du choix de se situer sur le terrain de la formation du contrat plutôt que sur celui qui est précontractuel[2183]. En revanche, d'une manière générale, lorsque le justiciable est victime d'un dommage, peu importe l'ordre dans lequel il fait état des différents fondements de nature à fonder sa demande en réparation, l'essentiel étant de tous en faire état. En effet, si le demandeur à l'action a été victime d'un dommage dont le fait générateur est susceptible de reposer sur plusieurs fondements propres à la responsabilité civile délictuelle, il est judicieux pour ce dernier de tous les invoquer[2184] sans en oublier car si le juge rejette l'un des fondements, il n'en demeure pas moins qu'il doit examiner le bien fondé des autres alors que si le seul fondement qui a été invoqué ne peut prospérer, le juge n'a pas toujours l'obligation ou la possibilité d'examiner la demande sur un autre fondement[2185]. D'où les critiques de la doctrine en la matière notamment lorsque le préjudice dont il est demandé réparation concerne un dommage corporel[2186]. De plus, si avant la jurisprudence *Césaréo*, il était possible à la victime de tenter d'obtenir gain de cause lors d'un autre procès en faisant état d'un autre fondement juridique, comme l'avait par exemple admis un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 4 juin 1969, qui énonçait que *« si l'action fondée sur l'article 1384, al.1er, tend aux mêmes fins que celle fondée sur l'article 1382, elle procède d'une cause juridique distincte ; ces deux actions ne sont pas exclusives l'une de l'autre ; la chose jugée en application de l'article 1382 ne met donc pas obstacle entre les mêmes parties à une action fondée sur l'article 1384, al. 1er, qui ne prend pas sa source dans une faute »*, tel n'est plus le cas aujourd'hui[2187]. Lorsque l'un des contractants souhaite obtenir des dommages-intérêts en raison d'un préjudice subi, selon que ce dernier s'inscrit dans une relation contractuelle ou délictuelle, le choix du fondement de la demande est inexistant. Par exemple, au regard du principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle, il n'est pas possible pour le créancier victime d'une inexécution contractuelle de se fonder sur les règles de la responsabilité délictuelle ou de faire état de ces dernières de manière subsidiaire s'il

---

[2183] Par exemple, en ce qui concerne la rupture des pourparlers, selon la jurisprudence, il n'est pas possible d'indemniser la perte d'une chance de conclure le contrat mais seulement le préjudice résultant du seul fait de l'engagement et de la conduite des pourparlers. Ainsi dans l'espoir d'obtenir des dommages-intérêts plus importants, il est judicieux de ne pas se placer sur le terrain précontractuel mais sur celui de la formation même du contrat. Cf. B. FAGES et J. MESTRE, « Le contrat : jurisprudence et principales questions d'actualité », *Revue Lamy Droit Civil*, Février 2007, p. 29.

[2184] En effet, il peut par exemple faire état contre la même personne des articles 1382 et 1384 alinéa 1er du Code civil. Cf. M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 27.

[2185] Pour que le juge en ait l'obligation, il faudrait qu'il puisse prendre en considération des faits qui ont été expressément invoqués dans les conclusions des parties. A défaut, le juge a simplement la possibilité de susbstituter le fondement de la demande à un autre en s'appuyant sur des faits qui sont simplement dans le débat. Or, *« il est en effet curieux qu'un demandeur, s'appuyant sur l'article 1382, invoque à l'appui de ses prétentions des faits de nature à caractériser la garde d'une chose ou le rôle actif de celle-ci ou le lien de préposition unissant l'auteur du dommage au responsable poursuivi* ». Cf. M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 29 ; 31.

[2186] M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 34.

[2187] Mais cette jurisprudence antérieure avait déjà fait parfois l'objet de critiques. Cf. notamment B. LEQUESNE, *De l'action civile devant les tribunaux répressifs et l'article 1384 du Code civil*, th., Faculté de Droit de l'Université de Paris, Jouve & Cie, Editeurs, Paris, 1943, p. 66-69.

n'obtient pas gain de cause dans le cadre de son action en responsabilité contractuelle[2188]. Toutefois, en matière procédurale, la règle du non-cumul ne semble pas avoir la même portée[2189]. Dans le cas où le contractant demandeur à l'action s'est fondé à la fois sur les règles de la responsabilité contractuelle et délictuelle, on constate qu'en vertu du principe du non-cumul, le juge a l'obligation de statuer en application des règles contractuelles si celles-ci sont applicables au litige[2190]. Si le contractant a fait état des règles du seul régime de la responsabilité délictuelle alors que son préjudice dont il demande réparation en justice résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle, il convient de distinguer selon que le défendeur invoque la fin de non-recevoir résultant du principe du non-cumul ou pas. Dans la première hypothèse, le juge analyse ce moyen[2191], dans la seconde, il n'est pas certain que le juge doive le soulever d'office[2192]. D'où la stratégie consistant pour la victime de faire état des deux fondements[2193] afin d'éviter le risque de commettre une erreur entraînant l'échec de son action et privant ainsi celle-ci d'obtenir réparation. Ainsi, dans notre cas d'espèce n° 1, si nous imaginons que les marchandises sont transportées par le fournisseur dans un bateau appartenant au commerçant destinataire de celles-ci et qu'au cours du transport, le bateau est endommagé en raison du heurt avec un obstacle, nous pouvons désormais énoncer que la stratégie pour le propriétaire du bateau qui doute du

---

[2188] Cela signifie que si les conditions d'application de la responsabilité contractuelle sont réunies, la victime ne peut intenter son action en réparation contre son cocontractant que sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Cf. M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 38. Par exemple, dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 7 mai 1962, il a été jugé que les juges du fond ayant constaté que la faute à l'origine du dommage dont il était demandé réparation résultait d'un manquement à une obligation contractuelle mais que les conditions d'engagement de la responsabilité n'étaient pas réunies, il n'était pas possible pour la victime de se fonder dès lors sur les règles de la responsabilité délictuelle pour obtenir réparation du préjudice subi. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 227, p. 204-205. Toutefois, dans certains cas, la justification du rattachement de la responsabilité à l'ordre contractuel n'est pas aisée comme le montre un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 8 juillet 1998, dans lequel il a été décidé que l'incendie qui s'était déclenché dans le local où l'entrepreneur effectuait des travaux devait entraîner la mise en œuvre, par le maître de l'ouvrage, de la responsabilité de ce dernier sur le terrain contractuel. Or, en l'espèce, il semblait difficile de prouver que le dommage résultait de l'inexécution d'une obligation contractuelle à moins de démontrer l'existence d'une obligation de sécurité ayant trait aux biens du maître de l'ouvrage. Mais encore fallait-il dans ce cas que l'obligation de sécurité soit de résultat. Cf. P. JOURDAIN, Note sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 1998, *R.T.D. civ.*, 1998, p. 909.

[2189] Il est même conseillé, pour ne pas violer le principe du non-cumul des actions en responsabilité contractuelle et délictuelle de se fonder principalement sur l'un et subsidiairement sur l'autre de ces deux ordres de responsabilité. Cf. E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *J.C.P.*, G, 1991, I, 3493, n° 11-13, p. 86.

[2190] A défaut, il tranchera le conflit selon les règles de la responsabilité délictuelle. Cf. M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 39. Par exemple, dans un arrêt du 26 février 1985, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré les juges du fond qui avaient rejeté la demande en raison du principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle alors qu'il leur incombait de rechercher si la responsabilité invoquée n'était pas de nature contractuelle dès lors que le demandeur avait fait état des règles de la responsabilité délictuelle mais avait également invoqué une police d'assurance en vertu de laquelle l'assureur devait être condamné à réparer le dommage dans sa totalité. Cf. *Bull. civ.*, IV, n° 78, p. 67-68.

[2191] La première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi dans un arrêt du 31 janvier 1968 censuré la décision rendue par les juges du fond qui n'avaient pas examiné ce moyen. En l'espèce, si le demandeur avait fondé sa demande sur les règles de la responsabilité civile délictuelle, le défendeur avait souhaité faire obstacle à la recevabilité de la demande en faisant état de l'application des règles de la responsabilité contractuelle. Cf. Cass. civ. 1ère, 31 janv. 1968, *Bull. civ.*, I, n° 45, p. 35.

[2192] M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 40-41. Cf. aussi E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *J.C.P.*, G, 1991, I, 3493, n° 12, p. 86.

[2193] E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *J.C.P.*, G, 1991, I, 3493, n° 11, p. 86.

fondement sur lequel il peut obtenir réparation de son dommage matériel consiste dans l'invocation, en demande principale, des règles de la responsabilité contractuelle ainsi que, par le biais de la demande subsidiaire, de celles de la responsabilité délictuelle et notamment des articles 1382 et 1384 alinéa 1er du Code civil. Concernant ces dernières, il semble en effet que le propriétaire du bateau puisse faire état d'une faute du fournisseur dans la conduite du bateau qui justifierait une action en responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, mais aussi du fait de la chose en application de l'article 1384 alinéa 1er en raison de la collision du bateau avec l'obstacle. L'invocation des règles de la responsabilité contractuelle pourrait sembler moins pertinente car leur mise en œuvre devrait supposer que le dommage résulte d'une inexécution d'une obligation contractuelle. Or, dès lors que les marchandises parviennent à son destinataire et qu'elles ne sont pas détériorées, on ne constate pas de manquement dans l'exécution des obligations contractuelles à moins de déceler l'existence d'une obligation de sécurité de résultat concernant les biens du destinataire autres que les marchandises. C'est notamment ce qui a été décidé dans un arrêt du 24 septembre 2003, dans lequel le transporteur avait endommagé le quai d'un port appartenant au destinataire des marchandises transportées. Dans cette affaire, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a donné sa préférence pour l'application des règles de la responsabilité contractuelle comme de nombreux autres arrêts *« qui se contentent de ce que le dommage est causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat pour écarter les règles délictuelles, alors même que l'on recherche en vain l'obligation contractuelle violée »*[2194]. Avant, l'arrêt *Césaréo*, en application de la jurisprudence adoptant une conception étroite de la cause[2195], il était possible d'invoquer un fondement différent lors de la seconde demande de celui qui avait fondé la première demande. En effet, dans un arrêt rendu le 21 janvier 2003, la première Chambre civile de la Cour de cassation a donné raison à une cour d'appel qui n'a pas admis la fin de non-recevoir, « tirée de la chose jugée par un jugement qui avait rejeté des prétentions fondées sur la responsabilité délictuelle, opposée à une nouvelle demande fondée *sur la responsabilité contractuelle jusque-là exclue des débats* »[2196]. Une erreur concernant le fondement de l'action en responsabilité n'était donc pas irréversible pour la victime qui tentait d'obtenir réparation de son préjudice. Or, au regard de la jurisprudence *Césaréo* et de l'arrêt du 21 décembre 2007 cité plus haut, en cas de doute sur le choix du fondement de la responsabilité, il semblerait qu'il soit stratégique, malgré le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, d'invoquer l'un des fondements en demande principale et l'autre dans le cadre de la demande subsidiaire. Dans la droite ligne de ces propos, on peut évoquer une autre stratégie qui consiste pour la victime qui aurait la possibilité d'agir devant la juridiction pénale d'effectuer la saisine de celle-ci notamment dans le but de faire obstacle aux inconvénients susceptibles de résulter de la règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle et à la jurisprudence *Césaréo* relative à la concentration des moyens dès la première demande[2197]. Le choix du fondement de la demande

---

[2194] Il est cependant critiquable de reconnaître une telle obligation de sécurité lorsqu'elle porte sur la sécurité des biens du contractant. Cf. P. JOURDAIN, Note sous Com., 24 septembre 2003, *R.T.D. civ.* 2004, n° 1, p. 94-95.

[2195] Posant en principe *« que seuls les moyens de droit effectivement débattus devant le juge peuvent être pris en considération pour caractériser l'identité de cause »*. Cf. M. CHARRUAULT, Conseiller rapporteur, Rapport sous Ass. plén., 7 juillet 2006, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 44.

[2196] M. CHARRUAULT, Conseiller rapporteur, Rapport sous Ass. plén., 7 juillet 2006, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 42.

[2197] *Infra n°* 216.

entraîne parfois celui du type d'action en justice lui-même lié au choix de la juridiction compétente lorsque ce dernier est envisageable.

221. En l'absence du choix de la juridiction compétente, une stratégie dans le choix du fondement de l'action en justice qui n'a plus lieu d'être – L'analyse des faits litigieux entraîne celle du type d'action en justice approprié car dès lors qu'un choix est possible, il est parfois plus judicieux de recourir à un type d'action plutôt qu'un autre. Par exemple, lorsqu'un divorce est envisagé, en fonction du résultat à atteindre, un choix entre les différents cas de divorce est offert aux époux même si la juridiction compétente relève du tribunal de grande instance et qu'il ne peut y être dérogé, la compétence étant exclusive dans ce domaine. Avant la nouvelle loi sur le divorce n° 2004-439 du 26 mai 2004, si l'un des conjoints souhaitait bénéficier d'une prestation compensatoire, la stratégie consistait à intenter une action en divorce pour faute afin de tenter de faire déclarer son époux fautif. En effet, la prestation compensatoire était mise uniquement à la charge de ce dernier. Toutefois, cette façon de raisonner est désormais obsolète puisque l'époux fautif peut bénéficier d'une prestation compensatoire depuis la nouvelle loi concernant le divorce qui amoindrit ainsi les choix stratégiques en la matière[2198]. En revanche, dans le cadre spécifique des délits de presse, une stratégie dans le choix du fondement de l'action en justice semble être réelle.

222. Une stratégie en cas de choix limité du fondement de la demande – Si d'un point de vue théorique, l'on peut penser qu'un cumul de fondements ayant trait à une demande en justice est possible, la jurisprudence y fait parfois obstacle. Telle est l'hypothèse d'une diffamation par l'image lorsque cette dernière a été reproduite de façon illicite. Alors que l'action en diffamation fondée sur la loi de 1881 serait de nature à réparer l'atteinte à l'honneur et à la considération, l'action intentée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil sanctionnerait la reproduction illicite de l'image de la personne. Mais selon la jurisprudence, un tel cumul n'est pas concevable et seule l'action introduite sur le fondement de la loi de 1881 est recevable dès lors que les faits reçoivent la qualification juridique de délit de presse[2199]. Ainsi, la loi de 1881 paraît avoir un caractère impératif[2200]. En revanche, si les faits peuvent faire l'objet d'une action pour atteinte à l'image sur le fondement de l'article 9 du Code civil, la victime a la possibilité d'agir d'abord au provisoire en saisissant le juge des référés pour faire cesser rapidement cette atteinte ainsi qu'au fond afin d'obtenir réparation du préjudice subi[2201]. Il semblerait en effet que l'article 9 précité bénéficie d'une autonomie dès lors qu'il est invoqué pour obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi au regard de la jurisprudence qui énonce que *« la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »*. D'ailleurs, dans un arrêt du 24 septembre 2009, la première Chambre civile de la Cour de cassation a maintenu la décision de la Cour

---

[2198] V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 42, p. 46 ; n° 163, p. 123.

[2199] C'est dans ce sens que s'est prononcée l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juillet 2000 lorsqu'elle énonce que les abus de la liberté d'expression sanctionnés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent faire l'objet d'une action intentée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Cf. F. VIANGALLI, Note sous Cour de cassation, 1ière chambre civile, 5 juillet 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 1022.

[2200] En excluant le cumul de l'action en diffamation avec l'action pour violation du droit à l'image ou à la vie privée. Cf. F. VIANGALLI, Note sous Cour de cassation, 1ière chambre civile, 5 juillet 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, note 13, p. 1023.

[2201] F. VIANGALLI, Note sous Cour de cassation, 1ière ch. civ., 5 juillet 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 1024.

d'appel de Paris qui avait énoncé que le demandeur, qui s'était fondé sur l'article 9 du Code civil pour obtenir réparation de son préjudice résultant de la diffusion d'une photographie le concernant sans invoquer des faits constitutifs de diffamation, avait effectué une action qui ne relevait pas de la loi du 29 juillet 1881[2202]. C'est également ce qu'avait décidé la même chambre dans plusieurs arrêts antérieurs à la différence de l'article 1382 du Code civil qui est obligatoirement exclu en la matière. Ainsi, dès lors que l'on ne fait pas état du terme « diffamation », il est possible et stratégique de se fonder sur l'article 9 du Code civil pour obtenir réparation du préjudice subi tout en évitant de se soumettre aux conditions de mise en œuvre de l'action en diffamation fondée sur la loi sur la presse de 1881 impliquant le respect du délai de trois mois de prescription de l'action. En matière de droit de propriété, le résultat est plus prévisible que dans d'autres car selon la nature de la violation du droit de propriété, il n'existe pas de choix entre les différentes actions. Tel est le cas lorsque le propriétaire est privé de la possession de son immeuble. En effet, ce dernier peut alors intenter une action en revendication. Lorsqu'il s'agit d'une dépossession par voie de fait, l'action ouverte au possesseur comme au simple détenteur est la réintégrande[2203]. Dans ces différentes hypothèses, une action déterminée correspond à la situation décrite. En revanche, lorsqu'un choix est offert au demandeur en ce qui concerne l'action en justice dont découle celui de la juridiction compétente, il convient de se demander si une stratégie existe en la matière.

223. Une stratégie risquée dans le choix de la juridiction pénale plutôt que civile – Lorsqu'une infraction a été commise et qu'elle entraîne un dommage pour la victime, si celle-ci souhaite obtenir réparation, elle a la possibilité d'exercer son action civile[2204] devant la juridiction pénale en même temps que l'action publique en application de l'article 3 alinéa 1er du Code de procédure pénale ou bien séparément de cette dernière devant la juridiction civile en application de l'article 4 alinéa 1er. L'exercice de cette option est discrétionnaire[2205]. Il s'agit d'une option de procédure[2206] de nature particulière[2207]. Certes, s'il existe une différence entre les

---

[2202] En l'espèce, l'intéressé souhaitait obtenir une condamnation à des dommages-intérêts d'une société de presse qui avait inséré une photographie de sa personne en le nommant de proxénète dans un article de Paris-Match qui portait sur une enquête concernant les réseaux de prostituées des pays de l'Est. Cf. E. PUTMAN, « Article 9 du Code civil ou loi sur la presse : quel fondement choisir ? », Note sous Cass. 1ère civ., 24 sept. 2009, n° 08-15.336, *Rev. jur. Personnes & Famille*, 2010, n° 1, p. 19.

[2203] Qui est définie par la Cour de cassation comme une *« mesure d'ordre et de paix publique, qui procède du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même »*. Cf. Cass. civ., 4 juin 1904, D., 1904, I, 475, cité par J. BEGUIN, Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, *Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française*, T. XVIII, Dalloz, 1969, p. 89.

[2204] Selon l'article 2 du Code de procédure pénale, *« L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction »*.

[2205] Il ne peut être reproché à la victime d'avoir fait un choix plutôt qu'un autre. Cf. F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 236.

[2206] Qui peut être définie comme « une prérogative, reconnue à un plaideur, de prendre tel ou tel des partis qui lui sont offerts pour agir en justice ». Cf. F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 357.

[2207] Qui se manifeste par la possibilité pour la victime qui agit devant les juridictions répressives de bénéficier de certaines prérogatives. Cf. F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 383.

délais de prescription de l'action civile selon que celle-ci est portée devant la juridiction civile ou répressive qui incite *« implicitement les plaideurs à opter pour la voie civile »*[2208], les avantages issus de la saisine de la juridiction pénale sont nombreux. Avant d'effectuer une option en faveur de cette dernière, il convient toutefois de peser à la fois les avantages et les inconvénients qui en découlent. Au titre de ces derniers, on peut relever l'impossibilité pour la partie civile d'être entendue comme témoin à l'instruction ou aux débats[2209], le trouble parfois causé par sa présence à l'objectivité des débats[2210], ou le risque de représailles[2211] qui peut l'inciter à ne pas se manifester[2212]. Néanmoins, le choix d'effectuer une action civile devant la juridiction pénale en implique un autre qui concerne ses modalités de mise en œuvre. Afin de prévenir le risque d'une condamnation à son encontre, la victime doit être prudente lorsqu'elle se constitue partie civile alors que l'action publique n'est pas encore engagée car il s'agit d'une voie qui comporte des aléas[2213]. En effet, qu'elle agisse par le biais d'une plainte avec constitution de partie civile devant la juridiction d'instruction ou de la citation directe, en cas de non-lieu ou de relaxe, la plainte peut être jugée comme étant légère, abusive ou dilatoire, l'exposant ainsi à des condamnations[2214]. En cas de constitution de partie civile devant le juge d'instruction, dans le but de limiter le risque d'une condamnation pour abus de constitution de partie civile, il est possible de ne pas ouvrir l'information contre la personne désignée dans la plainte mais *« contre toutes personnes que l'instruction fera connaître »*[2215]. D'ailleurs, la prise de mesures préventives est encouragée par le législateur puisque depuis la loi du 5 mars 2007, la recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile est conditionnée, conformément à l'article 85 du CPC, à la

---

[2208] En effet, l'article 10 du Code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, prévoit que l'action civile portée devant la juridiction civile se prescrit selon les règles du Code civil alors que celle qui est portée devant la juridiction pénale se prescrit selon les règles de l'action publique. Cf. F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Collection Major service public, P.U.F., 2001, 4ième édition, 2012, p. 559.

[2209] Alors que d'une manière générale elle est le principal témoin à charge. Cf. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 23e édition, 2012, n° 297, p. 290. Toutefois, selon la loi du 2 février 1981, *« la partie civile est assimilée au témoin en ce qui concerne le paiement des indemnités, sauf décision contraire du tribunal »*. Cf. B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Editions Dalloz, 18e édition, 2011, n° 331, p. 210.

[2210] « Il arrive même que de fausses victimes s'insinuent dans le procès pénal, à seule fin d'avoir connaissance, par le dossier communiqué à l'avocat, de renseignements utiles, par exemple sur un concurrent ». Cf. J. LARGUIER, *La procédure pénale*, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », 1963, 12e édition, 2005, p. 73.

[2211] G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 10, p. 24.

[2212] G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 12, p. 28.

[2213] G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 11, p. 27.

[2214] En effet, la personne poursuivie peut intenter à l'encontre de la partie civile, en application de l'article 91 du Code de procédure pénale, une action en responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pouvant aboutir à une condamnation à des dommages-intérêts ainsi qu'à une amende pouvant aller jusqu'à 15 000 euros en cas de plainte abusive ou dilatoire comme le prévoient les articles 177-2, 392-1, 472 du Code de procédure pénale. Il en est de même en cas de désistement tacite de la partie civile conformément à l'article 425 alinéa 2 du même code. De plus, la personne poursuivie peut agir sur le fondement du délit pénal de dénonciation calomnieuse énoncé à l'article 226-10 du Code pénal. En revanche, devant la juridiction civile, la responsabilité de la personne dont l'action n'est pas considérée comme étant justifiée est plus difficile à engager et moins lourde. Cf. E. VERNY, *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 3e édition, 2012, n° 276, p. 158 ; n° 370, p. 211.

[2215] *« Ainsi, la personne désignée dans la plainte est seulement entendue comme témoin, et un non-lieu pourra clore l'instruction sans que cette personne ait été mise en examen »*. Cf. J. LARGUIER, *La procédure pénale*, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », 1963, 12e édition, 2005, p. 77.

saisine préalable du procureur de la République qui doit avoir fait savoir à la personne qui souhaite se constituer partie civile qu'il n'engagera pas de poursuites ou ne pas s'être manifesté pendant un délai de trois mois depuis le dépôt de la plainte[2216]. Lorsque la constitution de partie civile s'effectue par voie d'action, il semblerait que la citation directe comporte plus d'inconvénients que la constitution de partie civile devant la juridiction d'instruction car le plaignant ne bénéficie pas des prérogatives du juge d'instruction et doit donc tenter de rapporter la preuve de l'infraction ainsi que de son préjudice lors des débats d'audience[2217]. Hormis les différents risques inhérents au choix de la voie pénale, les avantages qui en résultent permettent néanmoins de faire état d'une stratégie consistant à mettre en œuvre l'action civile devant la juridiction pénale[2218] alors même que l'objet de celle-ci concerne plus spécifiquement la réparation du préjudice subi. Certes, d'une manière générale, l'action civile est définie comme étant une action en réparation[2219], cependant elle est également susceptible d'avoir une finalité répressive[2220] même si selon certains auteurs, elle constitue une seule et même action[2221]. Une

---

[2216] Hormis pour les crimes et quelques délits tels que ceux prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou aux articles L. 86, L. 87, L. 91 à L. 100, L. 102 à L. 104, L. 106 à L. 108 et L. 113 du Code électoral. Cf. E. VERNY, *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 3e édition, 2012, n° 235, p. 136-137.

[2217] Cette voie ne semble donc opportune que si le plaignant est en possession de preuves suffisantes pour obtenir satisfaction. Cf. G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 9, p. 23-24.

[2218] Dans certains cas de diffamation, notamment contre un fonctionnaire (art. 46, loi du 29 juillet 1881) ainsi que dans l'hypothèse de la responsabilité d'un instituteur, il s'agit même d'une voie obligatoire. A l'inverse, il n'est pas possible de saisir la juridiction répressive lorsque notamment le cas litigieux est de la compétence d'une juridiction d'exception ou que l'action publique est éteinte. Cf. M. LOBE FOUDA, *Procédure pénale*, Panorama du droit, Collection dirigée par G. BERNARD, Groupe Studyrama-Vocatis, 2010, p. 182.

[2219] *« L'action civile tend normalement à l'obtention d'une réparation du préjudice né de la commission d'une infraction pénale »*. Cf. F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Collection Major service public, P.U.F., 2001, 4ième édition, 2012, p. 534 ; M. LOBE FOUDA, *Procédure pénale*, Panorama du droit, Collection dirigée par G. BERNARD, Groupe Studyrama-Vocatis, 2010, p. 159 ; F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Editions Paradigme, 2012, n° 392-393, p. 196 ; J. LARGUIER, *La procédure pénale*, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », 1963, 12e édition, 2005, p. 66 ; B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Editions Dalloz, 18e édition, 2011, n° 276-277, p. 189-190.

[2220] Elle est *« bien plus qu'une simple action en réparation : en prenant part à la procédure, le plaignant corrobore l'action du ministère public et s'associe à la répression »* (F. Boulan, 1973). Cf. J. LEBLOIS-HAPPE, « Procédure pénale », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1078 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Editions Economica, 2012, n° 1319, p. 862. Ainsi, elle est aussi définie comme « l'activité procédurale exercée par la victime d'une infraction pour faire constater par le juge répressif le préjudice né de cette infraction, *établir la responsabilité du délinquant* et obtenir l'indemnisation ou les restitutions nécessaires ». Cf. M. LOBE FOUDA, *Procédure pénale*, Panorama du droit, Collection dirigée par G. BERNARD, Groupe Studyrama-Vocatis, 2010, p. 159 ; 186. D'ailleurs, dans certains cas, il s'agit même de l'unique objet de l'action civile. Cf. F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Collection Major service public, P.U.F., 2001, 4ième édition, 2012, p. 534 ; C. AMBROISE-CASTEROT, *La procédure pénale*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, Paris, 2009, n° 188-191, p. 125-127. La constitution de partie civile à l'audience peut s'effectuer sans demander une indemnisation. Cf. G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 19, p. 46 ; F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, p. 204. C'est notamment ce qui résulte d'un arrêt du 10 octobre 1968 dans lequel la Chambre criminelle de la Cour de cassation énonce que l'article 418 alinéa 3 du Code de procédure pénale, qui permet à la victime de demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi lorsqu'elle se constitue partie civile devant la juridiction répressive, n'est pas une obligation. Cf. *Bull. crim.*, n° 248, p. 601-602.

[2221] « *En effet, ce n'est pas l'action civile qui déclenche le procès pénal, et qui permet à la victime de participer à son déroulement, mais la constitution de partie civile (ou la citation directe) »*. Cf. Ph. BONFILS, E. VERGES, *Travaux dirigés de droit pénal et de procédure pénale*, Litec, LexisNexis, 2ième édition, 2006, p. 170.

victime qui a subi un dommage peut préférer intenter une action civile devant la juridiction pénale plutôt qu'une action en responsabilité contractuelle devant la juridiction civile pour obtenir réparation de son préjudice. En effet, en vertu de la règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle, au sein de la juridiction civile, les juges sanctionnent le contractant victime d'une inexécution contractuelle qui agit sur le fondement de la responsabilité délictuelle pour obtenir réparation afin, par exemple, de ne pas se voir appliquer des clauses pénales ou limitatives de responsabilité qui ont été insérées dans le contrat[2222]. Or, étant donné que selon la jurisprudence, la règle du non-cumul ne s'applique pas devant la juridiction pénale et que devant celle-ci, il est possible d'agir uniquement sur le fondement de la responsabilité délictuelle[2223], c'est-à-dire même si le préjudice dont il est demandé réparation résulte d'une relation contractuelle, il est judicieux pour la victime, qui demande réparation de l'infraction commise par son cocontractant, d'effectuer une action civile devant la juridiction pénale notamment pour échapper aux contraintes issues de la relation contractuelle. Dans un arrêt du 17 mai 1966, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait énoncé que les faits de l'espèce étaient de nature à entraîner la mise en œuvre d'une action régie par l'article 10 du Code de procédure pénale faisant obstacle à l'application des dispositions contractuelles et ainsi à la déchéance prévue par ces dernières[2224]. Ainsi dès lors que la culpabilité est susceptible d'être établie en application des règles de droit pénal, il semble stratégique d'agir devant la juridiction pénale plutôt que civile[2225]. D'ailleurs, en cas de relaxe ou de non-lieu, en dehors des hypothèses dans lesquelles sont susceptibles de s'appliquer les articles 470-1ou 472 du CPP[2226], il est possible d'agir ensuite sur le fondement de la responsabilité contractuelle devant la juridiction civile[2227] et ainsi de faire obstacle à la jurisprudence *Césaréo* notamment parce que la juridiction pénale n'est pas compétente en la matière. Par exemple, en cas de relaxe d'une infraction intentionnelle, il n'est pas exclu d'agir sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1er devant la juridiction civile. En effet, le choix d'agir devant la juridiction répressive, et donc d'être partie à

[2222] Par exemple, dans un arrêt du 1er février 1972, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé qu'un contractant ne pouvait invoquer les règles de la responsabilité délictuelle pour obtenir réparation de son préjudice alors que la faute était issue de l'inexécution d'obligations résultant d'un contrat qui prévoyait l'application d'une clause pénale. Il semblerait qu'en l'espèce, le demandeur ait fait état de la responsabilité délictuelle afin notamment d'empêcher la mise en œuvre de la clause pénale qui pouvait lui être moins favorable eu égard au montant de la réparation du dommage. Cf. *Bull. civ.*, 1972, III, n° 74, p. 54-55.

[2223] M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 41-42.

[2224] Dans cet arrêt, la victime d'un accident d'avion pouvait effectuer une action civile devant la juridiction pénale afin d'obtenir réparation de son préjudice. Or, cette dernière lui permettait de ne pas respecter le délai de deux ans de l'action en responsabilité prévu par le contrat de transport qui la liait avec le transporteur. D'où l'intérêt en l'espèce de bénéficier d'un délai d'action plus long notamment de celui de l'action publique en agissant devant la juridiction pénale. Cf. M. DE JUGLART, Note sous Cass. crim., 17 mai 1966, *J.C.P.*, G., 1996, II, 14703.

[2225] Néanmoins, dans certains cas, le juge saisi de l'action civile peut refuser d'octroyer des dommages-intérêts à la victime si l'infraction ne lui a pas causé de préjudice. Cf. J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, Lextenso éditions, L.G.D.J., 21e édition, 2012, n° 996, p. 442-443.

[2226] *Infra* n° 224.

[2227] F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, note de bas de page n° 528, p. 298.

un procès pénal, implique de nombreux autres avantages[2228]. D'ailleurs parmi les différents droits accordés à la victime lors du procès pénal, il existe celui de demander au juge d'instruction d'effectuer des actes permettant notamment « d'apprécier la nature et l'importance des préjudices » subis, en application de l'article 81-1, issu de la loi du 15 juin 2000, qui vont avoir une incidence sur l'étendue de la réparation[2229]. Dans le même ordre d'idées, en matière de preuve, le juge pénal est doté de plus de moyens[2230] qu'en matière civile[2231] et la partie civile peut bénéficier de la solidarité qui pèse sur tous les auteurs et complices condamnés pour avoir participé à une même infraction[2232]. Un autre intérêt résulte dans la rapidité[2233] ainsi que dans l'économie de la justice rendue par la juridiction pénale par rapport à celle qui est issue de la

---

[2228] Qui comprennent notamment les différents droits octroyés à la partie civile : *« droit à l'assistance d'un avocat qui a accès au dossier, droit de se voir notifier la plupart des actes de la procédure, droit de solliciter du juge l'accomplissement de telle ou telle mesure en vue de la découverte de la vérité, droit de requérir l'annulation des actes d'instruction irréguliers, droit de former les voies de recours »*. Cf. J. LEBLOIS-HAPPE, « Procédure pénale », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1077-1078. Cf. aussi F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, p. 197 et.

[2229] F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, p. 201. Par ailleurs, si la personnalité de la victime est susceptible d'avoir une influence sur le montant de la condamnation, en pratique la culpabilité du délinquant n'est pas toujours sans incidence sur l'évaluation des dommages-intérêts effectuée par les magistrats qui parfois semblent accorder une réparation d'un montant plus important que le dommage réellement causé. Cf. F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 435 ; 467-468.

[2230] Tels que les perquisitions, les écoutes téléphoniques, les saisies, la détention provisoire, etc. Cf. B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Editions Dalloz, 18e édition, 2011, n° 331, p. 210.

[2231] Toutefois, « la preuve est parfois plus aisée à faire au civil : en matière d'accidents de la circulation notamment, on pourra souvent obtenir réparation sans avoir à démontrer la faute de l'automobiliste (art. 1384, al. 1 du C. civ., ou L. 1985), alors que cette faute doit être prouvée dans une poursuite pénale pour homicide ou atteintes à l'intégrité par imprudence, sauf après relaxe, si le tribunal a été saisi par le ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction ». Cf. J. LARGUIER, *La procédure pénale*, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », 1963, 12e édition, 2005, p. 75. Bien avant la consécration de la dualité des fautes civile et pénale, un auteur avait souhaité qu'il soit possible d'effectuer une action civile devant la juridiction répressive sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1er étant donné que pour ce dernier l'action fondée sur l'article précité ne constituait pas une cause différente de celle fondée sur l'article 1382 du Code civil et qui plus est n'excluait pas toute idée de faute. Cf. B. LEQUESNE, *De l'action civile devant les tribunaux répressifs et l'article 1384 du Code civil*, th., Faculté de Droit de l'Université de Paris, Jouve & Cie, Editeurs, Paris, 1943, p. 95-97.

[2232] En application des articles 375-2, 480-1 et 543 du Code de procédue pénale. Cf. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 23e édition, 2012, n° 296, p. 289.

[2233] Au regard notamment de l'assurance de la sécurité de la collectivité sociale et du respect du principe de la liberté individuelle ainsi que de l'innocence de la personne poursuivie. De plus, le risque de l'utilisation par le défendeur de stratégies dilatoires visant à retarder l'issue du procès est plus grand en matière civile que pénale. Cf. F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 479 ; 481 ; 485. Cf. aussi B. LEQUESNE, *De l'action civile devant les tribunaux répressifs et l'article 1384 du Code civil*, th., Faculté de Droit de l'Université de Paris, Jouve & Cie, Editeurs, Paris, 1943, p. 11 ; p. 33.

juridiction civile[2234] et semble aussi être un facteur de simplification car le juge pénal qui a statué sur les faits peut ensuite plus facilement être en mesure de statuer sur le montant des dommages-intérêts[2235]. Enfin, le choix de la voie pénale permet de faire obstacle à ce que l'action civile *« ne se heurte à l'autorité de la chose jugée attachée à une décision pénale rendue sans que la victime ait pu défendre ses intérêts »*[2236]. Par ailleurs, parfois, une des parties à un contrat choisit la voie pénale afin d'exercer une pression sur son adversaire. Ainsi, en droit pénal du travail, une citation directe devant le tribunal correctionnel est susceptible de constituer une menace à l'égard du chef d'entreprise eu égard notamment à l'effet médiatique déclenché par le procès pénal. Dès lors que l'employeur espère obtenir le retrait de la plainte, il est possible que, pour ce faire, il effectue une négociation favorable. Cependant d'un autre côté, déposer une telle plainte est aussi un inconvénient dans la mesure où celle-ci peut en susciter une autre « en retour »[2237]. Il convient de réserver le cas de la stratégie consistant à saisir la juridiction civile tout en déposant également plainte parallèlement dans le but de faire jouer la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état dans une intention dilatoire car dans cette hypothèse, l'auteur de la plainte peut être condamné pour abus du droit d'agir en justice[2238]. Afin de faire obstacle à cette stratégie dilatoire, le législateur a modifié l'article 4 du Code de procédure pénale en application de l'article 20 de loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, en réduisant le champ d'application de la règle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état » aux seules instances civiles statuant sur l'action civile introduite dans le but d'obtenir réparation du dommage résultant de l'infraction[2239]. Par ailleurs, la stratégie consistant dans le choix d'agir devant la juridiction pénale en priorité par rapport à la juridiction civile peut résulter du principe *electa una via*. Dès lors que l'objet de l'action civile consiste pour la victime à voir reconnaître la culpabilité de l'auteur de l'infraction plus que d'obtenir l'indemnisation de son préjudice qui en découle, il convient pour celle-ci de saisir la juridiction pénale en priorité par rapport à la juridiction civile car il n'est pas toujours possible de changer de voie en cours de procès. En effet, si les victimes ont, dans certains cas, une liberté de choix entre la juridiction pénale et la juridiction civile pour obtenir réparation du préjudice résultant d'une infraction, une fois le choix effectué, elles n'ont plus la possibilité de revenir sur leur décision dès lors qu'elles ont saisi en premier lieu la

---

[2234] G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 23e édition, 2012, n° 296, p. 289 ; M. LOBE FOUDA, *Procédure pénale*, Panorama du droit, Collection dirigée par G. BERNARD, Groupe Studyrama-Vocatis, 2010, p. 183 ; J. LARGUIER, *La procédure pénale*, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », 1963, 12e édition, 2005, p. 74 ; B. BOULOC, H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Editions Dalloz, 18e édition, 2011, n° 331, p. 209 ; E. VERNY, *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 3e édition, 2012, n° 229, p. 132 ; B. LEQUESNE, *De l'action civile devant les tribunaux répressifs et l'article 1384 du Code civil*, th., Faculté de Droit de l'Université de Paris, Jouve & Cie, Editeurs, Paris, 1943, p. 34 ; F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 486. En témoigne, par exemple, à une certaine époque, le grand nombre de dépôts de plaintes en cas d'infraction en matière d'urbanisme. Cf. H. CHARLES, « L'avenir du procès civil en droit de l'urbanisme », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 74.

[2235] J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, Lextenso éditions, L.G.D.J., 21e édition, 2012, n° 725, p. 305 ; J. LARGUIER, *La procédure pénale*, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », 1963, 12e édition, 2005, p. 73.

[2236] G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 23e édition, 2012, n° 296, p. 290.

[2237] J.-E. RAY, « Stratégie judiciaire (Droit du travail) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1262.

[2238] L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 150, p. 31.

[2239] L. CADIET, Ph. le TOURNEAU, « Abus de droit », *Rép. Civ.*, Dalloz, avril 2008, n° 150, p. 31.

juridiction civile. C'est ce qu'énonce l'article 5 du Code de procédure pénale qui dispose que *« La partie qui a exercé son action devant la juridiction civile compétente ne peut la porter devant la juridiction répressive. Il n'en est autrement que si celle-ci a été saisie par le ministère public avant qu'un jugement sur le fond ait été rendu par la juridiction civile »*. Il s'agit du principe *electa una via*[2240] selon lequel *« lorsqu'on a choisi une voie, il n'est pas permis de revenir à l'autre »*[2241]. Ainsi, la partie qui a demandé réparation de son préjudice résultant d'une infraction devant la juridiction civile n'a plus la possibilité de se constituer partie civile devant la juridiction pénale[2242], alors qu'il en va différemment si elle a d'abord intenté son action en indemnisation devant cette dernière. En effet, dans ce cas, elle peut changer de voie et poursuivre son action devant la juridiction civile[2243]. Par exemple, en cas de relaxe pour blessures volontaires, elle peut agir sur le fondement de la faute délictuelle devant la juridiction civile. Toutefois, il existe de nombreuses limites à cette règle qui en atténuent la portée[2244]. De plus, ce principe n'est pas d'ordre public[2245] et ne joue que dans un sens. Ainsi, la stratégie consistant à saisir la juridiction pénale plutôt que civile comporte des risques dans certaines hypothèses et notamment au regard de l'application du principe de concentration des moyens à la juridiction pénale impliquant dès lors une autre stratégie devant cette juridiction dans des cas déterminés.

224. Une stratégie en impliquant une autre au regard de l'application de la jurisprudence *Césaréo* à la juridiction pénale – Il semblerait que la jurisprudence *Césaréo* s'applique à la juridiction pénale étant donné qu'une nouvelle demande effectuée devant la juridiction civile peut être rejetée en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à un précédent jugement résultant d'une juridiction répressive[2246]. En effet, il résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 25 octobre 2007 qu'une demande tendant à obtenir réparation du préjudice subi sur le fondement d'un contrat médical devant la juridiction civile est irrecevable en raison de l'autorité de la chose jugée d'une précédente décision pénale qui a relaxé un médecin poursuivi pour blessures par imprudence et débouté les parties civiles[2247]. La seconde demande tendait au même résultat que la première concernant la

---

[2240] L'expression latine complète est la suivante : *« electa una via non datur recursur (ou regressus) ad alteram »*. Cf. H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 59.

[2241] H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 59. V. aussi J.-C. MISTRAL, « Action publique. Action civile », *J.-Cl., Formulaire analytique de procédure*, fasc. 20, 1994, n° 212, p. 18 ; n° 215, p. 19.

[2242] Un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 avril 2007 fait application de ce principe. En l'espèce, la Cour de cassation énonce que la partie civile qui a engagé une action en réparation de son préjudice résultant de faits d'entrave, de discrimination syndicale et d'harcèlement moral devant le conseil de prud'hommes, ne peut plus ultérieurement effectuer une action, ayant le même objet, la même cause et concernant les mêmes personnes, devant la juridiction répressive conformément à l'article 5 du Code de procédure pénale. Cf. *Dalloz*, 2007, Actualité jurisprudentielle, p. 1424.

[2243] H. ROLAND, *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, p. 59.

[2244] Il a même été souhaité que l'on supprime l'article 5 du Code de procédure pénale. Cf. F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 322.

[2245] J.-C. MISTRAL, « Action publique. Action civile », *J.-Cl., Formulaire analytique de procédure*, fasc. 20, 1994, n° 214, p. 18.

[2246] R. PERROT, Note sous Cass. 2e civ., 25 oct. 2007, *Procédures*, 2007, Commentaires, « Autorité de chose jugée et principe de concentration », n° 274.

[2247] En l'espèce, l'arrêt de la cour d'appel a ainsi été censuré car il énonçait que ces dernières n'avaient pas obtenu satisfaction uniquement sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. 2e civ., 25 oct. 2007, *Procédures*, 2007, Commentaires, « Autorité de chose jugée et principe de concentration », n° 274.

réparation du préjudice subi et était effectuée entre les mêmes parties[2248]. Il semblerait ainsi que resurgisse la notion de l'autorité positive de la chose jugée[2249]. Pour que la seconde demande soit recevable, il faudrait faire état d'une modification des faits évoqués dans la demande originaire[2250]. D'où l'adoption, en cas de saisine en priorité de la juridiction pénale plutôt que civile d'une stratégie consistant à concentrer les moyens devant celle-ci. Conformément à l'article 470-1 du Code de procédure pénale[2251], en cas de relaxe concernant une infraction non intentionnelle au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 du Code pénal, le juge pénal peut proroger sa compétence si la partie civile le lui demande[2252] et si le tribunal a été saisi par le Ministère public ou la juridiction d'instruction, afin de statuer en application des règles de droit civil, sur la réparation des dommages résultant des faits qui ont donné lieu aux poursuites[2253]. Ainsi, dans un arrêt du 3 mars 1993, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que la juridiction répressive pouvait, après la relaxe d'un prévenu à qui il était reproché d'avoir commis des blessures involontaires, reconnaître à son encontre une faute contractuelle en relation de cause à effet avec le dommage résultant desdites blessures[2254]. De même, dans un arrêt du 11 septembre 2002, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé, qu'en application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale, le juge pénal était compétent pour statuer sur la responsabilité de la personne relaxée du chef de blessures involontaires en application des règles du droit civil et notamment de l'article 1891 du Code civil[2255]. Par ailleurs, si depuis la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 qui met un terme à l'identité des fautes civile et pénale, il est désormais possible même en cas de relaxe, d'agir devant la juridiction civile sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle conformément à l'article

---

[2248] N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 204.

[2249] *« L'autorité de chose jugée ne se réduit pas à son aspect négatif correspondant à une règle de recevabilité, mais comporte également un aspect positif correspondant à une règle de fond »*, c'est-à-dire que le juge civil doit tenir pour acquis la solution à une question litigieuse, tranchée lors d'un procès antérieur et qui concerne les mêmes parties. Cf. L. WEILLER, note sous Cass. 3ième civ., 13 février 2008, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10052, p. 32-33.

[2250] N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 204.

[2251] Concernant les tribunaux correctionnels ou de police.

[2252] Ou son assureur. En effet, un arrêt de la cour d'appel a été cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation pour avoir confirmé un jugement sur les intérêts civils « alors que ni la partie civile ni son assureur n'avaient formulé, avant la clôture des débats, une demande subsidiaire tendant à l'application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale ». Cf. Cass. crim., 12 févr. 1997, *Bull. crim.*, n° 56, p. 185-186.

[2253] M. DANTI-JUAN, « Action civile », *Rép. Civ.*, Dalloz, Janvier 2009, n° 4, p. 3 ; n° 24, p. 5. Toutefois, le juge pénal n'est pas compétent lorsque le dommage a été causé par un agent public dont la faute a un lien avec le service. En effet, dans ce cas, l'appréciation de la faute doit être effectuée par le juge administratif. Cf. A. GIUDICELLI, Note sous Cass. crim., 4 juin 2002, Chroniques de jurisprudence, *RSC*, 2003, p. 127-128.

[2254] En l'espèce, il s'agissait d'un médecin anesthésiste qui avait été condamné en raison du manquement à son obligation contractuelle d'assurer des soins conformes aux données acquises de la science. Cf. *Bull. crim*, n° 96, p. 231-232. Dans une autre affaire, une victime de blessures involontaires avait pu également obtenir la condamnation du prévenu sur le fondement de la responsabilité contractuelle de sécurité alors que ce dernier avait été relaxé du chef de blessures involontaires. En l'espèce, la partie civile s'était fait mordre par une murène lors d'une plongée sous-marine organisée par le Club Méditerrannée. Cf. Cass. crim., 1er juill. 1997, *Bull. crim.*, n° 259, p. 881-886.

[2255] Qui dispose que *« Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur »*. En l'espèce, cet article a été appliqué à une personne qui avait prêté sa jument à une autre alors que l'animal, en raison de ses réactions brutales, a été directement à l'origine du dommage. Cf. A. GIUDICELLI, Note sous Cass. crim., 11 septembre 2002, Chroniques de jurisprudence, *RSC*, 2003, p. 128-129.

4-1 du Code de procédure pénale[2256] ; implicitement, il semblerait qu'en application de l'article 470-1 précité, la juridiction pénale puisse également statuer en application de règles de droit civil sur le fondement de la faute délictuelle c'est-à-dire de l'article 1383 du Code civil[2257]. D'une manière plus générale, en cas de relaxe prononcée par le tribunal de police ou correctionnel et fondée sur l'absence d'intention de la personne poursuivie, il n'est pas exclu qu'une faute d'imprudence ait été commise sur le fondement de l'article 1383 du code civil[2258]. Après une relaxe, dans le cas de figure de l'application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale, il semblerait que la victime qui demande réparation au juge pénal sur le fondement de l'article 1383 du Code civil sans qu'il soit fait état de la responsabilité contractuelle ne puisse plus, au regard de l'application de la jurisprudence *Césaréo* à l'instance pénale préalable, se prévaloir ultérieurement, devant la juridiction civile, des règles de la responsabilité contractuelle. Ainsi, dans le cadre de notre cas d'espèce n° 1, si le commerçant qui, lors de ses loisirs, fait une chute à cheval au Club hippique alors qu'il est avec le moniteur et porte son action devant la juridiction pénale, il convient pour ce dernier de demander au juge répressif, sur le fondement des règles de la responsabilité contractuelle et sur celles de la responsabilité délictuelle réparation de son préjudice de manière subsidiaire en application de l'article 470-1 du CPP, résultant des mêmes faits qui ont fondé les poursuites ou bien d'agir directement devant la juridiction civile en faisant état des mêmes demandes. En effet, s'il est débouté par la juridiction répressive sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle parce qu'il a uniquement fait état de celle-ci, il ne pourra pas dans une seconde instance, invoquer devant le juge civil, les règles de la responsabilité contractuelle pour obtenir réparation au regard de la jurisprudence précitée. Toutefois, il semblerait que l'on puisse raisonner différemment en partant du principe que dès lors qu'est susceptible de s'appliquer l'article 470-1 du Code de procédure pénale, ce dernier doit être mis en œuvre sous peine de ne pas pouvoir obtenir ultérieurement réparation concernant les intérêts civils devant la juridiction civile. En effet, *« dans la mesure où il convient de présenter tous les moyens de droit propres au succès d'une demande dans la même instance, et où cette possibilité existe dans certaines procédures pénales même en cas de relaxe, l'avocat doit désormais, sauf à prendre le risque de l'autorité de chose jugée, présenter dans les matières visées à l'article 470-1 du Code de procédure pénale, une argumentation principale fondée sur le délit poursuivi et une argumentation subsidiaire fondée sur le droit civil en cas de relaxe »*[2259]. D'ailleurs, même au sein de la juridiction pénale, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé qu'il n'était pas possible pour la partie civile d'invoquer pour la première fois en appel le bénéfice de l'article 470-1 du Code de procédure pénale lui permettant de faire état des règles de droit civil[2260]. D'où, au final, dans notre cas d'espèce n° 1, en cas d'application possible de l'article 470-1 du CPP, la stratégie consistant pour la partie civile, qui décide d'effectuer son action civile

---

[2256] Enonçant notamment que l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du Code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du Code civil.

[2257] M. DANTI-JUAN, « Action civile », *Rép. Civ.*, Dalloz, Janvier 2009, n° 219, p. 34.

[2258] Il en est de même en cas d'acquittement fondé sur l'absence d'intention criminelle, en application de l'article 372 du Code de procédure pénale.

[2259] J. JUNILLON, « La constitution de partie civile et l'autorité de chose jugée : une prudence nécessaire dans le choix de l'argumentation », *Procédures*, 2008, Fiches pratiques, n° 2, p. 39.

[2260] C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt du 29 janvier 1997. Cf. *Bull. crim.*, n° 38, p. 112-113; J. JUNILLON, « La constitution de partie civile et l'autorité de chose jugée : une prudence nécessaire dans le choix de l'argumentation », *Procédures*, 2008, Fiches pratiques, n° 2, p. 40.

devant la juridiction répressive, d'invoquer de manière subsidiaire dans la demande originaire ou de mettre obligatoirement en œuvre, avant la clôture des débats, ce dernier article en faisant état des règles de la responsabilité contractuelle ainsi que de celles de la responsabilité délictuelle. Une telle stratégie permet de tenter d'obtenir une indemnisation plus rapidement que devant la juridiction civile et peut-être d'un montant plus élevé, le juge pénal étant mieux à même de statuer sur le montant des dommages-intérêts après avoir examiné les faits litigieux. Cependant, au regard des conditions d'application de l'article 470-1 du CPP qui sont restrictives[2261], de l'hésitation, lorsque l'infraction est involontaire, du procureur de la République à poursuivre son auteur[2262] et des aléas qui sont liés à un non-lieu ou à une relaxe, lorsque l'objet de l'action civile tend uniquement à obtenir réparation du préjudice subi, il semble préférable d'opter pour la voie civile et notamment pour la juridiction susceptible d'accorder la meilleure indemnisation possible[2263] pouvant peut-être aboutir au même résultat que celui issu de la saisine de la juridiction répressive. A défaut d'application de cet article, notamment si les blessures au regard des ITT relève d'une infraction de nature contraventionnelle ne pouvant donc pas faire l'objet d'une information et qui plus est, est non intentionnelle, le parquet hésitant à poursuivre dans ces cas-là, il sera moins risqué pour la victime d'obtenir une indemnisation de son préjudice devant la juridiction civile. Concernant le choix de la juridiciton compétente, la stratégie consistant à choisir celle qui est la plus généreuse dans l'appréciation de l'étendue de la réparation semble perdre de son efficacité à l'avenir concernant notamment le préjudice corporel au regard du rapport Guinchard qui préconise un système de barème en la matière. Néanmoins s'il existe une stratégie consistant dans le choix d'agir devant la juridiction pénale en priorité par rapport à la juridiction civile, la stratégie est d'un autre ordre en présence d'une infraction ouvrant à la victime le droit à la saisine d'un fonds d'indemnisation ou de la Commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI).

225. La stratégie dans le choix de saisir un fonds d'indemnisation et d'effectuer parallèlement un recours devant une juridiction pénale ou civile – En présence d'une infraction susceptible de donner lieu à la saisine d'un Fonds de garantie[2264], qui est un organisme indépendant doté de la personnalité morale ou bien à celle de la Commission d'indemnisation

---

[2261] Par exemple, ce dernier n'est pas applicable lorsque le juge pénal a été saisi par une citation directe de la partie civile et doit obligatoirement avoir été invoqué par celle-ci ou son assureur avant la clôture des débats. Cf. F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, p. 211.

[2262] G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 26, p. 59.

[2263] *Infra* n° 396.

[2264] Tel est le cas notamment pour les actes de terrorisme en vertu de la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme. Au titre des autres fonds de garantie, on peut citer notamment, le fonds de garantie automobile et celui concernant l'indemnisation des victimes de contamination post-transfusionnelles. Cf. F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, p. 208-209. Plus récemment, a été instauré par la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, le fonds d'indemnisation de l'amiante. Cf. G. MOR, B. HEURTON, *Evaluation du préjudice corporel*, Collection Delmas, Editions Dalloz, 2010, n° 32.13, p. 53.

des victimes d'infraction[2265] (CIVI) qui est une juridiction échevinale, on peut s'interroger sur l'existence d'une stratégie concernant la corrélation entre une telle saisine et l'exercice de l'action civile devant la juridiction pénale. Or, dans ce contexte, la demande d'indemnisation n'a pas d'incidence sur le moment de la saisine de la juridiction pénale[2266]. Par exemple, en application de l'article 706-7 du Code de procédure pénale, la CIVI peut statuer avant que le juge pénal ait lui-même rendu sa décision. L'avantage de la saisine de la commission résulte dans la possibilité pour la victime d'obtenir réparation de son préjudice en dehors de la présence de l'auteur de l'infraction[2267]. D'ailleurs, ce dernier peut être inconnu. Or, il semble stratégique pour la victime de demander des dommages-intérêts devant la juridiction répressive car cette dernière est susceptible d'accorder une réparation d'un montant plus élevé que celle de la CIVI[2268] permettant dès lors à la victime de solliciter de celle-ci un complément d'indemnisation même si elle n'est pas tenue de se conformer à la décision pénale comme l'énonce l'article 706-8 du Code de procédure pénale. La stratégie ne concerne pas le choix de la juridiction en priorité de l'une par rapport à l'autre mais dans la saisine des deux dans le but de tenter d'obtenir une meilleure indemnisation[2269]. En effet, la CIVI peut être saisie avant, après ou pendant le procès pénal[2270]. Toutefois, le montant des dommages-intérêts faisant l'objet d'une appréciation souveraine par les juges du fond[2271], il n'est pas aisé d'effectuer une anticipation en la matière. En matière civile, le montant de l'indemnisation est susceptible de varier en fonction de la juridiction saisie bien que conformément au rapport Guinchard, un barème tend à être instauré en ce qui concerne l'évaluation du préjudice corporel. Il convient d'ailleurs dans ce domaine d'éviter de transiger notamment lors de la phase amiable car en cas d'aggravation du préjudice, il semble difficile de faire annuler la transaction. Dans le cadre de l'accident ayant lieu au Club hippique, si l'atteinte corporelle causée par l'infraction n'est pas suffisamment grave[2272] pour que la victime puisse obtenir une réparation intégrale par le biais de la saisine de la CIVI, ou que dans le cadre des autres types d'infractions, au regard de ses conditions de ressources, elle ne peut être indemnisée par celle-ci[2273], nous nous reporterons à ce que nous avons énoncé plus haut. De plus, si le

---

[2265] En application de l'article 706-3 du Code de procédure pénale, la victime peut bénéficier d'une indemnisation intégrale par le biais de la solidarité nationale dès lors que l'infraction lui a causé une atteinte corporelle grave. En revanche, selon l'article 706-14 du même code, dans le cadre d'autres types d'infractions entraînant une atteinte corporelle légère ou une atteinte aux biens, le droit à réparation de celle-ci dépend de ses ressources. Cf. G. MOR, B. HEURTON, *Evaluation du préjudice corporel*, Collection Delmas, Editions Dalloz, 2010, n° 32.12, p. 53.

[2266] F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Editions Economica, 2012, n° 1324, p. 866-867.

[2267] G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 28, p. 65.

[2268] G. LOPEZ, S. PORTELLI, S. CLEMENT, *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, n° 26, p. 61.

[2269] Devant les juridictions répressives, d'une manière générale, *« les demandes en réparation du préjudice subi y sont admises largement »*. Cf. F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, p. 204.

[2270] G. MOR, B. HEURTON, *Evaluation du préjudice corporel*, Collection Delmas, Editions Dalloz, 2010, n° 32.11, p. 52.

[2271] F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, p. 206.

[2272] Selon l'article 706-3 du Code de procédure pénale, est considéré comme grave le dommage ayant entraîné le décès de la victime, une incapacité permanente ou une incapacité totale de travail égale ou supérieure à un mois.

[2273] D'une part, l'indemnisation est subsidiaire et d'autre part, les ressources de la victime doivent être inférieures au plafond qui permet d'obtenir l'aide juridictionnelle partielle. Cf. G. MOR, B. HEURTON, *Evaluation du préjudice corporel*, Collection Delmas, Editions Dalloz, 2010, n° 32.20, p. 55.

dommage a eu lieu lors d'une compétition sportive, selon un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 4 novembre 2004, n° 03-15.808, il n'est pas possible d'obtenir une indemnisation dans le cadre de ce procédé d'indemnisation *« dès que la violation des règles du sport concerné ne présente pas le caractère matériel d'un délit »*[2274]. Si nous nous trouvons dans le cas de figure d'une indemnisation possible par la CIVI, et si par ailleurs, une faute de la victime a pu être constatée, l'avantage de saisir celle-ci est qu'à la différence des juridictions pénales ou civiles, elle apprécie strictement ladite faute et permet ainsi d'éviter de diminuer le montant d'indemnisation de la victime. Par exemple, elle a jugé qu'une simple imprudence n'était pas susceptible de caractériser la faute de la victime[2275]. Par ailleurs, toujours dans le cadre de la stratégie consistant dans le choix entre deux juridictions dans le but d'obtenir réparation d'un préjudice mais qui ne résulte pas obligatoirement d'une infraction, on peut se demander s'il existe une stratégie dans le choix de la juridiction civile plutôt qu'administrative ou en cas de recours parallèles possible dans le choix de l'ordre de la saisine de ces deux types de tribunaux.

226. La stratégie dans le choix de la juridiction administrative plutôt que civile ou inversement – En matière de responsabilité, qu'il s'agisse d'un cumul de fautes résultant d'une part de celle commise par l'administration et de celle issue d'un agent public ou bien d'un de cumul de responsabilités impliquant qu'un agent public soit susceptible d'engager à la fois sa responsabilité pour faute personnelle et celle de l'administration, sa faute personnelle ayant un lien avec le service, il est possible pour la victime de la faute ayant subi un préjudice d'intenter une action soit devant la juridiction civile soit devant la juridiction administrative. Cependant si un tel choix est possible, on constate que la saisine de la juridiction civile est parfois plus satisfactoire pour la victime au regard des avantages résultant de cette juridiction. Par exemple, devant la juridiction civile est accordée une meilleure indemnisation de la réparation du préjudice moral. De plus, la preuve du lien de causalité est admise plus largement[2276] et les coûts sont moins importants que dans le cadre du procès administratif[2277]. Il en est de même lorsque la responsabilité de l'administration n'est que subsidiaire[2278]. Par ailleurs, en cas de choix dans l'ordre de la saisine des deux types de juridictions, il est bienvenu pour la victime d'effectuer en premier lieu la saisine du juge civil pour bénéficier également des avantages de la juridiction civile à moins que pour obtenir gain de cause devant le juge civil, le justiciable ait besoin de bénéficier au préalable d'une décision favorable issue de la juridiction administrative. D'ailleurs, dans le cas où la décision administrative peut avoir une incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux découlant de la décision du juge civil, il convient d'agir d'abord devant la

---

[2274] G. MOR, B. HEURTON, *Evaluation du préjudice corporel*, Collection Delmas, Editions Dalloz, 2010, n° 32.12, p. 52.

[2275] G. MOR, B. HEURTON, *Evaluation du préjudice corporel*, Collection Delmas, Editions Dalloz, 2010, n° 32.18, p. 54.

[2276] En matière administrative, il est fait référence à la théorie de l'équivalence des conditions qu'exceptionnellement. Cf. R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 122.41, p. 89.

[2277] R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 123.18, p. 97.

[2278] C'est-à-dire qu'elle ne peut être mise en œuvre qu'en cas d'insolvabilité. Cf. R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 123.21, p. 98.

juridiction administrative[2279]. En dehors de la stratégie consistant dans le choix d'une juridiction dans le but d'obtenir réparation d'un préjudice, on peut s'interroger sur l'existence d'une autre stratégie lorsque la nature du litige le permet concernant le choix de la juridiction compétente notamment entre les tribunaux d'instance ou de grande instance et les tribunaux de commerce, un tel choix pouvant avoir une une influence sur le résultat sur le fond du droit litigieux.

227. La stratégie dans le choix de la juridiction civile plutôt que commerciale ou inversement – Hormis le cas de la situation dans laquelle le montant de la demande est supérieur à un certain taux impliquant la saisine du tribunal de grande instance et non celle du tribunal d'instance donnant lieu au choix entre la procédure écrite et la procédure orale inhérente aux juridictions d'exception comme nous le verrons plus loin[2280], il s'agit ici uniquement d'étudier la stratégie en considération des spécificités de la juridiction commerciale en elle-même et non de celles qui sont inhérentes aux juridictions d'exception. Dès lors qu'un choix est possible entre la juridiction de droit commun ou une juridiction d'exception, au regard des différences entre les deux types de procédure qui s'estompent[2281], ce choix semble s'effectuer plus en fonction de son incidence sur le fond du droit litigieux que sur la procédure applicable. Tel est le cas, par exemple, de la possibilité pour le juge du tribunal de commerce de faire application de la *lex mercatoria*. L'avantage d'agir devant la juridiction civile plutôt que devant la juridiction commerciale peut résulter d'une idée préconçue selon laquelle le juge civil fait preuve d'une plus grande rigueur que le juge du tribunal de commerce davantage soucieux, quant à lui, de donner une solution satisfaisante pour la bonne marche des affaires. Toutefois, cette croyance pourrait ne pas se vérifier en pratique et l'on pourrait au contraire se trouver devant une juge civil animé par l'intention de rendre un jugement équitable et un juge consulaire déterminé à mettre fin au litige conformément aux règles de droit applicables[2282]. Le risque de saisir la juridiction commerciale demeure cependant dans la possibilité de faire juger l'affaire par des concurrents[2283]. Mais d'une manière générale la stratégie consistant dans la saisine d'un tribunal plutôt qu'un autre est liée à son incidence sur le temps du procès. La procédure qui se déroule devant le tribunal de commerce semble plus rapide et plus simple que celle qui a lieu devant le tribunal de grande instance. Or, comme l'écrit Louis Crémieu, *« le besoin de célérité est l'âme du commerce »*[2284]. La saisine de la juridiction commerciale est donc susceptible d'avoir des conséquences sur l'évaluation du temps du procès. Toutefois, lorsque deux juridictions sont saisies, en application de l'article 100 du Code de procédure civile, la juridiction saisie en second doit se dessaisir au profit de celle qui a été saisie en premier. Ainsi, selon que c'est le tribunal de

---

[2279] R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 122.35, p. 88.

[2280] *Infra* n° 251.

[2281] *Infra n°* 251. Concernant le choix de la juridiction commerciale, le demandeur qui n'a pas la qualité de commerçant peut renoncer à bénéficier de cette option en adhérant à la compétence du tribunal de commerce. Cf. R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy, Droit économique, Concurrence, Distribution, Consommation, Editions Lamy*, SA, 2005, n° 26, p. 9.

[2282] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 124.32, p. 34.

[2283] J. LARGUIER, Ph. CONTE, C. BLANCHARD, *Droit judiciaire privé, Procédure civile*, Dalloz, 20e édition, 2010, p. 19.

[2284] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 125. En effet, selon Montesquieu : « Les affaires du commerce sont très peu susceptibles de formalités ». Cf. *De l'esprit des lois*, Tome 2, Garnier-Flammarion, 1979, Livre XX, Chap. XVIII, p. 21.

grande instance ou le tribunal de commerce qui est saisi, les conséquences sont différentes. En effet, si le créancier bénéficie de deux créances dont la nature est différente[2285] et relève à l'égard d'une caution de la compétence du tribunal de grande instance et à l'égard d'une autre caution de celle du tribunal de commerce, le créancier a tout intérêt à saisir en premier lieu le tribunal de grande instance car ce dernier pourra proroger sa compétence pour ce qui concerne la créance ayant une nature commerciale, alors que le tribunal de commerce ne peut connaître d'une demande ne relevant pas de sa compétence. Dans le prolongement du choix du tribunal compétent, existe celui de la procédure applicable au sein d'une même juridiction. En effet, en fonction de la nature du litige un choix peut être effectué entre différents types de procédures[2286].

228. La stratégie dans choix entre deux procédures possibles susceptibles d'aboutir au même résultat – La procédure d'injonction de payer *« permet au justiciable créancier d'obtenir satisfaction de manière simple, efficace, rapide »*[2287]. Son instauration en matière européenne a ainsi été accueillie avec succès ou comporte ainsi de nombreux avantages. Le recours à la procédure d'injonction de payer a l'avantage de faire bénéficier le demandeur de la procédure sur requête qui permet l'inversion du contentieux. Il semblerait qu'il y ait une concurrence entre le référé-provision et la procédure d'injonction de payer dans l'hypothèse où le créancier souhaite recouvrir une créance qui, à la fois, n'est pas sérieusement contestable, rentre dans les conditions de mise en oeuvre du référé-provision et comporte les qualités requises de celles qui concernent la procédure d'injonction de payer[2288]. La différence entre les deux procédures peut dépendre de l'effet de ces dernières. L'avantage de la procédure d'injonction de payer est de permettre au créancier, en cas de non utilisation par le débiteur de sa faculté « d'opposition », de demander que l'ordonnance soit revêtue de la formule exécutoire en application des articles 1422 et 1423 du CPC. En effet, une fois rendue exécutoire, l'ordonnance bénéficie de tous les effets d'un jugement contradictoire[2289]. Lorsque la matière litigieuse, s'y prête, il est néanmoins judicieux de recourir au référé-provision car la décision qui en est issue peut être un élément

---

[2285] Par exemple en présence de deux cautions établies d'une part, par le mari ayant la qualité de président-directeur général majoritaire de la société anonyme et d'autre part, par la femme qui n'a pas d'activité commerciale. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 516.65, p. 293.

[2286] De même, en matière pénale, hormis les alternatives aux poursuites, les vols simples peuvent donner lieu à différentes procédures de poursuites telles que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), la comparution immédiate, le tribunal correctionnel statuant à juge unique. Cf. J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Postface d'Antoine GARAPON, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2010, p. 110, note de bas de page n° 10.

[2287] Elle aboutit à un titre exécutoire sans engager beaucoup de frais et sans représentation obligatoire. Cf. N. FRICERO, « Les manifestations de l'injonction : éléments de comparaison issus du contentieux civil », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, n° 2, p. 4 ; n° 6, p. 5.

[2288] Le montant de la créance doit être déterminé et celle-ci doit avoir une cause contractuelle ou résulter d'une obligation de caractère statutaire.

[2289] G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, n° 291, p. 335. Ainsi, le créancier sans s'être soumis à un débat contradictoire peut obtenir une décision qui aura « les attributs d'une décision au fond ». Cf. A. LACABARATS, B. MATHIEU, *Les procédures d'urgence en droit des affaires*, Préf. de Jacques NORMAND, Joly éditions, Lextenso éditions, 2010, n° 44, p. 47.

déterminant dans le choix d'intenter ou pas une procédure au fond[2290]. Etant donné que le juge des référés peut accorder la totalité de la créance dès lors que celle-ci n'est pas sérieusement contestable, le créancier est suscepible d'obtenir satisfaction sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge du fond[2291]. Concernant d'ailleurs plus particulièrement le choix entre la saisine du juge des référés ou du juge du fond, hormis son incidence sur le temps du procès, il convient d'analyser son impact sur le résultat sur le fond du droit litigieux.

229. La stratégie dans le choix de l'action devant le juge du fond plutôt que devant le juge des référés ou inversement – Etant donné que le juge peut prendre en compte l'attitude antérieure de l'une des parties pour sanctionner son choix en ce qui concerne la juridiction compétente, il est important d'anticiper les effets d'un tel choix, ce dernier pouvant avoir une incidence sur la solution concernant le fond du droit litigieux. Ainsi, dans un arrêt du 19 juin 1990, la Cour d'appel de Paris a énoncé que le fait pour le bailleur d'assigner son locataire directement devant la juridiction du fond alors qu'habituellement, en cas d'incidents, il effectuait une demande devant le juge des référés, avait provoqué la surprise du locataire et constituait ainsi un manquement à l'obligation de bonne foi[2292]. Pour cette raison, dans cette affaire, les juges ont rejeté la demande du bailleur en résolution du contrat[2293]. Il en est de même en ce qui concerne le cours de l'instance, le juge pouvant faire état de l'attitude de l'une des parties pour rendre sa décision. En dehors de l'hypothèse du choix de la compétence matérielle du tribunal et du type de procédure applicable au litige, une option étant également parfois envisageable en ce qui concerne la compétence territoriale nous conduit à rechercher une éventuelle stratégie en la matière.

230. La stratégie dans le choix de la juridiction territorialement compétente – Une des parties peut préférer saisir une juridiction plutôt qu'une autre en raison de ses usages, c'est-à-dire de *« sa manière habituelle de procéder »*. Les usages du palais varient d'une juridiction à une autre et ont donc un caractère local[2294]. Par exemple, à une certaine époque, il était apparu des différences dans la pratique de la procédure notamment des tribunaux de commerce dont certains

---

[2290] Très souvent, on constate que la partie qui n'a pas obtenu gain de cause devant le juge des référés ne poursuit pas le procès. Cf. H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 71. L'ordonnance de référé semble avoir une portée définitive. *« Le litige s'arrête en quelque sorte au seuil du référé. Au reste, pourquoi le prétendu créancier saisirait-il le juge du principal si, par le biais d'un référé-provision, il est parvenu à obtenir le plein de la demande, à l'antépénultième près, comme on tend à l'admettre ? »*. R. PERROT, « L'évolution du référé », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 652.

[2291] O. STAES, *Droit judiciaire privé*, Ellipses, 2006, n° 34, p. 24.

[2292] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 246, p. 142 et n° 644, p. 350.

[2293] En effet, pour ces derniers : *« ce brusque changement de comportement processuel du bailleur n'a pas permis à ses cocontractants de réaliser à temps qu'ils devaient prendre eux-mêmes l'initiative de saisir le juge des référés, sous peine de forclusion ; il s'ensuit que le bail dont sont titulaires les consorts T. ne se trouve pas résilié de plein droit, la clause résolutoire ayant perdu son effet automatique du fait de l'absence de bonne foi du bailleur »*, cité par J. MESTRE, observations sous C.A. de Paris, 6e ch. A, 19 juin 1990, *R.T.D. civ*. 1992, p. 92.

[2294] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n°5, p.17.

étant très occupés ont institué la pratique du renvoi en délibéré dit « de parties »[2295]. La jurisprudence des juridictions de première instance n'étant pas toujours unifiée, il est important de connaître la jurisprudence du tribunal compétent en cas de litige[2296] notamment en ce qui concerne les conseils de prud'hommes où d'un département à un autre où d'une ville à l'autre, le résultat n'est pas identique[2297] alors même que les termes du litige sont parfois similaires[2298]. De même, en matière commerciale, une organisation ayant son siège dans une ville, doit connaître la jurisprudence de la juridiction de cette ville[2299] afin de déclencher des actions qui lui permettront d'obtenir gain de cause non seulement dans un cas d'espèce particulier mais aussi dans de nombreux litiges de même nature qui seront susceptibles de naître[2300]. Cette façon de procéder est appelée le « procès test »[2301]. Lorsque les conditions sont favorables pour une entreprise concernant son action en justice, le risque d'intenter un procès peut être perçu comme une opportunité permettant d'atteindre certains objectifs[2302]. S'il est parfois possible de choisir la juridiction compétente avant la naissance du litige par le biais d'une clause contractuelle[2303], une fois le litige né, une option existe aussi dans certains cas. En dehors des cas de compétence exclusive, le principe est qu'en l'absence de dispositions impératives, le tribunal compétent est celui du lieu de la demeure du défendeur[2304]. Toutefois, dans de nombreuses hypothèses, l'une des parties bénéficie d'une option de compétence. Par exemple, lorsque le défendeur est une personne morale, le demandeur peut choisir d'agir soit devant le tribunal du lieu du principal établissement ou d'une succursale, soit devant celui du lieu du siège. De même, il existe une option de compétence en présence de plusieurs défendeurs puisque, dans ce cas, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux en application de l'article 42, alinéa 2 du Code de procédure civile. Par ailleurs, l'alinéa 3 de ce même article dispose que : *« Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger »*. Il existe aussi de nombreuses

---

[2295] *« Les plaideurs sont entendus en leurs explications orales, dossier préalablement déposé, par un juge rapporteur »*. Cf. F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 364.

[2296] Les règles prétoriennes peuvent êtres propres à « telle ou telle région ou telle ou telle juridiction ». Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, S. BORIES, « La jurisprudence massive », *D.* 1993, Chron., n° 7, p. 288.

[2297] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 85, p. 57.

[2298] C'est ainsi qu'un conseil de prud'hommes a rendu deux décisions contraires alors que la rédaction des lettres de licenciement était identique. Il faut toutefois noter que dans une section, la présidence était attribuée à un juge employeur et dans l'autre, à un juge salarié. Cf. F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 58.

[2299] Ainsi que les usages locaux concernant les congés des baux commerciaux à durée indéterminée. Cf. J.-P. BLATTER, « Baux commerciaux et usages locaux », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 11.

[2300] F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 58-59.

[2301] C. CHAMPAUD, « Stratégie judiciaire (Droit des affaires) », et J.-E. RAY, « Stratégie judiciaire (Droit du travail) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1259 et 1264.

[2302] Dans ce cas, il s'agit d'un risque « positif ». Cf. F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, p. 16-17.

[2303] *Supra n°* 71.

[2304] C'est-à-dire du domicile ou à défaut de la résidence, s'il s'agit d'une personne physique. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 614.21, p. 351.

hypothèses dans lesquelles le demandeur bénéficie d'options. Tel est le cas notamment en matière contractuelle, où ce dernier a le choix, outre la juridiction du lieu du défendeur, entre la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de la prestation de service ; en matière délictuelle, entre la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ; en matière mixte, il a la possibilité de saisir la juridiction du lieu de situation de l'immeuble et en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier[2305]. On rencontre également des options possibles dans d'autres domaines particuliers[2306]. Saisir un juge différent de celui du lieu où demeure le défendeur est peut-être un moyen d'inciter ce dernier à trouver une solution à l'amiable en raison notamment des complications résultant de l'éloignement du tribunal mais s'explique aussi par la façon différente dont le juge d'une autre localité pourrait peut-être envisager le procès ou bien encore parce que celui-ci serait connu pour sa jurisprudence constante dans un domaine particulier[2307]. En effet, le choix peut dépendre de la jurisprudence du tribunal du lieu susceptible d'être choisi pour régler le litige[2308]. La connaissance de la jurisprudence d'une juridiction permet d'anticiper le résultat d'un procès et peut inciter le demandeur à saisir une juridiction plutôt qu'une autre si elle tend à lui donner satisfaction. Il est judicieux aussi de se renseigner sur la jurisprudence de la cour d'appel du ressort concerné au cas où un appel serait envisagé et à condition que l'on puisse parler d'une jurisprudence de la cour d'appel[2309]. Ainsi, en cas de dommages, lorsque l'une des parties souhaite obtenir réparation, l'option de compétence a un intérêt pour cette dernière étant donné que certaines juridictions semblent être plus généreuses que d'autres en ce qui concerne l'octroi des dommages et intérêts destinés à réparer un préjudice corporel[2310]. Toutefois, il semblerait qu'il y ait une évolution en la matière[2311]. De même, dans d'autres domaines, il est bon d'avoir une bonne connaissance de la façon ou de la manière de juger de certains tribunaux puisque l'on constate des différences de jurisprudence entre ces derniers. En effet, eu égard à la liberté d'appréciation du juge en ce qui concerne son devoir de qualification des faits, l'on relève dans certaines juridictions une « pratique » ou des

---

[2305] CPC, article 46.

[2306] Par exemple, en matière prud'homale, le demandeur peut choisir soit le lieu de l'établissement où s'est effectué le travail, et lorsque le travail s'est réalisé en dehors de tout établissement ou à domicile, le domicile du salarié. De plus, une option est accordée au seul salarié : il s'agit du lieu de l'engagement ou du lieu de l'établissement de l'employeur (Code du travail, art. R. 517-1). Par ailleurs, dans le domaine de la compétence du juge des référés, si d'une manière générale, elle est identique à celle du tribunal normalement compétent au fond, il en va différemment en cas d'extrême urgence, où il est possible de recourir au juge des référés du lieu de l'incident. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 614.31, p. 351.

[2307] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 124.33, p. 35.

[2308] *Infra* n° 230.

[2309] M.-O. ROLLAND-JACOB, *La jurisprudence d'appel source de droit*, th., Université de Rennes I, Faculté des Sciences Juridiques, 1985, p. 113. Cf. *Infra* n° 275-276.

[2310] L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 65, p. 10. Cf. aussi F. ALAPHILIPPE, *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, p. 469.

[2311] En effet, le rapport Guinchard prévoit des barèmes nationaux indicatifs en ce qui concerne notamment la réparation du préjudice corporel. Cf. S. GUINCHARD, « Discours de remise, à Madame le Garde des Sceaux, du rapport sur la répartition des contentieux, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », site *Internet du gouvernement (www.gouv.com)*, p. 4. Cf. « les 65 propositions de la Commission Guinchard », site *Internet du gouvernement (www.gouv.com*), notamment la proposition n° 31, p. 7.

« habitudes »[2312]. Ces hypothèses sont cependant empreintes d'incertitude même si des praticiens parviennent parfois à en faire la démonstration[2313]. D'ailleurs, l'influence de ces différents critères sur la solution est particulièrement visible dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité d'autant qu'en la matière l'éventuel choix de la juridiction compétente est doublé de celui de la loi applicable au litige.

b.Dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité

231. Dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité, s'il n'existe pas de règlements communautaires et de conventions entre Etats, l'on se réfère aux règles de droit international privé issues de l'ordre interne du juge saisi. Il convient de distinguer les cas dans lesquels la matière litigieuse offre aux parties une liberté de choix quant à la loi applicable et à la juridiction compétente de ceux dont la matière, à l'inverse, limite toute marge de manœuvre de ces dernières. Toutefois, parfois, dans les deux cas, une option concernant la compétence de la juridiction est possible. D'où l'étude de l'anticipation de la solution du litige au regard du choix du tribunal compétent.

232. L'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux au regard de la juridiction saisie en matière de droits indisponibles – Dans les cas dans lesquels les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, une option quant à la juridiction compétente est parfois néanmoins possible même si la loi qui régit le litige est la même quelle que soit la juridiction saisie. Dans cette hypothèse, le choix de la juridiction compétente ne modifie pas la solution au fond comme le montre le cas d'un couple souhaitant divorcer dont le mari, de nationalité italienne est retourné vivre en Italie et la femme, de nationalité française, est restée en France avec les enfants, le juge saisi par l'épouse pouvant être soit celui qui relève des juridictions italiennes, soit des juridictions françaises en application de l'article 3 du règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II *bis*,entré en vigueur le 1er août 2004, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale[2314], dans les deux cas la loi française étant applicable au fond. Il est prévu plusieurs chefs de compétence alternatifs et exclusifs les uns des autres. Par ailleurs, en cas de double nationalité européenne commune des époux, les juridictions issues des deux Etats membres dont ces derniers sont ressortissants sont compétentes sans prévalence des unes sur les autres[2315]. Le règlement Bruxelles II *bis* est applicable aux faits précités car le litige est rattaché au territoire d'un Etat membre. Dans un arrêt du 22 février 2005, n° 02-20.409, la première Chambre civile de la Cour de cassation a reproché aux juges du fond d'avoir accepté de statuer en se fonfant sur l'article 14 du Code civil dans le cadre d'une action en divorce

---

[2312] L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 86, p. 12.

[2313] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 124.33, p. 35.

[2314] Cet article dispose notamment que « Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'Etat membre : a) sur le territoire duquel se trouve : la résidence habituelle des époux, ou la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou la résidence habituelle du défendeur… ».

[2315] C'est ce qui résulte des conclusions de l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire n° 168/08. Cf. P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.67.

concernant deux Français domiciliés en Islande alors que le fondement approprié était l'article 2 du Règlement Bruxelles II et qui serait aujourd'hui l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis* en raison de la nationalité française des deux époux[2316]. En cas d'existence de règlements communautaires ou de conventions internationales, ces derniers sont applicables en priorité par rapport aux règles de droit international privé prévues par chaque Etat[2317]. A défaut, il convient de transposer les règles internes à l'ordre international en application de l'arrêt *Pelassa* du 19 octobre 1959 c'est-à-dire de déterminer le tribunal compétent au regard des règles internes de droit international privé du juge saisi. Ainsi, les tribunaux français peuvent être saisis conformément aux règles de droit national dès lors que les juridictions d'aucun Etat membre ne sont compétentes et que le défendeur n'a pas sa résidence habituelle dans un Etat membre ou n'est pas ressortissant d'un Etat membre[2318]. En application de l'article 267 du Code civil et de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, en droit interne, par exemple, le juge aux affaires familiales compétent pour statuer sur le divorce est également compétent pour la liquidation du régime matrimonial. En droit international, il convient de se référer à l'article précité ainsi qu'aux règles de compétence générales qui désignent le tribunal du lieu du domicile du défendeur en application de l'article 42 du CPC ou celui de la nationalité des parties conformément aux articles 14 et 15 du Code civil. Etant donné que la loi applicable au divorce est désignée par le droit du *for*, il convient, dans le cadre des faits de l'espèce précitée, de se référer au droit italien et au droit français pour connaître celle-ci selon que l'on saisit le tribunal italien ou français et vérifier préalablement s'il n'existe pas un règlement communautaire ou une convention internationale dont il doit être fait application en priorité[2319]. En l'absence d'instruments internationaux, dans les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, la liberté de celles-ci est limitée. Le juge a l'obligation d'appliquer d'office la loi étrangère qui résulte des règles de conflit de lois. C'est ce qui résulte de l'arrêt *Coveco* du 4 décembre 1990 dans lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation fait

---

[2316] P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.41.

[2317] Selon un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 29 novembre 2007, aff. N° 68/07, *Sundelind Lopez* : « Les articles 6 et 7 du règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, doivent être interprétés comme signifiant que dans le cadre d'une procédure de divorce contre un défendeur qui n'a ni sa résidence habituelle dans un Etat membre ni la nationalité d'un Etat membre, les juridictions d'un Etat membre ne peuvent pas fonder leur compétence sur le fondement de leur droit national, si les juridictions d'un autre Etat membre sont compétentes en vertu de l'article 3 du règlement ». Cité par P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.02 ; 132.51.

[2318] Tel est le cas d'un époux hongrois qui peut saisir les juridictions françaises en application de l'article 14 du Code civil dès lors qu'il a son domicile en France depuis moins d'un an et que son épouse de nationalité indonésienne habite à Singapour. Cf. P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.93-1. Mais dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 1er décembre 2010, n° 09-70.132, il a été décidé que l'article 15 du Code civil ne pouvait être invoqué en l'espèce en raison de l'application de l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis* alors que ce dernier donnait compétence au juge du Mali qui n'est pas un Etat partie à ce Règlement. Cf. Th. GARE, Note sous cet arrêt, *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 3, 2011, p. 24-25.

[2319] Une difficulté peut néanmoins surgir en cas d'existence à la fois d'un règlement européen et d'une convention bilatérale susceptibles de régir le litige. Par exemple, si le règlement Bruxelles II bis semble devoir primer sur la convention franco-marocaine du 10 août 1981, dans des hypothèses certes résiduelles, il en va différemment. Cf. A. DEVERS, « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II bis et Rome III) et des conventions franco-marocaines (de1957 et 1981) », *Dr. de la famille*, 2012, Etudes n° 1, p. 9.

obligation aux juridictions françaises de mettre en œuvre d'office la loi étrangère dès lors que les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. De même, dans l'arrêt *Demart* du 5 octobre 1994 la première Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que *« pour les droits indisponibles, le juge doit – quelle que soit l'attitude des parties – faire jouer la règle de conflit, déterminer le droit applicable en vertu de cette règle, et le mettre en œuvre »*[2320]. Nous en avons l'illustration dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 19 septembre 2007[2321]. C'est ce que rappelle également la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mars 2010 dans lequel était invoquée la règle de conflit unilatérale issue de l'article 309 du Code civil ayant trait au divorce[2322]. Pourtant, dans ce domaine, le nouveau Règlement n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010[2323] dit Rome III « mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps » qui est entré en vigueur en France le 21 juin 2012[2324] fait des causes de divorce des droits disponibles, les parties pouvant choisir la loi applicable à leur désunion en application de l'article 5[2325] et contribue ainsi à la prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux[2326]. Ainsi, du moins avant l'application de ce dernier règlement Rome III, le critère d'impérativité de la règle de conflit, qui a des conséquences sur la liberté de choix des parties quant à la loi applicable à leur litige et en conséquence sur la solution sur le fond, dépendait de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits en cause[2327]. Par ailleurs, lorsque les conditions du Règlement Rome III étaient remplies pour permettre, avant l'entrée en vigueur de celui-ci, le choix de la loi applicable au divorce, une anticipation en la matière était envisageable. Dans le cadre de notre cas d'espèce, si l'on part de l'hypothèse selon laquelle un tel choix n'a pas été effectué, on se réfère au droit italien, en vertu duquel conformément à l'article 31-1 de la loi du

---

[2320] *Bull. civ.* I, n° 267, cité par J.-P. ANCEL, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Editions Dalloz, 2008, p. 6.

[2321] En l'espèce, il s'agissait d'une demande en nullité d'un mariage qui avait eu lieu en Tunisie entre deux époux dont l'un avait la nationalité tunisienne et l'autre française. Le conjoint français qui souhaitait annuler le mariage s'était fondé sur le droit français en invoquant le défaut d'intention matrimoniale de son mari tunisien. Ce dernier a effectué un pourvoi en cassation en énonçant que le juge devait se prononcer en se fondant non pas sur la loi française mais sur la loi tunisienne. Il a obtenu gain de cause car conformément aux règles de conflit françaises, les conditions de fond du mariage doivent être régies par la loi nationale de chacun des époux. Or comme en l'espèce, il s'agissait d'apprécier le consentement du conjoint tunisien, il convenait d'appliquer la loi du pays de ce dernier. Cf. A. BOICHE, note sous cet arrêt, in *Act. jur. famille*, Jurisprudence, Mars 2008, p. 125-126.

[2322] F. JAULT-SESEKE, Note sous Cass. civ. 1ière, 3 mars 2010, n° 09-13.723, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1374.

[2323] J.O.U.E., n° L. 189, 22 juill. 2010, p. 12.

[2324] Et qui lie au total quatorze Etats, les autres Etats membres étant libre d'y adhérer ou pas. Cf. F. JAULT-SESEKE, Note sous le règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010, dit Rome III, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1376. Il s'agit des Etats suivants : la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie. Cf. A. DEVERS, M. FARGE, « Le nouveau droit international privé du divorce », *Dr. de la famille*, 2012, Etudes n° 13, p. 7.

[2325] Il peut s'agir soit de la loi de la résidence habituelle commune des époux, soit de celle « de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que l'un d'eux y réside encore », soit de la loi nationale de l'un des époux, ou bien encore soit de la loi du for. Cf. G. LARDEUX, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.* 2011, Chron., p. 1839.

[2326] M. OUDIN, « Contractualisation du divorce international : le règlement (UE) du 20 décembre 2010 », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 3, Mars 2011, p. 10.

[2327] J.-P. ANCEL, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Editions Dalloz, 2008, p. 7.

31 mai 1995, la séparation personnelle et la dissolution du mariage sont régies par la loi nationale commune des époux lors de la demande de séparation ou de dissolution du mariage, et « à défaut s'applique la loi de l'Etat dans lequel la vie commune apparaît localisée de manière prépondérante ». En l'espèce, le droit italien donne compétence à la loi française puisque les époux ont vécu en France[2328]. Le droit français quant à lui fait référence à l'article 309 du Code civil[2329] qui renvoie en l'espèce à l'application du droit italien pour savoir si une loi étrangère se reconnaît compétence[2330] lequel fait application de la loi française[2331]. Quelle que soit la juridiction saisie, le résultat est identique. Il est donc plus judicieux pour l'épouse de saisir le tribunal français, ce dernier étant mieux à même d'appliquer la loi de son pays. En effet, il convient de saisir le tribunal de l'Etat de la loi applicable au fond. Il en résultera une plus grande efficacité quant au délai du jugement en évitant les complications liées à l'application d'une loi étrangère et quant au rassemblement des preuves. Lorsque la loi applicable au fond est susceptible de varier selon la juridiction saisie, en cas de compétences alternatives, le choix du tribunal compétent est déterminant pour anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. En cas d'application de conventions bilatérales, il conviendra ainsi d'opter pour la juridiction en fonction de la loi désignée par celles-ci dès lors qu'un choix de la loi applicable au divorce n'est pas prévu[2332]. Si l'on reprend l'exemple précité mais que l'on change un élément en énonçant que le couple est de nationalité italienne, sachant qu'ils ont fixé leur résidence en France, là encore les juridictions françaises et italiennes peuvent être compétentes mais la loi applicable n'est pas identique selon le tribunal saisi puisque le droit italien prévoit qu'en matière de divorce s'applique la loi de la nationalité commune c'est-à-dire la loi italienne alors que le droit français fait application de la loi française dans les conditions prévues à l'article 309 du Code civil qui énonce notamment que la loi française sera mise en œuvre dès lors que les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français, ce qui est le cas. Donc, en l'espèce, si les juridictions italiennes sont saisies, il sera fait application de la loi italienne alors que si l'action en justice est introduite devant les juridictions françaises, la loi française sera mise en oeuvre conformément à l'article 309 alinéa 2 du Code civil. Etant donné que le divorce s'obtient plus facilement en France qu'en Italie, les juridictions françaises sont susceptibles d'être préférées

---

[2328] H. FULCHIRON, C. NOURISSAT, E. TREPPOZ, *Travaux dirigés de droit international privé*, 4ième édition, Litec, LexisNexis SA, 2009, p. 11.

[2329] En vertu duquel « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française : - lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ; - lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ; - lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

[2330] Conformément aux arrêts cités ci-dessus, il convient pour le juge de faire application d'office de la loi étrangère. Dans un arrêt du 1er juin 1994, les juges du fond avaient en effet été censurés par la Cour de cassation pour avoir mis en œuvre la loi française sans avoir recherché si une loi étrangère se reconnaissait compétente alors que les époux n'étaient pas de nationalité française et n'étaient pas tous les deux domiciliés en France. Cité par P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 04.114.

[2331] La loi italienne ne se déclare pas compétente au sens de l'article 309, 3e tiret du Code civil. Cf. H. FULCHIRON, C. NOURISSAT, E. TREPPOZ, Travaux dirigés de droit international privé, 4ième édition, Litec, LexisNexis SA, 2009, p. 11.

[2332] Actuellement, il existe la convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille, la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 et la convention franco-marocaine du 9 août 1981. Cf. P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 04.171 à 04.203.

aux juridictions italiennes[2333]. Du moins, dans cette hypothèse, il s'agit d'un fait qui peut être pris en compte dans le cadre du choix de la juridiction compétente[2334]. Ainsi, lorsque la matière litigieuse est indisponible mais permet la saisine de deux juges relevant chacun d'un Etat différent, il peut être fait application de lois différentes à un même litige impliquant des solutions distinctes[2335]. D'où l'intérêt pour le demandeur, quand cela est possible, d'opter pour la juridiction de l'Etat dont la loi lui sera la plus favorable notamment eu égard aux conséquences financières du divorce[2336] comme en font état les différences entre le droit français et le droit anglais. En droit français, le divorce va donner lieu à la liquidation du régime matrimonial qui a pu être choisi par les parties[2337] et qui, à défaut, est celui de la communauté légale. En cas de disparité issue de la situation financière de chacun des époux, une prestation compensatoire pourra être fixée. En revanche, en droit anglais, il en va différemment étant donné que la notion de régime matrimonial n'est pas identique à celle que connaît le droit français et que le règlement du divorce s'effectue en une seule opération appelée l'*equitable distribution*[2338] qui se manifeste par un partage par moitié sauf si cela va à l'encontre de l'équité qui permet de modifier la répartition. Le juge anglais applique automatiquement la loi du *for* alors que le juge français peut faire application d'une loi étrangère si celle-ci est désignée par ses règles de droit international privé. Mais si ce dernier est compétent pour déterminer le régime matrimonial applicable, il convient de tenir compte du fait qu'il assimile le régime légal anglais au régime français de la séparation de biens. En droit anglais la notion de régime matrimonial est inexistante[2339]. Selon que l'on saisit le juge français ou le juge anglais pour obtenir le règlement

---

[2333] P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.64.

[2334] A. BOICHE, « Le divorce en droit international privé », in Dossier « Internationalité du litige familial », *Act. Jur. famille*, Juillet-août 2008, p. 271.

[2335] P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 132.64. Dans le cas d'un couple de Français qui est allé habiter aux Etats-Unis, dès lors que l'un des époux est revenu en France depuis six mois, les tribunaux new-yorkais sont compétents pour prononcer le divorce conformément à leurs règles de compétences internes au regard de la résidence habituelle de l'épouse à New-York mais également les tribunaux français en application du règlement Bruxelles II *bis*. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 47.

[2336] A. BOICHE, « Le divorce en droit international privé », in Dossier « Internationalité du litige familial », *Act. Jur. famille*, Juillet-août 2008, p. 271.

[2337] *Infra* n° 385.

[2338] C'est-à-dire le partage équitable. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 48.

[2339] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 47-48.

du divorce, les solutions au fond peuvent être différentes[2340]. Il convient donc pour le demandeur de choisir le tribunal permettant d'aboutir à la solution qui lui est la plus favorable dès lors que le choix du juge compétent a une incidence sur la loi applicable au litige[2341]. On peut se demander si la solution reste inchangée avec l'entrée en vigueur du nouveau règlement sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps étant donné que les conséquences du divorce ne rentrent pas dans le champ d'application de celui-ci. Si le juge français est saisi, il semble critiquable que l'on se réfère à l'article 309 du Code civil[2342] bien qu'en la matière de nombreux règlements communautaires soient applicables notamment le Règlement (CE) du 18 décembre 2008 et le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 pour les obligations alimentaires. La concurrence entre les différentes juridictions peut résulter de celle qui concernent les cabinets d'avocats encourageant leurs clients à choisir la loi de leur spécialité et qui implique la saisine du tribunal susceptible d'appliquer cette loi au fond notamment en cas d'application des règles de droit international privé du *for* et de la qualification qui s'effectue en fonction de la juridiction saisie. Tel est le cas également lorsque le règlement communautaire prévoit que le choix de la loi applicable au fond peut consister dans la loi du juge saisi du divorce comme c'est le cas du règlement dit Rome III ou de celui ayant trait aux obligations alimentaires en vertu duquel il incombe au juge de la résidence habituelle du mineur de prendre les mesures de protection concernant ce dernier en application de son propre droit conformément à la Convention de La Haye du 19 octobre 1996. D'ailleurs, dans la pratique, le choix du juge saisi implique celui du droit applicable[2343]. De même, le choix de la loi applicable au régime matrimonial permet d'éviter les difficultés évoquées ci-dessus au moment de la liquidation de ce dernier. Toutefois, un tel choix est inefficace si les époux résident en France quant à l'application de l'ordre public français ayant trait aux règles du logement familial[2344]. De surcroît, la stratégie consiste dans la saisine en premier de l'une des juridictions compétentes dès lors qu'un tel choix détermine la solution au fond ou au regard des règles de litispendance[2345]. Certes, si en application de l'article

---

[2340] Si l'on prend l'exemple d'un couple marié sans contrat depuis plus de quinze ans qui a un patrimoine de 40 millions d'euros alors que ce dernier était inexistant au moment du mariage, selon que le divorce est prononcé par le juge français ou le juge anglais, les solutions diffèrent. Si l'on part de l'hypothèse en vertu de laquelle l'épouse a délaissé sa carrière pour élever ses enfants alors que l'époux n'a cessé d'exercer son métier de banquier et qu'il a acquis par héritage au cours du mariage 20 millions d'euros, la liquidation des biens qui s'effectue selon le droit français permet à l'époux de conserver les 20 millions qui sont issus de l'héritage et donne lieu au partage de la somme restante. Au final, le mari détient 30 millions d'euros et la femme perçoit10 millions d'euros ainsi qu'une prestation compensatoire en capital d'un montant d'environ 3 ou 4 millions d'euros. En revanche, selon le droit anglais, la solution relève de l'appréciation du juge. Chacun des époux devrait obtenir 20 millions d'euros en ne prenant pas en considération le fait que la moitié du patrimoine résulte d'un héritage ou, au contraire, en en faisant état pour rétablir l'équilibre de la situation de l'épouse qui a accepté d'abandonner sa carrière durant le temps de l'éducation des enfants. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 48.

[2341] Ainsi, *« la liberté de choisir le juge implique, dans une large mesure, une autre liberté : celle de contourner les législations nationales »*. Cf. M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 3ième édition, Lextenso éditions, L.G.D.J., 2011, n° 17, p. 31.

[2342] Il ne semble pas logique d'appliquer la loi française « aux effets d'un divorce prononcé selon une loi étrangère. La loi applicable au prononcé du divorce devrait continuer à régir, par défaut, les effets de celui-ci ». Cf. M. OUDIN, « Contractualisation du divorce international : le règlement (UE) du 20 décembre 2010 », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 3, Mars 2011, p. 13.

[2343] M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 3ième édition, Lextenso éditions, L.G.D.J., 2011, n° 4, p. 16.

[2344] *Infra* n° 385.

[2345] *Supra* n° 184.

8 du Règlement dit Bruxelles II *bis*, les questions ayant trait à l'autorité parentale relèvent du juge de l'Etat membre dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle, selon l'article 12 du même règlement, il est possible d'étendre la compétence du tribunal saisi du divorce aux questions concernant la responsabilité parentale notamment dans le cas où les deux parents sont d'accord. De même, si l'article 5 de la Convention de la Haye de 1996 qui est entrée en vigueur le 1er février 2011 privilégie la compétence de la juridiction de la résidence habituelle de l'enfant pour procéder aux mesures permettant la protection de sa personne ou de ses biens, en application de l'article 10 de la même convention, celles-ci peuvent être invoquées sous certaines conditions devant le juge saisi pour prononcer le divorce[2346]. Par ailleurs, les actions permettant d'obtenir des aliments intentées avant le 18 juin 2011, donnent lieu à une option entre la compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur ou de celle du domicile et de la résidence habituelle du créancier d'aliments comme le prévoit le règlement Bruxelle I encore applicable. De plus, conformément à l'article 5-2 de ce dernier, il est possible de lier la compétence pour les obligations alimentaires à celle concernant l'état des personnes[2347]. On peut ainsi se demander si lorsque le juge compétent pour statuer sur le divorce est différent de celui qui doit décider des questions relatives à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, il est envisageable de rattacher celles-ci à la compétence du juge saisi du divorce ou s'il convient au contraire de considérer qu'il s'agit d'une action accessoire à celle qui concerne la responsabilité parentale. Or, selon que l'on rattache ou pas la responsabilité parentale aux questions relatives à l'état des personnes, on rattache ou pas la question des obligations alimentaires à celle de la responsabilité parentale. L'avantage d'un tel rattachement résulte de la possibilité de s'adresser à un même juge pour régler toutes les questions qui concernent l'enfant. A défaut, les questions relatives à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants vont pouvoir être jugées lors de la procédure de divorce ce qui permettra au juge de connaître de toutes les questions financières en faisant obstacle à une éventuelle incompatibilité entre les jugements[2348]. Le nouveau règlement sur les obligations alimentaires entré en vigueur le 18 juin 2011 ajoute un nouveau chef de compétence[2349]. Concernant, la loi applicable au fond, ce dernier règlement se réfère au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires pour les Etats membres liés par cet instrument mais pour les actions intentées avant le 18 juin 2011, il convient de recourir à la convention de La Haye de 1973 qui fait référence généralement à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments. En cas d'impossibilité pour ce dernier

---

[2346] Ce tribunal doit ainsi présenter certains liens pertinents : « résidence habituelle d'un des parents dans cet Etat au commencement de la procédure (l'un des deux parents étant titulaire de l'autorité parentale), compétence acceptée par les parents et conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 49.

[2347] Le juge saisi d'une action en divorce sera donc également compétent pour statuer sur les questions ayant trait au devoir de secours et à la prestation compensatoire. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 49.

[2348] Notamment dans l'hypothèse dans laquelle les deux décisions réunies, l'une concernant le devoir de secours et la prestation compensatoire, l'autre la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, excèderaient les capacités financières du débiteur. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 50.

[2349] « d) La juridiction qui compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à la responsabilité parentale lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties ».

d'obtenir des aliments en vertu de cette dernière, la loi nationale commune est applicable puis en cascade la loi du *for*. Les actions relatives aux obligations alimentaires, qui ne concernent pas les enfants, peuvent être de la compétence du juge saisi pour prononcer le divorce en application de l'article 8 de la Convention. Il convient ainsi de choisir la juridiction en fonction de la loi applicable au fond en tentant d'éviter les coûts liés à la multiplication des procédures parallèles dans des Etats différents[2350] lorsque l'ensemble du litige peut être concentré entre les mains du même juge[2351]. Par ailleurs, la loi du *for* s'applique à titre principal en cas de saisine du tribunal du lieu de l'Etat de la résidence habituelle du débiteur d'aliments. D'où la stratégie consistant à saisir ce tribunal dès lors que la loi de l'Etat de ce dernier est favorable au créancier. En revanche, la loi de l'Etat de la résidence habituelle du débiteur peut faire l'objet d'une dérogation dans les rapports entre époux et ex-époux puisque dans ce cas, l'une des parties peut demander de faire application de la loi de la dernière résidence habituelle commune des époux si cette loi est dotée d'un lien plus étroit avec le mariage. Dans un même litige, peuvent de surcroît se greffer encore d'autres questions impliquant la saisine d'une juridiction différente de celle saisie du divorce. Si l'on reprend l'exemple du couple dont le mari est reparti en Italie et que des violences conjugales ont eu lieu pendant le mariage, dès lors que l'épouse forme une demande en justice devant les juridictions italiennes, la question des violences conjugales devra quant à elle être débattue devant le juge français puisqu'en matière délictuelle, en principe, la juridiction compétente est la juridiction du lieu du dommage[2352]. Par ailleurs, l'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux dépend également de l'efficacité de la décision.

233. L'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux au regard de l'efficacité de la décision en matière de droits indisponibles – Dans le cadre de l'Union européenne, l'exécution de la décision concernant par exemple le paiement de la prestation compensatoire est facilitée par le nouveau règlement sur les obligations alimentaires, celui-ci supprimant la procédure d'exequatur pour les Etats membres qui ont adhéré au protocole de La Haye. Enfin, il convient de tenir compte d'une éventuelle décision qui serait rendue dans un autre Etat non membre de l'Union européenne concernant par exemple les effets patrimoniaux du divorce. Dans certains cas, l'efficacité de la décision n'est possible que lorsqu'il a été fait application d'une certaine loi au fond. Tel est le cas par exemple des décisions entre la France et le Maroc qui ne peuvent être exécutées que si la loi de la résidence habituelle du créancier régit le litige[2353]. D'où l'importance de la saisine du juge du pays de cette loi pour bénéficier des avantages consistant à rassembler toutes les questions relatives au litige devant un même juge Par ailleurs, l'efficacité de la décision dépend aussi de sa conformité ou pas à l'ordre public français ou bien de son éventuelle remise en cause par une décision différente issue d'un autre Etat comme on peut le

---

[2350] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 51.

[2351] P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP*, 2011, spéc. n° 12, p. 305-306.

[2352] P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 04.141.

[2353] Il s'agit de la condition permettant de reconnaître les décisions entre la France et le Maroc même si la Convention franco-marocaine n'établit pas de règle de conflit de lois en la matière. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 50.

constater à travers l'exemple des effets pécuniaires du divorce. Une décision rendue à l'étranger est parfois dépourvue d'effets en France en raison de la violation de l'ordre public français. C'est ce qui a notamment été décidé dans le cas des répudiations musulmanes. Concernant l'anticipation des effets pécuniaires, on constate néanmmoins un assouplissement en la matière notamment au regard d'une décision énonçant qu'il ne s'agit pas d'une violation de l'ordre public international et du nouveau droit de la famille au Maroc qui permet de ne pas être en contradiction avec le droit français. En revanche, une liquidation d'un régime matrimonial issu d'une loi d'un pays étranger ne peut faire obstacle à l'application des règles protectrices françaises eu égard au logement familial si les époux ont fixé leur domicile conjugal en France au moment de cette liquidation. Le régime primaire s'applique aux couples mariés résidant en France quelles que soient les lois régissant leur régime matrimonial ou les effets du mariage[2354]. De même, la décision qui serait susceptible d'avoir des effets en France peut néanmoins être remise en cause par une décision rendue par un autre Etat concernant le même litige. Par exemple, depuis notamment la décision *Agbaje* (*Agbaje v Akinnoye-Agaje* [2010] UKSC 13) rendue au Royaume-Uni, de nombreux procès sont intentés dans le but d'obtenir un partage plus équitable concernant la situation financière de chacun des époux à la suite d'un divorce, cette décision ayant énoncé que les juridictions anglaises étaient compétentes pour corriger les disparités financières résultant d'une décision étrangère sans qu'il soit nécessaire de démontrer un préjudice dans les hypothèses où il peut être fait état de liens substantiels avec l'Angleterre bien qu'en l'espèce ces derniers avaient été constitués après la séparation[2355]. D'ailleurs, dans le même ordre d'idées, d'autres Etats prévoient des dispositifs similaires. Par exemple, en Suisse, il est permis au juge de compléter un jugement étranger dès lors que celui-ci souhaite statuer sur un point qui n'a pas été déjà tranché et qu'il existe des éléments de rattachement avec le tribunal suisse[2356]. Par ailleurs, dans les hypothèses dans lesquelles un choix est possible quant à la loi applicable au divorce, l'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux est possible mais dans ce cas, la stratégie consistant dans le choix de la juridiction compétente n'est pas déterminante quant au résultat sur le fond du droit litigieux à moins que l'on prenne en compte les effets de la décision prononcée par le juge d'un Etat qui doit être exécutée dans un autre Etat, le juge saisi devant appliquer une loi étrangère. Afin de mieux comprendre l'enjeu quant à l'incidence de la liberté offerte aux parties concernant le choix la loi applicable au litige, il convient désormais de faire état de ce cas de figure.

[2354] Par exemple, des conjoints algériens qui se sont mariés en Algérie et ont fixé leur premier domicile dans ce pays se verront appliquer le régime matrimonial de la loi algérienne, en l'occurrence celui de la séparation de biens et seront soumis à la loi algérienne concernant les effets du mariage puisque dans ce cas, la loi de nationalité commune est applicable. Néanmoins, dès lors que ce couple déménage et s'installe en France dans un bien propre du mari, ce dernier n'aura pas la possibilité d'en disposer librement afin de respecter les règles françaises ayant trait à la protection du logement familial. Cf. A. BOICHE, « Les règles protectrices du domicile conjugal en droit international privé », *Act. Jur. famille*, Oct. 2008, p. 391.

[2355] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 53.

[2356] En application de l'article 64 de la Loi fédérale sur le droit international privé. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 53.

234. L'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux à travers l'exemple de la détermination de la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial – Dans le cadre du droit patrimonial de la famille, s'il est possible de choisir le type de régime matrimonial, la loi applicable à ce dernier en l'absence de choix peut avoir des conséquences indépendamment de la volonté des parties. D'où l'intérêt pour les futurs conjoints ou conjoints d'anticiper la survenance d'une éventuelle liquidation du régime matrimonial en choisissant la loi applicable à ce dernier et en s'informant de l'incidence d'une modification de l'élément de rattachement ayant également trait à celui-ci. Dès lors qu'une anticipation a été effectuée en la matière, il est possible d'envisager la solution sur le fond du droit litigieux. Par exemple, étant donné que la liquidation du régime matrimonial, qui peut résulter de l'ouverture d'une succession ou d'un divorce, est régie par la loi applicable au régime matrimonial selon que celle-ci peut faire l'objet d'un choix ou pas, la solution sur le fond du droit peut être différente. En cas de choix possible, la volonté individuelle a une influence dans ce domaine car selon la loi désignée par les parties, la solution au fond est susceptible de varier. Afin de connaître l'ampleur de la liberté individuelle en la matière, en l'absence de règlement communautaire relatif aux régimes matrimoniaux, une évolution étant néanmoins susceptible de se dessiner au regard de la proposition de règlement du 16 mars 2011[2357] et dès lors que l'on raisonne en vertu de l'hypothèse selon laquelle le juge français a été saisi, il convient de distinguer selon que le mariage a eu lieu avant ou après le 1er septembre 1992, date de l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Avant 1992, la loi applicable au régime matrimonial résulte de la règle de conflit du droit commun français qui énonce que le régime matrimonial des époux est soumis à la loi d'autonomie c'est-à-dire à la loi choisie par les époux et à défaut, à la loi du premier domicile après le mariage. Dans l'hypothèse d'un mariage qui a eu lieu après 1992, un choix est également prévu quant à la loi applicable au régime matrimonial par la Convention de La Haye précitée et selon qu'un choix a été effectué ou pas, les solutions diffèrent. A défaut de choix, il convient de se référer à une loi déterminée selon des rattachements objectifs tels que la loi de la première résidence habituelle commune ou la loi de la nationalité commune qui fait référence au régime légal de cette loi[2358] ou bien encore la loi de l'Etat avec lequel le régime matrimonial a les liens les plus étroits[2359]. Dans le cas d'un mariage entre un Français et une Allemande qui habitent depuis toujours en Allemagne, à défaut de choix, la loi applicable au régime matrimonial en cas de liquidation de ce dernier est la loi du lieu de la première résidence habituelle commune c'est-à-dire la loi allemande dont le régime légal est la participation aux acquêts. L'anticipation implique également de prendre en compte une éventuelle modification de l'élément de rattachement, celui-ci pouvant entraîner un changement de loi en la matière en application des règles de la mutabilité automatique prévue à l'article 7 de la Convention de La Haye[2360]. Dans le cadre d'un mariage ayant lieu après le 1er septembre 1992, en l'absence de choix de la loi applicable au régime matrimonial, certains événements doivent faire l'objet d'une anticipation afin de prévoir la solution sur le fond du droit litigieux notamment lorsque les époux déménagent et fixent leur résidence habituelle commune dans l'Etat de leur nationalité

[2357] P. LAGARDE, « Vers plus de sécurité juridique pour les couples internationaux », Entretien, Propos recueillis par C. LAREE, *J.C.P.*, G., 2012, n° 43-44, 1281, p. 24.
[2358] En application de l'article 4 alinéa 2 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.
[2359] Conformément à l'article 4 alinéa 3 de la Convention.
[2360] S. DUCAMP-MONOD, « Couples présentant un élément d'extranéité : ou comment désarmocer la bombe à retardement », *Gaz. pal.*, 2-3 Oct. 2009, p. 3.

commune. Dans ce cas, c'est la loi de cet Etat qui est applicable. Il en est de même, si les époux acquièrent la nationalité de ce dernier ou bien encore si après le mariage, cette résidence habituelle commune a duré plus de dix ans[2361]. Si l'on reprend les faits de notre premier cas d'espèce concernant le couple franco-italien en modifiant un élément notamment en énonçant que les époux ont déménagé quelques années après leur mariage pour fixer leur résidence habituelle en Italie où ils demeurent désormais depuis plus de dix ans, on peut en déduire qu'à défaut de choix par ces derniers quant à la loi applicable à leur régime matrimonial, il convient de se référer à la loi de l'Etat dans lequel ils se sont installés et donc à la loi italienne. Le changement automatique de loi applicable au régime matrimonial peut engendrer des complications comme l'illustre un arrêt du 12 avril 2012 dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que cette mutabilité automatique n'avait pas d'effet rétroactif. En l'espèce, la liquidation du régime matrimonial était en conséquence soumise à deux lois différentes[2362]. Afin d'éviter ces changements automatiques de lois sans que les époux en aient obligatoirement conscience, il est judicieux pour ces derniers de désigner la loi applicable à leur régime matrimonial[2363] lorsqu'un tel choix est possible. Enfin, il doit être tenu compte de l'exécution de la décision étrangère en France dès lors que des mesures d'exécution devront être effectuées sur le territoire français. Si les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes ne nécessitent pas de faire l'objet d'une procédure d'*exequatur* en raison du principe de la reconnaissance des effets de ces derniers, il en va différemment en ce qui concerne les mesures d'exécution. Il n'existe pas pour le moment une reconnaissance de plein droit des jugements déclaratifs patrimoniaux[2364]. Certes, le protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 novembre 2007 contribue à une meilleure exécution des décisions de justice en la matière mais comporte certaines lacunes concernant l'exécution des mesures provisoires issues de l'ordonnance de non-conciliation. Toutefois, en application de l'article 31 du Règlement dit « Bruxelles I » et à l'article 14 du nouveau règlement précité relatif aux obligations alimentaires, il est possible de demander aux juridictions des Etats membres compétentes de prendre des mesures provisoires ou conservatoires conformément à leur loi nationale même si celles-ci ne sont pas compétentes pour statuer au fond. Par ailleurs, selon

---

[2361] S. DUCAMP-MONOD, « Couples présentant un élément d'extranéité : ou comment désarmocer la bombe à retardement », *Gaz. pal.*, 2-3 Oct. 2009, p. 3.

[2362] Dans cette affaire, en l'absence de contrat de mariage, des époux de nationalité française avaient dans un premier temps fixé leur résidence habituelle commune à New York entraînant dès lors l'application de la loi de l'Etat de New York à leur régime matrimonial, mais étaient ensuite revenus en France, ce déménagement opérant un changement de loi applicable en faisant désormais référence à la loi française en la matière. Or, la non-rétroactivité de cette nouvelle loi implique d'effectuer deux liquidations distinctes du régime matrimonial de ce couple en déterminant d'abord la masse de biens soumise à la loi étrangère et ensuite celle soumise à la loi française. Cf. L. ABADIE, Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *Dr. de la famille*, 2012, Commentaires n° 109, p. 29. Cf. aussi H. PEROZ, « Changement automatique de loi applicable au régime matrimonial », Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *J.C.P., N.*, 2012, n° 176, p. 87.

[2363] Même au cours de leur mariage notamment dans le but de rendre rétroactive la nouvelle loi au jour de leur mariage alors que tel n'est pas le cas dans l'hypothèse de la mutabilité automatique. Cf. S. DUCAMP-MONOD, « Couples présentant un élément d'extranéité : ou comment désarmocer la bombe à retardement », *Gaz. pal.*, 2-3 Oct. 2009, p. 4. En effet, en application de l'article 8 alinéa 2 de la Convention de La Haye, les époux peuvent souhaiter que l'ensemble de leurs biens soit régi par une même loi. Cf. M. GORE, « Changement de la loi applicable au régime matrimonial », in *Droit patrimonial de la famille*, Sous la direction de M.GRIMALDI, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2011, n° 713-23, p. 1271.

[2364] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 52.

l'article 20 du Règlement dit Bruxelles II *bis*, une telle opportunité est également envisageable à condition toutefois de satisfaire à la condition d'urgence. Dans notre second cas d'espèce concernant le couple franco-allemand, il sera possible au juge allemand, juge du principal par exemple d'ordonner des mesures provisoires concernant des biens situés en France. Dans le cadre de l'Union européenne le règlement n° 1206/2001 du 28 mai 2001 concernant la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale » facilite la recherche des capacités financières de l'un des époux. A défaut, il faudra se référer à la Convention de La Haye du 18 mars 1970 entrée en vigueur en 1974 en France sur l'obtention des preuves à l'étranger. Toutefois, d'une manière générale, ces conventions ne sont pas utilisées fréquemment et il est souvent plus efficace bien que plus onéreux d'utiliser les mesures conservatoires prévues par un autre pays[2365]. Une certaine insécurité juridique résulte ainsi plus particulièrement d'une absence de choix quant à la loi applicable au régime matrimonial eu égard notamment aux conséquences résultant de la liquidation des régimes légaux existants dans les différents pays ou du changement automatiquement de loi en cas de modification de l'élément de rattachement. Seule une anticipation en la matière est susceptible d'y remédier d'autant que certains mécanismes permettent d'aboutir au résultat souhaité notamment par le biais de l'ameublissement du patrimoine et des donations. L'ameublissement du patrimoine consiste à faire passer les biens immeubles à la qualification de biens meubles afin de changer la loi applicable. Une autre façon de changer le résultat sur le fond du droit litigieux par le biais de la volonté individuelle est de procéder à des donations qui sont des contrats[2366]. Mais en dehors du domaine du droit des contrats, nous nous interrogerons sur la question de savoir si une anticipation est également possible en matière délictuelle.

235. L'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux dans le cadre d'un litige ayant trait à la matière délictuelle – Lors d'un litige international soumis au droit communautaire, selon la nature du litige, il est fait application du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 dit « Bruxelles I ». Concernant la compétence territoriale, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, l'article 5-3 de ce règlement énonce que le tribunal compétent est celui du *« lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire »*. Ainsi, dans certains cas, un choix est susceptible d'être effectué en ce qui concerne le tribunal compétent. Par exemple, en matière de contrefaçon, si l'action devant le tribunal du lieu où s'est réalisée la vente des actes contrefaits tend à la réparation du préjudice subi, une action devant le tribunal français sur le sol duquel la contrefaçon a été constatée semble aussi concevable mais tend quant à elle à prévenir le dommage[2367]. En effet, les produits copiés sont susceptibles d'être commercialisés en France. Toutefois, l'on peut se demander si sous couvert de l'objet de l'action ne se cache pas la théorie du *forum shopping*. Par exemple, l'une des parties peut préférer, dans le cas que l'on vient de

---

[2365] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 53.

[2366] D'ailleurs, en matière contractuelle, dès dès lors qu'un choix est possible, c'est au moment de la formation du contrat que le choix de la loi applicable peut être effectué. D'où une anticipation de la solution du litige en fonction de ce que prévoit la loi choisie au départ. D'une manière générale, en l'absence de choix, une anticipation concernant le résultat sur le fond du droit litigieux est facilitée dès lors qu'il est fait application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ou du Règlement Rome I puisque ces instruments prévoient le règlement du conflit de lois en matière contractuelle.

[2367] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1015.

citer, agir devant le tribunal de son pays pour des raisons pratiques[2368] et ainsi user du stratagème consistant à faire constater les produits copiés dans son pays. Dans un arrêt du 25 mars 2009, la première Chambre civile de la Cour de cassation a maintenu la décision de la Cour d'appel qui a rejeté l'argumentation de la société étrangère *« qui reprochait à la société française d'avoir artificiellement rattaché le litige au sol français, afin que les juridictions françaises soient compétentes pour connaître de l'action en contrefaçon »*[2369]. Dans le cadre des litiges internationaux soumis au droit communautaire, les tribunaux compétents sont donc susceptibles d'être de plus en plus nombreux au regard des produits qui sont commercialisés dans plusieurs pays et du développement des ventes par internet[2370]. En dehors de ce domaine spécifique, il est important d'analyser les différentes lois susceptibles de s'appliquer au litige pour éventuellement choisir la juridiction compétente. Par exemple, selon les droits des différents pays et selon la matière litigieuse, il peut être plus intéressant de choisir la loi d'un pays plutôt que celle d'un autre au regard notamment des conditions de mise en œuvre plus ou moins souples de la responsabilité civile afin de se réserver de plus grandes chances d'obtenir réparation du préjudice subi. En droit anglais, d'une manière générale, on ne peut engager la responsabilité d'une personne qu'en raison de la faute commise par cette dernière. Toutefois, il existe certains cas de responsabilité objective[2371]. Le choix de la loi va s'opérer en fonction du but à atteindre. S'il s'agit d'obtenir réparation d'un dommage moral, il est judicieux de choisir la loi du pays qui considère ce dommage comme un préjudice réparable et qui prend en compte largement ce type de préjudice. En effet, selon les pays, l'indemnisation de ce type de préjudice est admise plus ou moins largement. Par exemple, alors que le droit français admet l'indemnisation de ce préjudice le droit anglais semble y faire droit de manière plus restrictive[2372] lorsqu'il résulte d'un *tort of negligence*[2373]. En effet, il n'est réparable qu'en cas de choc nerveux ou de décès de la victime mais dans ce dernier cas à condition qu'il soit demandé par le conjoint ou les parents alors qu'en droit français, l'on admet de réparer le préjudice moral de la concubine résultant de la perte de son concubin. Toutefois, toujours dans le cadre d'un *tort of negligence*, si en principe le demandeur doit prouver le lien de causalité entre son préjudice et *la negligence*, la pratique joue en faveur des victimes puisque les juges posent une présomption en la matière. C'est alors au

---

[2368] Ayant trait notamment à la connaissance de la procédure, à la certitude du résultat ou à la bonne indemnistation en la matière par la loi nationale.

[2369] X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1015.

[2370] L'on peut prendre l'exemple d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 9 décembre 2003 qui a énoncé que la vente de produits copiant une marque française par le biais d'un site internet en Espagne constituait un dommage subi en France à partir du moment où l'on pouvait accéder à ce site sur le sol français. D'où la possibilité d'effectuer une action en contrefaçon contre la société espagnole exploitant ledit site internet devant les tribunaux français. Cf. X. DELPECH, Note sous Cass. 1ère civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1015.

[2371] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 500, p. 315.

[2372] Il en est de même en ce qui concerne le dommage purement économique. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 504, p. 317.

[2373] Ce dernier « permet à celui qui subit un dommage causé par la faute d'une autre personne de demander une réparation à celle-ci, dès lors qu'elle était tenue à l'égard du demandeur d'un *duty of care* et que le dommage est la conséquence prévisible du manquement à ce devoir ». Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 504, p. 317.

défendeur de prouver que l'accident ne résulte pas de sa faute lorsque ce dernier est par sa nature la conséquence de celle-ci[2374]. Ainsi, la responsabilité délictuelle semble plus facile à mettre en œuvre en droit français à tous égards que ce soit en ce qui concerne la nature du dommage réparable, le caractère de la faute ou bien encore le lien de causalité. En effet, tout type de dommage réparable semble admis même celui de la « perte d'une chance » et celui « purement économique ». Par ailleurs, la faute peut consister en un « fait », une « négligence », une « imprudence » et elle est objective c'est-à-dire qu'elle peut être commise par une personne qui n'a pas la capacité de discernement[2375]. Enfin, la preuve de l'existence du lien de causalité est facilitée par l'adoption par les juges, le plus souvent, de la théorie de l'équivalence des conditions plutôt que celle de la causalité adéquate. Le droit français admet également la réparation sur le fondement de l'abus de droit et même en cas d'abstention fautive. Dans ce dernier cas, le fait de ne rien faire peut donner lieu à l'ouverture d'une action en responsabilité. De plus, en droit français, l'on peut engager la responsabilité des personnes morales. En droit allemand, la responsabilité pour faute ne peut être engagée que dans des cas limitativement énumérés. Ainsi l'admission de la réparation sur le fondement de cette dernière semble être moins générale qu'en droit français bien que certaines dispositions ainsi que la jurisprudence élargissent la liste des préjudices et des fautes susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur[2376]. Par ailleurs, en ce qui concerne la nature de la faute, si comme en droit français, elle peut consister en une abstention, en revanche, à la différence de ce dernier, elle n'est établie qu'en présence d'une obligation d'agir. De plus, il faut que la faute à l'origine du dommage soit illicite et imputable à son auteur. Elle doit être contraire tant à des règles légales que coutumières et commise par une personne qui a conscience de ses actes. En conséquence, contrairement au droit français, le droit allemand ne permet pas d'engager la responsabilité d'un jeune enfant qui n'a pas les facultés de discernement suffisantes pour comprendre les conséquences de son acte. Enfin, concernant le lien de causalité, il s'agit d'établir un lien de causalité entre le comportement fautif et le dommage réparable. En Allemagne, la jurisprudence se réfère le plus souvent à la théorie de la causalité adéquate[2377]. Toutefois, si les victimes ne semblent pas obtenir réparation de la même façon selon qu'elles agissent devant le juge français, anglais ou allemand lorsqu'elles souhaitent engager la responsabilité pour faute prouvée de l'auteur de leur dommage, on peut se demander s'il demeure autant de disparités dans le domaine des présomptions de faute. Le droit anglais ne connaît pas des présomptions légales mais admet des cas de responsabilité objective et même des présomptions de faute. C'est ainsi que l'on peut engager la responsabilité des employeurs du fait de leurs préposés sous certaines conditions qui ressemblent à celles posées par le droit français. Toutefois ce dernier semble plus protecteur car

---

[2374] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 504, p. 318.

[2375] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 505-508, p. 318-322.

[2376] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 510-511, p. 323-324.

[2377] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 512-514, p. 324-326.

il englobe dans les cas de responsabilité du fait d'autrui, celle des parents du fait de leurs enfants que ne connaît pas le droit anglais[2378]. De même, dans le cadre de la responsabilité du fait des choses, le droit anglais semble admettre strictemement ce cas de responsabilité[2379] à la différence du droit français notamment depuis l'arrêt qui a donné une portée générale à l'article 1384, alinéa 1er du Code civil. Le droit allemand, quant à lui, connaît de nombreuses présomptions de responsabilité telles que celles des commettants du fait des préposés, de la personne qui a une obligation de surveillance d'une autre, ainsi que du fait des animaux et de certaines choses. A la différence du droit français, il admet assez largement des exonérations de responsabilité. En effet, si le commettant engage sa responsabilité lorsque son préposé a commis un dommage, il peut se dégager de sa responsabilité s'il prouve *« qu'il a fait toute diligence requise »* ou *« que le dommage se serait produit de toute manière, quelle qu'ait été sa diligence »*[2380]. Par ailleurs, concernant la responsabilité du fait des choses, il n'existe pas en droit allemand d'article similaire à l'article 1384 alinéa 1er du Code civil français. Ainsi, en matière délictuelle, il est judicieux de faire application du droit français si une option en ce sens est possible dès lors que l'on se place du côté de la victime, mais du droit allemand ou anglais si l'on se place du côté de la personne dont on engage la responsabilité. Or, d'une manière générale, le choix est offert à la victime puisque c'est cette dernière qui sera demandeur en justice et qui donc assignera l'autre partie en responsabilité. Toutefois, l'avantage pour la victime de recourir au droit allemand pour obtenir réparation consiste dans la possibilité d'être indemnisée sur le fondement de l'obligation de réparer en équité qui est mise à la charge des mineurs ou des incapables. En effet, ces derniers étant considérés comme irresponsables devront allouer une indemnité équitable dans les cas où la victime n'est pas en mesure d'établir la responsabilité de la personne qui avait l'obligation de les surveiller. Le montant de cette réparation relève du pouvoir d'appréciation du juge qui, pour ce faire, se réfère à la situation économique du demandeur et du défendeur ainsi qu'à la façon dont a eu lieu le dommage[2381]. Au-delà de cette comparaison effectuée entre le droit français, allemand et anglais, lorsqu'un choix est possible, il convient donc de se renseigner sur la jurisprudence des différents pays et de tenir compte du système juridique auquel il appartient. Si l'on doit effectuer une comparaison entre deux pays ne relevant pas du même système juridique, les recherches ne se feront pas de la même façon que s'il s'agit de deux pays issus de la même famille. En cas de litige pouvant entraîner la mise en œuvre de la responsabilité du fait des choses, il convient de tenir compte de l'évolution de la jurisprudence d'un pays pour mesurer le degré de protection de la victime même s'il s'agit de deux pays issus de la famille romano-germanique. Par exemple, en droit français, la jurisprudence a étendu de manière considérable la

---

[2378] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 519, p. 328.

[2379] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 521, p. 328.

[2380] De même, la personne qui a une obligation de surveillance envers une autre peut se dégager de sa responsabilité en démontrant soit qu'elle a fait *« preuve d'une surveillance suffisante »*, soit que *« de toute manière le dommage se serait produit »*. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 533-536, p. 333-334.

[2381] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 538, p. 335.

portée de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil. Ainsi, en cas de choix entre l'application de la loi française et de la loi belge, il convient de tenir compte de la jurisprudence actuelle. En effet, alors qu'en application de la jurisprudence française, il existe une présomption de responsabilité à l'égard du gardien de la chose qui est à l'origine du dommage, il en va différemment en droit belge puisque depuis les deux arrêts du 26 mai 1904, la responsabilité du gardien n'est susceptible d'être engagée uniquement lorsque la victime rapporte la preuve que la chose qui a causé le dommage était affectée d'un vice[2382]. Ainsi, il ne suffit pas de se référer aux articles du Code civil français et belge mais aussi à la jurisprudence respective de ces deux pays. De même, alors que la jurisprudence française se fonde sur l'alinéa 1er de l'article 1384 du Code civil pour faire état d'un principe général du fait d'autrui, il en va différemment de la jurisprudence belge qui se réfère aux différents alinéas de l'article qui évoquent chacun un cas particulier de responsabilité du fait d'autrui. Toutefois, même dans les cas dans lesquels les articles français et belge sont identiques comme par exemple l'article 1385 du Code civil français et l'article 1385 du Code civil belge ayant trait à la responsabilité du fait des animaux, il n'est pas certain qu'ils produisent des effets identiques[2383]. Par ailleurs, si d'une manière plus générale, pour choisir le lieu de la juridiction compétente et la loi applicable au litige, il convient de comparer le droit des deux pays susceptibles d'être choisis pour résoudre le conflit en prenant compte la jurisprudence de ces derniers, il est important aussi de se référer à de nombreux autres éléments[2384].

236. La détermination du lieu de la juridiction compétente au regard des éléments portant sur l'organisation juridique des différents Etats – Si les deux pays n'appartiennent pas à la même famille juridique, il convient d'effectuer son choix également au regard de la procédure du pays de la juridiction choisie étant donné, par exemple, que les règles de preuve en droit anglais sont bien différentes de celles qui sont applicables en droit français. En fonction de la nature du litige et du but poursuivi, les différentes procédures existantes sont susceptibles d'être un critère déterminant quant au choix de la juridiction compétente. Par exemple, la partie qui souhaite agir en justice et bénéficier de certains témoignages saisira de préférence le tribunal anglais si elle en a la possibilité car le droit de ce pays admet largement ces modes de preuve[2385]. Devant le juge anglais[2386], les témoignages sont admis largement en application de système des

---

[2382] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 422, p. 259-260.

[2383] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 422, p. 261.

[2384] Tels que la recherche de la pratique et de l'existence des lois spéciales pouvant faire obstacle à l'application de certains textes. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 422, p. 260-261.

[2385] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 542, p. 339.

[2386] Qui joue un rôle passif par rapport au juge français. Cf. B. DEFFAINS, « Le risque de la preuve. Le point de vue de l'économiste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 187.

« interrogations croisées »[2387]. La différence entre les différents types de procédure a également une incidence sur le coût du procès[2388]. D'où dans ce cas, le calcul des parties de la probabilité de gagner le procès par rapport à la somme des dépenses engagées pour fournir la preuve nécessaire au succès de leurs prétentions[2389]. Le choix du juge compétent peut aussi résulter de la nature de la procédure se déroulant devant lui. La procédure anglaise diffère de la procédure allemande ou française. Par exemple, si le litige doit être rendu rapidement, il convient en cas de choix possible de saisir le juge allemand, ce dernier devant mettre un terme au litige en principe dans la journée ou dans de brefs délais[2390]. Le principe de l'oralité implique qu'il a l'obligation de statuer uniquement au regard des débats qui se sont déroulés devant lui[2391]. Mais d'autres pays prévoient aussi des procédures rapides. Tel est le cas de l'Angleterre qui prévoit devant la High Court une procédure de *multi-track* facilitant l'obtention d'une décision dans de brefs délais[2392]. En fonction du montant de la demande, le litigant qui souhaite agir en justice est susceptible de choisir le droit du pays lui permettant d'interjeter appel. Toutefois, d'une manière générale, les droits étrangers n'admettent pas un recours lorsque le montant de la demande est inférieur à un certain seuil. Par exemple, en droit anglais, pour les actions dont l'intérêt se situe en dessous de 5000 lires, un recours n'est possible qu'en cas de *« grave irrégularité de procédure »* ou de *« mauvaise interprétation du droit »*[2393]. D'ailleurs, au-delà de ces différents critères ayant une influence sur le choix du lieu de la juridiction compétente, en cas de litige entre un Français et un Anglais, la stratégie consistant à faire régler le différend par un juge anglais plutôt que par un juge français est susceptible d'avoir une incidence quant au résultat sur le fond du droit litigieux. La façon de raisonner du juge anglais est différente de celle du juge français eu égard aux différentes traditions dont sont issus ces deux juges. Certes, les juges anglais, à la différence des juges français sont tenus par la règle *stare decisis* qui est devenue

---

[2387] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 542, p. 339.

[2388] Par exemple, aux Etat-Unis, le coût du procès qui se déroule devant un jury s'élève à 13300 dollars et est d'une durée de 5,19 jours selon une étude du Rand Institute for Civim Justice. Cf. POSNER in, R.A. (1999), « An economic approach to the law of evidence », Stanford Law Review 51, 1477-1546, cité par B. DEFFAINS, « Le risque de la preuve. Le point de vue de l'économiste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 185.

[2389] B. DEFFAINS, « Le risque de la preuve. Le point de vue de l'économiste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 185.

[2390] C'est-à-dire dans les huit jours. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 563, p. 345.

[2391] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 558 ; n° 562, p. 344-345.

[2392] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 544, p. 339.

[2393] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 545, p. 340.

obligatoire au XIXe siècle[2394] et doivent ainsi respecter le principe du précédent, mais la différence entre les deux systèmes français et anglais n'est plus aussi tranchée qu'auparavant et l'essentiel dépend de ce qu'énonce la loi anglaise ou la loi française en l'absence actuellement d'un droit européen des contrats même si ce dernier est en cours d'élaboration. Tout dépend donc de la qualification des faits et de ce que prévoit la loi de chaque pays. Il s'agit de choisir celle qui sera plus à même au regard des faits litigieux de donner gain de cause au demandeur. Il existe néanmoins des limites à l'incidence du choix du juge anglais sur le résultat sur le fond du droit litigieux lorsque l'affaire litigieuse est susceptible d'être rattachée à une qualification relevant du champ d'application des traités européens car ces derniers ont été intégrés au droit anglais par le biais d'une loi[2395] et le juge anglais interprète ces dispositions à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes ou de la Cour européenne des droits de l'homme[2396]. Les divergences entre la solution donnée par le juge français ou le juge anglais sont donc dans ce cas peut-être inexistantes. D'ailleurs, au regard de l'élaboration d'un droit européen des contrats, il semble qu'en cette matière, la stratégie consistant à choisir la juridiction d'un pays européen plutôt que d'un autre tende à disparaître.

237. Une stratégie susceptible d'être limitée dans le temps – Si l'on parvient à une unification du droit en Europe concernant notamment le droit des contrats, le choix du juge compétent appliquant la loi de son Etat dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité mais relevant du droit de l'Union européenne, perdra sa raison d'être. De nombreuses réflexions sont en effet menées en la matière depuis de nombreuses années comme en témoignent notamment l'élaboration des Principes d'Unidroit ayant trait aux contrats du commerce international, les Principes du droit européen du contrat, l'Avant-projet de Code européen des contrats et l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription[2397]. Il en est de même concernant l'instauration de Principes directeurs du droit européen du contrat[2398] permettant de compléter les Principes du droit européen du contrat[2399].

[2394] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 21, p. 17. De plus, le magistrat appartenant au système de common law s'attache plus aux circonstances qu'à éffectuer une démonstration fondée sur des règles de droit. Cf. P. LIBERAS, « Jurisprudence de la cour d'appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 80.

[2395] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 118, p. 72.

[2396] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 121, p. 74.

[2397] D. MAZEAUD, « Rapport de synthèse », in *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre ?*, Sous la dir. de Guillaume WICKER, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Editions Litec, LexisNexis, 2008, p. 77.

[2398] Qui reposent sur la liberté, la sécurité et la loyauté contractuelle. Cf. B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (Sous la dir. de), *Principes contractuels communs*, Association Henri CAPITANT, Société de législation comparée, Vol. 7, p. 19.

[2399] B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (Sous la dir. de), *Principes contractuels communs*, Association Henri CAPITANT, Société de législation comparée, Vol. 7, p. 18.

C'est en effet à la lumière de ces différents Principes qu'il est tenté de parvenir à une réforme du droit des obligations en la matière[2400].

238. Une stratégie susceptible d'être déjouée au regard de l'application par le juge d'une loi impérative étrangère – Dès lors qu'une loi de police étrangère est invoquée par l'une des parties, le juge peut appliquer celle-ci en ne se référant pas, exceptionnellement, à la loi normalement applicable au litige. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 mars 2010 dans lequel un transporteur, qui avait été assigné en justice devant les tribunaux français en responsabilité par un exportateur de marchandises périssables pour défaut de livraison de ces dernières à l'acheteur se situant au Ghana, avait fait état de l'embargo décrété par cet Etat pour invoquer comme moyen de défense la nullité du contrat pour cause illicite sur le fondement de l'article 1133 du Code civil en raison de la violation de cet embargo. La Chambre commerciale de la Cour de cassation casse, sur le fondement de l'article 7 §1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980[2401] sur la loi applicable aux obligations contractuelles, l'arrêt de la cour d'appel énonçant que la loi étrangère concernant l'embargo ne devait pas s'appliquer en France et aux contractants français. Ainsi, pour la première fois, la Cour de cassation admet qu'une loi de police étrangère ait un effet en France[2402] pouvant ainsi déjouer les prévisions des parties concernant l'issue du litige[2403]. Toutefois, afin d'anticiper la possibilité pour le juge de faire application d'une loi de police étrangère, on peut se demander si l'une des parties au procès doit faire état de celle-ci en l'intégrant dans la cause de la demande comme c'est le cas dans l'arrêt précité ou s'il suffit que le juge constate d'office un lien étroit entre le litige et la loi impérative non choisie au départ par les parties. Si l'on peut déduire de l'arrêt précité que le juge doit se prononcer sur l'applicabilité de cette dernière lorsque l'une des parties l'invoque sans, à l'inverse, l'y obliger en cas de silence des parties sur ce point[2404], une autre interprétation est possible en la matière[2405]. Le Règlement Rome I[2406] 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles concernant les contrats conclus après le 17 décembre 2009 énonce quant à lui dans son article 9 qu': *« Il pourra également être donné*

[2400] Concernant les contrats spéciaux, on peut citer le souhait d'élaborer un droit européen de la vente. Une proposition de règlement ayant pour vocation de créer un droit commun supplétif pour les « contrats transfrontières portant sur la vente de biens ou sur la fourniture de contenus numériques ou de services connexes » a été effectuée le 11 octobre 2011. Cf. S. PIEDELIEVRE, « Vers un nouveau droit européen de la vente », *Gaz. pal.*, Mercredi 11, jeudi 12 janv. 2012, Doctrine, p. 7.

[2401] Qui avait trait au régime d'application des lois de police étrangères concernant les contrats internationaux disposant que *« Lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat »*.

[2402] D. BUREAU, L. D'AVOUT, « Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », Note sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, *J.C.P.*, G, 2010, n° 530, p. 996.

[2403] D'une manière générale, la loi étrangère ne s'applique pas aux contractants qui ont pu choisir la loi applicable à leur contrat. Cf. D. BUREAU, L. D'AVOUT, « Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », Note sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, *J.C.P.*, G, 2010, n° 530, p. 996.

[2404] D. BUREAU, L. D'AVOUT, « Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », Note sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, *J.C.P.*, G, 2010, n° 530, p. 998.

[2405] Impliquant le même devoir du juge lorsque la loi de police étrangère a des liens étroits avec le litige. Cf. F. JAULT-SESEKE, Note sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1375.

[2406] H. KENFACK, Note sous Cass. com., 13 juillet 2010, n° 08-12.154, Droit des transports, Janvier 2009 – décembre 2010, *D.* 2011, Pan., p. 1453 ; G. MECARELLI, « Chroniques, Droit des procédures internationales, Actualité législative », *Droit et procédures*, Sept.-oct. 2008, n° 1, p. 19.

effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ». Si ces solutions entraînent des difficultés quant à l'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux, il résulte d'un autre arrêt du 13 juillet 2010 une limitation à la qualification de la loi de police par la Cour de cassation[2407], limitant par là-même l'application des lois impératives étrangères et ainsi l'imprévisibilité du résultat.

239. Qu'il s'agisse d'un litige de droit interne ou comprenant un élement d'extranéité, en fonction du choix de la juridiction compétente et du type d'action effectué, on constate que la marge de liberté offerte aux litigants est susceptible d'avoir une incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux montrant par là-même qu'une stratégie est réelle en la matière. Néanmoins, l'intérêt d'agir en justice nécessite la prise en compte d'autres paramètres relatifs notamment au temps et au coût du procès nous amenant dès lors à nous interroger sur le rôle de la volonté individuelle dans ce domaine. Si certaines constantes semblent être visibles, des éléments plus incertains ne sont pas à négliger dans le choix d'une éventuelle action en justice.

B.L'incidence d'un accord entre les parties sur l'évaluation des chances de succès de l'action

240. La stratégie dans le choix des mesures préventives résultant d'une rencontre de volontés – Afin de faire en sorte que la stratégie soit la plus efficace possible, il convient d'envisager toutes les mesures ou les attitudes susceptibles d'être adoptées avant le litige ou une fois le litige né. S'il a été démontré que le choix du mode de règlement du litige tendait notamment à éviter le recours au juge étatique par le biais de l'insertion dans le contrat d'une clause d'arrangement amiable, de *mini-trial* ou prévoyant le recours à un expert, un médiateur, un conciliateur ou bien encore à un arbitre, se pose ici la question de l'existence d'une stratégie qui a pu être élaborée dans le choix des mesures préventives ayant trait au déroulement du règlement du litige devant un juge étatique. Mais, comme dans le cadre des autres modes de règlement des litiges, la liberté n'est pas absolue en la matière. Concernant l'encadrement des pouvoirs du juge en amont du procès, des limites sont établies quant au moment de conclure certaines clauses à cet effet mais également quant à la matière litigieuse. Par exemple, la limitation des pouvoirs du juge consistant à imposer à celui-ci de statuer sur certains points de droit ou en amiable compositeur de la même façon que les arbitres, est possible uniquement dans les matières dans lesquelles les parties disposent du droit litigieux et qu'une fois le litige né. Hormis le cas des accords entres les parties portant sur l'aménagement des pouvoirs du juge dans l'exercice de sa fonction que nous étudierons dans le titre 2, nous nous intéresserons ici aux clauses ayant trait au déroulement du règlement du litige devant le magistrat afin de voir si l'on peut en déduire des conséquences sur la stratégie en la matière notamment au regard des clauses

---

[2407] Qui n'a pas considéré comme une loi de police l'article L. 132-8 du Code de commerce en énonçant que ce dernier *« n'est pas une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police »*. En l'espèce, l'application de cet article aurait permis au transporteur d'obtenir gain de cause. Or, pour ce faire, il aurait fallu qu'il soit qualifié de loi de police étant donné que la loi française n'était pas la loi choisie par les parties pour régir leur contrat. Cf. F. JAULT-SESEKE, Note sous Cass. com., 13 juillet 2010, n° 08-12.154, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1375. Cf. aussi H. KENFACK, Note sous ce même arrêt, Droit des transports, Janvier 2009 – décembre 2010, *D.* 2011, Pan., p. 1453.

relatives à la preuve (a), attributives de juridiction (b), ou bien encore des clauses relatives à l'instance (c).

a.Les clauses relatives à la preuve

241. La réduction du risque probatoire – Le but des clauses relatives à la preuve consiste dans la réduction du risque probatoire[2408] permettant d'anticiper plus facilement les chances de succès d'une éventuelle action en justice. La validité de ces clauses dépend du domaine dans lequel elles s'insèrent. Par exemple, les parties doivent avoir la libre disposition de leurs droits. Si en principe ces dernières ont la possibilité de rédiger de tels types de clauses c'est néanmoins à la condition qu'elles ne créent pas une preuve diabolique à l'égard de l'une d'elles[2409]. Certaines dispositions y font toutefois obstacle. Il convient de faire en sorte que ces clauses ne soient pas qualifiées d'abusives en matière de droit de la consommation notamment au regard des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation et qu'elles n'entravent pas le droit d'accès au juge garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme[2410]. Dans le cadre du droit patrimonial de la famille, les époux ont la possibilité par le biais de leur contrat de mariage d'insérer des clauses relatives à la preuve afin d'anticiper un conflit lié à la liquidation de leur régime matrimonial au moment d'un divorce. Par exemple, en cas de choix du régime de la séparation de biens, dès lors que l'un des époux est susceptible de recueillir, par le biais de sa profession, des meubles de valeur ou des objets d'art, il est opportun d'insérer dans le contrat une clause allant à l'encontre de la présomption légale de propriété prévoyant une propriété par moitié des meubles et objets mobiliers, en énonçant que ces derniers sont présumés être la propriété de cet époux sauf preuve contraire rapportée par tout moyen par l'autre époux[2411]. De même, il semble nécessaire de se préconstituer la preuve des biens propres de chacun des époux au jour du mariage en insérant une clause de déclaration des biens propres dans le contrat de mariage[2412] ainsi qu'une clause de remploi en cas de vente d'un bien propre pour en acquérir un nouveau[2413]. Par ailleurs, il est possible d'anticiper les modalités de règlement du litige par le biais d'une prorogation conventionnelle de compétence.

b.La prorogation conventionnelle de compétence

242. Selon que l'accord des parties porte sur un litige en droit interne ou comportant un élément d'extranéité, les conditions ayant trait à la prorogation de compétence ne sont pas les

---

[2408] M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 212.

[2409] H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, n° 15, p. 10.

[2410] M. MEKKI, « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 212.

[2411] C. BITBOL, « Le choix du régime matrimonial : une liberté encadrée », *Act. Jur. famille*, Février 2008, p. 72.

[2412] Par exemple, dès lors que l'un des conjoints est propriétaire de presque la totalité de l'ensemble des biens meubles du futur ménage, il est possible d'énoncer dans le contrat de mariage qu'il en a la propriété, à l'exclusion de certains biens spécialement déterminés qui concernent l'apport de l'autre. Cf. C. ROBBE-PHAN, « L'anticipation contractuelle en amont du divorce », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 20, n° 22, p. 9.

[2413] C. BITBOL, « Le choix du régime matrimonial : une liberté encadrée », *Act. Jur. famille*, Février 2008, p. 72.

mêmes. D'où l'étude d'une part, de la prorogation conventionnelle de compétence en droit interne (1) et d'autre part dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité (2).

1.En droit interne

243. La stratégie dans l'insertion d'une clause de compétence attributive ou territoriale de juridiction – Rares sont les hypothèses dans lesquelles une telle insertion est possible. Concernant la compétence matérielle des juridictions, une dérogation en la matière n'est admise qu'une fois le litige né. En revanche, pour ce qui a trait à la compétence territoriale de celles-ci, conformément à l'article 48 du CPC, seules deux parties commerçantes peuvent prévoir un aménagement à condition que la dérogation ait été *« spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée »*. L'intérêt de recourir aux clauses de compétence est identique à celui issu des cas dans lequels, une fois le litige né, un choix est possible en l'absence de clauses contractuelles en la matière. La désignation de la juridiction compétente dépend par exemple de la jurisprudence de la juridiction susceptible d'être saisie ou bien est effectuée pour éviter des frais de déplacement. Certes, les hypothèses de prorogation conventionnelle de compétence sont limitées mais les règles issues du Code de procédure civile n'interdisent pas la conclusion d'un accord implicite entre les parties sur le choix de la juridiction. Nous nous réfèrerons donc à nos propos énoncés dans le cadre des paragraphes en faisant état. En revanche, des développements méritent désormais d'être consacrés dans le cas où le litige comporte un élément d'extranéité.

2.Dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité

244. La stratégie dans le choix offert aux parties quant à la juridiction compétente en droit patrimonial de la famille – Etant donné qu'en matière de divorce, il n'est pas possible d'effectuer une prorogation conventionnelle de compétence avant tout contentieux, il est, en revanche, envisageable de procéder à une élection de *for* en matière d'obligation alimentaire et de tenir compte de la juridiction susceptible d'être saisie en matière de divorce afin de saisir celle-ci de manière unilatérale. Il est judicieux de saisir le tribunal permettant de statuer sur toutes les questions découlant du divorce. Par exemple, dans le cadre de la liquidation d'un régime matrimonial, un jugement issu de la juridiction de l'Etat saisie du divorce peut être en conflit avec celui issu de l'Etat dans lequel se situent les biens immeubles des conjoints dès lors qu'une seule et même loi n'a pas été choisie pour régler la liquidation du régime matrimonial. D'où également, selon l'objectif poursuivi par le demandeur, la possibilité de faire une proposition d'aliments dans le pays saisi du divorce afin de tenter de faire obstacle à la survenance d'une décision ultérieure issue, par exemple, des tribunaux anglais en application de la troisième partie du *Matrimonial and Family proceedings Act* de 1984 dit *Part III* et plus particulièrement depuis l'arrêt *Agbaje* qui permet de remédier à certains effets néfastes résultant d'une décision étrangère. A l'inverse, dès lors que les juridictions anglaises sont susceptibles d'être saisies sur ce fondement et que le demandeur souhaite user d'une telle modification en cas d'insatisfaction sur le fond de la décision résultant de la juridiction saisie, il doit se réserver cette

possibilité et former ultérieurement une demande d'aliments devant celles-ci[2414]. En effet, si le demandeur souhaite regrouper tout le contentieux relatif au règlement du divorce, au regard des compétences alternatives en la matière prévues par le règlement dit Bruxelles II *bis* ou à défaut de l'application des règles de droit interne à l'ordre international, il semble stratégique de recourir à une clause d'élection de for en matière d'obligation alimentaire comme le prévoit le Règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 lorsque ce dernier est applicable, et désigne notamment la même juridiction que celle susceptible d'être saisie du divorce. Avec l'entrée en vigueur, depuis le 18 juin 2011, de ce règlement concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisons et la coopération en matière d'obligations alimentaires, qui a remplacé, pour ce qui a trait à ces dernières, le Règlement européen n° 44/2001 du 22 décembre 2000 dit Bruxelles I relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, il est envisageable pour les parties de choisir le tribunal pour juger de leurs obligations alimentaires. Si cette possibilité existait sous l'empire de ce dernier règlement, certes dans le respect de certaines conditions[2415], désormais, une telle opportunité peut s'effectuer dans des conditions encore plus restrictives étant donné que la juridiction désignée par les parties doit obligatoirement figurer parmi les suivantes : il doit s'agir d'une juridiction ou des juridictions d'un Etat membre dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle ; d'une juridiction ou des juridictions d'un Etat membre dont l'une des parties a la nationalité et pour ce qui a trait aux obligations entre époux ou ex-époux, il peut s'agir de la juridiction compétente pour connaître de leur litige en matière matrimoniale, ou une juridiction ou des juridictions de l'Etat membre dont ces derniers ont eu leur résidence habituelle commune pendant au moins un an. De surcoît, certaines conditions doivent être respectées pour que ces clauses soient valables. En revanche, les clauses d'élection de *for* sont interdites lorsque les obligations alimentaires concernent des enfants de moins de dix-huit ans. Toujours dans le même souci de faciliter le règlement du litige ayant trait au divorce, il convient de choisir la loi applicable au fond en la matière puisqu'une telle possiblité est offerte par le même règlement et d'opter de préférence pour celle de l'Etat du juge saisi[2416]. Par ailleurs, il convient de tenir compte des règles procédurales notamment en matière de preuve. Certes, si le droit français permet par le biais des mesures *in futurum* la conservation de certaines preuves, le droit anglais, par exemple, prévoit aussi une procédure permettant d'éviter la disparition de ces dernières. Il s'agit de l'injonction appelée *l'Anton Piller Order*[2417]. D'ailleurs, la possibilité d'appliquer d'autres types de règlements communautaires tels que celui du 21 mai 2008 n° 1206/2001 ayant trait à « la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale » tend à l'efficacité de la

---

[2414] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 53.

[2415] Pour être valable la clause devait *« être conclue par écrit, soit pas une forme usuelle entre les parties, soit pas une voie électronique permettant de consigner durablement la convention ; l'une des parties au moins devait avoir son domicile dans un Etat membre, elle devait désigner une juridiction d'un Etat membre »*.

[2416] *Supra* n° 232.

[2417] Toutefois, ses conditions de mise en œuvre sont assez strictes : *« d'une part, le demandeur doit prima facie être de manière très vraisemblable dans son bon droit »*, d'autre part, il faut qu'il y ait *« un risque sérieux que, si l'on a recours aux procédures normales qui impliquent l'information du défendeur, celui-ci détruise, perde ou cache des éléments importants pour le procès civil »*. Cf. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 547, p. 341.

décision de justice bien que dans ce domaine, il existe également la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, qui est entrée en vigueur en France en 1974. Enfin, en cas de choix de la juridiction à saisir, il est judicieux d'opter pour celle d'un Etat partie à un Règlement communautaire prévoyant la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice au sein de tous les Etats adhérents afin d'éviter d'avoir recours à une procédure d'*exequatur*. Concernant les mesures d'exécution, il est préférable d'anticiper la situation en prévoyant qu'il sera plus efficace de demander au juge de l'Etat dans lequel devra être exécutée la décision de prendre directement des mesures d'exécution même si cela peut être plus onéreux. En effet, d'une manière générale, il n'est pas certain que le juge étranger exécute sans aucune difficulté la décision française[2418]. Lorsqu'une option existe entre la saisine d'un tribunal d'un pays non membre au règlement européen facilitant l'exécution des décisions de justice et un pays qui a ratifié ce dernier, il semble ainsi plus opportun de choisir la juridiction d'un Etat membre. En dehors des stratégies semblant nombreuses dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité au regard des multiples choix et combinaisons envisageables notamment eu égard à la loi applicable au fond, les clauses relatives à l'instance en droit interne sont susceptibles de contribuer à l'efficacité d'une action en justice.

c.Les clauses relatives à l'instance

245. La stratégie dans la rédaction de clauses relatives à l'instance – Selon Monsieur le Professeur Loïc Cadiet les clauses relatives à l'instance comprennent les clauses de révélation d'instance, de concours à l'instance, de direction de procès, de remboursement forfaitaire des frais de procédure[2419]. Lorsque l'instance est à naître, les clauses qui ont trait à cette dernière ne bénéficient pas d'une validité de principe[2420] et ne sont admises que si elles respectent les pouvoirs du juge quant à la direction de l'instance[2421]. Tel est le cas pour celles qui ont trait à la coopération judiciaire entre les parties et pour celles concernant la dette judiciaire. S'agissant des premières, on peut faire référence aux clauses de révélation d'instance et de concours à l'instance[2422]. Les clauses de révélation d'instance que l'on appelle aussi clauses de révélation d'action[2423] créent une obligation d'information à la charge de l'une des parties[2424] dans le but,

---

[2418] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 52.

[2419] L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches*, 5 mai 2000, n°90, p. 30.

[2420] En effet, dans ce domaine, la liberté des conventions est particulièrement limitée. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 70, p. 21.

[2421] L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 220.

[2422] L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 220.

[2423] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 73, p. 21.

en cas de procès, de mettre l'autre en mesure de participer à l'instance engagée contre elle par un tiers afin de défendre ses droits[2425]. En effet, la finalité de ces clauses est pour le créancier de l'obligation d'information de pouvoir faire valoir ses droits en justice[2426]. Ainsi, le bénéficiaire de la clause a la possibilité d'intervenir à l'instance. Toutefois, cette faculté peut devenir obligatoire dans les clauses de concours à l'instance[2427]. Ces dernières imposent à une partie au contrat, qui au départ n'est pas concernée par le procès, d'apporter son aide, sa participation technique ou financière aux instances mises en œuvre contre l'autre partie[2428]. Souvent, elles sont un moyen permettant de renforcer l'obligation du vendeur à l'égard de l'acheteur en ce qui concerne sa garantie contre l'éviction du fait des tiers[2429]. Pour ces deux types de clauses, les parties doivent s'obliger mutuellement à une coopération judiciaire, mais l'une d'elles au moins doit être en conflit avec un tiers. Par ailleurs, les clauses qui ont pour objet de mettre à la charge de l'une des parties le remboursement des frais du procès ou appelées les clauses de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire[2430] permettent de pallier les insuffisances des articles 695 à 699 du CPC qui ne peuvent imputer tous les frais du procès au perdant[2431], bien que conformément à l'article 700 du même code, le juge peut condamner une

---

[2424] Elles peuvent être rédigées de la façon suivante : « L'acheteur (le licencié) poursuivi en contrefaçon devra immédiatement en informer la société afin de permettre à cette dernière d'intervenir à l'instance ».
« L'acheteur peut bénéficier de la garantie si un tiers le poursuit ou le menace sérieusement de le poursuivre en contrefaçon…à condition d'en aviser le vendeur dans les dix jours de la réception de ladite menace ou assignation ». Cité par J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1685, p. 685-686.

[2425] Ces clauses sont souvent insérées dans les contrats de vente d'appareillage de haute technicité ou de transfert de technologie. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 220.
Elles sont aussi souvent insérées dans les contrats de distribution ou de cession de droits sociaux. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 73, p. 21.

[2426] Toutefois, dans certains cas, l'obligation d'information peut ne pas être exécutée en raison de la présence dans le même contrat d'une clause inconciliable, telle qu'une clause de confidentialité ou de secret résultant d'une procédure d'arbitrage ou de médiation. En effet, dans cette hypothèse de conflit de clauses, le débiteur engage dans tous les cas sa responsabilité pour l'inexécution de l'une d'elle. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 73, p. 21.

[2427] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1685, p. 686.

[2428] Mais l'action du débiteur de l'obligation doit satisfaire aux conditions de recevabilité du droit d'agir en justice. Notons que ces clauses incitent ce dernier à intervenir volontairement à l'instance conformément aux articles 66 et 328 à 330 du Code de procédure civile. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 221.

[2429] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 74, p. 22.

[2430] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 77, p. 22.

[2431] Contrairement aux clauses précédentes, celles qui imputent la dette judiciaire à l'une des parties ne concernent pas les litiges avec un tiers mais seulement ceux qui ont lieu entre contractants. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 221.

partie à payer à l'autre le montant des coûts non compris dans les dépens[2432]. C'est ainsi que dans les contrats de prêt, de louage ou d'entreprise, il incombe très souvent au débiteur l'obligation de payer les frais engagés par le créancier[2433] dans le cadre d'un procès ou d'une procédure d'exécution[2434]. On peut se demander si l'insertion d'une telle clause dans un contrat relève d'un choix stratégique. La réponse dépend de l'efficacité de la clause. Si cette dernière était considérée comme une clause pénale, elle pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire et le montant de l'indemnité serait susceptible d'être révisé à la baisse. Dans ce cas, la liberté conventionnelle dans la détermination du montant du remboursement des frais perdrait de son efficacité. La Cour de cassation en a décidé autrement en énonçant que *« la clause de remboursement des frais de procès n'avait pas le caractère d'une clause pénale et n'était pas, en conséquence, soumise au pouvoir régulateur du juge »*[2435]. Toutefois, l'absence d'intervention du juge en la matière semble discutable[2436]. Ainsi un contrôle judiciaire ne semble pas exclu sur le fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives[2437] dont celles de remboursement des frais pourraient faire partie. Une décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 6 décembre 1989 semble d'ailleurs aller en ce sens[2438]. Par ailleurs, ces clauses font l'objet de limites ; elles ne peuvent faire obstacle à l'application des principes d'ordre public[2439]. Toutefois, selon la jurisprudence, la répartition des dépens entre les parties perdantes relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond[2440]. Ainsi, les clauses portant sur les dépens n'échappent pas au pouvoir du juge, en revanche, il peut en aller différemment en ce qui concerne les frais irrépétibles qui ne sont pas soumis à cette solution[2441]. La limitation de l'office du juge ne concerne que la répartition du recouvrement de certains frais du procès mais permet d'effectuer une meilleure anticipation en la matière en cas de procès ultérieur. Il ne s'agit cependant pas ici d'une spécificité propre à la juridiction étatique, une répartition des frais à la convenance des parties ayant trait au règlement du litige existant

---

[2432] Toutefois, la détermination de la somme est laissée à la libre appréciation du juge qui habituellement ne condamne la partie choisie qu'à de faibles indemnités. Cf. L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 222.

[2433] L'on peut aussi associer à ce système les clauses de garantie d'issue chargeant l'autre partie au contrat de payer le montant des indemnités ou des amendes auxquelles un contractant serait susceptible d'être condamné, (ou la réparation des préjudices nés de l'interdiction d'exploitation en résultant). Cf. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n°1698, p. 692.

[2434] L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 222.

[2435] Cité par L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 223.

[2436] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 79, p. 23.

[2437] L.CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, p. 223.

[2438] Ce qui est en conformité avec qu'a décidé la commission des clauses abusives dans sa Recommandation sur les clauses ayant trait aux recours en justice. Cf. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 79, p. 23.

[2439] Par exemple, en matière de prêt personnel : art. L. 311-32, al. 2 et L. 312-29, al.3 du Code de la consommation.

[2440] J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome III, Limoges, 1998, L.G.D.J., 2000, p. 25. Cf. *Infra* n° 258.

[2441] L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, n° 79, p. 23.

également dans le cadre des modes amiables et de l'arbitrage. Par ailleurs, en dehors de la limitation de l'office du juge permettant une meilleure anticipation, les autres clauses ne concernent que l'intervention de tiers mais peut modifier l'enjeu du litige et donc créer au contraire une incertitude quant au résultat sur le fond du droit litigieux. Afin d'anticiper l'efficacité de l'action d'autres paramètres doivent être pris en compte tels que le temps, le coût et le déroulement de l'exécution du jugement.

C.L'incidence du temps, du coût du procès ainsi que de l'exécution du jugement sur l'efficacité d'une action en justice

246. Le souhait d'obtenir gain de cause dans un délai raisonnable à un coût non excessif – On constate l'existence d'autant de buts différents à atteindre qu'il y a de litigants souhaitant effectuer une action en justice. Dans la plupart des cas, le but à atteindre consiste dans l'efficacité d'une action en justice c'est-à-dire dans le souhait d'obtenir gain de cause dans un délai raisonnable à un coût non excessif eu égard, par exemple, au montant du recouvrement de la créance. En effet, dès lors qu'il y a une disproportion entre ce dernier et les frais du procès, une action en justice semble dépourvue d'efficacité. Cependant, cette analyse, certes logique, serait incomplète si l'on ne faisait pas état de tous les cas dans lesquels le litigant est déterminé à agir en justice notamment quel que soit le coût et le temps du procès. Comme l'énonce Jhering: *« Celui qui a laissé tomber un franc à l'eau, n'en dépensera jamais deux pour le ravoir ; pour lui la question de savoir combien il y mettra est un pur calcul d'arithmétique. Pourquoi ne fait-il pas ce même calcul à propos d'un procès ? Que l'on ne dise pas : il compte sur le gain du procès et s'attend à ce que les frais tomberont à charge de l'adversaire. Le juriste sait que souvent la certitude de payer chèrement le triomphe ne détourne pas d'un procès. Que de fois l'avocat qui représente à la partie le côté faible de sa cause et la détourne du procès ne doit-il pas entendre cette réponse : je suis décidé à plaider, peu m'importe les frais ! »* [2442]. Mais si les justiciables souhaitent effectuer une action en justice malgré le coût élevé du procès, la prise en compte du temps de ce dernier n'est pas dénuée d'importance, le but de l'action pouvant perdre tout intérêt avec le temps[2443]. De plus, les difficultés liées à l'exécution du jugement peuvent retarder le procès. D'où l'étude du temps (a), du coût (b) et de l'exécution du jugement (c) pour anticiper les chances de succès de l'action.

a.L'évaluation du temps du procès

247. La prise en compte de la nature de l'affaire et de la possibilité ou pas d'intenter un appel – *« La durée est inhérente au procès »*[2444]. Le facteur temps doit donc être pris en considération au même titre que le comportement procédural des parties et des pouvoirs du juge. D'ailleurs aussi bien les parties que le juge ont un pouvoir sur le temps de la procédure. Le temps

---

[2442] In *La lutte pour le droit*, 1890, réédition aux éditions Dalloz, 2006, p. 18-19.

[2443] Cette remarque ne concerne pas uniquement le contentieux de droit privé. Cf. B. ODENT, « L'avocat, le juge et les délais », in *Mélanges René CHAPUS, Droit administratif, op. cit.*, p. 484 ; J. GEORGEL, « Le juge et la montre », in *Etudes en l'honneur de Georges DUPUIS, Droit public, op. cit.*, p. 116.

[2444] D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 2003, n° 2, p. 2. Cf. aussi F. TERRE, « Note sur une métaprocédure », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 826.

nécessaire pour obtenir satisfaction est variable en fonction de la nature du litige. Dans le cas d'un recouvrement de créance, par exemple, le créancier doit prendre en compte le temps qui va lui permettre d'obtenir un titre exécutoire et qui peut aller parfois jusqu'à quatre ans, ainsi que celui qui va s'écouler entre la saisine du juge de l'exécution et le prononcé de sa décision, sans oublier les délais de grâce dont le débiteur est susceptible de bénéficier[2445]. Par ailleurs, si selon le montant de la demande, il n'est pas toujours possible d'interjeter appel du jugement, le litigant qui souhaite agir en justice peut être tenté d'augmenter le montant de la demande pour faire obstacle à cette interdiction et se réserver les chances d'une réformation du jugement s'il n'obtient pas gain de cause en première instance[2446]. Le temps de la procédure dépend de la possibilité ou pas d'interjeter appel car dans le cas où un appel est susceptible d'être formé, l'obtention de la décision est retardée bien que dans certains cas l'exécution provisoire du jugement puisse être prononcée. Au regard de sa fonction secondaire, l'appel permet aussi d'obtenir l'exécution provisoire du jugement ou la suspension de l'exécution provisoire de celui-ci. Il convient donc de prendre en considération ces deux cas figure pour évaluer le temps du procès. Le conseiller de la mise en état et le président lorsqu'il est juge de l'exécution provisoire en appel n'ont pas de pouvoir sur le fond du litige mais leurs décisions sont dotées d'une certaine pérennité[2447], *en fait*, et ont donc leur importance. De plus, le recours devant le premier président de la cour d'appel pour ce qui a trait à l'exécution provisoire est considéré comme une véritable voie de recours[2448] même s'il ne peut s'effectuer sans la saisine parallèle de la Cour d'appel sur le fond du droit. Ainsi, l'ordonnance du président est susceptible de donner lieu à un pourvoi en cassation. Mais si on énonce qu'il s'agit d'une voie de recours, l'action de l'article 525 du CPC peut aussi être considérée comme ayant une nature variable[2449]. Etant donné que l'effet suspensif de l'appel est susceptible d'inciter la partie qui n'a pas été satisfaite par le jugement d'intenter une voie de recours afin de retarder le moment où la condamnation sera irrévocable, l'adversaire peut anticiper cette pratique en demandant au juge de prononcer l'exécution provisoire du jugement[2450]. Souvent pour le créancier, la finalité de l'action en justice est d'obtenir une décision de justice en sa faveur qui est dotée de la force de chose jugée et de la force exécutoire afin de pouvoir prendre des mesures d'exécution contre son débiteur. A l'inverse, pour ce dernier, l'intérêt est de faire obstacle à ce que la décision ait la force de chose jugée en retardant l'exécution du jugement. Pour ce faire, il est judicieux qu'il interjette appel, l'appel étant un

---

[2445] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 113.34, p. 19.

[2446] Néanmoins, cette stratégie comporte des risques. Cf. *Supra* n° 292.

[2447] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, in Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 8, p. 34.

[2448] Du moins, lorsqu'il est fondé sur les articles 524, 525 et 526, 2ième cas du Code de procédure civile. Cf. L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, in Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 8, p. 34.

[2449] Elle peut « être utilisée comme une voie de « révision », ou d'adaptation, de la décision de refus, en cas d'évolution de la situation des parties survenue depuis son prononcé et faisant désormais apparaître l'urgence qu'il y a à devoir exécuter le jugement ». Cf. K. SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, n° 647, p. 471.

[2450] Qui se définit comme « la faculté conférée au bénéficiaire de la décision de pouvoir mettre celle-ci à exécution en dépit de la règle de l'effet suspensif de l'appel. Cf. R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, p. 5.

recours suspensif d'exécution en application de l'article 539 du CPC qui dispose que : *« le délai de recours par une voie ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif »*. L'effet suspensif de l'appel s'explique par la finalité de l'appel qui est de faire rectifier une erreur des premiers juges[2451]. Lorsque l'exécution du jugement de première instance ne bénéficie pas de l'exécution provisoire que celle-ci soit de droit ou ordonnée par le juge, la partie qui effectue un appel suspend les effets du jugement qui a prononcé à son encontre une condamnation. Il peut donc être judicieux d'effectuer un appel pour la partie qui a perdu en première instance. Tel est le cas par exemple pour celle qui est condamnée à payer des indemnités ou à une obligation de faire concernant notamment la démolition d'un ouvrage ou bien encore qui doit faire l'objet d'une expulsion ou d'une cessation d'activité[2452]. Cependant, les réformes récentes ainsi que l'essor de l'exécution provisoire des jugements de première instance permettent de dissuader la partie condamnée à l'exécution d'intenter un appel dans le seul but d'éviter l'exécution résultant du jugement rendu par les premiers juges[2453]. Conformément aux articles 514 et 515 du CPC, lorsqu'elle n'est pas interdite par la loi, l'exécution provisoire peut être ordonnée chaque fois que le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire. Hormis les multiples avantages résultant de l'exécution provisoire du jugement, il est important de souligner celui de l'accélération du procès[2454] car dans certains cas, la partie perdante sera dissuadée d'intenter un appel et de tarder à exécuter son obligation en raison notamment de la majoration des intérêts après l'expiration d'un délai de deux mois[2455]. D'ailleurs, dans certaines matières, même en cas d'appel, le jugement doit faire l'objet d'une exécution provisoire[2456]. Ainsi, lorsque l'exécution provisoire n'a pas été accordée par les juges de première instance, ou bien a été omise par ces derniers ou encore n'a pas été demandée, il est possible, en appel, pour le créancier d'en faire la demande[2457] au premier président ou dès qu'il est saisi, au juge de la mise en état, qui pourront en contrepartie lui

---

[2451] « L'appel ayant pour but de faire rectifier l'erreur des premiers juges, devrait nécessairement faire suspendre l'exécution de leur décision jusqu'à l'examen du tribunal supérieur, autrement elle se trouverait souvent irréparable ». Cf. R. ROUSSEAU et LAISNEY, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile commerciale criminelle et administrative avec formules de tous les actes*, Tome I, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau éditeur, Paris, n° 352, p. 572.

[2452] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 121.

[2453] Concernant l'évolution de l'exécution provisoire des jugements, cf. R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989. Afin d'éviter les recours dilatoires et ainsi de faire obstacle aux stratégie judiciaires des parties consistant à ne pas effectuer un débat complet devant les juges du premier degré, le rapport Coulon avait envisagé d'instaurer l'exécution provisoire de plein droit des jugements de première instance. Cf. J.-M. COULON, « Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et commentaires, 1997, p. 17 et du même auteur, « Les évolutions possibles de la procédure civile », *Gaz. pal.*, 1996, 2, p. 998.

[2454] R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, p. 5.

[2455] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 236.23, p. 63.

[2456] Tel est le cas en matière prud'homale dans certaines hypothèses en application notamment de l'article R. 516-18 du Code du travail.

[2457] Notons que dans l'hypothèse où l'exécution provisoire a été refusée par les premiers juges, le créancier devra rapporter la preuve de l'urgence de la mesure. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 443.51, p. 202.

imposer de procéder à la consignation d'une somme, par la prise de certaines garanties personnelles ou réelles, de nature à garantir le remboursement du paiement ou une éventuelle réparation en cas de décision infirmative. A l'inverse, lorsque l'exécution provisoire a été accordée par les premiers juges, la partie à qui il incombe d'exécuter le jugement peut tenter de demander la suspension de celle-ci au premier président de la Cour d'appel. Le premier président a la possibilité d'aménager le paiement résultant de l'exécution provisoire. C'est ce qu' il ressort des articles 517 à 522 du CPC qui prévoient qu'en ce qui concerne le paiement de certaines sommes autres que des aliments, des rentes indemnitaires, ou des provisions, l'exécution provisoire peut être arrêtée en consignant, après l'obtention de l'accord du juge, une somme suffisamment importante pour garantir, en principal, intérêt et frais, le montant du paiement. Lorsque l'exécution provisoire du jugement n'est pas de droit mais a été ordonnée par les juges de première instance, le premier président, statuant en référé, a la possibilité d'arrêter cette exécution provisoire à certaines conditions énoncées à l'article 524, 2° du Code de procédure civile et notamment si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Selon un arrêt d'assemblée plénière du 2 novembre 1990, ces dernières résultent des difficultés financières du débiteur à effectuer le paiement et des incertitudes concernant les aptitudes de celle du créancier pouvant être amené à rembourser[2458]. Il peut s'agir aussi pour le débiteur de l'existence d'une circonstance économique l'empêchant momentanément de se décharger de sa dette[2459]. Selon la possibilité ou pas d'intenter un appel, le coût et le temps du procès varient. D'une manière plus générale, selon les statistiques, la durée moyenne est de 9,5 mois devant le tribunal de grande instance et de 16,1 mois devant la cour d'appel[2460] mais selon des statistiques plus récentes elle serait de 15, 3 mois[2461]. La procédure d'appel dure donc environ plus d'un an mais le délai varie selon les Cours d'appel[2462]. Les délais et les coûts engendrés par la procédure d'appel sont difficilement prévisibles. L'évaluation du temps du procès d'appel dépend de la nature de l'affaire, celle-ci pouvant par exemple impliquer la mise en œuvre de mesures d'instruction. De plus, il est difficile d'anticiper les pouvoirs du juge qui a la direction de la procédure d'appel. Par exemple, la mise en état des causes confère au juge d'appel de nombreux pouvoirs tels que la possibilité d'impartir des délais aux parties pour effectuer leurs conclusions, invoquer leurs pièces, ou de leur faire des injonctions[2463]. Ainsi, le temps peut jouer soit en

---

[2458] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 443.61, p. 202.

[2459] Mais d'une manière générale, la jurisprudence des premiers présidents de cour d'appel concernant cette suspension de l'exécution provisoire n'est pas libérale et exige des circonstances d'une certaine importance. Cf. P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 147.

[2460] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 122.11, p. 24.

[2461] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 47.

[2462] « Il n'est que de 8 à 10 mois devant certaines Cours d'appel, comme celles d'Agen, de Bourges, de Dijon, de Douai, de Nancy ou de Pau, de 10 à 12 mois devant les Cours de Bastia, de Besançon, de Lyon ou de Versailles…, de 12 à 15 mois à Paris, Bordeaux ou Reims. Il atteint 15 à 20 mois à Aix-en-Provence, à Montpellier, à Nîmes, à Rennes ou à Toulouse ». Cf. J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 128-129.

[2463] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 127.

faveur, soit en défaveur de l'appelant. Il s'agit donc pour ce dernier de bien peser les avantages et les inconvénients de l'incertitude du long terme[2464]. Selon F.TERRE, *« Un procès qui se prolonge a plutôt tendance à se compliquer qu'à se « purifier »*[2465]. Au regard de la réforme de la procédure d'appel, il semblerait que le temps de l'appel puisse désormais faire l'objet d'une meilleure prévisibilité puisque un calendrier strict de procédure doit être mis en œuvre et le temps prévu pour accomplir les actes de procédure est encadré par le conseiller de la mise en état. Le délai de la procédure d'appel est structuré[2466]. Enfin, il faut aussi tenir compte de la possibilité pour l'une des parties de former un pourvoi en cassation et donc d'intégrer ce temps dans le calcul de la durée du procès. C'est ainsi que l'on constate qu'une trop longue durée de la procédure annihile l'intérêt d'obtenir une décision de justice, car passé un certain délai, la décision peut perdre de son efficacité. Or, les réformes récentes tendent à raccourcir les délais du procès notamment eu égard à l'instauration de la communication éléctronique qui permet d'éviter les déplacements.

248. Vers une meilleure gestion du temps du procès au regard des réformes récentes – De nouveaux moyens concernant la mise en œuvre de la procédure dématérialisée devant la Cour de cassation permettent aux avocats et à la Cour de cassation de prendre connaissance des dossiers plus rapidement et de rendre plus effectif le principe du contradictoire[2467]. Le gain de temps résulte de l'échange de dossiers par le biais du réseau électronique qui facilite le développement du travail collectif des juges d'une même chambre et qui est susceptible de favoriser un travail effectué à la fois par le conseiller-rapporteur et l'avocat général sur le même dossier à un même moment[2468]. Ainsi, l'amélioration des outils techniques avec notamment la dématérialisation contribue à l'accélération du temps du procès[2469] et au progrès technique de la procédure[2470]. Pour ce faire, chaque juridiction ainsi que les cabinets d'avocats et les études d'huissier de justice doivent être dotés de l'équipement adéquat prévoyant une interconnexion

---

[2464] Ainsi, est-il plus raisonnable pour un justiciable de ne pas faire appel d'un jugement réduisant sa dette même si un paiement immédiat s'avère encore impossible. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 82.

[2465] Cité par J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, p. 15.

[2466] « Le principal apport du décret (n° 2009-1524 du 9 décembre 2009) est de ressérer le calendrier de la procédure et de durcir la sanction des délais ». G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, n° 429 *ter*, p. 484.

[2467] V. LAMANDA et D. Le PRADO, « Une gestion plus dynamique des pourvois », Dématérialisation de la procédure devant la Cour de cassation, *J.C.P.*, G., 2009, I, 115, p. 13.

[2468] Alors qu'habituellement l'avocat général ne peut saisir le dossier avant que le conseiller rapporteur ait effectué son rapport. Cf. V. LAMANDA et D. Le PRADO, « Une gestion plus dynamique des pourvois », Dématérialisation de la procédure devant la Cour de cassation, *J.C.P.*, G., 2009, I, 115, p. 13.

[2469] Les technologies de l'information et de la communication participent à l'efficacité de la justice tant en amont du procès en permettant une information plus rapide du défendeur eu égard aux prétentions du demandeur qu'en aval du procès en faisant parvenir à celui-ci dans un court délai la décision judiciaire afin de procéder à son exécution. Cf. B. MENUT, « Les technologies de l'information et de la communication au service du procès équitable, Défis processuels et technologiques », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Editions Dalloz, 2010, n° 7, p. 343.

[2470] Sous réserve toutefois du *« risque de dérive de la part de ceux qui seront les maîtres du système. Il ne faudrait pas que demain un acte soit autorisé ou interdit selon que l'ordinateur permet ou ne permet pas de le faire »*. Cf. H. CROZE, « Le progrès technique de la procédure civile », *J.C.P.*, G., 2009, I, 108, p. 14 ; 17.

entre eux[2471]. L'évaluation du temps du procès comprend également la prise en compte d'autres paramètres.

249. L'évaluation du temps du procès au regard de la matière litigieuse impliquant le recours à d'autres ordres de juridictions – La matière litigieuse implique parfois la saisine de plusieurs tribunaux en même temps ou successivement ces derniers pouvant relever d'ordres de juridiction différents au sein d'un même Etat ou dans le cadre européen ou international entraînant ainsi un allongement de la durée du procès. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, si la déclaration d'utilité publique ou l'arrêté de cessibilité font l'objet d'une contestation devant le tribunal administratif, la juridiction judiciaire quant à elle, qui n'est pas compétente pour vérifier la régularité de la procédure se déroulant devant ce dernier, doit ultérieurement rendre une ordonnance d'expropriation. Dès lors, si par exemple, l'arrêté de cessibilité est par la suite annulé, l'ordonnance d'expropriation devra elle-même faire l'objet d'une annulation à la demande de la partie concernée[2472], la décision de la juridiction administrative pouvant ainsi entraîner des conséquences sur celle de la juridiction judiciaire[2473] en allongeant notamment le temps de la procédure. En effet, dans certains cas, la solution du litige dépend d'une réponse apportée par une autre juridiction, la juridiction antérieurement saisie devant dès lors sursoir à statuer jusqu'à ce que l'autre juridiction ait rendu sa décision. Tel est le cas dans le cadre de l'action civile bien que les cas de sursis à statuer aient été limités à certaines hypothèses seulement ou en matière administrative notamment en matière d'obtention d'un permis de construire ou bien encore par le biais d'une question préjudicielle. De plus, depuis la réforme constitutionnelle de juillet 2008, on peut faire désormais référence à la QPC. D'ailleurs, au sein même d'un même ordre de juridiction, selon la juridiction compétente, le temps du procès peut varier.

250. L'évaluation du temps du procès en fonction de la juridiction compétente – Les procédures, qui sont distinctes selon les différents tribunaux compétents, sont susceptibles d'entraîner des variations dans l'évaluation du temps du procès. La procédure qui résulte du tribunal de droit commun se distingue de celle qui est issue des juridictions d'exception même si les différences entre ces deux types de procédure tendent à s'amoindrir. Alors que devant le tribunal de droit commun, c'est-à-dire le tribunal de grande instance, le principe est que la procédure est écrite, qu'elle implique la représentation par un avocat et que l'affaire est instruite devant le juge de la mise en état, devant le tribunal d'instance comme devant les autres juridictions d'exception telles que le tribunal de commerce ou le conseil de prud'hommes, la procédure est orale[2474]. Toutefois, les différences entre ces deux types de procédure s'estompent notamment avec la réforme de l'oralité. Certes, la procédure orale en vertu de laquelle les parties ont la possibilité de ne pas se faire représenter par un avocat, semble plus simple et moins

---

[2471] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 9, p. 80.

[2472] J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Préface de Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation, La documentation Française, Paris, 2010, p. 123.

[2473] D'où la stratégie dans le choix de l'ordre de la saisine des différentes juridictions. Cf. *Supra* n° 226.

[2474] *« L'oralité consiste pour les parties à s'adresser verbalement au juge »*. Or, dès lors qu'elle *« constitue le mode adéquat de formulation des moyens »*, elle caractérise la procédure orale. Cf. J.-L. GILLET, « Faut-il sauver l'oralité », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 709.

formaliste que la procédure écrite, d'où son attrait et le choix en faveur du tribunal d'instance plutôt que celui du tribunal de grande instance quand un choix est possible. Cependant, l'oralité de la procédure semble susciter *« plus d'insécurité que de facilité »*[2475]. D'où la réforme instaurée en la matière qui tend à supprimer les inconvénients inhérents à cette procédure et notamment le coût susceptible d'en résulter pouvant dissuader le justiciable d'intenter une action en justice[2476]. De plus, concernant la longueur de la procédure, il n'est pas certains que le choix du tribunal d'exception notamment du tribunal d'instance plutôt que celui du tribunal de grande instance soit un gain de temps[2477]. En effet, devant le TGI, le juge de la mise en état n'est saisi de l'affaire que si cette dernière nécessite d'emprunter le « circuit long » prévu aux articles 763 à 787 du CPC. La lenteur de la procédure devant ce tribunal n'est donc pas toujours automatique, l'article 760 du CPC prévoyant un « circuit court » c'est-à-dire le renvoi immédiat à l'audience lorsque l'affaire est en état d'être jugée. Mais si un échange de conclusions ou une communication des pièces est encore nécessaire avant l'audience, il est possible d'avoir recours au « circuit moyen » en application de l'article 761 du même code. Ainsi, notamment dans le cas de la voie du « circuit court », les différences s'amenuisent avec la procédure orale[2478]. D'autant que devant les juridictions d'exception, l'affaire n'est pas obligatoirement instruite à l'audience mais peut être renvoyée à une prochaine audience ou remise entre les mains d'un rapporteur notamment en application de l'article 861 du CPC. Tel est le cas aussi devant le conseil des prud'hommes comme le prévoit l'article R. 1454-1 du Code du travail[2479]. Avec la réforme de la procédure orale, devant le tribunal d'instance, il est de désormais possible, avec l'accord des parties, d'organiser un calendrier de procédure en application de l'article 446-2 alinéa 1 du CPC ou bien d'effectuer des conclusion récapitulatives comme devant le TGI conformément aux articles 753 et 446-2 alinéa 2 du même code[2480]. Par ailleurs, si devant le juge de la mise en état, au regard de l'extension des pouvoirs de ce dernier qui statue sur l'ensemble des exceptions de procédure et des incidents susceptibles de mettre fin à l'instance, est consacré un « principe de concentration procédurale » des moyens et des preuves, voire des demandes au début de l'instance[2481], comme l'énoncent aussi les Principes Unidroit de procédure transnationale[2482],

---

[2475] J.-L. BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 21. Cf. aussi L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 12, p. 84

[2476] *Infra* n° 251.

[2477] *« Du fait de l'encombrement des tribunaux d'instance, des nombreux renvois qu'imposent les échanges de pièces et les prétentions des parties et de fréquentes mesures d'instruction, les procédures ne sont maintenant guère plus rapides devant les tribunaux d'instance que devant les tribunaux de grande instance »*. Cf. J.-L. BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 21.

[2478] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 11, p. 83.

[2479] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 11, p. 83.

[2480] C. BLERY, « Conciliation et procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1044, p. 1984.

[2481] *« L'objectif de cette concentration procédurale est de disposer au seuil de l'instance de l'ensemble des données nécessaires à la solution du litige et d'évacuer à ce stade l'ensemble du contentieux procédural (question de compétence, de nullité, voire de recevabilité) afin que la suite de l'instance soit tout entière consacrée au règlement des seules questions de fond »*. Cf. L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 8, p. 76.

[2482] Principes 9 et 11.

cette évolution est susceptible de s'étendre aux autres juridictions[2483]. De plus, désormais, devant les juridictions d'exception, le non-respect des délais de la procédure par les parties peut faire l'objet de sanctions similaires à celles prévues pour la procédure écrite devant le tribunal de grande instance[2484]. Un autre élément nouveau tendant à accélérer la procédure est l'instauration d'une passerelle devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité prévoyant que *« Lorsque les parties ont soumis leur différend à un conciliateur de justice sans parvenir à un accord, leur requête conjointe peut également être transmise au greffe à leur demande par le conciliateur »*[2485]. Le choix entre le tribunal de grande instance et les juridictions d'exception semble donc réduit et lié à la nécessité ou pas d'une instruction de l'affaire devant faire l'objet d'une mise en état préparatoire devant le juge chargé de cette mission[2486]. Concernant la question de la possession et de la propriété, si deux actions sont possibles tout en ne pouvant pas être cumulées en vertu du principe du non-cumul du possessoire et du pétitoire, et que pendant longtemps chacune de ces actions dépendait d'une juridiction différente, le choix de l'une plutôt que l'autre en fonction de la juridiction compétente pouvait sembler perdre de son intérêt. Or désormais, ces deux actions relèvent de la même juridiction. En conséquence, cette stratégie du choix de l'action en fonction de celui de la juridiction compétente n'a plus lieu d'être.

251. Le choix de l'action en fonction de celui de la juridiction compétente désormais dépourvue d'intérêt – Il n'existe pas d'hypothèse dans laquelle, pour une même action, un choix est offert entre le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance auxquels s'appliquent des procédures distinctes. Ces tribunaux ont une compétence concurrente jusqu'à un certain taux en fonction du montant de la demande mais dans les autres cas, c'est la nature de l'action qui conditionne la compétence du tribunal. Ainsi, à moins de tenter d'augmenter ou de diminuer le montant de la demande pour éviter la saisine de l'un d'entre eux[2487], un choix entre ces deux types de tribunaux est inexistant. Toutefois, dès lors qu'un choix ayant trait à la nature de l'action entraîne celui de la juridiction compétente, la question se pose de savoir s'il existe une stratégie consistant à choisir l'une plutôt qu'une autre en fonction de la juridiction compétente. Par exemple, si avant la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005, les actions possessoires relevaient de la compétence du tribunal d'instance alors que les actions pétitoires, du tribunal de grande instance, le choix de l'action pouvait s'effectuer en fonction de celui de la juridiction compétente au regard notamment de la procédure applicable. Mais au-delà des différences qui s'estompent entre les deux types de tribunaux et qui auraient été susceptibles d'amoindrir l'efficacité de la stratégie consistant à choisir telle action plutôt que l'autre en fonction de la juridiction compétente, cette dernière stratégie n'a plus lieu d'être depuis la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 précitée et du décret n° 2005-542 du 13 mai 2005 puisque les actions possessoires

---

[2483] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 8, p. 77.

[2484] En application des articles 781 et 783 du CPC. Ainsi, devant le tribunal d'instance, selon l'article 446-2 alinéa 3 *« à défaut pour les parties de respecter les modalités de communication fixées par le juge, celui-ci peut rappeler l'affaire à l'audience, en vue de la juger ou de la radier »* et comme le prévoit l'article 446-2 alinéa 4 du CPC, *« le juge peut écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense »*.

[2485] Article 842 du CPC.

[2486] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 12, p. 83.

[2487] Cf. 292.

ne relèvent plus de la compétence exclusive du tribunal d'instance mais de celle du tribunal de grande instance en application de l'article L. 312-7 du Code de l'organisation judiciaire. Ainsi, l'on ne peut plus utiliser l'action possessoire uniquement dans le but d'obtenir une solution plus rapidement puisque désormais les deux types d'action relèvent de la même juridiction[2488] bien que selon Monsieur le Professeur Jean-Louis Bergel, la procédure devant le TI n'était pas obligatoirement plus courte que celle se déroulant devant le TGI[2489]. Mais si la stratégie dans le choix de l'action en fonction de la juridiction compétente a disparu, demeure celle consistant dans le choix de l'action en elle-même notamment au regard du principe du non-cumul de l'action possessoire et pétitoire. Certes, ces deux types d'action ont des objets distincts mais dans le cas où la situation de fait peut donner lieu à un choix, il convient peut-être d'utiliser une action en priorité par rapport à l'autre en fonction du but poursuivi notamment eu égard au temps de la procédure.

252. Le choix d'intenter une action possessoire plutôt que pétitoire ou inversement – Alors *« qu'au possessoire, il ne s'agit que de prévenir ou de résorber une atteinte à un état de fait sans en juger le bien ou le mal fondé, l'action pétitoire porte sur les droits eux-mêmes »*[2490]. Les deux actions possessoire et pétitoire n'ont donc pas le même objet à la différence du référé possessoire et de l'action possessoire, mais dans le cas où le possesseur est en même temps titulaire du droit de propriété sur le bien faisant l'objet du litige, une stratégie est peut-être concevable dans le choix de l'action. Parfois l'on peut passer d'une action à l'autre mais il convient de respecter le principe du non cumul du possessoire et du pétitoire[2491]. En application de l'article 1265 du CPC, *« la protection possessoire et le fond du droit ne seront jamais cumulés »*. Ainsi, le demandeur qui choisit d'agir d'abord au pétitoire, ne peut plus agir ensuite au possessoire[2492] avec toutefois certaines limites. En effet, il est néanmoins possible au demandeur au pétitoire d'agir au possessoire pour les troubles postérieurs à l'action pétitoire qui peuvent notamment survenir pendant l'instance pétitoire[2493]. Mais cette solution n'est pas exempte de critiques puisque le demandeur au pétitoire, implicitement confère la possession au défendeur et reconnaît ainsi ne pas détenir cette possession[2494]. De plus, cela lui permet de multiplier les actions, ce qui est critiquable. En revanche, une action au pétitoire peut suivre une action effectuée antérieurement au possessoire[2495]. Si le possesseur est également propriétaire, il semble plus judicieux pour ce dernier d'agir par le biais de l'action pétitoire qui lui permet de

---

[2488] J.-L. BERGEL, Pour la suppression du principe du « non-cumul du possessoire et du pétitoire », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 10.
[2489] *Supra* n° 247.
[2490] J.-L. BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 18.
[2491] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 7, p. 39.
[2492] Cette règle est ancienne puisqu'on la retrouve à l'article 26 de l'ancien Code de procédure civile. Cf. POTHIER, *Œuvres de Pothier, Traité de procédure civile, Traité de la procédure criminelle*, T. X, Cosse et N. Delamotte imprimeurs-éditeurs, Paris, 1848, n° 314, p. 130. Toutefois, elle n'existait pas dans le droit canonique. Cf. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 24.
[2493] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 126.
[2494] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 126-127.
[2495] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n°7, p.40 ; P. JULIEN et N. FRICERO, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 58, p. 42.

vider le contentieux directement par le biais d'une seule procédure, l'action possessoire étant susceptible de lui prendre autant de temps. De plus, concernant cette dernière, il convient d'attendre l'exécution de la décision au possessoire alors que celle-ci peut encore faire l'objet de contestations devant le juge de l'exécution. D'où, à l'inverse, la stratégie du possesseur consistant à contester l'exécution de la décision devant celui-ci dans le but de rallonger la procédure et de faire obstacle à la mise en œuvre de l'action pétitoire par le défendeur qui se prétend propriétaire du droit en cause. En effet, pour statuer, le juge de l'exécution aura le plus souvent besoin de se fonder sur une mesure d'instruction qui va ralentir le procès[2496]. Mais il s'agit peut-être là d'une stratégie qui tend à disparaître au regard de la proposition de réforme du livre II du Code civil concernant les biens qui souhaite mettre fin aux actions possessoire[2497]. D'ailleurs, selon Piedelièvre *« si l'auteur d'un trouble vient à invoquer son droit au pétitoire pour justifier son acte à l'encontre du possesseur, ce dernier ne peut plus opposer sa possession ; dès lors peut-on encore vraiment parler d'« action possessoire »*[2498] ? Conformément à l'article 1267 du CPC, pour pouvoir agir au fond, le défendeur doit avoir mis fin au trouble. Théoriquement, il n'est plus utile d'attendre que le jugement au possessoire ait été rendu et qu'il soit exécuté. *« Mais il semble que la jurisprudence demeure fluctuante, selon que l'interdiction d'agir est considérée comme une exception de procédure (qui doit être invoquée in limine litis) ou une fin de non-recevoir (qui peut être opposée en tout état de cause, donc ultérieurement aux conclusions sur le fond) »*[2499]. Toutes ces actions susceptibles d'être enchevêtrées peuvent entraîner la violation du principe du non-cumul étant donné qu'elles interviennent devant la même juridiction[2500]. Selon Piedelièvre, il y aurait donc une prévalence du pétitoire sur le possessoire, d'autant que l'action possessoire était déjà considérée comme étant très lente devant le TI, elle ne sera sans doute pas plus rapide devant le TGI. Toutefois, dans certains cas, il est stratégique d'effectuer en priorité une action possessoire dans la mesure où celle-ci peut rendre inutile une action pétitoire. La partie qui obtient gain de cause au possessoire bénéficie d'une présomption de propriété lui permettant de jouir de la chose lors de l'instance pétitoire et d'avoir la qualité de défendeur pendant cette instance lui évitant ainsi d'avoir la charge de la preuve[2501]. De plus, dans l'hypothèse où le juge saisi au possessoire a statué sur le fond du droit en violation de l'article 1265 du CPC, son jugement est doté de l'autorité de la chose jugée même au pétitoire dès lors que ce dernier n'a pas fait l'objet d'une voie de recours en réformation dans les délais légaux[2502]. Si l'objet du litige est différent en ce

---

[2496] J.-L. BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 23.

[2497] Et ne conserver que le principe de la protection de la possession et de la détention. Cf. J.-L. BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 27.

[2498] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 103.

[2499] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 127.

[2500] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 128.

[2501] Toutefois, en présence de présomptions légales, il lui incombe de prouver son droit par titre ou en faisant état de la prescription. Cf. T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 131-132.

[2502] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 132.

qui concerne les deux types d'action, la frontière entre les deux est difficile à tracer puisque bien souvent le juge du possessoire fait référence aux titres pour rendre compte de la réunion des conditions nécessaires à la protection de la possession[2503]. Par exemple, il a été admis que le juge du possessoire pouvait constater l'enclave d'une parcelle pour protéger la possession d'un accès[2504]. Au regard de cette évolution, le maintien du principe du « non-cumul du possessoire et du pétitoire » semble dépourvu d'intérêt[2505]. Par ailleurs, lorsque les conditions de mise en œuvre du référé possessoire sont réunies, il convient d'utiliser ce dernier par préférence à l'action possessoire car celui-ci peut rendre inutile cette dernière et permettre plus rapidement la mise en œuvre d'une action pétitoire. En effet, d'une manière générale, une autre stratégie dans le choix du type d'action en justice ayant une incidence sur le temps du procès semble consister dans le choix du référé possessoire plutôt que dans celui de l'action possessoire.

253. Le choix du référé possessoire plutôt que celui de l'action possessoire – En application de l'article 809, alinéa 1er du CPC, le juge des référés voit sa compétence étendue, « même en présence d'une contestation sérieuse », aux mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Selon un arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1995, il est possible d'user du référé en matière possessoire. Dans ces conditions, on peut s'interroger sur l'intérêt d'effectuer une action possessoire au fond puisque s'il incombe seulement au juge des référés de prendre des mesures de nature à faire cesser le trouble apporté à la possession, il semble difficilement concevable que, pour ce faire, il fasse totalement abstraction de la possession[2506]. En effet, le président du TGI, « juge de l'apparence » de droit commun[2507], a la possibilité de faire cesser toutes les atteintes à la possession, ces dernières pouvant aller à l'encontre des droits de propriété qui sont des questions qui concernent le fond du droit. Un arrêt du 28 juin 1996 en témoigne puisqu'en l'espèce, il s'agissait pour le juge des référés de faire cesser un trouble manifestement illicite qui résultait de l'usage même d'une servitude. D'ailleurs, si le juge des référés a pour mission de faire cesser le trouble en application de l'article 809 du CPC, l'action possessoire semble dépourvue d'intérêt étant donné qu'elle a pour fonction de mettre un terme au trouble possessoire[2508]. La différence tient donc à la célérité de la procédure inhérente à la procédure des référés. D'où l'intérêt d'agir dans le cadre de l'article 809 du CPC en cas de trouble manifestement illicite. Si en 1986, l'Assemblée plénière avait décidé que le trouble manifestement illicite était laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond en 1996, elle

---

[2503] J.-L. BERGEL, Pour la suppression du principe du « non-cumul du possessoire et du pétitoire », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 10. Cf. aussi du même auteur « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 23.

[2504] J.-L. BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 22.

[2505] J.-L. BERGEL, Pour la suppression du principe du « non-cumul du possessoire et du pétitoire », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 10.

[2506] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 101-102.

[2507] J.-L. BERGEL, Pour la suppression du principe du « non-cumul du possessoire et du pétitoire », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 10.

[2508] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 128-129.

décide au contraire que la Cour de cassation doit exercer son contrôle en la matière[2509], ce qui permet de mieux anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. De plus, les décisions rendues par le juge des référés sont exécutoires de plein droit de manière provisoire et permettent donc d'intenter rapidement une action pétitoire[2510]. Ainsi, dès lors que le possesseur est à la fois titulaire du droit en cause, il est judicieux pour ce dernier d'avoir recours au référé possessoire si les conditions en sont réunies. En revanche, si le possesseur veut ralentir la procédure en repoussant l'action pétitoire du défendeur, il a intérêt à effectuer une action possessoire et non pas un référé possessoire afin de retarder la mise en œuvre par le défendeur de l'action pétitoire puisque cette dernière n'est valable que si la décision du juge possessoire a fait l'objet d'une exécution. Dans le même ordre d'idées, mais en dehors du cadre du référé possessoire, il existe peut-être une stratégie consistant à agir en priorité devant le juge des référés afin de vider définitivement le contentieux et ainsi d'obtenir satisfaction dans des délais plus brefs.

254. Le choix de l'action devant le juge des référés plutôt qu'au fond – Certes le juge des référés ne doit pas prendre des mesures qui l'amèneraient à dire le droit ; il ne peut faire préjudice au principal. Toutefois, il convient de nuancer le propos en ce qui concerne le référé-provision ou le référé-injonction. On constate, en effet, que dans ces domaines, le juge des référés prend des mesures provisoires qui s'avèreront souvent par la suite définitive, le juge du fond n'étant pas toujours saisi ultérieurement. Tel est le cas lorsque la mesure demandée au juge des référés ne se heurte à aucune contestation sérieuse et que ce dernier prononce une provision égale au montant du préjudice subi[2511]. Par ailleurs, même dans les autres cas, la décision de référé peut s'avérer définitive. Lorsque cette dernière n'a pas fait l'objet d'un recours, elle peut, dans certains cas, affecter définitivement les droits des parties. C'est ainsi que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, en ce qui concerne l'application de l'article L. 145-41 du Code de commerce, qu'une ordonnance de référé signifiée avant la mise en redressement judiciaire du preneur et non frappée de recours avait acquis force de chose jugée avant l'ouverture de la procédure collective, peu important son absence au principal d'autorité de la chose jugée. En l'espèce, cette ordonnance de référé avait donné acte aux parties d'un accord en vertu duquel un preneur s'engageait à payer les sommes dues au bailleur et avait énoncé qu'à défaut de l'exécution de l'accord la clause résolutoire serait acquise au bailleur. D'où la stratégie consistant à agir en référé plutôt qu'au fond lorsqu'un tel choix est possible même si le contrôle de la Cour de cassation concernant la demande de provision adressée au juge des référés ne semble pas homogène[2512]. Néanmoins, en cas d'hésitation entre l'action au fond ou l'action en référé, il est certain que si l'action au fond implique du temps, elle a le mérite d'aboutir à une

---

[2509] J. BUFFET, « La sentinelle de la loi », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 41.

[2510] J.-L. BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 25.

[2511] Selon la jurisprudence, la provision peut être de 100% de la créance principale. Cf. H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 70.

[2512] « En cas de pourvoi, sa décision est soumise à un strict contrôle sur la charge de la preuve de l'obligation, souveraine sur les faits, la valeur et la portée des preuves, sujette à un contrôle restreint sur le caractère sérieusement ou non contestable de l'obligation, enfin discrétionnaire sur la fixation de la somme allouée au demandeur dans la limite du montant incontestable de la créance alléguée ». Cf. J. BUFFET, « La sentinelle de la loi », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 43.

décision définitive[2513], d'autant que s'il va de l'intérêt du créancier d'obtenir une décision rapide, ce dernier peut user d'autres moyens procéduraux pour conserver ses intérêts lors d'un procès au fond par exemple en demandant au juge de prendre des mesures conservatoires ou de faire courir les intérêts moratoires avant que le jugement soit rendu en application de l'article 1153-1 du Code civil[2514]. Le choix de la procédure au fond sera donc peut-être plus approprié dans les cas d'incertitude concernant les hypothèses dans lesquelles le juge des référés est susceptible de vider le contentieux au fond[2515]. On constate que d'une manière générale, de nombreux éléments sont susceptibles d'avoir une incidence sur le temps du procès mais que si certains d'entre eux peuvent aisément être anticipés d'autres sont plus difficilement prévisibles notamment eu égard aux pouvoirs du juge en la matière.

255. La stratégie dans l'évaluation du temps du procès au regard des pouvoirs du juge – Il semble difficile d'évaluer le temps du procès lorsque le juge est susceptible d'avoir une influence sur ce dernier au regard du pouvoir discrétionnaire dont il peut user en la matière. Telle est notamment l'hypothèse du sursis à statuer de la possibilité ou pas de désigner un ou plusieurs experts de refuser une mesure d'expertise ou de l'octroi des délais prévus à l'article 1244-1 du Code civil[2516]. De même, la Cour d'appel bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder une prolongation du délai d'appel lorsqu'une personne a été retrouvée pour faire appel [2517]. Par ailleurs, lorsque l'une des parties demande le renvoi au juge, ce dernier a un pouvoir discrétionnaire c'est-à-dire qu'il est libre de décider de renvoyer l'audience ou pas. Pour ce faire, *« il convient qu'il examine la question qui lui est soumise en analysant la disposition de la loi en la matière et ses objectifs en pesant et en tranchant entre les différents intérêts en présence. Dans nombre de cas, il apparaîtra que la règle de procédure n'est pas une règle technique, mais une règle ayant un sens reflétant une politique que le tribunal est censé appliquer »*[2518]. En effet, le juge est tenu de respecter certains objectifs en matière procédurale. Il résulte de l'article 6 §1 de la Conv. ESDH que l'objectif *« commun, universel et intemporel »* est de tendre à ce que soit rendue *« une bonne justice »* qui découle de *« l'efficacité des procédures et de la qualité du procès »*[2519]. L'objectif de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice est notamment de tendre à une meilleure prévisibilité des délais dans les procédures judiciaires au sein des Etats membres[2520]. Au regard des réformes tendant à l'efficacité de la justice, le juge a un rôle actif pour permettre l'obtention d'un jugement dans un délai raisonnable. Malgré ces objectifs, l'évaluation du temps du procès reste néanmoins incertaine dans les cas où le juge bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire ainsi qu'au regard de la survenance d'autres éléments plus

---

[2513] H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 66.
[2514] H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 66.
[2515] *Supra* n° 229.
[2516] F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 22.
[2517] S. LEVIN, « Interprétation des règles de procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 3, p. 823.
[2518] S. LEVIN, « Interprétation des règles de procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 4 et 5, p. 824.
[2519] C. MARIE, « Les objectifs dans le droit processuel », in *Les objectifs dans le droit*, Sous la dir. de B. FAURE, Colloque organisé les 25 et 26 septembre 2009 par le Centre d'études juridiques de La Rochelle (CEJLR), Editions Dalloz, 2010, p. 192.
[2520] J. JEHL, « Efficacité de la justice : les petits pas de l'Europe des 47 », *J.C.P.*, G., 2011, n° 51, 1428, p. 2558.

difficilement prévisibles. Selon Louis Crémieu, il s'agit de prendre en compte les *« événements qui peuvent venir compliquer la marche normale du procès civil »*[2521] tels que le défaut, les preuves jugées insuffisantes par le juge, ce dernier devant donc procéder à des injonctions ou des enquêtes, etc, et enfin les incidents de procédure. La durée du procès n'est pas facile à évaluer. L'instance peut être prolongée par le biais des demandes reconventionnelles, des interventions qui peuvent notamment susciter à leur tour un allongement de la procédure en raison notamment d'une demande d'expertise visant à éclairer le juge de l'existence de nouveaux faits qui lui sont présentés[2522]. Il en est de même en ce qui concerne l'évaluation du coût du procès qui implique la prise en compte d'éléments plus ou moins prévisibles.

b.L'évaluation du coût du procès

256. Le comportement des plaideurs – Le coût du procès comprend les honoraires d'avocats sauf si les parties bénéficient de l'aide juridictionnelle, le risque de la condamnation aux dépens, aux indemnités de procédure ainsi qu'exceptionnellement à des dommages-intérêts en cas d'abus de procédure[2523]. D'une manière générale, les dépens sont dûs par la partie perdante. Toutefois, dans certains cas, le juge peut, par décision motivée, en mettre la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie, en application de l'article 696 du CPC[2524]. Le litigant doit donc tenir compte de la possibilité d'être condamné aux dépens dans certains cas même s'il a des chances de gagner sur le fond du droit litigieux. En effet, la partie gagnante peut se voir imposer une telle condamnation lorsque *« c'est par sa faute ou par son fait que les frais du procès ont été occasionnés »*[2525]. Mais si la condamnation aux dépens peut être prononcée à titre de dommages-intérêts en application de l'article 1382 du Code civil, sa mise en œuvre est possible indépendamment d'un abus. La référence à l'équité laisse penser que l'appréciation du comportement des plaideurs est exclue, l'équité renvoyant à la situation financière de chacune des parties. L'on peut s'interroger sur la question de savoir si la condamnation à l'article 700 du CPC permet de sanctionner le dilatoire. L'on peut penser comme Monsieur B. Mathieu qu'*« Il paraîtra équitable de condamner à rembourser des frais exposés pour un litige dilatoire, mis en œuvre par une parties »*[2526]. Néanmoins, si les sommes versées au titre de l'article précité doivent être distinguées de celles qui sont dues au titre des dommages-intérêts, selon un arrêt du 6 mai 2009, la première Chambre civile de la Cour de cassation a montré son mécontentement à l'égard d'un liquidateur judiciaire qui avait fait preuve de mauvaise foi dans le cadre d'une procédure d'arbitrage en le sanctionnant à verser 50 000 euros au titre de l'article 700 du

---

[2521] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 118.
[2522] Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1267.
[2523] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 112.24, p. 13.
[2524] *Supra* n° 292.
[2525] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 65, p. 69-70 ; n° 66, p. 72.
[2526] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 76, p. 81.

CPC[2527]. D'où la prise en compte du comportement des plaideurs dans le calcul des frais de procédure. De même, la nature de l'action n'est pas sans incidence sur le coût du procès.

257. La durée de la procédure et la nature de l'action – Le coût du procès dépend non seulement de la durée du procès mais aussi de la complexité du litige qui peut, par exemple, impliquer des expertises. Plus la procédure est longue, plus son coût est susceptible d'augmenter. Par exemple, dans le cadre du procès d'appel, si l'appelant n'obtient pas gain de cause, il devra s'acquitter des sommes prévues par l'article 700 du CPC ainsi que des dépens résultant de la première instance et de celle d'appel qui peuvent atteindre de grosses sommes au regard notamment des frais engendrés par des expertises auxquels peuvent s'ajouter l'accumulation des intérêts qui est d'autant plus importante que la procédure est longue[2528]. Si l'appelant ne bénéficie pas de l'aide juridictionnelle, il pourra sembler plus intéressant pour lui de ne pas poursuivre une procédure d'appel qui au final s'avèrera très onéreuse[2529]. Il en est de même en ce qui concerne la nature de l'action selon qu'il s'agit notamment d'une action individuelle ou collective. Il convient de faire le lien entre l'enjeu du litige c'est-à-dire ce que l'on espère obtenir qui peut avoir une nature objective tel que le montant de la créance ou subjective si l'on s'attache à la motivation poursuivie par le demandeur[2530] et d'une part les chances de succès de parvenir à un tel résultat et d'autre part le coût engendré par la procédure nécessaire pour y aboutir. L'évaluation du coût de la procédure et des risques d'un procès notamment en cas d'échec avec la condamnation aux dépens permet d'effectuer un choix quant à la décision d'agir ou pas en justice. D'où la stratégie consistant à évaluer l'enjeu du litige par rapport au coût du procès.

258. Les difficultés liées à l'anticipation des frais du procès au regard des pouvoirs du juge – Sachant que les dépens peuvent être à la charge de la partie perdante[2531], il convient de connaître ce qu'ils incluent. Si en application des articles 695-5° et 7° du CPC, les dépens comprennent notamment les frais d'avocat, ces derniers ne sont pas toujours faciles à anticiper notamment parce que les avocats sont attachés à la liberté de l'honoraire et qu'ainsi ils ne recouvrent pas toujours des droits qui leur sont dus au titre du tarif de postulation en première

---

[2527] T. CLAY, Observations sous Civ. 1ère, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *D.* 2009, Pan., p. 2966.

[2528] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 129.

[2529] Nous pouvons illustrer nos propos par une affaire dans laquelle, conformément à une ordonnance du juge des référés, un des concubins doit remettre à l'autre des meubles sous astreinte. Or, le défendeur interjette appel et ne se soumet pas à l'ordonnance du juge nonobstant l'exécution provisoire. Le bénéficiaire du jugement effectue alors une assignation en liquidation d'astreinte. Le défendeur est condamné. Mais la question est de savoir s'il est plus judicieux de faire appel en attendant une décision définitive concernant la première ordonnance, plutôt que de se résigner et de limiter les frais de procédure. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 83.

[2530] Par exemple, en matière pénale, la victime peut décider de se constituer partie civile sans demander réparation dans le seul but de faire constater l'existence d'une infraction. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 112-22, p.12.

[2531] L'article 696 du CPC dispose en effet que : *« la partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie »*.

instance[2532]. Par ailleurs, il semblerait que lorsque le jugement fait l'objet d'un appel et que l'avocat n'intervient plus dans le dossier, il existe un risque pour ce dernier d'oublier le règlement de son état[2533]. Un calcul des frais de l'avocat paraît cependant possible au regard des textes et de la jurisprudence qui dressent les contours de la liberté de l'honoraire ainsi que de l'aide juridictionnelle et des clients institutionnels qui imposent à celui-ci des tarifs proches de ceux issus de cette dernière[2534]. De plus, concernant l'appréciation des frais irrépétibles de l'article 700 du CPC, on ne constate pas de grands écarts entre les juges[2535]. Toutefois, la mise en œuvre tant des dépens que de l'article 700 du CPC dépend du pouvoir discrétionnaire du juge[2536]. De même, si au titre des frais qui peuvent résulter d'une procédure, on peut ajouter les condamnations à une amende civile, il n'est pas aisé d'anticiper ces dernières en raison également du pouvoir discrétionnaire du juge en la matière[2537]. D'où néanmoins la difficulté d'anticiper les frais dûs à ces différents titres rendant d'autant plus difficile le choix d'agir en justice qui dépend également de la procédure applicable au litige.

259. La procédure applicable au litige – Au regard de la réforme de la procédure orale, il semblerait que la juridiction compétente eu égard à la nature ou au montant du litige ne soit plus un obstacle au choix d'intenter ou pas une action en justice. Certes, dès lors que l'affaire doit se dérouler devant le Tribunal d'instance au regard notamment du montant de la demande, la procédure orale qui implique l'obligation de comparaître en personne peut dissuader le litigant de faire valoir son droit en justice et est donc une entrave au droit d'accès au juge prôné par la Conv. ESDH[2538]. En effet, si ce dernier doit engager des frais de déplacement pour se rendre au lieu du tribunal compétent, l'action en justice est susceptible d'être dépourvue d'intérêt au regard du montant de la créance à recouvrir. Afin d'apporter des limites à cet inconvénient, le décret du 1er octobre 2010 consacre de nouvelles dispositions ayant trait à la procédure orale qui s'inspirent du rapport de la commission Guinchard[2539]. En effet, la procédure de l'oralité ne semblant plus être une garantie d'équité, il a été envisagé par la commission Guinchard de renforcer le principe du contradictoire et de doter les écritures d'un véritable statut

---

[2532] Ce dernier « comprend différents droits ou émoluments intangibles, aujourd'hui ridiculement bas puisqu'inchangés depuis 1975 : le droit fixe, lequel est de 6,59 à 13,18 euros selon le nombre d'avocats en la cause ; le droit dit « variable », dès lors qu'il s'agit d'un débouté ou d'une demande indéterminée, lequel droit, dans le cas le plus favorable, culmine à 130,80 euros. Pour qu'il y ait un véritable droit proportionnel il faut une ou des condamnations chiffrées, ou au moins un intérêt précuniaire clairement déterminable, tel que le prix d'un immeuble en cas d'annulation de vente. Dès lors il y aura un simple calcul mathématique à faire à partir d'un pourcentage applicable par tranches, pourcentage qui va de 3,60 % à 0,30 % selon les cinq tranches, les plus basses donnant les pourcentages les plus forts ». Cf. D. LANDRY, « Le tarif de postulation en première instance », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1069, p. 2030.

[2533] D. LANDRY, « Le tarif de postulation en première instance », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1069, p. 2031.

[2534] D. LANDRY, « Le tarif de postulation en première instance », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1069, p. 2031.

[2535] D. LANDRY, « Le tarif de postulation en première instance », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1069, p. 2031.

[2536] J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 63.51 ; n° 63.61, p. 151-152.

[2537] F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl.*, *Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 22.

[2538] B. TRAVIER, R. CROS, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, Avril 2007, Etudes, p. 11.

[2539] C. BLERY, « Conciliation et procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1044, p. 1982 et s.

procédural[2540]. Il était préconisé que les parties devraient avoir la possibilité d'effectuer leurs demandes par écrit sans avoir à se présenter à l'audience[2541]. Il ne semblait pas concevable d'obliger une partie à faire de nombreux kilomètres seulement dans le but de demander un renvoi ou pour s'en rapporter à ses écritures[2542]. Il avait donc été envisagé d'ajouter un alinéa à l'article 843 du CPC[2543] qui pouvait concerner la procédure devant le tribunal d'instance, mais également celle se déroulant devant les autres tribunaux dont la procédure est orale tels que le tribunal de commerce, le conseil des prud'hommes, le juge de l'exécution et la cour d'appel dans la procédure sans représentation obligatoire[2544]. Ainsi, dans le cadre des dispositions communes à toutes les procédures, le décret tient compte de l'inconvénient de la comparution physique des parties en prévoyant des exceptions, même si celle-ci demeure le principe[2545]. De même, concernant la procédure propre à chaque tribunal, des dispositions sont prévues en la matière[2546]. La prise en compte du tribunal compétent pour évaluer le coût et ainsi l'intérêt d'une action en justice par rapport au but escompté semble donc désormais être un élément moins déterminant dans le choix d'agir ou pas en justice. Par ailleurs, une éventuelle procédure en appel doit être prise en compte pour évaluer le coût du procès. En effet, avant la réforme de celle-ci, si l'on prend l'exemple d'une affaire dont le montant de la demande s'élève à 27 000 euros, la partie perdante devait verser plus de 2000 euros[2547] en prenant en compte les frais concernant la rémunération des avoués pour évaluer le coût du procès et évaluer ainsi l'intérêt d'effectuer une action en justice ou une voie de recours. La procédure d'appel deviendra peut-être moins déterminante pour évaluer le coût du procès au regard de la réforme ayant supprimé les avoués. De même, la dématérialisation de la procédure tend à réduire le coût de ce dernier.

[2540] B. TRAVIER, R. CROS, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, Avril 2007, Etudes, p. 12-13.

[2541] N. FRICERO, « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *J.C.P.*, 2008, I, 162, p. 17-18.

[2542] B. TRAVIER, R. CROS, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, Avril 2007, Etudes, p. 13.

[2543] Qui énoncerait que : *« Les prétentions formulées dans les conclusions rédigées par les avocats au nom des parties produisent leur plein effet à la date à laquelle elles sont déposées au greffe »*. Cf. H. CROZE, « Pour en finir avec la procédure orale », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 24.

[2544] H. CROZE, « Pour en finir avec la procédure orale », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 24.

[2545] En effet, l'article 446-1 alinéa 1 du CPC dispose que *« les parties présentent oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien »* mais l'article 446-1 alinéa 2 du même code énonce que *« lorsqu'une disposition particulière le prévoit, les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience. Le jugement rendu dans ces conditions est contradictoire »*. Toutefois, cet article ajoute que *« néanmoins, le juge a toujours la faculté d'ordonner que les parties se présentent devant lui »*. Cf. C. BLERY, « Conciliation et procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1044, p. 1984.

[2546] Devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, l'article 446-1 du CPC prévoit que le juge peut *« dispenser une partie qui en fait la demande de se présenter à une audience ultérieure »*. Des règles similaires s'appliquent à la procédure du tribunal de commerce et à celle du tribunal paritaire des baux ruraux conformément aux articles 861-1 et 861-3 du CPC. Cf. C. BLERY, « Conciliation et procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *J.C.P.*, G, 2010, n° 1044, p. 1985.

[2547] P. MAYNIAL, « Principes de justice et suppression de la profession d'avoué près la cour d'appel », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 276.

260. Vers une diminution du coût de la procédure en raison de l'avènement de la dématérialisation de la procédure – Les prévisions semblent aboutir à un résultat à la baisse du coût du procès en raison notamment du développement des nouvelles technologies qui permettent de réduire les coûts du procès. L'on peut ainsi se référer aux nouveaux articles du CPC, notamment les articles 739-1 et 748-1 qui résultent du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005. La dématérialisation de la procédure avec l'avènement de l'informatisation de l'institution judiciaire englobant « la mise en état télématique des affaires avec les avocats », « le télétravail des greffes des juridictions », « les audiences virtuelles par visioconférence » contribuent en effet à faire des économies et à accélérer le temps du procès[2548]. Dans la pratique, la diminution des coûts n'est cependant pas certaine. En revanche, il en va différemment concernant l'économie de temps. Mais au-delà du calcul du temps et du coût du procès, les difficultés susceptibles d'être rencontrées lors de l'exécution du jugement peuvent également avoir une influence sur l'efficacité d'une action en justice et en conséquence sur le choix d'intenter ou pas un procès.

c. L'anticipation du déroulement de l'exécution du jugement

261. L'exécution du jugement en droit interne – L'anticipation du déroulement de l'exécution du jugement et donc de l'effectivité de ce dernier dépend de la matière litigieuse. En matière de recouvrement de créance, elle est notamment liée à la prise de mesures préventives avant le procès[2549]. Par ailleurs, il convient de tenir compte de la possibilité pour la partie perdante d'interjeter appel si certaines conditions sont remplies afin d'obtenir la suspension de l'exécution provisoire du jugement retardant dès lors l'exécution de celui-ci. D'une manière générale, c'est le juge de première instance qui décide d'assortir le jugement de l'exécution provisoire quand celle-ci est facultative et c'est à la juridiction du second degré qu'est soumis le contentieux de l'exécution provisoire[2550]. Or, *« si l'exécution n'est que provisoire, elle va dans la pratique créer un état de fait qu'il sera souvent difficile de modifier. En cas d'infirmation par la juridiction d'appel de la décision qui a été exécutée par le juge de l'exécution provisoire, remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'exécution de la décision relèvera, dans de très nombreux cas, de la pure utopie »*[2551]. Il est cependant difficile d'anticiper les éventuels obstacles à cette exécution provisoire étant donné que la notion de conséquences manifestement excessives a des contours incertains, cette dernière étant une notion de fait[2552]. Or l'absence de définition précise en la matière conduit à un résultat aléatoire quant au résultat ayant

---

[2548] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, *De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 9, p. 79-80 ; L. DARGENT, « Déploiement des nouvelles technologies dans les juridictions », *D.* 2008, Actualité législative, p. 215.
[2549] *Infra* n° 174 et s.
[2550] R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, p. 7.
[2551] R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, p. 6.
[2552] Qui semble liée à une situation irréversible. Cf. R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, p. 269 et s. ; 281 ; 284. Cf *Infra* n° 375.

trait à la solution rendue par le Premier Président[2553]. Il convient toutefois de réserver le cas la suspension de l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste de l'article 12 du CPC au regard de l'interprétation restrictive de cette notion par la Cour de cassation[2554]. Les contentieux ayant trait à la suspension de l'exécution provisoire sont plus nombreux que les requêtes portant sur l'obtention du prononcé de l'exécution provisoire puisque depuis plusieurs années l'exécution provisoire ordonnée par les premiers juges est devenue très fréquente[2555] alors que pendant longtemps il s'agissait d'une mesure exceptionnelle au regard du principe de l'effet suspensif des voies de recours[2556]. En conséquence, les affaires qui sont soumises au Premier Président concernent essentiellement la suspension de l'exécution provisoire[2557]. Ce cas de figure doit ainsi être pris en compte dans le cadre de l'anticipation de l'exécution du jugement quant à l'efficacité de l'action. En revanche, dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité, il convient de se référer aux conventions internationales ou aux règlements communautaires applicables ou bien aux règles de droit international privé en la matière. L'exécution du jugement issu d'un Etat membre est facilitée si elle a lieu au sein de l'Union européenne.

262. L'exécution d'un jugement étranger – Dès lors que le jugement est susceptible de résulter d'une juridiction étrangère mais qu'il doit faire l'objet d'une exécution en France, il convient d'anticiper les difficultés susceptibles de résulter de cette dernière. En effet, l'apposition de la formule exécutoire étant un attribut de l'*imperium* du juge, le jugement étranger ne peut être exécutoire sur le territoire français que si le juge français exerce son contrôle par le biais de la procédure d'*exequatur*[2558]. Or, si le jugement résulte d'une juridiction dont le pays fait partie de l'Union européenne, son exécution est facilitée au regard du titre exécutoire européen (T.E.E.)[2559] l'objectif étant de rendre effectifs les effets d'un jugement rendu dans un Etat membre de l'Union dans un autre Etat de l'Union[2560] notamment en supprimant

---

[2553] R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, p. 425.

[2554] Ph. HOONAKKER, « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 15, p. 720-721. Cf. *Infra* n° 375.

[2555] Celle-ci étant devenue un *« instrument d'efficience de la justice »*. Cf. Ph. HOONAKKER, « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 21, p. 722.

[2556] R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, p. 421.

[2557] R. AKAOUI, *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, p. 422.

[2558] CPC, art. 509. Cf. L. CADIET, « L'exécution des jugements, entre tensions et tendances », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, n° 13, p. 60.

[2559] Qui a été instauré par le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les créances incontestées, entré en vigueur le 21 octobre 2005. Cf. *J.O.U.E.*, n° L. 143, 30 avr. 2004, p. 15.

[2560] Avant la création du T.E.E. avait été envisagée celle d'un « titre provisoire européen » permettant de faciliter le paiement du créancier dans le cadre de l'Union européenne. Cf. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le créancier et l'Europe : pour une simplification du recouvrement international de l'impayé », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome II, Editions Litec, 1998, n° 28, p. 450.

l'exequatur[2561]. Cet objectif est poursuivi par le projet EJE (Exécution judiciaire en Europe), regroupant huit organisations représentatives de la profession d'huissier de justice, qui a débuté en juin 2010 puisque le but est *« d'organiser une meilleure coopération entre les membres de la profession, une meilleure exécution des décisions de justice en Europe et, de renforcer l'information des citoyens et des entreprises pour un meilleur accès au droit »*[2562]. Pour ce faire, il est prévu un accès à des fiches d'information ayant trait à l'exécution des décisions de justice dans chaque Etat membre, à un annuaire éléctronique des huissiers de justice européens ainsi qu'à des informations concernant le droit européen et son évolution eu égard aux nouvelles lois et décisions de justice en la matière[2563]. De plus, le projet de règlement européen portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires contribue à l'effectivité de la circulation des décisions de justice dans l'espace européen. Un arrêt concernant le T.E.E. illustre l'effectivité de celui-ci au regard notamment de l'absence de vérification du respect des « normes minimales » et ainsi de la légalité de la décision issue de la juridiction d'un Etat membre par celui dans lequel ladite décision doit être exécutée. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 22 février 2012, n° 10-28.379, dans lequel la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation énonce que dès lors que l'Etat d'origine a certifié la décision en tant que titre exécutoire européen, il n'est pas possible de contester la reconnaissance de celle-ci devant le juge de l'Etat dans lequel a lieu son exécution[2564]. Les actes susceptibles de bénéficier de la certification en tant que titre exécutoire européen sont les décisions, les transactions judiciaires ainsi que les actes authentiques s'ils portent sur une créance incontestée comme le prévoit l'article 3 du règlement du 21 avril 2004[2565]. Si la décision résulte d'une juridiction d'un Etat non

---

[2561] D'ailleurs dans le but d'améliorer la circulation des décisions au sein de l'Union européenne, pendant la période 2005-2010 ont été créés des « procédures civiles communautaires » telles que la procédure d'injonction de payer européenne par le biais du règlement CE n° 1896/2006 du 16 décembre 2006 et la procédure européenne de règlement des petits litiges issue du règlement CE n° 861/2007 du 11 juillet 2007. De plus, pour la période 2010-2014 a été adopté par le Conseil européen le programme de Stockholm dont l'un des buts est de favoriser la reconnaissance des décisions de justice au sein de l'Union européenne et de supprimer l'*exequatur* tout en assortissant une telle mesure de garanties. Cf. F. FERRAND, « Titre exécutoire européen (Règl. CE n° 805/2004, 21 avr. 2004) », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 442.13, p. 1218. Cf. aussi J.-F. SAMPIERI-MARCEAU, « Les significations d'actes judiciaires et extrajudiciaires dans la Communauté européenne », *D.* 2006, chron., p. 1012.

[2562] J.-D. LACHKAR, « Le projet EJE poursuit l'objectif d'améliorer l'exécution des décisions de justice en Europe », Entretien, Propos recueillis par T. TAILLER, *J.C.P.*, G., 2012, 852, p. 1428.

[2563] J.-D. LACHKAR, « Le projet EJE poursuit l'objectif d'améliorer l'exécution des décisions de justice en Europe », Entretien, Propos recueillis par T. TAILLER, *J.C.P.*, G., 2012, 852, p. 1428.

[2564] En l'espèce, une société italienne bénéficiait d'une décision rendue par un tribunal italien faisant obligation à une société française de lui payer une certaine somme d'argent. Le tribunal italien avait certifié sa décision en tant que titre exécutoire européen permettant ainsi au créancier d'effectuer une saisie-attribution d'un compte d'une banque française. Or, il a été décidé que la société française ne pouvait former une demande de mainlevée de la mesure devant le juge de l'exécution français, les conditions de certification ne pouvant faire l'objet d'un réexamen par l'Etat d'exécution. C'est ce que prévoit le règlement précité dans son article 21.2 qui énonce que : *« La décision ou sa certification en tant que titre exécutoire ne peut en aucun cas faire l'objet d'un réexamen au fond dans l'Etat d'exécution »*. Cf. L. LEROY-GISSINGER, F. RENAULT-MALIGNAC, Note sous Cass. civ., 2ième, 22 févr. 2012, n° 10-28.379, *D.* 2012, « Deuxième chambre civile », Etudes et commentaires, p. 2069-2070.

[2565] Cependant le créancier peut préférer avoir recours au règlement n° 44/2001 Bruxelles I du 22 décembre 2000 au regard de la procédure d'exécution simplifiée qui en découle entre les différents Etats membres. Cf. F. FERRAND, « Titre exécutoire européen (Règl. CE n° 805/2004, 21 avr. 2004) », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 442.18, p. 1221.

membre à l'Union européenne, l'exécution de celle-ci nécessite qu'elle soit revêtue de l'exequatur. Le juge de l'exequatur doit vérifier la compétence du juge étranger, l'absence de fraude et la conformité de la décision à l'ordre public. L'effectivité des effets en France d'une décision étrangère peut varier selon la matière litigieuse. Concernant les droits indisponibles, le respect de l'ordre public est une condition de l'exécution en France d'une décision étrangère. La notion d'ordre public est cependant difficile à appréhender et constitue parfois un obstacle à une anticipation en la matière. Si « les lois de police expriment les besoins de la société française », l'ordre public « est de plus en plus marqué par des influences extérieures »[2566]. Il résulte de deux arrêts rendus le 7 juin 2012 par la première Chambre civile de la Cour de cassation que la reconnaissance en France d'un jugement étranger relatif à l'admission de l'adoption conjointe par un couple homosexuel est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation. Il n'est pas possible de procéder à sa transcription sur les registres d'état civil étant donné que valant acte de naissance, elle aurait pour conséquence d'inscrire un enfant comme né de deux parents de même sexe[2567]. Il convient de distinguer l'ordre public international de l'ordre public interne. Il résulte de ces arrêts que selon la Cour de cassation, l'article 346 du Code civil qui subordonne l'adoption conjointe à des couples mariés « ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le doit français ». En revanche, elle affirme que constitue un principe essentiel de droit français de la filiation « l'interdiction d'établir conjointement la filiation par deux personnes du même sexe »[2568].

263. Conclusion de la section 1 – « Le droit peut s'accompagner d'incertitude »[2569] notamment au regard des pouvoirs dont bénéficie le juge qu'il convient d'intégrer dans la stratégie du litigant souhaitant agir en justice, ces derniers pouvant avoir une incidence tant sur le fond du droit que sur le temps et le coût du procès. La limitation de l'office du juge par le biais de la volonté individuelle des parties n'est pas absolue mais lorsqu'elle est possible, elle permet de mieux anticiper la solution sur le fond du droit litigieux en cas de procès ultérieur et ainsi d'évaluer les chances de succès d'une action en justice par rapport notamment au recours aux autres modes de règlement du litige. Par ailleurs, l'existence d'une stratégie est démontrée lorsque le litige comporte un élément d'extranéité puisque dans ce cas le choix de la juridiction compétente peut avoir une incidence sur celui de la loi applicable au fond. De même, en cas de choix possible concernant cette dernière, la solution sur le fond du droit litigieux est susceptible de varier selon la loi choisie. Au-delà des éléments pris en compte pour l'évaluation de l'efficacité d'une éventuelle action en justice concernant spécialement les plaideurs ou la matière litigieuse, l'étude serait incomplète s'il n'était pas fait référence à ceux qui ont trait à des éléments extérieurs au litige tels que notamment l'évolution de la loi et de la jurisprudence.

[2566] J. FOYER, « L'ordre public international est-il toujours français ? », *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 272.

[2567] D. VIGNEAU, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », Note sous Cass. civ. 1ière, 7 juin 2012 (n° 11-30.261 et n° 11-30.262), *D.* 2012, Etudes et commentaires, p. 1992.

[2568] D. VIGNEAU, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », Note sous Cass. civ. 1ière, 7 juin 2012 (n° 11-30.261 et n° 11-30.262), *D.* 2012, Etudes et commentaires, p. 1993.

[2569] A. GUINCHARD, « Sécurité juridique en *Common Law* », in *Sécurité juridique et droit économique*, Sous la direction de L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, Editions Larcier, Groupe De Boeck s.a., 2008, n° 31, p. 138.

Section 2 : L'évaluation des chances de succès de l'action au regard des éléments ne dépendant pas de la volonté des litigants

264. En prenant l'exemple d'un justiciable A et la recherche d'un but B à atteindre, il y a un troisième facteur variable C qui est le contexte dans lequel vont être mis en œuvre les moyens, en l'occurrence les règles de procédure, pour parvenir au résultat souhaité. En raison de la variabilité de C, l'obtention du résultat B n'est pas certaine. Derrière cet élément C se cache la psychologie de l'adversaire de A, dont l'attitude peut changer au fil du procès, ainsi que la survenance de circonstances nouvelles telles que, par exemple, la mise en redressement ou en liquidation judiciaire de ce dernier, un changement de législation ou de jurisprudence. Ainsi, à la différence des sciences exactes, en matière de sciences sociales, l'on ne peut effectuer que des *« théories à moyenne portée »* comme le dit le sociologue Robert Merton, en raison d'une réalité variable[2570]. D'où l'importance d'essayer de déceler ces différents éléments variables, afin de mieux évaluer les chances de succès d'une action en justice, qui peuvent résulter d'un changement de législation ou de jurisprudence ou de la survenance d'autres événements extérieurs aux litigants. On peut anticiper et donc avoir un pouvoir de contrôle sur l'évaluation des chances de succès d'une action en justice que si l'on se trouve dans un système prévisible[2571]. Or, tel n'est pas toujours le cas. Il convient donc d'étudier l'incidence d'une éventuelle évolution de la loi (§1) ou de la jurisprudence (§2) sur une instance en cours pour en tirer des conclusions sur l'évaluation des chances de succès d'une action en justice.

§1 : L'évolution de la loi

265. Au regard de la prise en compte de certains paramètres fluctuants tels que l'évolution des lois, il semble difficile d'avoir la certitude du résultat sur le fond du droit litigieux mais la prise en compte de certains objectifs en droit tendant notamment à l'effectivité de la sécurité juridique permet néanmoins d'anticiper les chances de succès d'une action en justice. Si l'évolution du nombre de lois est telle qu'elle tend à rendre le droit imprévisible (A), la survenance d'une nouvelle loi peut être anticipée et ne va pas obligatoirement à l'encontre de la prévision des parties en matière contractuelle (B).

[2570] R. K. MERTON, *Eléments de théorie et de méthode sociologique*, Traduits de l'américain et adaptés par H. Mendras, Paris, Librairie Plon, 1965, p. 13-14 ; 32-33. De même, Gény énonçait que *« quoi que nous fassions, nous ne saurions attendre que la méthode du droit – qui se rattache étroitement à l'investigation des disciplines morales et sociales – arrive jamais à égaler, en précision et en sûreté, la méthode des sciences mathématiques, voire même celle des sciences de la nature physique »*. Cf. *Science et Technique en droit privé positif, Première partie – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, T. I, Recueil Sirey, 1914, n° 5 bis, p. 17.

[2571] A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert : vers un Droit post-moderne », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 122. Il ressort de certains travaux concernant l'analyse économique du droit que les agents intentent une action en justice car *« ils surestiment leur chance de gagner »* (Gould [1973], Landes [1971]). Cf. S. FEREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit, Calcul rationnel et interprétation du droit*, Collection Droit et Economie dirigée par Thierry KIRAT et Laurent VIDAL, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 231-232.

A. Une imprévisibilité inhérente au droit en général

266. La mouvance des lois – L'imprévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux peut découler de la mutliplication des lois[2572] et donc de l'instabilité du droit en général. En effet, si la règle *« est impossible à connaître ou à comprendre, les hommes perdent toute direction, ne savent plus ce qui est permis ou défendu, trouvent dans leur ignorance une excuse à leur inconduite et vivent dans l'incertitude sur l'étendue de leurs droits »*[2573]. Néanmoins, selon la Cour EDH, les règles *« n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. L'expérience la révèle hors d'atteinte »*[2574]. D'ailleurs dans son arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, (série A, n° 30), elle énonce que *« le droit doit pouvoir s'adapter au changement de situation »*[2575]. L'imprévisibilité semble résulter également de la rédaction de ces dernières qui, lorsqu'elles tendent à de multiples objectifs, peuvent faire l'objet d'interprétations différentes par les juges et donc de jurisprudences divergentes. D'ailleurs, la survenance d'une loi nouvelle peut être anticipée.

B.Une imprévisibilité limitée

267. La publication d'une nouvelle loi ou d'un règlement en cours d'instance – La question se pose notamment de savoir si la loi nouvelle doit s'appliquer lorsqu'elle est moins sévère que la loi ancienne. Certes, en matière pénale, il est fait exception au principe de la non-rétroactivité des lois lorsque la loi nouvelle est plus douce que la loi ancienne. En matière civile, la solution semble dépendre du droit transitoire. Par exemple, dans le cas où la loi nouvelle prévoit qu'elle ne sera pas applicable aux procédures en cours, même si elle est déjà entrée en vigueur, la situation du contractant dont le sort est réglée par la loi ancienne est donc prévisible lors de la conclusion du contrat même si la non-application de la loi nouvelle est critiquable au regard de la solution plus favorable pour ce dernier qui pourrait en résulter[2576]. Lorsque la loi ne

---

[2572] Déjà Maurice Garçon s'indignait de la multiplication des lois à son époque en énonçant : *« Aujourd'hui, les loi sont devenus si nombreuses, que plusieurs rayons de ma bibliothèque suffisent à peine à en aligner les volumes. Lorsqu'on veut les consulter on s'aperçoit qu'elles se complètent et se contredisent et que rarement on en abroge. Le flot sans cesse grossissant des textes risque de noyer le justiciable. A l'examen on demeure effrayé par l'accumulation des lois hâtives et souvent incohérentes qui s'épanouit depuis un demi-siècle et bouleverse, souvent en les compliquant, des notions qui nous paraissaient naguère encore très sages »*. Cf. M. GARCON, *Lettre ouverte à la Justice*, Editions Albin Michel, Paris, 1966, p. 17-18.

[2573] G. RIPERT, *Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., Paris, 1949, n° 51, p. 156.

[2574] J.-F. BRISSON, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in *Les objectifs dans le droit*, Sous la dir. de B. FAURE, Colloque organisé les 25 et 26 septembre 2009 par le Centre d'études juridiques de La Rochelle (CEJLR), Editions Dalloz, 2010, p. 37.

[2575] J.-F. BRISSON, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in *Les objectifs dans le droit*, Sous la dir. de B. FAURE, Colloque organisé les 25 et 26 septembre 2009 par le Centre d'études juridiques de La Rochelle (CEJLR), Editions Dalloz, 2010, p. 43.

[2576] Par exemple, on peut se référer à la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises qui a supprimé pour les dirigeants la sanction de l'interdiction pour ces derniers de gérer leur entreprise pendant plusieurs années mais qui prévoit cependant dans son article 192 qu'elle n'est pas applicable aux procédures collectives qui ont été ouvertes avant son entrée en vigueur, même si elles sont toujours en cours. Cf. P.-Y. GAUTIER, « Pour la rétroactivité *in mitius* en matière civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, n° 4-5, p. 237-238. En revanche, la Cour de cassation a mis en œuvre le principe de la rétroactivité *in mitius* en se fondant sur l'article 190 de la même loi instaurant un plafond à quinze ans maximum des anciennes sanctions qui pouvaient être prononcées par les juges sans limites de durée. Cf. *ibid.*, n° 6, p. 238.

prévoit pas de dispositions transitoires, la solution semble moins prévisible. Si la loi nouvelle rend valide une clause contractuelle qui devrait être nulle conformément à ce que prévoit la loi ancienne, les juges font application de la loi nouvelle comme le montre l'exemple de la clause compromissoire insérée dans un contrat conclu en matière civile entre deux professionnels avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001[2577]. L'imprévisibilité de la solution ne semble sur ce point guère préjudiciable aux contractants même si la solution qui en résulte est obligatoirement défavorable pour l'une des parties eu égard à leurs intérêts divergeants. En effet, d'une manière générale, au moment de la conclusion du contrat, les parties souhaitent que les clauses qu'elles y insèrent soient valables[2578]. De plus, étant donné qu'en matière d'interprétation des conventions, en application de l'article 1157 du Code civil, les actes doivent être interprétés en faveur de leur validité plutôt que de leur nullité[2579], il est logique de faire application de la loi nouvelle lorsque celle-ci rend valables ces derniers[2580]. Par ailleurs, avec le développement des moyens de télécommunication, les justiciables peuvent s'informer des projets de loi et ainsi anticiper l'effet de la nouvelle loi sur leur éventuelle action en justice. De plus, d'une manière générale, le législateur énonce que « les jugements passés en force de chose jugée » sous l'ancienne législation seront préservés[2581]. La loi nouvelle ne doit pas modifier les décisions judiciaires qui sont devenues irrévocables[2582]. De même, le droit européen est soucieux de préserver les principes de confiance légitime et de sécurité juridique. Ce faisant, comme en droit français, la norme nouvelle s'applique normalement immédiatement aux situations en cours et ne remet pas en cause les droits définitivement acquis. Ainsi, l'Union européenne engage sa responsabilité dès lors qu'elle *« supprime ou modifie une règlementation existante, de manière immédiate et imprévisible, sans motif péremptoire d'intérêt public »*[2583]. Par ailleurs, la prise de mesures rétroactives ne s'effectue que dans le respect du principe de sécurité juridique[2584]. Ainsi, en vertu de ce dernier principe, les citoyens devraient pouvoir croire en une certaine stabilité des règles de

---

[2577] P.-Y. GAUTIER, « Pour la rétroactivité *in mitius* en matière civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, n° 13, p. 241-242. En dehors du cas d'une clause contractuelle, un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 22 mars 1989 a censuré la décision de la Cour d'appel qui a énoncé que pour fixer le prix du bail renouvelé l'on ne pouvait tenir compte de la survenance de la loi du 6 janvier 1986 qui ne pouvait avoir un effet rétroactif. Cf. *Bull. civ.*, III, n° 69, p. 39.

[2578] Afin que leurs prévisions ne soient pas déjouées. Cf. P. FLEURY-LE GROS, « De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps : le paradoxe de l'échelle de verre », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 231.

[2579] *Supra* n° 31.

[2580] P.-Y. GAUTIER, « Pour la rétroactivité *in mitius* en matière civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, n° 17-19, p. 244-245.

[2581] L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 190, p. 24.

[2582] L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 192, p. 24.

[2583] CJCE, 14 mai 1975, CNTA c/ Commission, aff. 74/74, cité par J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Thémis, Droit, PUF, 1ère édition, Juillet 2008, n° 491, p. 379.

[2584] En effet, il faut que le but à atteindre le commande et que la confiance légitime des intéressés ne soit pas violée. Cf. CJCE, 25 janvier 1979, Racke, aff. 99/78, cité par J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Thémis, Droit, PUF, 1ère édition, Juillet 2008, n° 492, p. 379.

droit et de leur interprétation[2585]. Selon Roubier, il s'agit de « *la première valeur sociale à atteindre* »[2586]. Il semble donc que la sécurité juridique soit une des caractéristiques du droit moderne permettant de le distinguer du droit traditionnel[2587]. Si le principe de sécurité semble trouver un écho dans l'article 2 du Code civil qui énonce le principe de la non-rétroactivité de la loi, il en est de même à l'égard du juge qui a en principe l'obligation de statuer en application des règles de droit et non pas en tenant compte de l'équité qui est subjective et qui en conséquence s'oppose à toute prévisiblité[2588]. Toutefois, si concernant les validations législatives, le Conseil constitutionnel réaffirme sa position dans la décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008[2589], la sévérité dont il fait preuve à l'égard d'un règlement ou d'une loi pour respecter le principe de sécurité juridique ne se retrouve pas pour ce qui a trait aux décisions de justice[2590] comme nous le verrons dans les pages qui vont suivre. Selon Gény, tantôt les textes de lois *« sont conçus par leur auteur comme devant limiter absolument l'interprétation : ce sont des textes raides, insusceptibles d'élargissement ou d'extension ; le législateur qui les édicta a entendu trancher seul tout le débat. Tantôt, au contraire, la formule de la loi s'offre en une forme souple qui invite l'interprète à s'en servir comme d'une assise sur laquelle il élèvera des constructions nouvelles dont le texte n'aura fait que diriger l'élan : ici la loi s'est faite elle-même malléable et féconde »*[2591]. Il semble utopique que les lois puissent tout prévoir. Si, selon le Conseil constitutionnel, la loi doit être intelligible et claire pour éviter tout arbitraire du juge dans l'interprétation de celle-ci, il convient désormais d'étudier la jurisprudence pour savoir si

---

[2585] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 107, p. 98-99. Selon la Cour de cassation, l'application immédiate de la loi nouvelle aux instances en cours n'est possible qu'en présence « d'impérieux motifs d'intérêt général ». Tel est le cas, par exemple, pour « la sauvegarde de l'équilibre financier des établissements de crédit ou la pérennité du service public de la Santé et de la Protection sociale ». En effet, dans un arrêt du 23 janvier 2004, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé que : *« si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ».* En l'espèce, la loi nouvelle du 11 décembre 2001, dite « loi Murcef », était venue corriger l'interprétation jurisprudentielle antérieure selon laquelle la révision triennale d'un loyer commercial devait correspondre à la valeur locative même s'il n'y avait pas de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité. Or, selon le juge d'appel, la « loi Murcef » qui va à l'encontre de cette interprétation en application de l'article L. 145-38 du Code de commerce, ne répond pas à un but d'intérêt général et ne devait donc pas s'appliquer à l'instance en cours. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 23 janv. 2004, *Procédures*, Mars 2004, n° 49, p. 10.

[2586] P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Librairie du Recueil Sirey, 2ième édition, 1951, p. 2-3 ; spéc. p. 323 ; 333.

[2587] N. ROULAND, « Sociétés traditionnelles », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1422.

[2588] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 107, p. 99.

[2589] Concernant la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 en énonçant que *« si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie »*. Cité par B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Note sous cette décision, *J.C.P.*, G., 2009, n° 52, 601, p. 49.

[2590] B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Note sous cette même décision, *J.C.P.*, G., 2009, n° 52, 601, p. 49-50.

[2591] In *Science et Technique en droit privé positif, Troisième partie – Elaboration technique du droit positif*, T. III, 1921, n° 201, p. 92.

une anticipation est possible sur une question donnée et ainsi sur les chances de succès d'une action en justice.

§2 : L'évolution de la jurisprudence

268. Définition de la jurisprudence en tant que source de droit– Si la jurisprudence, au sens large du terme, désigne *« l'ensemble des décisions rendues par les juridictions »*, dans un sens plus étroit, elle désigne *« la façon dont telle ou telle difficulté juridique est habituellement tranchée par ces mêmes juridictions »*[2592]. En d'autres termes, *« ce sont des règles que l'on peut déduire de la succession des décisions judiciaires »*[2593]. En fonction de la nature du droit invoqué, l'on pourra parler de « jurisprudence constante » en la matière ou de « jurisprudence fixée » ou encore de « revirement de jurisprudence ». Toutefois, le degré de cette prévisibilité dépend de la force accordée à la jurisprudence et rejoint la question de savoir si la jurisprudence est une source du droit. Si quelques auteurs émettent des doutes, nombreux sont ceux qui ont une vision plus tranchée[2594]. Alors que certains énoncent qu'il existe des « règles jurisprudentielles », d'autres affirment à l'inverse que la jurisprudence ne constitue pas une source de droit[2595]. Même si nous excluons ce débat de notre étude, nous raisonnerons en nous fondant sur la thèse selon laquelle la jurisprudence est une source de droit bien qu'il soit plus exact de dire qu'elle est une source indirecte du droit en ce qu'elle donne des raisons au législateur de créer de nouvelles lois et au juge de décider[2596] et nous ferons état tant des arguments tendant à l'imprévisibilité

[2592] L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 5 et 6, p. 4.

[2593] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 122, p. 74.

[2594] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome I, Editions Litec, 1998, p. 21.

[2595] A l'appui de la première thèse, l'on peut invoquer l'article 4 du Code civil qui dispose que *« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »*, alors qu'en faveur de la seconde, l'on peut se fonder sur l'article 5 Code civil qui prohibe les arrêts de règlements ainsi que sur l'article 1351du même code qui concerne l'autorité relative de la chose jugée. Cf. L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 41-47, p. 7-8 et sur ce débat en général : n° 202 à 208, p. 25-26.

[2596] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, in Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 56-57. L'autorité de la jurisprudence résulte de la démonstration et donc de la motivation des décisions. Cf. C. MOULY, « La motivation des arrêts d'appel », *ibid*., p. 89. D'ailleurs, elle n'est qu'une autorité de fait à l'égard des magistrats puisque les juges inférieurs c'est-à-dire les juges de première instance ou d'appel ne sont pas liés par les décisions rendues par les magistrats de la Cour de cassation. Cf. E. PIWNICA, « A propos des divergences de jurisprudence en matière judiciaire », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 301. En effet, les règles issues de ces dernières ne sont pas considérées comme des normes supérieures obligatoires pour les juges inférieurs sauf pour la juridiction saisie sur renvoi de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui doit rendre une décision en conformité avec celle résultant de la Cour suprême en application de l'article L. 131-4 du Code de l'organisation judiciaire. Certes, les juges peuvent s'inspirer des arrêts de principe rendus antérieurement pour rendre leur jugement mais ils ne doivent pas obligatoirement statuer dans le même sens comme s'il s'agissait d'arrêts de règlement. Cf. H. SINAY, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958, Chr., p. 86. C'est ainsi qu'a été cassé un arrêt qui avait voulu par une décision unique trancher plusieurs litiges portant sur la même question mais concernant des personnes différentes. Cf. P. HEBRAUD et P. RAYNAUD, Note sous Civ. 2ième, 16 juin 1955, *R.T.D. civ*., 1955, p. 697-698.

résultant de l'interprétation des lois par les juges (A) que de ceux qui, au contraire, tendent à une certaine prévisibilité en la matière (B).

A. Les arguments tendant à l'imprévisibilité de l'interprétation des lois par les juges

269. Une possible interprétation *contra legem* de la loi par les juges – Concernant l'interprétation des textes de lois, on peut faire le parallèle avec l'interprétation d'une oeuvre musicale[2597]. L'analyse des décisions des juges est importante car *« les lois ne prennent de sens que celui que leur prête la jurisprudence »*[2598]. D'ailleurs, parfois, la Cour de cassation semble jouer le rôle d'un législateur. Tel est notamment le cas lorsqu'elle rend une décision qui va à l'encontre de la loi comme le montre un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 18 janvier 2001, ayant trait à la compétence territoriale en droit des contrats, dans lequel elle effectue une interprétation *contra legem* de l'article 46 du CPC afin de rendre une solution en accord avec ce que prévoit le droit communautaire et notamment la convention de Bruxelles en la matière[2599]. D'où l'incertitude liée à la multiplication des normes originaires d'ordres supranationaux ou de différentes Cours souveraines au sein d'un ordre interne.

270. La diversité des normes de référence – Dans un arrêt de la Chambre mixte du 24 mai 1975, *Cafés Jacques Vabres*, la Cour de cassation a décidé qu'une loi contraire à un traité pouvait ne pas être mise en œuvre au regard de l'article 55 de la Constitution selon lequel le traité est supérieur à la loi[2600]. Cette dernière peut donc être écartée par la Cour de cassation comme le montre l'exemple précité avec l'interprétation *contra legem*. Le Conseil d'Etat, quant à lui, a décidé dans un arrêt Nicolo de 1989 qu'il lui incombait également de contrôler la conformité de la loi au traité. S'il revient aux deux cours supêmes d'effectuer un tel contrôle, une anticipation en la matière est parfois difficile[2601] à moins de connaître parfaitement les dispositions issues des conventions européennes ainsi que la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJCE devenue la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), celles-ci ayant notamment

---

[2597] Si le juriste recherche la *ratio legis*, c'est-à-dire l'intention de l'auteur, le contexte dans lequel le texte s'applique, ainsi que la cohérence de l'ordre juridique dans lequel il s'insère, de même, le musicien s'interroge sur le volonté du compositeur, adopte une interprétation évolutive et cohérente en accord avec les autres interprétations émises concernant l'œuvre en question. Cf. J. RUFFIER-MERAY, « Lire la partition juridique, Interprétation en droit et en musique », in *Interpréter & Traduire*, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Faculté de Droit de Toulon, Sous la direction de Jean-Jacques SUEUR, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 243-244.

[2598] G. WIEDERKEHR, « De la légitimité de la justice », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 490.

[2599] Th. LE BARS, « Positivisme, dogmatisme, réalisme et dérive de la Cour de cassation », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 304. On pourrait également citer le cas de la résiliation unilatérale du contrat déterminé sans recourir préalablement au juge alors que l'article 1184 alinéa 3 du Code civil impose un tel recours. Cf. S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois*, 2002, 37688, n° 16.

[2600] J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Préface de Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation, La documentation Française, Paris, 2010, p. 128.

[2601] D'autant que les objectifs poursuivis par les différents systèmes ne sont pas toujours identiques surtout en matière pénale : « la Convention européenne correspond à un modèle accusatoire de la procédure pénale, puisque l'objet assigné au procès pénal est moins de découvrir la vérité, que de respecter un rituel judiciaire, résumé par le principe de « l'égalité des armes ». Le Code de procédure pénale (de même que le projet de futur Code), conformément à la philosophie inquisitoire, assigne au procès pénal l'objectif de découverte de la vérité – dans le respect des droits de la défense. Ces deux modèles sont en porte-à-faux ». Cf. J. LARGUIER, Ph. CONTE, *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 22ième édition, 2010, p. 8.

une incidence sur la création du droit par les juges en droit interne. Si le Conseil constitutionnel n'est en effet pas compétent pour contrôler la conformité des lois aux traités internationaux, la solution reste inchangée avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). L'incertitude semble ainsi pouvoir de surcroît résulter d'un conflit d'interprétation entre une décision du Conseil constitutionnel et une décision issue d'une cour supranationale saisie d'une question préjudicielle. En effet, la loi nationale pouvant être soumise tant au contrôle du Conseil constitutionnel qu'à celui des Cours européennes, des divergences de vues sont susceptibles de naître de ces différentes normes de référence[2602]. Une loi contraire à la Conv.EDH est susceptible de ne pas être contraire à la Constitution. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a énoncé dans une décision du 3 décembre 2009 que l'on devait distinguer la constitutionnalité de la conventionnalité[2603] et dans une autre décision du 12 mai 2010, il affirme clairement qu'il ne lui incombe pas, *« saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux ou européens de la France »*[2604]. Lors d'une décision résultant d'une QPC concernant la constitutionnalité d'une loi transposant une directive, le Conseil constitutionnel a confirmé cette solution[2605]. Toutefois, les incompatibilités issues d'éventuels conflits d'interprétations semblent rares étant donné que la QPC régie par l'article 61-1 de la Constitution concerne *« les droits et libertés que la Constitution garantit »*, qui sont en majorité ceux que protègent également la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[2606]. C'est ce que montre la décision rendue par le Conseil constitutionnel saisi d'une QPC concernant la constitutionnalité des dispositions législatives relatives à la garde à vue[2607]. Dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles des dispositions législatives[2608] qui ont elles-mêmes été déclarées inconventionnelles par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans trois arrêts du 19 octobre 2010. Demeure néanmoins un conflit d'interprétations entre la décision de la Cour EDH et celle du Conseil constitutionnel

---

[2602] A. LEVADE, « La « guerre des trois » n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *J.C.P.*, G, 2011, Supplément au n° 26, 7, n° 5, p. 17.

[2603] Décision n° 2009-594 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : JO 11 déc. 2009, p. 21381, cité par A. LEVADE, « La « guerre des trois » n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *J.C.P.*, G, 2011, Supplément au n° 26, 7, n° 9, p. 18.

[2604] Décision n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne : JO 13 mai 2010, p. 8897, consid. 16, cité par A. LEVADE, « La « guerre des trois » n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *J.C.P.*, G, 2011, Supplément au n° 26, 7, n° 9, p. 18.

[2605] En énonçant qu': *« en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne »*. Cf. Cons. const., 17 déc. 2010, M. Kamel D., déc. n° 2010-79 QPC, JO 19 déc. 2010, p. 22373, cité par A. LEVADE, « La « guerre des trois » n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *J.C.P.*, G, 2011, Supplément au n° 26, 7, n° 16, p. 19.

[2606] A. LEVADE, « La « guerre des trois » n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *J.C.P.*, G, 2011, Supplément au n° 26, 7, n° 18, p. 20.

[2607] A. LEVADE, « La « guerre des trois » n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *J.C.P.*, G, 2011, Supplément au n° 26, 7, n° 21, p. 21.

[2608] Notamment les articles 62, 63, 63-1 et 77 du Code de procédure pénale. Cf. V. BERNAUD, note sous Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1714.

concernant la question de l'appartenance du parquet à l'autorité judiciaire[2609]. Si la Chambre criminelle de la Cour de cassation a statué dans un arrêt du 15 décembre 2010 dans le même sens que la Cour EDH, le législateur a néanmoins décidé dans la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 que la procédure de la garde à vue restait sous le contrôle du procureur de la République[2610]. Par ailleurs, en dehors de ce dernier type éventuel de conflit d'interprétations, un conflit peut naître au sein d'un même Etat notamment en France entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Quelques exemples nous permettent de faire état de l'incertitude découlant de solutions différentes selon qu'elles émanent de l'une ou de l'autre. Il ressort d'un arrêt d'une Chambre mixte de la Cour de cassation du 19 mai 1978 que la spécificité dûe au caractère d'un établissement d'enseignement catholique pouvait expliquer le licenciement d'une enseignante qui s'était remariée après avoir divorcé alors que le Conseil constitutionnel avait décidé dans une décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977 relative à la loi instaurant les contrats d'association que les enseignants devaient respecter le caractère propre d'un établissement et que *« [cette obligation], si elle leur fait un devoir de réserve, ne saurait être interprétée comme permettant une atteinte à leur liberté de conscience »*[2611]. Or, si lors d'une QPC, le Conseil constitutionnel a le pouvoir de corriger non seulement la constitutionnalité d'une loi mais également son interprétation effectuée par les cours souveraines, il semblerait qu'il puisse dès lors faire obstacle à la jurisprudence de la Cour de cassation. Si la Cour de cassation avait décidé qu'il ne revenait pas au Conseil constitutionnel de statuer sur l'interprétation de la loi notamment dans un arrêt du 31 mai 2010 et du 9 juillet 2010[2612], il semblerait que la solution ait évolué. Dans une décision du 16 octobre 2010 ayant trait à une transmission de la Cour de cassation ainsi que dans une autre du 14 octobre de la même année concernant une transmission du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel s'est érigé en Cour souveraine en ayant le pouvoir de contrôler l'interprétation de la loi par les cours suprêmes[2613]. La première Chambre civile de la Cour de cassation en a décidé

[2609] Alors que dans sa décision QPC du 30 juillet 2010 précitée, le Conseil constitutionnel énonce que les magistrats du parquet comme du siège appartiennent à l'autorité judiciaire telle qu'elle est définie par l'article 66 de la Constitution, la Cour EDH, dans deux décisions du 29 mars 2010, n° 3394/03, Medyev et a. c/ Fance et du 23 novembre 2010, n° 37104/06, Moulin c/ France, décide que seule peut relever de l'autorité judiciaire les magistrats qui bénéficient d'une indépendance, excluant ainsi ceux du parquet. Cf. A. LEVADE, « La « guerre des trois » n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *J.C.P.*, G, 2011, Supplément au n° 26, 7, n° 22, p. 21. Cf. aussi V. BERNAUD, note sous les arrêts *Medvedyev c/France*, CEDH 10 juillet 2008, n° 3394/03 et *Moulin c/ France*, CEDH 23 novembre 2010, n° 37104/06, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1714.

[2610] V. BERNAUD, note sous Cass. crim. 15 déc. 2010, n° 10-83.674, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1714-1715. D'ailleurs, même concernant les arrêts de la Cour EDH, on ne peut contraindre les Etats à prendre des mesures précises pour l'exécution nationale de ces derniers qui sont dépourvus de force exécutoire. Cf. L. SERMET, « La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, entre ombre et lumière », *J.C.P., G.*, 2008, Actualité, 281, p. 5.

[2611] J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Préface de Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation, La documentation Française, Paris, 2010, p. 128.

[2612] Pourvois n° 09-70 716 et 09-87.578 pour le premier arrêt et pourvoi n° 10-40.010 pour le second. Cf. J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Préface de Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation, La documentation Française, Paris, 2010, p. 149, note de bas de page n° 16.

[2613] Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 et n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010. Dans un considérant de principe ressortant de cette dernière décision, le Conseil constitutionnel a énoncé : *« Qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justicible a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »*. Cf. J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Préface de Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation, La documentation Française, Paris, 2010, p. 151.

de même dans un arrêt du 27 septembre 2011[2614]. C'est ainsi que l'on peut se demander si l'on peut considérer le Conseil constitutionnel comme une troisième Cour suprême[2615]. D'où également la question de savoir si un conflit pouvait surgir entre une décision du Conseil constitutionnel censurant une interprétation de la loi par la Cour de cassation et une disposition ou jurisprudence européenne appliquée directement par une cour suprême. L'incertitude de l'anticipation de la jurisprudence résulte de surcroît de la fonction même de juger qui implique une part de subjectivité.

271. La référence par les juges à un système de valeurs objectif n'excluant pas une part de subjectivité – Même si pour exercer sa fonction, le juge est tenu d'atteindre certains objectifs qui sont liés à une certaine politique, il demeure un élément subjectif inhérent à tout magistrat qui est l'opinion de ce dernier. Le juge évalue, comme les parties, l'intérêt d'une action en justice par rapport à l'avantage escompté c'est-à-dire le coût de l'action en décidant, par exemple, que le demandeur doit être débouté dès lors que ce dernier fait état d'un désagrément qui n'est pas supérieur à un avantage dont il bénéficie par ailleurs[2616]. Dans certains cas, le juge se réfère à un système de valeurs qui découle d'un consensus objectif[2617]. Toutefois, il n'est pas certain qu'en présence des mêmes faits, des juges différents qui appartiennent au même système de valeurs impliquant la même culture, rendent une solution identique[2618]. Or, selon la première

---

[2614] N. FRICERO, Note sous Civ. 1ière, 27 septembre 2011, n° 11-13.488, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 249.

[2615] Dans le cadre d'une déclaration à Questions d'info LCP/France info/AFP du 27 octobre 2010, le Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré s'était exprimé de la façon suivante : *« Toute l'architecture juridictionnelle est en train de changer. Là où il y avait deux Cours suprêmes, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, il y a désormais une troisième Cour suprême, le Conseil constitutionnel, qui contrôle l'application de la Constitution et veille aux grands principes et aux grands droits garantis par la Constitution »*. Cf. J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Préface de Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation, La documentation Française, Paris, 2010, p. 153.

[2616] C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1978 dans lequel un propriétaire d'un pavillon avait assigné en justice son voisin qui avait placé un tas de fumier à proximité de sa propriété. En l'espèce, le propriétaire a été débouté de sa demande car il a été décidé que *« les avantages du site agreste qu'il avait choisi pouvaient être contrebalancés par ce qu'implique la vie campagnarde »*. Cf. *Gaz. Pal.*, 1979, Pan. jurispr., p. 122-123. Ainsi, dans cette affaire, on peut énoncer que « les joies agrestes de la vie campagnarde contrebalançaient le *coût* des odeurs de fumier ». Cf. T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, th., Préf. de J. CARBONNIER, Bibliothèque de philosophie du droit, T. 30, L.G.D.J., 1988, n° 149, p. 134. De même, il ressort d'un arrêt antérieur de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 11 février 1976 que la construction d'un centre d'affaire privant l'immeuble voisin d'ensoleillement pouvait être compensée par la valorisation du quartier entraînant ainsi une *compensation* vénale. Selon les termes de l'arrêt, les propriétaires de l'immeuble *« pouvaient trouver une compensation à leur préjudice dans la proximité immédiate du centre des affaires, lequel ne pouvait que profiter à leur commerce installé au rez-de-chaussée de l'immeuble et augmenter la valeur locative des autres locaux »*. Cf. *Bull. civ.*, II, n° 51, p. 40. Dans un autre arrêt du 14 mars 1979 de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, la demande d'un propriétaire souhaitant faire condamner son voisin à couper les sapins qu'il avait plantés a été rejetée en raison notamment des avantages qu'il pouvait retirer de cette plantation : *« le rideau de sapins, qui constitue un ornement rendant l'environnement plus agréable, présente l'utilité de préserver l'intimité de leur propriétaire et d'empêcher les vues du voisin sur son fonds, la réciproque profitant d'ailleurs au demandeur »*. Cf. *Gaz. Pal.*, 1979, Pan. jurispr., p. 336. Cf. aussi T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, th., Préf. de J. CARBONNIER, Bibliothèque de philosophie du droit, T. 30, L.G.D.J., 1988, n° 149, p. 134.

[2617] *« Derrière la décision du juge, son option binaire : inclure ou exclure du champ de tel texte, telle classe de situations récurrentes se dissimule une option axiologique, celle qui consiste à prendre parti pour telle valeur dans le cadre de plusieurs échelles de valeurs antagonistes »*. Cf. T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, th., Préf. de J. CARBONNIER, Bibliothèque de philosophie du droit, T. 30, L.G.D.J., 1988, n° 328, p. 271.

[2618] T. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, th., Préf. de J. CARBONNIER, Bibliothèque de philosophie du droit, T. 30, L.G.D.J., 1988, n° 400, p. 313 ; n° 409-415, p. 320-324.

Chambre civile de la Cour de cassation si deux affaires similaires ont donné lieu à des décisions différentes, il ne peut en résulter une faute de la part des magistrats[2619]. L'engagement d'un procès est l'acceptation d'une discussion contradictoire susceptible d'aboutir à une décision inattendue. Cela est inhérent à tout procès, hormis ceux qui ont marqué l'histoire et dans lesquels la condamnation était décidée d'avance[2620]. Le résultat sur le fond du droit litigieux est empreint d'incertitude. Si l'on peut essayer de faire des prévisions de succès ou d'échec de la prétention eu égard aux règles de droit établies et eu égard au fait que le juge doit statuer conformément à ces dernières, il y a la pratique qui donne parfois une autre vision des choses[2621]. L'incertitude de la décision des juges peut résulter de la prohibition du déni de justice et donc du devoir du juge de statuer[2622]. La loi ne peut pas tout prévoir[2623] et il incombe au juge de combler les lacunes de cette dernière conformément à l'article 4 du Code civil comme l'avait d'ailleurs déclaré Portalis dans son *« Discours préliminaire sur le projet de code civil »*[2624]. Mais ces dernières peuvent aussi conduire les juges à rechercher selon Aristote, le *« juste »* au-delà du légal[2625], ce qui

---

[2619] D'où le constat d'une différence de traitement avec les avocats en cas d'erreur de ces derniers vis-à-vis de leurs clients en ce qui concerne le choix du fondement juridique de la demande. Cf. S. HOCQUET-BERG, « L'erreur de l'avocat dans le fondement juridique d'une action », Note sous Cass. 1ière civ., 16 sept. 2010, n° 09-14.580, *J.C.P.*, G., 2011, n° 80, p. 165.

[2620] Nous pouvons prendre l'exemple du procès de Jésus, du procès de Socrate ainsi que des procès de Moscou. Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « La philosophie du procès, propos introductifs », *Arch. phil. dr.*, Tome 39, Le procès, 1995, p. 19.

[2621] Par exemple, « certains tribunaux ont contourné le principe de précaution pour donner une application audacieuse à la théorie du trouble anormal de voisinage en l'étendant au risque de trouble sur la base de l'assimilation de l'absence de certitude quant à l'absence de risque à une situation de risque certain, source d'une angoisse légitime constitutive d'un préjudice illicite ». Cf. O. GODARD, « Les transmutations de la preuve sous l'égide du principe de précaution », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Sous la dir. de E. TRUILHE-MARENGO, Editions Larcier, 2012, p. 296.

[2622] Il revient au juge d'adapter les textes à chaque litige. Cf. Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Editions Dalloz, 2ième édition, 1999, n° 78, p. 149.

[2623] Comme l'écrit ARISTOTE dans la *Rhétorique*, si elle doit tendre à *« définir tout ce qui peut l'être »*, en revanche, *« décider de ce qui s'est produit ou ne s'est pas produit, de ce qui sera ou ne sera pas, de ce qui est ou n'est pas, cela, il est nécessaire de le laisser à la charge des juges, car il n'est pas possible que le législateur le prévoie »*. Cf. Introduction, traduction, notes, bibliographie et index par P. CHIRON, Editions Flammarion, 2007, p. 116-117. Avant Aristote, dans son ouvrage *Le Politique*, Platon fait la critique de la loi qui est dans l'incapacité de s'adapter aux multiples situations particulières. Cf. Ph. RAYNAUD, « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Etudes rassemblées par Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAME, Publications de l'Université de Rouen n° 298, Bruylant, L.G.D.J., 2001, p. 7. Rousseau énonce aussi que : *« c'est une folie de vouloir tout prévoir »*, cité par G. RIPERT, *Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., Paris, 1949, n° 21, p. 67. Selon Gény, il convient de rejeter *« l'illusion que la loi écrite contiendrait tout le droit positif en vigueur »*. Cf. *Science et Technique en droit privé positif, Première partie – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, T. I, Recueil Sirey, 1914, n° 11, p. 37.

[2624] Dans lequel il avait énoncé : *« L'office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application »*. Cité par L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 12, p. 4. Cf. aussi F. TERRE, *Dialogue des siècles, Une conversation entre Portalis et un juriste d'aujourd'hui*, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2004, p. 24.

[2625] Tel est le cas lorsque les règles sont trop rigides ou lorsque la loi applicable au cas litigieux est incertaine. Cf. Ph. RAYNAUD, « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Etudes rassemblées par Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAME, Publications de l'Université de Rouen n° 298, Bruylant, L.G.D.J., 2001, p. 12-14.

montre que ceux-ci ont un espace autonome par rapport à celui de législateur[2626]. Il semblerait qu'en réaction avec l'importance accordée à la légalité et la sécurité juridique pendant la période révolutionnaire, le juge soit investi d'une mission de rechercher dans chaque cas particulier *« une solution équitable et raisonnable ; tout en lui demandant de rester, pour y parvenir, dans les limites de ce que son système de droit l'autorise à faire »*[2627]. Ainsi, les juges ont la possibilité de créer parfois du droit *inter partes*[2628]. Le sentiment des professionnels du droit et notamment des juges qui fait partie de la *« conscience juridique spontanée »* à la différence de la connaissance qui se manifeste par *« la conscience juridique réfléchie »* est empreint d'équité[2629]. Comme l'énonce le doyen Cornu : *« le sentiment de voir rendre une justice d'équité est ancré, comme une exigence fondamentale, dans la conscience du juge. »*[2630]. Ainsi, *« l'équité n'est jamais tout à fait absente de l'esprit des juges, même quand ils ne peuvent en faire expressément état »*[2631], en d'autres termes, *« la loi vit par l'esprit du juge qui est habité par un souci d'équité »*[2632]. Dans certains cas, en utilisant les méthodes de raisonnement, les juges rendent des jugements d'équité. Il est difficile de donner une définition de l'équité[2633] car elle est un « sentiment »[2634]. *« L'équité correspond à un besoin de justice fondé sur des circonstances d'espèces que le juge doit s'appliquer à faire triompher »*[2635]. Le dictionnaire de vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, publié sous la direction du Doyen Cornu, énonce dans

---

[2626] Même si dans *l'Ethique à Nicomaque*, Aristote montre que l'autorité de la loi est supérieure à l'équité en énonçant que le juge doit rechercher *« ce qu'eût dit le législateur s'il avait été présent »* et *« ce qu'il aurait porté dans la loi s'il avait connu la cas en question »*. Cf. Ph. RAYNAUD, « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Etudes rassemblées par Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAME, Publications de l'Université de Rouen n° 298, Bruylant, L.G.D.J., 2001, p. 14.

[2627] Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Editions Dalloz, 2ième édition, 1999, n° 71, p. 137.

[2628] Que Carré de Malberg appelle les *« réalités positives »*, in *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, rééd. CNRS, 1962, t. I, p. 708-816, cité par J.-L. HALPERIN, « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Etudes rassemblées par Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAME, Publications de l'Université de Rouen n° 298, Bruylant, L.G.D.J., 2001, p. 162.

[2629] J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, Editions PUF, 1987, n° 32 et 33, p. 37.

[2630] In *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, Paris. Ed. Montchrestien, Précis domat, 1985, n° 182, cité par J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, Editions PUF, 1987, n° 37, p. 41.

[2631] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 127.

[2632] A. GIRARDET, « L'équité du juge : et si on levait le voile ? », *Justices, R.G.D.P.*, n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 3.

[2633] Parmi les différentes définitions de l'équité, « aucune n'est vraiment satisfaisante ». Cf. Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Préf. de Rémy CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, T. 329, L.G.D.J., E.J.A., 2000, n° 3, p. 3.

[2634] P. KAYSER, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *R.R.J.*, 1999-1, p. 13. V. aussi J. RIBS, « Introduction », in *Justice, médiation et équité*, Colloque Droit et Démocratie, La Documentation Française, Paris, 1992, p. 7. Cf. aussi P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Librairie du Recueil Sirey, 2ième édition, 1951, p. 100. En droit romain, les glossateurs faisaient la différence entre *l'équité non écrite* qui faisait référence au sentiment ancré dans la conscience de chacun mais qui ne pouvait être supérieure à la loi écrite et *l'équité écrite* qui désignait la règle d'équité admise par le législateur. Cf. J. HILAIRE, « Grandeur ou servitude de la justice consulaire : la contreverse de l'équité », *Justices, R.G.D.P.*, n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 42.

[2635] Afin de rendre une bonne décision, il convient d'opérer une conciliation entre le droit et l'équité. Cf. M. GARCON, *Lettre ouverte à la Justice*, Editions Albin Michel, Paris, 1966, p. 15.

l'un des différents sens attribués à l'équité que cette dernière est *« un sentiment de justice »*[2636]. Toutefois, ce sentiment peut varier selon qu'il émane d'un professionnel du droit[2637] ou d'un non juriste[2638]. Dans le même ordre d'idées, la difficulté concernant l'anticipation de la solution sur le fond résulte de la prise en compte par les juges d'éléments extra-juridiques pour rendre leur décision[2639]. Par exemple, le juge protège le faible contre le fort[2640], prend en considération la dimension économique de la décision[2641] ou bien encore fait parfois prévaloir les attentes de la population sur le respect de la norme[2642]. De plus, au-delà des jugements susceptibles d'être rendus en équité et qui ne font pas par exemple l'objet d'une publication ou qui sont empreints d'éléments a-juridiques, l'incertitude est susceptible de résulter d'une motivation laconique de la décision du juge.

272. La motivation laconique des arrêts de la Cour de cassation – Afin de prévoir la solution sur le fond du droit litigieux, il convient de se référer à la motivation des juges qui

---

[2636] G. CORNU (Publié sous la direction de), *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 367. L'équité est également présente en matière administrative. Cf. M. COMBARNOUS, « L'équité et le juge administratif », *Justices, R.G.D.P.*, n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 77 ; 82. En matière civile, hormis l'hypothèse du droit commercial, le sentiment d'équité du juge se retrouve dans de nombreux domaines dont le côté humain est prépondérant. Tel est le cas notamment du droit de la famille, des obligations, de la faute civile ainsi que du droit social. Cf. M. MARTZLOFF, « L'équité devant le juge civil français », in *Justice, médiation et équité*, Colloque Droit et Démocratie, La Documentation Française, Paris, 1992, p. 59. Nombreuses sont donc les matières *« où la réflexion sur les faits prime les considérations sur les règles de droit qui passent ainsi au second plan »*. Cf. M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, th., sous la dir. de Jean CARBONNIER, Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), p. 61.

[2637] Pour lequel l'équité est *« une source de maux »*. En effet, *« née le plus souvent de bonnes intentions, elle conduit à n'apprécier les situations juridiques que d'un point de vue concret et individuel pour trouver une solution qui ne vaut que pour ces cas déterminés. Ainsi, peut-on affirmer, dans une certaine mesure, que l'Equité fait dépérir le Droit »*. Cf. P. SANZ de ALBA, *Sur quelques aspects de l'équité*, th., Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, Mars 1980, n° 4, p. 4.

[2638] Qui, au contraire, *« ne cesse de réclamer l'Equité comme fondement du droit, critère du droit, interprète du droit, ferment de l'application du droit.Tel débiteur condamné proclame l'iniquité de la décision, tel créancier contraint d'accorder des délais invoque l'Equité pour s'y soustraire »*. Cf. P. SANZ de ALBA, *Sur quelques aspects de l'équité*, th., Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, Mars 1980, n° 5, p. 5.

[2639] Tel est également le cas en matière pénale. Cf. J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Postface d'Antoine GARAPON, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2010, p. 55, note de bas de page n° 20. Cela permet aux parties de tenter d'obtenir gain de cause alors qu'en application des règles de droit telles qu'elles sont « habituellement » interprétées, le droit litigieux ne semblerait pas pouvoir être reconnu. Cf. Ph. CONTE, « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, *J.C.P., G.*, 1988, I, 3343, n° 6.

[2640] *Supra* n° 34.

[2641] Notamment l'impact économique de celle-ci pour les justiciables. Par exemple, les juges souhaitent favoriser la poursuite de l'activité de l'entreprise lorsqu'elle rencontre des difficultés. Cf. J.-Y. CARO, *Les dimensions économiques de la décision judiciaire : perceptions et pratiques des magistrats*, Collection « Essais et recherches judiciaires », 1990, p. 24.

[2642] C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier rendu le 15 septembre 2011 (5e ch. A) qui a permis le démentèlement d'une antenne relais de téléphonie mobile implantée sur le territoire d'une commune. En l'espèce, il semblerait que *« les motifs juridiques sont mis au service de la volonté des juges de répondre aux appréhensions de la population, même au prix d'une distorsion très forte des concepts »*. Cf. B. PARANCE, « Nouvelles turbulences autour des antennes relais de téléphonie mobile et du principe de précaution, vers une application horizontale du principe de précaution ? », Note sous Cour d'appel de Montpellier (5e ch. A), 15 sept. 2011, *D*. 2012, n° 4, Etudes et commentaires, p. 270.

rendent leur décision[2643]. Or, il semblerait que la motivation soit de plus en plus laconique. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 17 mars 2011, n° 10-16.335 qui ne motive pas l'abus de procédure en énonçant simplement que *« le pourvoi revêt un caractère abusif »*. Selon Monsieur le Professeur Christian Atias, l'office de la Cour de cassation *« est de livrer les raisons de droit qui justifient sa position. A défaut, elle ne peut contribuer à l'unification des positions judiciaires et à éviter le retour des mêmes erreurs. Il importe, à ces fins notamment, que ses décisions puissent être comprises »*[2644]. Par ailleurs, les juges ont la possibilité de modifier leur jurisprudence et ainsi d'effectuer des revirements de jurisprudence.

273. L'insécurité juridique liée aux revirements de jurisprudence – Alors que dans un arrêt du 27 juillet 1937, la Chambre civile de la Cour de cassation ne permettait pas à la concubine d'obtenir réparation du dommage résultant de la mort accidentelle de son concubin, au motif que l'article 1382 du Code civil impose au demandeur de justifier de *« la lésion certaine d'un intérêt légitime, juridiquement protégé »*, elle a par la suite changé de position. Dans un arrêt du 27 février 1970, une Chambre mixte a donné une autre portée à l'article 1382 du Code civil en énonçant que *« le texte ordonnant que l'auteur de tout fait ayant causé un dommage à autrui sera tenu de le réparer, n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation »*[2645]. Ces exemples laissent penser que la jurisprudence se crée parfois de façon *« empirique ou arbitraire »*[2646]. De même, alors qu'auparavant la Cour de cassation prohibait les libéralités entre concubins lorsque ces dernières avaient pour cause impulsive et déterminante la formation, le maintien ou la reprise de relations immorales, aujourd'hui, elle décide au contraire que de telles libéralités ne sont pas nulles ne considérant plus leur cause comme étant contraire aux bonnes mœurs. En l'espèce, l'auteur de la libéralité souhaitait conserver la relation adultère qu'il entretenait avec la bénéficiaire[2647]. Dans une autre affaire, la première Chambre civile de la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 4 novembre 2011 la validité d'un contrat de courtage matrimonial alors que l'un des contractants est encore dans les liens du mariage en énonçant qu'*« il n'est pas nul comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs »*[2648]. Le maintien de la jurisprudence n'est donc pas acquis : *« les évolutions jurisprudentielles, peuvent être certes, source d'instabilité et d'incertitude […]. Mais, liées à l'évolution du droit et de la société, elles sont également*

[2643] M. PUECH, « Une décision motivée », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, p. 236. La motivation permet de faire comprendre au perdant les raisons de son échec. Cf. C. DUREUIL, « La motivation des arrêts de la cour », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 111.

[2644] Ch. ATIAS, « L'abandon d'un principe fondamental », *D.* 2011, p. 1129.

[2645] L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 155, p. 20.

[2646] En effet, qu'est-ce qui pouvait justifier que l'on accordait en principe, dans ce cas, un droit à indemnité à la belle-mère et pas à la fiancée ? Cf. J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *R.T.D. civ*. 1961, n° 27, p. 433.

[2647] Cass.civ. 3 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n° 43, cité par L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 81, p. 12 ; n° 232.

[2648] Sous couvert de l'adoption d'une conception étroite de la cause, la Cour de cassation semble en réalité « masquer la désactivation du standard des bonnes mœurs ». Cf. B. FAGES, Note sous Cass.civ. 1ière, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *R.T.D. civ.*, 2012, Chron., p. 114.

nécessaires et souvent salutaires »[2649]. La question s'est posée de savoir si le principe de non-rétroactivité ne devait pas comme pour la loi s'appliquer au revirement de jurisprudence afin de ne pas porter atteinte au principe de sécurité juridique[2650]. Mais nul ne peut se prévaloir « d'un droit acquis à une jurisprudence figée » et il a été jugé que cette solution ne violait pas le droit à un procès équitable rénoncé à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme[2651]. Or, la rétroactivité de la jurisprudence peut être « insupportable »[2652]. Par ailleurs, par deux arrêts du 11 juin 2009, la première Chambre civile de la Cour de cassation a statué dans le même sens en énonçant que *« la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge »*[2653]. D'où une incertitude en la matière.

274. L'insécurité juridique résultant de la rétroactivité de la jurisprudence – Dans un arrêt de la première Chambre civile de la cour de cassation du 24 septembre 2009, il a été fait application de l'arrêt *Césaréo* de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 6 juillet 2006 ayant trait au principe de concentration des moyens[2654] même si les faits lui avaient été antérieurs[2655]. En revanche, dans ce même arrêt du 24 septembre 2009, il a été décidé qu'un revirement de jurisprudence, qui est un élément nouveau, ne permettait pas de recommencer une nouvelle instance tendant à la même fin que celle qui avait fait l'objet d'un arrêt devenu irrévocable, notamment au regard de la nécessité de concentrer les moyens[2656].
Cet arrêt illustre au final la prévalence de la sécurité judiciaire sur le principe de la rétroactivité de la jurisprudence alors même que cette dernière était favorable au justiciable[2657]. Pourtant, si le

---

[2649] R. FAVRE, Cité par P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, Etude des travaux préparatoires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 158.
[2650] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 107, p. 99.
[2651] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9ième édition, 2012, n° 532, p. 457.
[2652] Comme en faisait état Christian Mouly à travers ses publications. Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome I, Editions Litec, 1998, p. 21.
[2653] En l'espèce, le médecin qui avait formé le pourvoi en cassation avait invoqué le fait que l'on ne pouvait lui reprocher d'avoir manqué à une obligation de résultat alors qu'à l'époque des faits litigieux, la jurisprudence ne mettait à sa charge qu'une obligation de moyens. Cf. Cass. 1ère civ., 11 juin 2009, « La consécration juridique fondée sur le droit à un procès équitable ne consacre pas un droit acquis à une jurisprudence figée », *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 41, p. 16. Il semble difficile d'admettre que ces changements de jurisprudence puissent produire des effets rétroactifs et rendre fautifs un individu pour un acte commis à une époque où il n'était pas considéré comme illégal. Cf. C. PUIGELIER, J. SAINTE-ROSE, « Le revirement de jurisprudence est-il une erreur ? » in *L'erreur*, Sous la direction de J. FOYER, F. TERRE, C. PUIGELIER, Colloque organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, le Centre de recherches en théorie générale du droit et l'Association française de philosophie du droit, Presses Universiataires de France, Juin 2007, p. 206.
[2654] *Supra* n° 216.
[2655] En l'espèce, les deux demandes étaient antérieures à la date de celui-ci. Cf. C. BLERY, « Principe de concentration des moyens : une nouvelle pierre à l'édifice », Note sous Cass. 1ère civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *J.C.P.*, G., 2009, n° 45, 401, p. 16-17.
[2656] C. BLERY, « Principe de concentration des moyens : une nouvelle pierre à l'édifice », Note sous Cass. 1ère civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *J.C.P.*, G., 2009, n° 45, 401, p. 16.
[2657] *« Le résultat est une profonde injustice à l'égard du prêteur : le bénéfice du revirement de fond – équitable – lui est refusé, alors que le revirement procédural – discutable – lui est appliqué »*. Cf. C. BLERY, « Principe de concentration des moyens : une nouvelle pierre à l'édifice », Note sous Cass. 1ère civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *J.C.P.*, G., 2009, n° 45, 401, p. 16.

souhait de garantir la sécurité juridique a conduit la Chambre criminelle de la Cour de cassation par trois arrêts rendus le 19 octobre 2010 à faire produire les effets découlant de l'inconventionnalité des dispositions relatives à la garde à vue qu'à partir du 1er juillet 2011[2658], date à laquelle le Conseil constitutionnel a lui-même décidé dans sa décision du 30 juillet 2010 de faire produire ses effets à sa déclaration d'inconstitutionnalité, quatre arrêts rendus en Assemblée plénière le 15 avril 2011 en décident différemment en faisant produire à leur solution un effet immédiat[2659]. De plus, dans quatre arrêts du 31 mai 2011, la Cour de cassation a énoncé que les gardes à vue qui s'étaient déroulées avant le 15 avril 2011 sans la présence d'un avocat et sans l'information du droit de se taire peuvent faire l'objet de contestations[2660]. D'où la liberté qui est offerte aux juges de décider du moment auquel ils souhaitent faire produire ses effets à une décision. Néanmoins, hormis ces arrêts relatifs à la garde à vue, à l'inverse, dans le sens de la sécurité juridique, de nombreux arguments tendent à la prévisibilité de l'interprétation de la loi par les juges et ainsi à une anticipation possible de la solution sur le fond du droit litigieux.

B.Les arguments tendant à la prévisibilité de l'interprétation des lois par les juges

275. Le pouvoir créateur de droit du juge – Il convient de faire la distinction entre le pouvoir souverain laissé aux juges du fond et le pouvoir des juges de la Cour de cassation. Dans les cas où les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation, il semble difficile de parvenir à une unité de la jurisprudence en la matière. Il faut se référer à la jurisprudence propre à chaque cour ou à chaque juridiction. Il semble possible d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux lorsque la jurisprudence est considérée comme une source du droit c'est-à-dire *« dès lors qu'elle n'est pas seulement l'ensemble des décisions rendue mais aussi la solution donnée, à un moment donné, à une question de droit, qui va avoir valeur de règle pendant un certain temps »*[2661]. Le juge est doté d'un pouvoir créateur dans le domaine juridique[2662]. Il existe une certaine prévisibilité en ce qui concerne le résultat sur le fond du droit litigieux lorsque l'on dit que la jurisprudence est fixée en la matière puisque dans ce cas telle question de droit est habituellement tranchée de telle façon[2663]. Le fait jurisprudentiel signifie qu'au-delà du cas concret que tranche une décision de justice, cette dernière a vocation à perdurer dans le temps et à se renouveler[2664]. Cependant, chaque juridiction peut avoir sa jurisprudence sur une question donnée. D'où l'importance de connaître la jurisprudence des différentes juridictions[2665] ou des

---

[2658] V. BERNAUD, note sous Cass. crim, 19 oct. 2010, n° 10-82.902, n° 10-82.306, n° 10-85.051, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1715-1716.

[2659] V. BERNAUD, note sous Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316 et n° 10-30.242, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1715-1716.

[2660] V. BERNAUD, note sous Cass. crim., 31 mai 2011, n° 10-88.809, 10-80.034, 10-88.293, 11-81.412, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1716.

[2661] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : introduction, biens, personnes, famille*, Editions Dalloz, 1969, 2011, 17ième édition, n° 63, p. 29.

[2662] Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Editions Dalloz, 2ième édition, 1999, n° 78, p. 149.

[2663] L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 6, p. 4.

[2664] *« La répétition dans le temps est un élément de la jurisprudence »*. Cf. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs essais, Editions Flammarion, 1996, p. 57.

[2665] Par exemple concernant les conseils de prud'hommes, selon une étude, il a été constaté que la justice était *« éclatée en autant de fiefs territoriaux qu'il existe de conseils de prud'hommes »*, alors que tel n'était pas le cas pour les tribunaux de grande instance. Cf. S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 84-86, p. 57-58 ; n° 122, p. 77.

chambres ou bien encore des juges pour évaluer les chances de succès d'une action en justice[2666] notamment en cas de choix offert au justiciable en ce qui concerne la juridiction compétente. Toutefois, dans les matières où les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation, une certaine prévisibilité ayant trait à la solution sur le fond du droit litigieux est possible au regard notamment concernant l'évaluation du préjudice d'une base de données de toutes les décisions des cours d'appel mise en place par le Premier président de la Cour de cassation, M. Vincent Lamanda qui se nomme *Jurica*[2667]. De plus, il semblerait que la Cour de cassation *« traque et censure toutes tentatives des juges du premier ou du second degré de s'ériger en législateurs au petit-pied »*[2668]. Lorsque la solution est la même sur tout le territoire, l'on peut en déduire qu'il y a une *« solution générale parce que la question sera de façon générale tranchée de la même manière, par application du même raisonnement et à partir du même fondement unanimement interprété »*[2669]. S'il existe bien une *jurisprudence* des juges du fond, l'on ne peut parler de divergence qu'en ce qui concerne celle de la Cour de cassation car elle ne peut s'appliquer qu'à une notion de droit[2670]. La mission de la Cour de cassation est d'unifier le droit[2671]. Il convient donc de se demander dans quelles mesures une anticipation de l'interprétation de la loi par le juge est possible.

276. L'anticipation de l'interprétation de la loi par le juge – Si pendant le XIXe siècle, l'école de l'*Exégèse* prônait une interprétation stricte des textes[2672], l'Ecole de la libre recherche scientifique et François Gény accordaient une certaine liberté au juge. Selon Demolombe, interpréter, *« c'est expliquer, donner une signification claire à une chose obscure, en l'occurrence la loi »*[2673]. Selon les méthodes d'interprétation résultant de l'école de l'*Exégèse*, il est possible de raisonner par analogie, en appliquant un texte à un cas similaire, *a contrario* en mettant en œuvre une règle inverse à celle existante si les conditions exigées par cette dernière font défaut, *a fortiori* ou encore par induction ou déduction[2674]. De plus, à ces différents modes de raisonnement s'ajoute l'utilisation de maximes d'interprétation *« telle celle de l'interprétation restrictive des textes d'exception ou encore, celle de l'effet dérogatoire de la loi spéciale à la loi*

[2666] M. DOUCHY-OUDOT, *Droit civil 1ère année, introduction, personnes, famille*, HyperCours Dalloz, Editions Dalloz, 2011, 6ième édition, n° 160, p. 99.

[2667] E. PIWNICA, « A propos des divergences de jurisprudence en matière judiciaire », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 299.

[2668] A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome I, Editions Litec, 1998, n° 4, p. 175.

[2669] M. DOUCHY-OUDOT, *Droit civil 1ère année, introduction, personnes, famille*, HyperCours Dalloz, Editions Dalloz, 2011, 6ième édition, n° 161, p. 99.

[2670] E. PIWNICA, « A propos des divergences de jurisprudence en matière judiciaire », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 300.

[2671] *« L'unification dans l'interprétation de la loi conduit la Cour de cassation à dégager des lignes d'interprétation qui influent sur le fond du droit »*. Cf. G. CANIVET, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation, Pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Editions Dalloz, 2009, n° 3, p. 150.

[2672] *« Le juge doit s'effacer devant le texte »*. Cf. P. DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Editions L'Hermès, 4ième édition, 1998, p. 168.

[2673] Y. STRICKLER, « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 3-4 p. 810, n° 7, p. 812.

[2674] *« Ce qui permet de dégager un principe général de solution pour une catégorie de situations dont le législateur n'a expressément envisagé que quelques cas particuliers »*. Cf. Y. STRICKLER, « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 11, p. 814.

générale, autant de procédés qui sont aujourd'hui encore à la base de l'interprétation juridique »[2675]. Pour interpréter la loi, si le juge peut utiliser des arguments ou des maximes, on peut se demander si ces moyens sont des indices suffisants pour permettre aux justiciables d'anticiper les choix du juge concernant l'interprétation de la loi. En effet, si Demolombe avait laissé à l'interprète une liberté très ténue, l'évolution est telle que la fonction du juge s'est modifiée[2676]. Chaque norme présente *« au-delà d'un noyau de sens clair, une « pénombre de doute » laissant ouverte la question de savoir à quelles réalités précises elle s'applique »*[2677]. Il est difficile d'anticiper la méthode qui va être choisie par le juge pour interpréter la loi car selon un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 29 janvier 2002, le juge judiciaire bénéficie d'une grande liberté pour ce qui a trait aux méthodes d'interprétation de la loi[2678]. Pour rendre sa décision en matière civile, il peut en effet combiner d'une part, la méthode exégétique qui l'oblige à ne se référer qu'au texte à interpréter, éventuellement assorti d'autres textes, ainsi qu'à l'intention du législateur[2679] et d'autre part, la méthode de la libre recherche scientifique qui lui offre plus de liberté puisqu'elle lui permet de se fonder sur *« l'histoire, l'état des mœurs ou l'équité »*[2680]. S'il se réfère souvent aux travaux préparatoires lorsque des rapports préparant un projet de réforme sont connus, il doit également tenir compte de ces derniers pour rendre sa décision. Par ailleurs, le magistrat peut être amené à statuer dans le même sens lorsque la doctrine conforte une position jurisprudentielle ou au contraire à modifier sa solution lorsque cette dernière est très critique à l'égard de celle-ci[2681]. Cependant de nombreux arrêts ayant trait aux conséquences de la rétractation du promettant avant l'acceptation du bénéficiaire montrent la

---

[2675] Y. STRICKLER, « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 11, p. 814.

[2676] *« Le rôle du juge impose une vision plus souple du pouvoir herméneutique que celle suggérée en 1860 »*. Cf. Y. STRICKLER, « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 20, p. 819. Cf. aussi A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS, *Les vertus du juge*, Editions Dalloz, 2008, p. 5.

[2677] D'où un choix qui s'offre au juge entre les différentes méthodes d'interprétation. Toutefois, ce dernier doit adopter le sens qui *« est de nature à conforter la rationalité du législateur »*. Cf. M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 135, p. 137-138.

[2678] En l'espèce, il ne pouvait être reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir fait référence aux travaux parlementaires pour interpréter la loi. D'où une absence de contrôle de la Cour de cassation concernant les méthodes d'interprétation choisies par les juges du fond pour rendre leur décision. Cf. N. MOLFESSIS, « La prétendue liberté des juges du fond dans le choix des méthodes d'interprétation de la loi », Note sous Cass. 1ière civ., 29 janv. 2002, *Société France 2 c/ Société Emi records limited UK, R.T.D. civ.*, 2003, p. 154. Cf. aussi J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 61.61, p. 258-259.

[2679] Ainsi, l'on peut énoncer qu'il ressort du fondement moral de l'article 1134 du Code civil, l'importance souhaitée par le législateur en ce qui concerne le respect de l'engagement donné. Cf. P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, Etude des travaux préparatoires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 135-137.
Notons toutefois que cette recherche de l'intention du législateur est difficile au regard de la multiplicité et de la complexité des facteurs à prendre en compte. Cf. J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Méthodes du droit, Editions Dalloz, 2009, p. 20.

[2680] R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Editions Dalloz, 9ième édition, 2011, n° 36, p. 33.

[2681] P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, Etude des travaux préparatoires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 138-148.

résistance des juges aux critiques de la doctrine en la matière[2682]. Par ailleurs, d'autres éléments, plus difficiles à déceler qui pèsent aussi sur la décision, sont mis en balance par le juge qui doit se prononcer en anticipant les conséquences de son choix sur le droit positif en général et sur la société. Selon Gény, il convient de réaliser l'idée du juste[2683]. D'une manière générale, il incombe au juriste de *« servir la réalisation de la justice »* et pour ce faire, le juge se réfère au droit naturel[2684]. Désormais, la jurisprudence notamment celle de la Cour de cassation *« accomplit une œuvre créatrice qui est loin d'être négligeable »*[2685]. Mais le juge semble néanmoins lié par une certaine stratégie dans ses choix concernant l'interprétation des textes. Par exemple, on constate que selon la matière litigieuse, le juge effectue une interprétation qui peut être prévisible car allant dans un certain sens comme c'est le cas en droit du travail où le juge applique la règle la plus favorable pour le salarié. C'est notamment ce qui résulte d'un arrêt de la chambre sociale du 17 juillet 1996[2686]. Si tel est le cas concernant le fond du droit, il en est de même en matière procédurale où l'on constate que les juges suivent une certaine politique en la matière. Par ailleurs, il semblerait en effet qu'il y ait une stratégie du juge qui tend *« à garantir et renforcer la cohérence de l'ordre juridique »*[2687]. Les règles qui guident les juges dans le sens à donner aux différentes normes juridiques permettent d'éviter que le choix effectué se fasse de

---

[2682] La rétractation se définit comme une *« manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue, afin de la priver de tout effet passé ou à venir (se distingue d'un simple retrait qui peut n'opérer que pour l'avenir) »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Rétractation», in *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 827. Cf. J.-P. BUS, « Le fléchissement du consentement dans les promesses unilatérales de vente : analyse critique », *Actualité Juridique de droit immobilier*, Avril 2012, p. 249 et s.

[2683] In *Science et Technique en droit privé positif, Première partie – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, T. I, Recueil Sirey, 1914, n° 16, p. 49 ; *Science et Technique en droit privé positif, Deuxième partie – Elaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, T. II, Recueil Sirey, Deuxième tirage, 1927, n° 171, p. 390.

[2684] H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de Georges BOLARD, Editions Dalloz, 2010, n° 1, p. 60 ; n° 7, p. 64. Cf. aussi F. GENY, *Science et Technique en droit positif, Quatrième partie – Rapport entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif. (Le conflit du droit naturel et de la loi positive*), T. IV, Recueil Sirey, 1924, Nouveau tirage 1930, n° 300, p. 140.

[2685] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 1, p. 66-67.

[2686] Dont les termes sont les suivants : *« Vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application »*. Cité par R. de QUENAUDON, « Histoire prédictive et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 202-203.

[2687] F. OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *Arch. phil. dr*., Tome 31, 1986, p. 157. D'une manière générale, il convient de rechercher des moyens de cohérence qui permettent de garantir une certaine prévisibilité et ainsi une sécurité vis-à-vis des justiciables. Cf. F. TERRE, « Note sur une métaprocédure », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, p. 822 ; p. 854. *« Interpréter, c'est donc donner du sens au texte tout autant que chercher à en tirer. Cette opération n'est pas neutre. Elle peut, en particulier, faire l'objet d'un choix politique »*. Cf. M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, th., sous la dir. de Jean CARBONNIER, Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), p. 133.

manière arbitraire mais elles ne conduisent pas non plus à une simple déduction automatique[2688]. Le juge doit faire une interprétation des textes fondée sur le principe du raisonnable[2689]. Il résulte du Recueil des obligations déontologiques des magistrats que *« le droit d'être garanti contre l'arbitraire du juge, gage de l'égalité devant la loi, fonde l'obligation du magistrat de privilégier, en toutes circonstances, l'application de la loi. Il ne peut s'arrêter à l'idée qu'il se fait de l'équité »*[2690]. D'où néanmoins une réduction de l'aléa dans l'interprétation des textes de lois par le juge et en conséquence de la solution sur le fond du droit litigieux qui est d'ailleurs favorisée par la pratique des revirements non rétroactifs.

277. La pratique des revirements non rétroactifs – Dans certaines hypothèses, la Cour de cassation effectue des revirements non rétroactifs[2691] qui conduisent à conclure qu'elle a un rôle créateur de droit. D'ailleurs, il semble évident que le juge crée du droit[2692] mais parfois, la Cour de cassation opère des revirements pour l'avenir. Il a même été envisagé une modification de l'article 5 du Code civil afin de permettre à la Cour de cassation *« de moduler les effets attachés à l'évolution de l'interprétation d'une règle de droit inchangée »*[2693]. Cependant, si la possibilité d'éviter la rétroactivité des revirements de jurisprudence peut satisfaire le souhait de contribuer à une meilleure prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux, elle est néanmoins susceptible de ne pas entrainer que des effets positifs[2694]. Par le biais du motif de la violation de

---

[2688] *« La Cour de cassation a pour mission essentielle de veiller à la bonne application de la loi, ce qui suppose une unité de jurisprudence sans failles. Si en effet on peut relever des décisions contradictoires, comment le juge du fond, le juge de grande instance ou de cour d'appel, pourra-t-il connaître la jurisprudence de la Cour de cassation ? Cette observation est faite sous réserve évidemment de ce que l'on nomme les revirements de jurisprudence de la Cour, mais pour ceux-là il ne peut y avoir de méprise ou d'équivoque, car très généralement ils font l'objet d'abondants commentaires dans la doctrine et dans les grandes revues juridiques* ». Cf. AYDALOT, *Magistrat*, Editions Robert Laffont, 1976, Paris, p. 229. Cf. aussi M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, th., sous la dir. de Jean CARBONNIER, Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), p. 327.

[2689] P. SARGOS, « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *J.C.P., G.*, 2009, 442, n° 8, p. 63.

[2690] CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Editions Dalloz, 2010, Article d.3, p. 25. C'est d'ailleurs ce que souhaitait M. Garçon qui énonçait qu'en présence d'un conflit avec l'équité, *« le Droit exprimé par la Loi doit l'emporter car la transgression de la Loi risquerait d'amener l'arbitraire »*. Cf. M. GARCON, *Lettre ouverte à la Justice*, Editions Albin Michel, Paris, 1966, p. 15.

[2691] Th. LE BARS, « Positivisme, dogmatisme, réalisme et dérive de la Cour de cassation », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 305.

[2692] *« Dès lors que la loi ne peut tout prévoir, il est inévitable que le juge soit amené à l'interpréter. Or, on le sait, toute interprétation est création ou recréation de son objet* ». Cf. Th. LE BARS, « Positivisme, dogmatisme, réalisme et dérive de la Cour de cassation », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 308. Du même auteur, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 162, p. 125. Cf. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome I, Editions Litec, 1998, p. 21.

[2693] C. CHARRUAULT, « Compléter l'article 5 du Code civil ? », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 21.

[2694] *« Comment, en effet, ne pas apercevoir que, sous couvert de garantie de prévisibilité, cette possibilité de donner efficacité pour l'avenir seulement aux revirements est réclamée comme un moyen de légitimer les coups de force jurisprudentiels ? Croit-on sérieusement que la Justice aura progressé lorsque le juge se sera accaparé l'instrument d'une versatilité sans frein dont on ne cesse aujourd'hui justement de faire grief au législateur ? Et quelle confiance le justiciable aura-t-il encore dans l'institution judiciaire lorsqu'on lui expliquera doctement qu'il a raison en droit, mais trop tôt pour que sa cause triomphe parce que les magistrats qui ont changé d'opinion étaient jusqu'à présent d'un avis différent ?* ». C. BRENNER, « Pour un humanisme respectueux de l'autonomie processuelle », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Editions Dalloz, 2010, p. 182-183.

la loi, la Cour de cassation a la possibilité de fixer une jurisprudence et de faire évoluer le droit[2695]. D'une manière générale pour anticiper la façon dont est interprétée la loi, il convient de savoir interpréter les arrêts de la Cour de cassation.

278. L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation – Selon les termes employés par cette dernière, on en déduit certains indices sur la portée de la solution donnée. Par exemple, si la Cour de cassation souhaite limiter la portée de la solution qu'elle rend, elle a la possibilité de casser pour manque de base légale, ce moyen de cassation n'ayant pas, selon « une idée reçue » la même force doctrinale que celui de la violation de la loi[2696]. Pourtant, si le cas d'ouverture à cassation de la fausse interprétation de la loi est celui qui donne le plus de précisions sur le sens d'un texte, les conditions d'application de ce dernier peuvent aussi résulter d'un arrêt de cassation pour défaut de base légale qui met en évidence un élément manquant et nécessaire pour apprécier l'exactitude du raisonnement juridique[2697]. En revanche, les arrêts de cassation pour défaut de motifs ne permettent pas de connaître la position de la Cour de cassation sur la question posée et sont ainsi dépourvus de *« toute portée jurisprudentielle »*[2698]. Néanmoins si de nombreux éléments dans la rédaction même de la décision permettent de comprendre les arrêts de la Cour de cassation, ils n'excluent pas certaines difficultés[2699]. D'autres indices permettent de connaître la portée des décisions de la Cour de cassation et notamment la présentation de la solution, le nombre d'arrêts dans le cadre d'une formation solenne. Selon la solennité des formations de jugement saisies, la portée de l'arrêt qui en résulte a plus ou moins de force. La saisine de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a vocation à être saisie lorsqu'il n'existe pas de texte concernant la question à analyser susceptible de combler un vide juridique mais d'entraîner une incertitude quant au résultat sur le fond du droit litigieux. Par exemple, il était difficile d'anticiper quelle serait la sanction rendue lors d'une rupture des pourparlers, la question étant nouvelle et en conséquence la solution qui en résulte également. Par ailleurs, en cas de divergences concernant l'interprétation d'un texte de loi, une chambre mixte a la possibilité de clarifier les termes d'un texte obscur ou imprécis. De même, il est possible d'avoir recours à ces deux formations solennelles en présence de deux textes susceptibles de s'appliquer mais paraissant contradictoires ou bien encore lorsqu'une adaptation de la loi à l'évolution de la

---

[2695] Y. CHARTIER, *La Cour de cassation*, Collection Connaissance du droit, Editions Dalloz, 2e édition, 2001, p. 67.

[2696] *« Cette opinion est fausse, mais elle est bien ancrée dans les esprits »*. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 451, p. 323.

[2697] Y. CHARTIER, *La Cour de cassation*, Collection Connaissance du droit, Editions Dalloz, 2e édition, 2001, p. 68-69.

[2698] E. TOURNON, « Le défaut de motifs, vice de forme des jugements », *J.C.P.*, G., 1946, I, 553.

[2699] Ainsi, *« lorsque la Cour de cassation relève que le jugement a, à bon droit, retenu deux conditions A et B, cela signifie-t-il qu'elles étaient toutes deux indispensables ? Est-on bien certain que l'une seule d'entre elles n'aurait pas suffi ? La même préoccupation surgit lorsque la tournure de l'énoncé est négative : les juges du fond n'ont relevé « ni…ni… ». L'une seule des conditions eût-elle suffi à valider le point de vue apprécié ? Un risque analogue a pour cause le rejet global d'une prétention au moyen de la formule trop rapide : « les éléments légaux ne sont pas réunis ». Peut-on alors identifier toujours avec certitude celui des éléments qui aurait suffi à conduire au succès d'une prétention ? »*. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, C. GOUDINEAU, *Pratique professionnelle de l'avocat*, Editions Litec, 4ième édition, 2001, n° 2.6.6.4.1., p. 276-277.

société semble nécessaire[2700]. L'anticipation semble de surcroît envisageable au regard du respect de l'objectif de sécurité juridique.

279. Une anticipation possible découlant du respect de l'objectif de sécurité juridique – Le juge interprète la loi dans un *« souci de cohérence générale du droit »*[2701] au regard « d'une série de valeurs toutes censées traduire la sécurité juridique : stabilité, ordre, paix sociale, prévisibilité… »[2702] ou bien encore de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, celle-ci étant d'ailleurs considérée par certains comme un véritable principe général du droit[2703]. Ainsi, dans l'esprit des justiciables, dans le cadre d'affaires similaires, une solution identique est attendue[2704]. D'où aussi l'augmentation ces dernières années du nombre des Assemblées plénières et Chambres mixtes qui permettent d'harmoniser la jurisprudence et ainsi de satisfaire au principe de « cohérence jurisprudentielle »[2705]. D'une manière générale, le droit tend à plus de sécurité juridique. Il en découle une certaine prévisibilité en la matière en ce qui concerne la solution sur le fond du droit litigieux[2706]. La sécurité juridique est liée à la prévisibilité des règles de droit applicables au litige[2707] et en conséquence à la connaissance des sanctions susceptibles d'en résulter en cas d'inexécution. Les réformes en matière procédurale vont aussi en ce sens. Tel est le cas du rapport Guinchard en ce qui concerne l'institution de barèmes indicatifs[2708]. De même, le projet de réforme en droit des obligations a souhaité insérer des dispositions légales

---

[2700] P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, Etude des travaux préparatoires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 131-132. Les quatre arrêts issus de l'Assemblée plénière rendus le 1er décembre 1995 en matière de détermination du prix dans les contrats montrent la force de la solution identique qui en est ressortie. La présentation de cette dernière rend compte de l'attention particulière qui lui est portée. Cf. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 27 décembre 1995, n° 155, p. 13.

[2701] P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, Etude des travaux préparatoires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 134.

[2702] M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 140. Le juge *« doit s'intégrer comme un auteur intermédiaire dans un roman dont chacun à tour de rôle est censé écrire à la suite. Il doit respecter la cohérence de l'histoire commencée, ce qui signifie la compatibilité avec l'ensemble des décisions déjà prises, tout en bénéficiant d'une liberté créatrice qui l'amène à produire une décision présentant le système juridique sous son meilleur jour possible »*. Cf. J-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, p. 251.

[2703] E. PIWNICA, « A propos des divergences de jurisprudence en matière judiciaire », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 306.

[2704] J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *R.T.D. civ*. 1961, n° 6, p. 420. D'ailleurs un tel résultat doit être issu tant de la Cour de cassation que du Conseil d'Etat. Cf. G. CANIVET, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation, Pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Editions Dalloz, 2009, n° 46, p. 165.

[2705] P. DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, Etude des travaux préparatoires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 156-157.

[2706] L'étude concerne le système continental mais dans le cadre de la *common law*, en utilisant l'analyse économique, il a été également démontré par Posner qu'en partant du postulat selon lequel la création du droit résulte essentiellement du juge, la décision de ce dernier pouvait faire l'objet d'une anticipation par les justiciables. Cf. S. FEREY, *Une histoire de l'analyse économique du droit, Calcul rationnel et interprétation du droit*, Collection Droit et Economie dirigée par Thierry KIRAT et Laurent VIDAL, Bruylant, Bruxelles, 2008, spéc. p. 169 ; 174 ; 177-180 ; 190 ; 193 ; 206 ; 281-282.

[2707] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 24, p. 23.

[2708] Notamment en matière de pensions alimentaires ou de réparation du préjudice corporel. Cf. La commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *Rapport au Garde des Sceaux*, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, p. 262.

concernant le processus de conclusion du contrat qui est laissé pour le moment à l'appréciation des juges. Il s'agit ainsi de mettre fin aux incertitudes qui sont génératrices d'insécurité dans ce domaine[2709]. Par ailleurs, toujours dans le cadre du projet de réforme du droit des contrats, il est prévu d'insérer dans le Code civil le principe de sécurité contractuelle « au rang » des principes directeurs[2710]. A ce jour, le principe de sécurité juridique n'a pas encore été consacré par le Conseil constitutionnel même si selon certains, il s'agit d'une « *exigence de valeur constitutionnelle*[2711] au même titre que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi qui ont été reconnus comme étant un *objectif de valeur constitutionnelle* »[2712]. Mais il a été énoncé que la sécurité juridique constituait une norme constitutionnelle[2713]. Si la deuxième Chambre civile de Cour de cassation a fait état de ce principe dans un arrêt du 20 janvier 2003, il en va différemment pour la première Chambre civile qui a refusé de reconnaître l'existence d'un tel principe notamment en ce qui concerne les revirements de jurisprudence[2714]. Le Conseil d'Etat, quant à lui s'est déjà référé à ce principe[2715]. Si l'on peut penser que l'instauration de l'exception d'inconstitutionnalité est un obstacle à la sécurité juridique, son but est la protection des libertés et des droits fondamentaux qui est « une exigence première de la démocratie »[2716]. Cet obstacle à la sécurité juridique n'est d'ailleurs pas un risque démesuré au regard notamment de ses conditions de mise en œuvre. Par ailleurs, face à l'effort permanent consistant à consacrer la stabilité et la prévisibilité des solutions sur le fond du droit litigieux se manifestant notamment par le biais du principe de sécurité juridique se trouve le changement du droit qui évolue avec la société. Cette « tension perpétuelle »[2717] est ainsi inhérente au droit. Selon Jhering, il n'y a pas de règles juridiques immuables[2718], *« la vocation du droit est de progresser »*[2719] même si le changement du droit se heurte parfois à des résistances[2720]. La notion de sécurité juridique ne doit donc pas être consacrée en tant que principe général du droit ou droit subjectif[2721]. Toutefois, si la sécurité juridique intégrale n'est pas envisageable, le plaideur qui prend

---

[2709] F. TERRE, « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008, Entretien, p. 2992.

[2710] B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit des contrats, septembre 2007- septembre 2008 », *D.* 2008, Etudes et commentaires, Actualité législative, p. 2966.

[2711] R. BADINTER, « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Editions Dalloz, 2009, p. 42.

[2712] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 107, p. 99.

[2713] E. PIWNICA, « A propos des divergences de jurisprudence en matière judiciaire », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 297.

[2714] En énonçant que « la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit ». Cité par Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 107, p. 99.

[2715] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 107, p. 99.

[2716] R. BADINTER, « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Editions Dalloz, 2009, p. 49.

[2717] J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Méthodes du droit, Editions Dalloz, 2009, p. 8.

[2718] Dans l'*Esprit du droit romain*, il écrit que *« le droit, c'est bien Saturne dévorant ses propres enfants »*, in *Esprit du droit romain*, III, p. 69 (3e édition française), cité dans son ouvrage *La lutte pour le droit*, 1890, réédition aux éditions Dalloz, 2006, p. 9. Par ailleurs, il énonce aussi que le droit « ne peut se rajeunir qu'en faisant table rase de son propre passé. […] L'idée du droit est éternellement le *devenir* ; mais ce qui est devenu doit céder la place à ce qui devient à son tour », in *La lutte pour le droit*, 1890, réédition aux éditions Dalloz, 2006, p. 9-10.

[2719] J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Méthodes du droit, Editions Dalloz, 2009, p. 14.

[2720] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs essais, Editions Flammarion, 1996, p. 8.

[2721] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, th., Préf. L. Leveneur, Collection Doctorat & Notariat, t. 35, Editions Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n° 244 et s., p. 468 et s.

obligatoirement un risque en agissant en justice ne devrait pas faire face à un aléa intégral ou à l'arbitraire[2722]. D'une manière générale, lorsque des revirements de jurisprudence surviennent, ils n'entraînent pas obligatoirement des contradictions ou des difficultés[2723].

280. Conclusion de la section 2 – En dehors de la prise en compte de l'évolution de la loi et de la jurisprudence, la solution sur le fond du droit litigieux dépend aussi d'autres paramètres dans certains cas et notamment des éléments factuels. Si surviennent lors de l'instance plusieurs incidents, l'intervention de tiers ou bien encore une procédure parallèle, les prévisions des parties peuvent être modifiées. Il convient donc d'anticiper ces divers événements même s'ils sont parfois difficilement prévisibles. Par exemple, le décès du représentant de l'une des parties peut être le fruit du hasard[2724] et retarder le temps du procès. Il en est de même concernant le délai de deux mois dont bénéficie l'héritier pour faire inventaire en application de l'article 108 du CPC, à compter de l'acceptation de la succession, augmenté d'un délai de prorogation. Par ailleurs, le demandeur doit anticiper dans sa stratégie de départ non seulement la réaction de son adversaire mais également la possible intervention d'un tiers qui est susceptible de modifier le résultat sur le fond du droit litigieux. En effet, lors d'un conflit entre deux parties qui revendiquent chacune la propriété d'un bien immobilier, un tiers peut intervenir à l'instance pour revendiquer le même droit sur le bien. En ce qui concerne la survenance d'une procédure parallèle qui peut déjouer la stratégie de départ, nous pouvons nous référer à certains faits donnant lieu à plusieurs procédures. Tel est le cas si un créancier tiers à une procédure entre deux parties n'obtient pas le paiement de sa prestation et ouvre ainsi à l'encontre de son débiteur une procédure collective. En effet, cette dernière est susceptible d'entraver la procédure qui est en cours entre les deux contractants. D'où une anticipation plus difficile en la matière. Il en est de même lorsque le juge détient un pouvoir discrétionnaire. Dès lors que l'évaluation des chances de succès de l'action montre que le justiciable a au final peu de chances d'obtenir gain de cause, ce dernier peut décider de ne pas agir en justice. Si le droit d'accès à un tribunal est protégé par l'article 6§1 de la conv.EDH comme l'a affirmé la Cour EDH dans l'arrêt Golder du 21 février 1975, le justiciable a aussi la possibilité de renoncer à ce droit à condition toutefois que *« sa renonciation soit librement consentie et sans équivoque »*[2725]. Si en fonction du but poursuivi par le demandeur et notamment s'il souhaite agir en justice pour obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux, au vu d'une jurisprudence constante, il est possible d'anticiper le résultat. L'évaluation des chances de succès de l'action au regard de ces éléments connus permet de choisir une autre voie que la voie contentieuse pour régler le différend si cette dernière semble vouée à l'échec. D'où l'intérêt de procéder à cette évaluation. Toutefois, le droit n'est pas une science exacte et peut évoluer, il est difficile d'être certain du résultat en ce qui concerne la satisfaction sur le fond du droit litigieux. L'on ne peut raisonner de manière objective qu'en analysant les chances de succès d'une action en justice au regard de données elles-mêmes

---

[2722] *« Tout l'art de la décision juridique consiste, dès lors, à « jouer serrer », à mesurer au plus près les risques acceptables et à imaginer des solutions suffisamment souples pour s'adapter à une dose raisonnable de changement »*. Cf. M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992, p. 175.

[2723] M. AYDALOT, *Magistrat*, Editions Robert Laffont, 1976, Paris, p. 229. Cf *Supra* n° 276.

[2724] En effet, selon ARISTOTE, *« proviennent du hasard tous les événements dont la cause est indéfinie, qui ne se produisent pas en vue d'une fin, ni toujours, ni la plupart du temps, ni régulièrement »* in *Rhétorique*, Introduction, traduction, notes, bibliographie et index par P. CHIRON, Editions Flammarion, 2007, p. 209.

[2725] Mme KOERING-JOULIN, « Note relative au droit d'accès à un tribunal », *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 47.

objectives. D'où dans ce cas, une possibilité de tirer des conclusions et d'effectuer un calcul de probabilité. Toutefois, ce calcul se complique au regard de la prise en compte d'événements susceptibles de survenir au cours du procès. Il convient de ne pas exclure l'aléa du résultat sur le fond du droit litigieux, la décision étant l'œuvre d'une justice humaine. L'incertitude est inhérente à la fonction de juger. Dans les cas où l'action en justice n'a pas pour unique but d'obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux, l'évaluation des chances de succès de l'action a peu d'intérêt. Le choix de former une action en justice est empreint de subjectivité. Il semblerait qu'il y ait autant de stratégies différentes qu'il y a de buts à atteindre.

281. Conclusion du chapitre 2 – Tant l'analyse de la jurisprudence que celle du comportement ainsi que des moyens d'action du potentiel demandeur en justice est nécessaire eu égard à l'efficacité de l'action. Si l'analyse de la jurisprudence contribue à évaluer les chances de succès de l'action, les moyens mis en œuvre par le demandeur en justice tendent également à avoir une incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux. Par exemple, si le but dans un rapport contractuel est d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution par son cocontractant de son obligation, la façon de rédiger les premières écritures peut être déterminante eu égard notamment au choix des moyens de nature à fonder la demande ou bien encore à celui de la procédure applicable au litige ou de la juridiction compétente en fonction de la jurisprudence de certains tribunaux.

282. Conclusion du titre 1 – Le succès de l'action en justice dépend de l'évaluation des chances de succès de celle-ci par rapport au but poursuivi et notamment des différents paramètres concernant par exemple les mesures prises antérieurement à l'instance telles que celles tendant à la conservation de la preuve. Sauf dans certains cas particuliers où l'inaction prolongée du justiciable est susceptible de lui être préjudiciable, il est important de prendre un temps de réflexion avant d'agir en justice, ce dernier pouvant faire l'objet d'une stratégie à part entière. Néanmoins une fois prise la décision d'agir, il convient de tenir compte de nombreux éléments. Au regard des difficultés ayant trait à l'évaluation des chances de succès d'une action en justice même si la jurisprudence et la loi tendent à plus de sécurité juridique, il est nécessaire d'anticiper l'instance afin de limiter les pouvoirs du juge et ainsi les risques d'incertitude concernant la solution sur le fond du droit litigieux. D'autant que par exemple si l'application de la règle de droit n'est pas favorable à celui qui souhaiterait effectuer une action en justice, ce dernier peut tout de même obtenir satisfaction en justice en attribuant au juge le pouvoir de statuer en équité[2726]. Toutefois pour ce faire, certaines conditions doivent être respectées dont notamment l'obtention de l'accord de l'autre partie. Lorsque la jurisprudence est favorable au créancier, il n'en demeure pas moins que selon les moyens avancés par le demandeur au soutien de sa prétention dans ses premières écritures, mais également les moyens de défense de l'adversaire ainsi que les pouvoirs du juge eu égard tant au comportement des parties que de la situation litigieuse, le résultat sur le fond du droit litigieux est susceptible de varier. L'efficacité de la stratégie n'est pas certaine. D'où désormais l'étude de la stratégie lors de l'instance diligentée.

[2726] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 36.

Titre 2 : La stratégie dans le cadre de l'instance diligentée

283. Conformément au principe dispositif *« la direction du procès est abandonnée aux plaideurs »*. Ces derniers ont donc le pouvoir de prendre l'initiative d'engager un procès, le juge ne pouvant se saisir d'office[2727] mais sont aussi libres d'y mettre un terme, par exemple, par le biais d'une conciliation, d'un désistement ou d'une transaction[2728]. La liberté des plaideurs ayant trait à la fixation du cadre de l'instance n'est peut-être pas de même nature une fois le procès engagé. Les principes de procédure gouvernant le procès administratif permettent d'effectuer des analogies avec la procédure civile[2729]. En revanche, la comparaison trouve ses limites en matière pénale au regard de la spécificité de celle-ci entraînant plusieurs phases et une certaine inégalité entre les parties selon le moment du procès par exemple en ce qui concerne les moyens de preuve dans la phase de l'enquête[2730] alors qu'un rapport plus équilibré semble être établi lors de la phase des débats notamment avec l'instauration par la loi du 15 juin 2000 de l'interrogatoire à l'audience[2731]. Le but de l'instance étant le règlement du litige devant le juge, ce dernier est doté de prérogatives apportant des garanties aux parties mais aussi des limites à la volonté individuelle de celles-ci ayant en conséquence une incidence sur la stratégie en la matière. L'instance étant la phase judiciaire du procès[2732], elle n'est qu'une phase parmi d'autres et se distingue de celle qui concerne l'exécution du jugement[2733]. D'ailleurs, cette dernière fait l'objet d'un enseignement distinct de celui de la procédure civile même si elle fait partie intégrante du procès. N'étant pas dépourvue d'incidence sur la stratégie procédurale, elle a été évoquée lors du

---

[2727] Sauf dans des cas particuliers comme en matière d'assistance éducative ou de procédures collectives. Cf. G. WIEDERKEHR, « Action en justice », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 6. Ainsi, en matière d'assistance éducative, en application de l'article 375, alinéa 1er, *in fine*, du Code civil, « le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel ». De même, en application de l'article L. 621-12, alinéa 2 du Code de commerce et depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, des articles L. 621-2 alinéa 2 et R. 621-5 du même code le juge peut se saisir d'office pour ouvrir une procédure de sauvegarde ou bien de redressement judiciaire sauf si une procédure de conciliation est en cours conformément aux articles L. 631-5, alinéa 1er , R. 631-3 et R. 631-5 du Code de commerce, ou bien encore une procédure de liquidation judiciaire comme le prévoient les articles L. 640-5 alinéa 1er et R. 640-2 du même code qui a été modifié par le décret n° 2009-160 du 12 février 2009 ayant trait au pouvoir de la cour d'appel. Cf. Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 811.

[2728] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, Presses universitaires de France, 2001, p. 340.

[2729] On constate qu'il est souvent fait référence à la notion d'instance par les spécialistes de droit administratif. Cf. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, n° 95, p. 369.

[2730] L'accusation semble être en position de force par rapport à celle de la défense étant donné notamment qu'agissant en premier elle peut user de moyens « de surprise » pour l'établissement des preuves. Cf. A. TRAVERSI, *La défense pénale, Technique de l'argumentation et de l'art oratoire*, Traduction de Michèle FANTOLI, Bruylant, Bruxelles, 2ième édition, 1999, p. 31.

[2731] A. KRID, *La stratégie de défense pénale devant le Tribunal correctionnel*, Mémoire dans le cadre du Master II Professionnel « Expertise dans le procès pénal », Sous la direction de Geneviève CASILE-HUGUES, Institut de Sciences Pénales et de criminologie, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006, p. 7 ; 49.

[2732] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, n° 93, p. 366 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 489, p. 351.

[2733] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, n° 94, p. 367.

titre premier ayant trait à la stratégie dans la décision d'agir en justice mais ne fera pas l'objet de plus amples développement afin de nous concentrer ici uniquement sur la stratégie de l'instance.

284. Définition de l'instance – L'instance se définit comme la *« procédure engagée devant une juridiction »*[2734] ou *« désigne plus précisément la suite des actes et délais de cette procédure à partir de la demande introductive d'instance jusqu'au jugement ou aux autres modes d'extinction de l'instance (désistement, péremption), y compris instruction et incidents divers (suspension, interruption et reprise d'instance) ; on parle en ce sens du déroulement ou de la poursuite de l'instance »*[2735]. D'une manière générale, on peut faire la distinction entre l'instance principale et les autres instances qui en découlent. On associe à l'instance principale, la première instance, et aux autres instances, les instances dérivées[2736]. Le procès civil comprend souvent plusieurs instances[2737] ou au moins une[2738]. La succession d'instances montre qu'une fois le juge dessaisi peut naître une autre instance qui résulte de l'exercice d'une voie de recours[2739]. Si *« l'initiative privée »*[2740] d'agir en justice résulte d'un choix effectué au départ par le demandeur entre l'action et l'inaction notamment au regard de la stratégie d'attente et de l'évaluation des chances de succès de l'action en justice comme nous l'avons vu dans le premier titre de cette partie[2741], il convient désormais de nous interroger sur l'existence d'une éventuelle évolution de la stratégie pendant l'instance en excluant l'étude à part entière de l'exercice d'une voie de recours mais en nous autorisant néanmoins parfois des parallèles avec celui-ci.

285. La stratégie au regard des obligations découlant du lien d'instance – Pendant ce temps plus ou moins long que comprend l'instance, divers événements susceptibles de survenir peuvent modifier la stratégie de départ, cette dernière devant également tenir compte des obligations découlant du lien d'instance[2742]. Si la fixation du cadre de l'instance s'effectue en

---

[2734] Il s'agit de la « phase d'un procès. Ex. la première instance est celle sui se déroule devant les premiers juges, au premier degré de juridiction, éventuellement suivie d'une instance en appel ou en cassation ». Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Instance», in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 498.

[2735] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Instance», in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 498.

[2736] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 47, p. 42.

[2737] Une même affaire peut donner lieu à plusieurs instances en cas de saisine parallèle d'un autre juge ou bien par exemple de saisine incidente notamment dans l'hypothèse d'une question préjudicielle ou d'un conflit de compétences. Pour d'autres exemples, cf. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, n° 95, p. 371.

[2738] H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 5 ; 10.

[2739] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, n° 95, p. 372.

[2740] Selon l'expression employée par Motulsky, in « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, Chr., p. 94.
En effet, Motulsky pensait qu'il valait mieux faire la distinction entre « le principe dispositif, qui confère la maîtrise sur la *matière* du litige, du principe d'initiative (principe dit « accusatoire »), qui vise le *déroulement* du procès », cité par G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *J.C.P.*, G, 1993, I, 3693, p. 330.

[2741] *Supra n°* 166 et s.

[2742] Qui est considéré comme « la transformation procédurale du litige ». Cf. E. JEULAND, *Droit processuel*, Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, 2ième édition, n° 501, p. 465.

matière civile avant la formation même du lien d'instance[2743], ce dernier crée des devoirs à l'égard des parties[2744] mais également à l'égard du juge[2745]. Plus exactement, l'instance fait naître un lien de droit d'origine légale[2746] entre les parties elles-mêmes ainsi qu'entre celles-ci et le juge[2747] en déterminant la position procédurale de chacun[2748]. Le juge est notamment tenu de faire respecter les droits de la défense qui, s'ils sont très importants en matière pénale[2749], s'imposent aussi en matière civile et sont entendus de manière large en comprenant la « défense des intérêts de chacune des parties »[2750]. Néanmoins, l'encadrement de la liberté individuelle des plaideurs est nécessaire dans le cadre de l'instance, celle-ci ne pouvant être recommencée indéfiniment. Les limites à la volonté des parties résultent notamment des principes directeurs de l'instance dont le juge doit assurer le respect.

286. L'incidence du respect des principes directeurs du procès sur la stratégie procédurale – La mise en place des principes directeurs du procès a effacé les formes anciennes du déroulement du procès[2751]. Ces derniers s'imposent à la fois au juge et aux parties[2752]. D'ailleurs, concernant les magistrats, une proposition a été faite d'une déontologie qui *« ferait référence notamment aux principes directeurs de la procédure civile et pénale, et dont la méconnaissance manifeste serait susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire »* et qui s'inscrirait dans le statut de la magistrature[2753]. Les magistrats, comme les autres professions judiciaires, sont soumis au respect d'une déontologie et notamment à l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature qui énonce l'obligation

---

[2743] Les litigants prennent connaissance du litige qui va être soumis au juge avant la saisine du tribunal. En revanche, en matière administrative, le juge est antérieurement saisi par le biais d'une requête. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 13, p. 14.

[2744] L'instance fait par extension référence à la *« situation juridique des parties en cause ; l'instance est en ce sens un lien juridique source de droits et d'obligations pour les parties à l'instance »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Instance», in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 498.

[2745] H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de Georges BOLARD, Editions Dalloz, 2010, n° 11, p. 66.

[2746] C'est-à-dire des obligations issues de la loi. Cf. E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *R.T.D. civ.*, 2003, n° 36-37, p. 473-474.

[2747] Dès la saisine d'une juridiction, « les parties doivent accomplir un certain nombre de prescriptions (comparaître, conclure, prouver leurs allégations, respecter les délais imposés par le Code, etc.) et le juge aussi (répondre à tous les chefs de la demande, respecter un délai raisonnable pour rendre son jugement…) ». Cf. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Précis Dalloz, 29ième édition, 2008, n° 582, p. 507 et des mêmes auteurs, *Procédure civile*, HyperCours, Editions Dalloz, 2009, n° 3, p. 221.

[2748] E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *R.T.D. civ.*, 2003, n° 37, p. 473.

[2749] Montesquieu écrit ainsi : « …dans les Etats modérés, où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui hôte son honneur et ses biens qu'après un long examen : on ne le prive de la vie que lorsque la patrie elle-même l'attaque ; et elle ne l'attaque qu'en lui laissant tous les moyens possibles de se défendre ». Cf. *De l'esprit des lois*, Tome 1, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, Livre VI, Chap. II, p. 202.

[2750] H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de Georges BOLARD, Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 68.

[2751] L'affrontement physique est désormais remplacé par un conflit verbal. Cf. G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 27.

[2752] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 337.

[2753] Cité par J. LEFEBVRE, « La déontologie du procès », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 65.

de respecter certains devoirs qu'impose l'exercice de cette profession et qui peut avoir une incidence sur la stratégie des parties. Les droits et obligations pendant l'instance qui concernent les parties et le juge nous conduisent à envisager la stratégie au regard d'une part, des moyens de défense de chacune des parties ayant trait à leurs intérêts respectifs (chapitre 1) et d'autre part, des pouvoirs du juge (chapitre 2).

Chapitre 1 : La stratégie de chacune des parties au regard de leurs intérêts respectifs

287. La stratégie des parties dans l'utilisation des droits de la défense – Les droits de la défense sont définis de façon différente selon la matière qu'ils régissent[2754]. En matière civile, il s'agit de l'*« ensemble des garanties fondamentales dont jouissent des plaideurs dans un procès civil pour faire valoir leurs intérêts, au rang desquelles figurent, pour l'essentiel, le principe de la contradiction et la liberté de la défense ; en usage dans la doctrine et la pratique, l'expression a été abandonnée en raison de sa connotation pénale (défense-accusation) par le NCPC qui en a consacré la substance dans les principes directeurs du procès »*[2755]. Par ailleurs, en matière pénale, étant donné que plusieurs phases précèdent l'audience, les droits de la défense immergent celles-ci et peuvent être ainsi définis comme *« les actions qu'ouvre la loi aux personnes poursuivies pour leur permettre de se défendre, de réfuter l'accusation dont elles font l'objet, et de démontrer leur propre thèse »*[2756]. Ces spécificités limitent les analogies avec la matière civile. D'ailleurs, si l'on se place uniquement du côté de l'auteur de l'infraction, la stratégie semble prendre toute son importance lors de l'analyse du dossier et ne pas consister seulement dans la contestation des éléments de l'accusation mais dans l'élaboration d'une véritable *« stratégie défensive »*[2757]. A l'inverse, en matière administrative, la personne publique étant le plus souvent défendeur à l'action, la stratégie conçue par l'administré, considéré comme « la partie faible » du procès, est une stratégie de l'action. Concernant les droits de la défense en matière civile qui nous intéressent ici, la stratégie défensive concerne tant l'attaque que la défense[2758], chacune des parties utilisant, dans son intérêt, au sein du même code *« les mêmes*

[2754] Une distinction est notamment effectuée entre la matière pénale et la matière civile. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Défense (droits de la)», in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 275.

[2755] En matière pénale, ils désignent l'*« ensemble des prérogatives qui garantissent à l'inculpé la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans le procès pénal et dont la violation constitue une cause de nullité de la procédure (C. pén., a. 172) même si cette sanction n'est pas expressément attachée à la violation d'une règle légale. Ex. le droit à l'assistance d'un avocat, la possibilité pour celui-ci d'être tenu au courant du déroulement de la procédure et d'être présent lors des interrogatoires, le caractère contradictoire des débats à l'audience, le droit de poser des questions aux témoins, le droit à la liberté de parole et celui d'avoir la parole en dernier, le droit à un procès loyalement conduit, etc. (Conv. eur. des Dr. de l'Homme, a. 5 et 6) »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Défense (droits de la)», in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 275.

[2756] F. SAINT-PIERRE, *Le guide de la défense pénale*, Editions Dalloz, Paris, 6ième édition, 2011, p. IX.

[2757] A. TRAVERSI, *La défense pénale, Technique de l'argumentation et de l'art oratoire*, Traduction de Michèle FANTOLI, Bruylant, Bruxelles, 2ième édition, 1999, p. 30-34.

[2758] P. SOURIS, *Tactiques et stratégies judiciaires*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 17.

armes »[2759]. Or, afin de se réserver le plus de chances de gagner, il est nécessaire pour le demandeur d'anticiper la réaction de son adversaire[2760]. Ce qui nous amène à envisager la stratégie dans l'attaque du demandeur (section 1) et la stratégie dans les différentes ripostes possibles de l'adversaire ainsi que dans la réaction du demandeur (section 2).

Section 1 : La stratégie dans l'attaque du demandeur

288. Pendant l'instance, la mise en œuvre de la stratégie de l'adversaire est susceptible de faire obstacle à l'efficacité de celle du demandeur et c'est donc au regard de la réaction du défendeur que le demandeur devra adapter sa stratégie de manière à parvenir au résultat souhaité au départ. Etant donné qu'il s'agit d'une réaction pendant le procès, l'on devrait parler de tactique plutôt que de stratégie[2761]. D'où l'importance d'anticiper la stratégie de l'adversaire avant d'intenter un procès[2762]. Toutefois, dans le cadre d'une action en justice comme dans celui de la conduite d'une guerre, *« jamais, on n'éliminera l'incertitude qui tient à l'imprévisibilité des réactions humaines »*[2763]. Selon P. Calamandrei, un grand juriste italien, lors d'un procès, le comportement de l'une des parties va impliquer une riposte de la part de son adversaire, qui n'est pas toujours prévisible[2764]. En anticipant la réaction de l'adversaire, le demandeur compare les éléments lui permettant d'obtenir gain de cause avec ceux dont dispose le défendeur à l'appui de sa demande. Or, selon la matière litigieuse, il semble parfois judicieux pour le demandeur, avant d'agir au fond, d'obtenir du juge l'autorisation de prendre des mesures pour conserver ses moyens de preuves ou bien encore les biens saisissables appartenant à son débiteur[2765] sans que ce dernier en ait été préalablement informé. Pour ce faire, le demandeur peut saisir une juridiction en effectuant une requête à l'insu de l'adversaire c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure unilatérale. Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure impliquant l'adversaire, le demandeur peut modifier sa stratégie par le biais de demandes incidentes et notamment additionnelles, ou en adoptant une autre attitude par exemple en accélérant la procédure tout en

---

[2759] *« Comme le procès est une longue marche, il (le justiciable) aura tout le temps de faire une amère constatation qui risque de gâcher son plaisir : son adversaire va trouver dans le même code les mêmes armes pour paralyser, retarder, contrarier son action et même parfois la stimuler, ce qui contrairement à ce que l'on pourrait penser ne va pas nécessairement le réjouir, car c'est peut-être précisément à ce moment-là que lui voudrait la voir souffler un peu. S'il est pressé d'arriver au but, c'est-à-dire à la décision, c'est son adversaire qui prendra son temps et qui le fera prendre aux juges. S'il estime au contraire que la difficulté, la complexité de son affaire justifient une instruction plus complète et requièrent le maximum d'informations, alors l'autre partie se sentira soudain prise du désir d'en finir au plus tôt et s'efforcera de communiquer aux juges cette promptitude, louable pour l'un, détestable pour l'autre. Il ne va pas tarder à constater que, parce que la procédure n'est pas l'arme d'un seul, ses délices sont empoisonnées »*. Cf. M. AYDALOT, *Magistrat*, Editions Robert Laffont, 1976, Paris, p. 138-139.

[2760] J.-F. PHELIZON, *L'action stratégique*, Editions Economica, 1998, p. 5.

[2761] Selon SUN TZU : *« celui qui sait remporter la victoire en modifiant sa tactique selon la situation de l'ennemi mérite de passer pour divin »*, in *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 177.

[2762] Cf. *Supra* n° 174.

[2763] R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962, édition de 2004, Imprimé en juillet 2008, p. 22.

[2764] L'instance peut ainsi être assimilée à *« une situation juridique fluide et à une source variable d'attentes, de possibilités et d'obligations, dont chacune donne à l'évolution du procès de nouvelles orientations et ouvre aux parties de nouvelles perspectives »*. Cf. CALAMANDREI, « Il processo com giuoco », in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II., Padova, 1950, p. 492, cité par S. ANDRINI, « Huizinga et le droit : le procès et le jeu en Italie », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 60.

[2765] Cf. *Supra* n° 175 et s.

tenant compte de la tactique du défendeur. La stratégie du demandeur est différente selon qu'il engage une procédure unilatérale c'est-à-dire sur requête ou bien une procédure contradictoire impliquant la citation de l'adversaire à l'audience. Alors que dans la première hypothèse, la stratégie vise essentiellement à pallier le rejet de la requête par le juge, dans la seconde, elle tend à tenir compte des moyens de défense de l'adversaire afin d'atteindre le but poursuivi au départ. D'où la distinction de la stratégie du demandeur selon qu'elle concerne une procédure unilatérale (§1) ou contradictoire (§2).

§1 : La stratégie du demandeur dans le cadre d'une procédure unilatérale

289. Le domaine de prédilection de la requête est la matière gracieuse. Cependant, dans certains cas, la procédure sur requête, qui implique une inversion du contentieux, n'exclut pas obligatoirement celui-ci. D'où une possible analyse de la stratégie relative à la procédure sur requête dans le cadre de cette étude.

290. La stratégie dans l'efficacité de la requête quant à l'évaluation des chances de succès de celle-ci – La stratégie se confond avec la raison d'être de l'institution puisque pour que la requête soit efficace, en dehors du respect des conditions de forme qui sont exigées pour sa validité, celle-ci doit remplir les conditions de fond requises pour être acceptée. Or, en cas d'irrégularité, il est possible de faire une requête en rectification et en cas d'incomplétude de compléter la requête en rajoutant les éléments manquants. En dehors de l'évaluation des chances de succès de celle-ci consistant notamment dans le respect des formes requises pour sa validité, une stratégie tendant à son efficacité peut peut-être être mise en œuvre en permettant de pallier le rejet par le juge de celle-ci.

291. Une stratégie incertaine pour une requête efficace en cas de rejet de celle-ci par le juge – Lorsque la requête donne lieu à une ordonnance de rejet, celle-ci peut faire l'objet d'un appel en application de l'article 496 alinéa 1er du CPC sauf si elle a été rendue par le premier président de la cour d'appel. Il n'en demeure pas moins qu'il ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse rendu le 14 février 2002 qu'une nouvelle requête peut être effectuée dès lors qu'elle tend aux mêmes fins qu'une précédente rejetée, l'ordonnance sur requête n'étant pas dotée de l'autorité de la chose jugée. Conformément à cette solution, il peut donc être judicieux pour le requérant qui se heurte à un refus du juge de faire droit à sa requête d'en effectuer une seconde susceptible d'être examinée par un autre juge du même tribunal qui y fera droit. Telle a été la stratégie adoptée par le requérant dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 14 février 2002 précité[2766]. Cependant, cette solution a suscité des critiques et l'on s'est interrogé sur la question de savoir si ce comportement du requérant n'était pas contraire à la règle prévoyant un appel en

[2766] En l'espèce, le requérant, qui avait demandé sans succès au président ayant rendu une ordonnance de rejet de rétracter celle-ci, avait réitéré sa requête initiale à laquelle il a été fait droit par le vice-président du même tribunal.

cas de rejet par le juge de la requête[2767]. Cette stratégie est donc fragile et pourrait être condamnée par le juge décidant que dès lors qu'un recours est prévu en cas de rejet de la requête, seul celui-ci pourrait être intenté pour contester l'ordonnance. S'il en est décidé ainsi à l'avenir, toute stratégie est éliminée en l'absence de choix possible. A l'inverse, en cas de choix, il semble plus habile de procéder à plusieurs requêtes successives tendant aux mêmes fins plutôt que d'avoir recours à l'article 496 du CPC, l'appel d'une ordonnance de rejet devant respecter certaines conditions pour être efficace. La stratégie dans le cadre d'une procédure sur requête unilatérale semble donc limitée, incertaine et se confondre avec le but de l'institution. En est-il de même en cas de procédure impliquant la présence de l'adversaire au procès ?

§2 : La stratégie du demandeur dans le cadre d'une procédure contradictoire

292. Le style et le contenu des premières écritures – Dans le cadre de la présentation de l'adversaire, il convient de ne pas « avilir le méchant, personne n'a à y gagner et l'excès fera réagir le juge par souci d'équité à l'inverse du sens souhaité. Il s'agira plutôt de ternir sobrement l'attitude du « méchant » avec des termes choisis et mesurés et en s'appuyant sur des preuves obtenus loyalement »[2768]. Concernant la présentation de la demande, s'il est opportun notamment au regard de la jurisprudence *Césaréo* d'énoncer tous les moyens permettant d'obtenir gain de cause, il ne paraît pas judicieux de faire état de tous les arguments susceptibles d'être invoqués par l'adversaire[2769]. Un oubli d'un moyen dans les écritures présentées devant les premiers juges peut faire obstacle à son invocation ultérieure devant la Cour de cassation en application du principe de cohérence pouvant concerner une simple abstention[2770]. Dans le cadre spécifique du divorce, l'assignation peut faire état de la fixation du montant des dettes dont est tenu l'autre époux sur le fondement de l'article 255, 6° du Code civil afin d'éviter le cas du refus du paiement d'une dette échue engendrant de nouveau un contentieux avec un créancier[2771]. En revanche, si en application de l'article 257-2 du Code civil, *« à peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux* », cette mesure, dont le but est notamment d'instaurer un débat

[2767] Monsieur le Professeur Yves Strickler regrette que toute autorité de chose jugée soit déniée à l'ordonnance sur requête permettant d'aboutir à une telle solution. Selon le Professeur Roger Perrot, cette solution aurait pu être évitée en se référant à l'article 496 du CPC prévoyant qu'il peut être interjeté appel de l'ordonnance de rejet si cette disposition permettait de faire obstacle à l'adoption d'un autre comportement dans cette hypothèse. Cf. R. PERROT, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », in *Etudes offertes à Jacques NORMAND, Justice et Droits fondamentaux*, Editions du Juris-Classeur, Litec, 2003, n° 9, p. 393.

[2768] J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 61.41, p. 127.

[2769] En effet, *« en accordant de l'importance aux arguments possibles de l'adversaire, non seulement on accroît leur présence dans l'esprit du juge, mais on leur reconnaît le statut d'un argument plausible, pertinent, qu'on n'a pas le droit de négliger. C'est la raison pour laquelle souvent les avocats ne font guère allusion dans leur exposé, aux arguments que leur adversaire pourrait développer, se réservant d'y répondre dans une réplique qui fera état, non plus des arguments éventuels de l'adversaire mais de ceux qu'il a effectivement développés »*. Cf. Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Editions Dalloz, 2ième édition, 1999, n° 85, p. 160.

[2770] Par exemple, selon la jurisprudence, si le salarié ne conteste pas en première instance ni la réalité de la suppression de son emploi, ni l'impossibilité de son reclassement, il ne lui est pas permis par la suite de *« proposer devant la Cour de cassation un moyen incompatible avec la thèse qu'il a soutenue devant les juges »*. Cité par N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 147.

[2771] B. WEISS-GOUT, C. ROBBE-PHAN, « L'anticipation, pendant la procédure de divorce, de la future liquidation du régime matrimonial », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 21, n° 3, p. 12.

contradictoire sur le règlement de la liquidation du régime matrimonial susceptible d'engendrer des points d'entente ou au contraire de désaccord incitant au plus tôt à faire appel à un notaire pour éclaircir la situation patrimoniale des époux, ne semble pas très efficace puisque le juge ne peut relever d'office cette irrecevabilité et que l'adversaire n'a pas intérêt à la soulever, celle-ci retardant fatalement l'issue du litige[2772]. Cette spécificité doit donc être vue comme un moyen permettant de faire gagner du temps aux parties. Par ailleurs, toujours dans ce domaine, dès lors que le contentieux du divorce comporte un élément d'extranéité, il convient de rédiger en plus de la demande principale, des demandes qui en découlent concernant notamment le règlement des conséquences du divorce eu égard notamment au règlement de la pension alimentaire ou des obligations alimentaires à l'égard des enfants afin d'éviter des décisions contradictoires en la matière dès lors que la juridiction d'un autre Etat est susceptible d'être saisie en la matière. Par ailleurs, de façon plus générale, la façon d'exposer les prétentions avec les moyens sur lesquels elles s'appuient par le biais de différents paragraphes ou rubriques permet de bien mettre en évidence chaque demande[2773]. La description des faits ainsi que l'invocation des moyens de preuve à l'appui de ces derniers sont d'une grande importance pour obtenir gain de cause[2774], mais il convient également selon l'objet de la demande et notamment en matière délictuelle de mentionner un montant non pas excessif[2775] mais suffisamment élevé, le juge ne pouvant statuer *ultra petita*[2776]. D'ailleurs concernant le montant de la demande il convient de se demander s'il n'est pas parfois judicieux de laisser la demande indéterminée dans le but de se réserver une voie de recours plutôt que de la chiffrer. Dans certains cas, cependant, le choix est inexistant. Par exemple, en droit des personnes, de la famille, du travail, la demande est indéterminée[2777]. Certes, celle-ci a une incidence sur le taux de compétence puisque c'est le TGI qui, dans ce cas est compétent plutôt que le TI en cas de compétence concurrente entre ces deux tribunaux et permet d'intenter un appel[2778]. Pourtant, elle comporte des risques. En effet, il n'est

---

[2772] B. WEISS-GOUT, C. ROBBE-PHAN, « L'anticipation, pendant la procédure de divorce, de la future liquidation du régime matrimonial », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 21, n° 17-19, p. 13-14.

[2773] *« Un texte mal présenté, difficile à suivre, rebutera le lecteur et lassera rapidement son attention, au préjudice du concluant dont les subtilités du raisonnement pourront passer inaperçues, comme noyées dans la grisaille et survolées hâtivement »*. Cf. P. ESTOUP, « Réflexions sur l'Art de Conclure », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, Doctrine, n° 7, p. 238 ; n° 18, p. 240.

[2774] D'où l'intérêt de bien mentionner dans les conclusions les pièces qui seront versées aux débats. Cf. P. JOURDAIN, « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 1983, Doctrine, n° 13, p. 416.

[2775] Qui décribiliserait l'avocat et pourrait faire obstacle à toute transaction ultérieure. Cf. P. ESTOUP, « Réflexions sur l'Art de Conclure », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, Doctrine, n° 9, p. 238-239.

[2776] Il convient de laisser une marge de manœuvre au magistrat qui ne peut accorder une indemnisation plus importante que celle qui est demandée par les plaideurs dans le cadre de la réparation de leur préjudice. Cf. J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 62.27, p. 137. D'ailleurs, le juge ne se prononce pas si aucun montant concernant la demande en dommages-intérêts n'a été mentioné. Cf. P. ESTOUP, « Réflexions sur l'Art de Conclure », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, Doctrine, n° 9, p. 238.

[2777] Il en est de même pour les demandes concernant une obligation de faire. Cf. J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 63.22, p. 146.

[2778] Notons toutefois qu'en cas de valeur du litige indéterminé, si l'action a pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant est fixé, la répartition du taux de compétence et celle du taux de ressort s'effectuent en fonction de celui-ci. Cf. J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 63.26, p. 148.

pas toujours certain que la demande puisse être indéterminée. Or dans cette hypothèse, le juge est susceptible de ne pas admettre le caractère indéterminé de la demande notamment lorsqu'il a connaissance de certains éléments lui permettant d'en faire l'évaluation. Par ailleurs, le juge a la possibilité de soulever l'irrecevabilité de la demande lorsqu'il estime n'être saisi d'aucune prétention par exemple en cas d'absence d'éléments de nature à permettre son évaluation ou lorsque le montant n'est pas déterminable[2779]. En cas de souhait d'obtention du paiement d'une indemnité issu de l'article 700 du CPC à la charge de l'adversaire afin de pouvoir rembourser les frais du procès qui comprennent essentiellement les honoraires de l'avocat, il convient d'en faire expressément la demande dans les conclusions, le juge, tenu par les termes du litige, ne pouvant l'accorder d'office. De plus, le montant de ce paiement étant fondé sur l'équité c'est-à-dire sur les ressources des plaideurs ainsi que la bonne foi de ces derniers, une argumentation ayant trait à la réunion de ces éléments est donc la bienvenue[2780]. Il convient de ne pas négliger les conditions de forme requises pour que l'acte soit efficace. Or celles-ci varient selon la nature des premières écritures. Depuis, le décret du 16 décembre 1998 dont est issue la nouvelle rédaction de l'article 56 du CPC, l'assignation doit comporter à la fois les moyens de fait et de droit[2781] quel que soit le tribunal saisi, bien que le fondement juridique peut ressortir de manière implicite de l'argumentation si celle-ci a la nature d'un raisonnement juridique[2782]. Cette charge incombant aux parties est accomplie dans l'intérêt d'une bonne justice et dans celui du défendeur[2783]. Ainsi, le décret précité permet à la partie qui souhaite effectuer une action en justice de vérifier auparavant la teneur juridique de sa demande en justice[2784] et facilite donc l'évaluation des chances de succès de cette dernière. En revanche, si la saisine d'une juridiction est effectuée par le biais de la requête conjointe, seules les mentions qui concernent l'identification des parties, l'indication du tribunal compétent et la désignation des immeubles

---

[2779] J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 63.22, p. 148.

[2780] En évitant ainsi de se contenter d'une formule telle que : *« Il apparaîtrait inéquitable au tribunal de laisser à l'entière charge de X… le montant des frais irrépétibles qu'il a dû exposer pour avoir satisfaction en justice de ses droits les plus légitimes »*. Cf. J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 63.51, p. 152.

[2781] B. DAILLE-DUCLOS, « Le décret du 28 décembre 1998 : Une véritable réforme de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., p. 823. Cf. aussi C. HANNOUN, « Observations sur les nouvelles exigences de forme dans les écritures des parties (à propos du décret du 28 décembre 1998), *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., n° 6, p. 827 ; M. DOUCHY, « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile : l'adoption partielle des propositions du rapport de J.-M. Coulon », *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., n° 1 et 2, p. 832 ; S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, Chron., n° 21, p. 67-68 ; H. CROZE, « Assignation », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 10, 2002, n° 25, p. 6-7 ; G. BOLARD, « Les écritures qualificatives », *J.C.P.*, G., 2000, I, 214, n° 1, p. 515.

[2782] H. CROZE, « Assignation », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 10, 2002, n° 25, p. 7. La qualification est susceptible d'être implicite *« si la règle invoquée est tellement connue qu'elle est évidente. Ainsi, sans que soit expréssement invoqué l'article 1382 du Code civil, on admettra sans peine que la demande est effectivement qualifiée si, hors application d'un contrat, elle prétend constater dans les faits litigieux un préjudice, une faute et un lien de causalité »*. Cf. G. BOLARD, « Les écritures qualificatives », *J.C.P.*, G., 2000, I, 214, n° 5, p. 516.

[2783] Elle contribue notamment à assurer certaines valeurs telles que « la courtoisie, la délicatesse, les bonnes manières et la bienveillance » en droit judiciaire privé. Cf. P. JULIEN, « Courtoisie, délicatesse, bienveillance... Et droit judiciaire », in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Université de Lausanne, Faculté de Droit, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 1, p. 363 ; n° 7, p. 367 ; n° 22, p. 381.

[2784] J. NORMAND, « Ecritures, représentation et motivation », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 53.

sont prescrites sous peine d'irrecevabilité. Si la nullité de l'acte pouvait résulter de l'omission des autres mentions requises également pour l'assignation, elle irait à l'encontre de la raison d'être de la requête conjointe qui, par définition, est « l'œuvre commune des parties »[2785]. La requête unilatérale, quant elle, est soumise aux mentions de l'article 58 du CPC exigées sous peine de nullité[2786]. D'où peut-être une stratégie dans le choix de la nature de l'acte destiné à saisir la juridiction lorsqu'un tel choix est possible.

293. Le choix de l'acte de procédure ayant vocation à saisir la juridiction – Les parties peuvent préférer avoir recours à la requête conjointe plutôt qu'à l'assignation afin d'éviter d'éventuelles contestations ultérieures. Si le mode le plus courant d'introduction de l'instance est l'assignation, il existe une certaine stratégie pour les parties d'avoir recours à un mode particulier qui est une convention appelée la requête conjointe. En effet, par le bais de cette modalité définie par l'article 57 du CPC comme *« l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs »*, les parties vont pouvoir fixer l'objet du débat et limiter ainsi les pouvoirs du juge tout en ayant aussi la possibilité de lui confier la mission de juger en amiable compositeur[2787] en application de l'article 57-1 du même code. Par ailleurs, elles peuvent y insérer un aménagement des règles de procédure ayant trait au déroulement du procès à condition de respecter les dispositions d'ordre public[2788]. De plus, cette voie est offerte aux parties dans toutes les matières contrairement au recours à la convention d'arbitrage qui n'est envisageable que dans les domaines où ces dernières ont la libre disposition de leurs droits. Les parties peuvent aussi par le biais de la requête conjointe demander au juge qu'il désigne un médiateur ou un conciliateur[2789]. Par exemple, si le but est d'éviter de se prononcer sur le fondement juridique de la demande en raison d'une certaine incertitude en la matière, il convient par le biais par exemple d'un acte différent de l'assignation de laisser le juge maître du droit. En effet, il ressort d'un arrêt de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 21 décembre 2007[2790] que le juge n'a pas l'obligation de modifier le fondement juridique de la demande dans le cas où les plaideurs se seraient prononcés sur ce dernier. On peut donc en déduire *a contrario* que lorsque le demandeur n'a pas précisé le fondement de sa demande, le juge a l'obligation de rechercher le fondement juridique adéquat. Néanmoins, le recours à la requête conjointe, qui n'encourt pas la nullité en cas de défaut de certaines de ses mentions

---

[2785] Ph. HOONAKKER, « Actes introductifs d'instance », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 172.43, p. 483.

[2786] Il s'agit de l'objet de la demande et de l'identification des parties. Cf. Ph. HOONAKKER, « Actes introductifs d'instance », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 172.52, p. 484.

[2787] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 38.

[2788] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 39.

[2789] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 51.

[2790] *Infra* n° 395.

pourtant identiques à l'assignation[2791], est rare[2792] puisqu'il implique un accord des parties sur la saisine d'une juridiction en commun ainsi qu'une « collaboration effective » pour la rédaction de l'acte[2793]. De plus, l'énonciation des moyens respectifs des parties semble devoir être plus précise que pour l'assignation[2794]. La stratégie dans le recours à la requête conjointe plutôt qu'à l'assignation dans le seul but d'éviter les sanctions de l'omission des mentions de celle-ci paraît ainsi inappropriée d'autant qu'il n'est pas certain qu'un tel recours soit possible lorsque un texte prévoit l'assignation comme mode d'introduction de l'instance[2795]. Mais il en va différemment du recours à la requête unilatérale, cette dernière n'étant néanmoins envisageable que dans des cas précis, ce qui restreint le choix en la matière. D'une manière plus générale, quel que soit l'acte de procédure qui a vocation à permettre la saisine d'une juridiction, il convient d'en respecter les formes. A défaut, l'acte peut être dépourvu d'efficacité et le délai de prescription continuant de courir, le demandeur risque de ne pas pouvoir agir en justice en raison de la prescription de son action. Ce qui nous conduit à faire état d'une stratégie fondée sur la régularisation d'un acte entâché d'irrégularités.

294. La stratégie tendant à pallier la sanction susceptible d'être encourue par un acte introductif d'instance entâché d'un vice – A tous les stades du procès, un acte entâché d'irrégularités est susceptible d'avoir des conséquences sur le fond du droit litigieux en raison notamment du dépassement des délais pour agir en justice ou intenter une voie de recours. D'où la vigilance dans le respect des formes concernant la rédaction des actes de procédure et en cas d'erreur commise, la rectification rapide de celle-ci pour éviter toute forclusion en la matière. Le respect des formalités des actes de procédure tend à l'efficacité de ces derniers. Par exemple, pendant longtemps, la saisine d'un juge incompétent dans le cadre de la transformation d'une saisie conservatoire en saisie d'exécution pouvait faire perdre à la saisie conservatoire son efficacité. En effet, si l'article 48 de l'ancien Code de procédure civile donnait au créancier, qui avait effectué une saisie conservatoire, un délai pour assigner en validité ou au fond, à peine de caducité de la saisie, la question se posait de savoir quelles étaient les conséquences de la saisine d'une juridiction incompétente par le créancier. La réponse a été donnée par la deuxième

---

[2791] En effet, les mentions imposées par le législateur pour son élaboration sont exigées à peine d'irrecevabilité et non de nullité comme c'est le cas pour l'assignation conformément à l'article 57 alinéa 2 du CPC. Cf. L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 39.

[2792] Ph. HOONAKKER, « Actes introductifs d'instance », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 172.161, p. 494.

[2793] Ph. HOONAKKER, « Actes introductifs d'instance », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 172.42, p. 483.

[2794] « C'est qu'en la matière, l'objectif est de saisir le juge, *ab initio*, du litige dans toute sa dimension, tant factuelle que juridique ». Cf. Ph. HOONAKKER, « Actes introductifs d'instance », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 172.42, p. 483.

[2795] Selon Monsieur le Professeur Philippe Hoonakker, il n'est d'ailleurs pas envisageable au regard de la mise en œuvre du principe d'interprétation : *speciala generalibus derogant*. Cf. Ph. HOONAKKER, « Actes introductifs d'instance », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 172.161, p. 494.

Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 mai 1990 dans lequel, elle a énoncé qu'il fallait uniquement tenir compte de l'instance engagée devant une juridiction compétente pour prendre en compte le respect du délai imparti[2796]. D'où le danger en cas de saisine d'un juge incompétent puisque celle-ci ne suspendait pas le délai et qu'en conséquence la mesure conservatoire pouvait devenir caduque. Depuis la réforme des voies d'exécution, on se réfère à l'article 70 de la loi du 9 juillet 1991 ainsi qu'à l'article 215 du décret du 31 juillet 1992. Or, la compétence du juge devant statuer au fond est déterminée indépendamment de l'existence de la mesure conservatoire pratiquée par le créancier, et l'article 215, à la différence du texte ancien, n'énonce pas que la procédure doit être introduite devant la juridiction compétente. Il est donc difficile d'interpréter ce nouveau texte[2797] et c'est la raison pour laquelle, il a pu être conseillé de se munir des mêmes garanties que sous l'empire de l'ancien texte[2798]. Toutefois, il a été jugé que la saisine d'un juge incompétent ne faisait pas obstacle à ce que le créancier se désiste de son instance et effectue une assignation devant la juridiction compétente. La Cour de cassation a énoncé que le créancier qui, après avoir introduit une procédure tendant à l'obtention d'un titre exécutoire devant un juge incompétent, délivre de nouveau une assignation aux mêmes fins devant la juridiction compétente dans les délais prévus par l'article 215 du décret du 31 juillet 1992 puis se désiste de l'instance engagée initialement, respecte les exigences posées par l'article précité[2799]. L'importance accordée à la vigilance concernant la saisine de la juridiction compétente dépend des effets du manquement à cette exigence qui varient avec l'évolution du droit. D'une manière générale, on constate que la stratégie consistant à rendre efficace un acte se confond avec le but de la procédure. Il convient donc de respecter les formalités requises et de pallier l'inobservation de ces dernières pour éviter l'inefficacité de l'acte de procédure. Ce dernier étant défini au sens large comme « un acte de volonté (*negocium*) ou un écrit (*instrumentum*), se rattachant à une instance judiciaire et pouvant être l'œuvre des parties et de leurs mandataires ou des juges et de leurs auxiliaires »[2800], on peut en déduire que les conclusions ayant pour objet, en application de l'article 4 du CPC de faire connaître aux juges les prétentions des parties sont des actes de procédure[2801]. Dès lors que les conditions requises pour sa validité ne sont pas respectées, la nullité de ce dernier risque d'être prononcée. Certes, la jurisprudence a donné parfois des solutions en cas d'inobservation de certaines formalités en montrant que l'acte n'encourt pas toujours la nullité. Les nullités de fond sont limitativement énumérées par l'article 117 du CPC en application d'un arrêt d'une Chambre mixte du 7 juillet

---

[2796] *Bull. civ*. II, n° 101.

[2797] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 516.66, p. 293.

[2798] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 516.68, p. 294.

[2799] *Bull. civ.*, II, n° 97, p. 84. Toutefois, dans cette affaire, le désistement de l'instance du créancier s'est effectué après la saisine de la juridiction compétente, d'où une continuité dans le lien processuel pouvant expliquer la solution retenue par les juges. Cité par J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 515.41, p. 289. En effet, le désistement qui entraîne l'extinction de l'instance selon l'article 398 du CPC pouvait ne pas être pris en compte étant donné qu'il n'avait eu lieu que postérieurement à la nouvelle assignation qui tendait aux mêmes fins que la précédente. Cf. C. BRENNER, Cass. civ. 2ième, 3 avril 2003, *D*. 2003, IR, p. 1138.

[2800] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Acte », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 19.

[2801] P. JOURDAIN, « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 1983, Doctrine, n° 1, p. 415.

2006, n°03-20.026. De même, certains articles du CPC permettent de régulariser l'acte. D'une manière générale, il convient de se renseigner sur l'identité de l'adversaire[2802]. En effet, dans un arrêt du 12 février 2004 de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, les conclusions d'une société ont été déclarées irrecevables en raison de la mention de son ancienne dénomination ainsi que de son ancienne adresse de son siège social. Une solution identique a d'ailleurs été rendue en cas de désignation d'un siège fictif[2803]. Par ailleurs, selon qu'il s'agit d'une nullité de forme ou de fond, un grief doit ou pas être invoqué par l'adversaire. Parfois, en cas de nullité de fond, le juge soulève d'office la nullité. Ainsi, le vice de nullité ayant plus ou moins de chance d'être relevé, le demandeur qui se rend compte de son erreur rapidement a intérêt à refaire l'acte plutôt que de poursuivre la procédure au risque par la suite d'être forclos. Concernant l'assignation, il convient donc d'effectuer une nouvelle assignation dans les formes requises. En cas de non-respect des mentions exigées en application de l'article 56 du CPC, il est possible de régulariser l'acte[2804] tant que le délai de prescription de l'action ne s'est pas encore écoulé. Il en est de même pour les conclusions devant la Cour d'appel ou pour le pourvoi en cassation, bien que pour ce dernier, la question semble plus délicate en raison de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut »[2805]. Certes, si les mentions énoncées à l'article 56 du CPC sont exigées à peine de nullité, il s'agit d'une nullité pour vice de forme[2806] impliquant la preuve d'un grief. Par exemple, en cas d'absence de qualification en droit, le défendeur est susceptible d'invoquer le grief de l'impossibilité de se défendre en raison de la méconnaissance des fondements juridiques auxquels il doit répondre entraînant ainsi la nullité de l'acte pour vice de forme[2807] bien que selon Monsieur le Professeur Georges Bolard, il s'agisse d'une nullité de fond[2808]. Ce grief consistant dans l'impossibilité de se défendre semble d'ailleurs incertain selon Monsieur le Professeur Patrice Jourdain car selon ce dernier, il ne peut être à lui seul constitutif d'un grief. De plus, le fondement juridique ne doit pas obligatoirement être mentionné expressément, notamment lorsqu'il est évident. Pourtant ce caractère évident peut sembler discutable car c'est parfois en cas d'hésitation que les parties vont préférer laisser au juge le choix du fondement juridique. Or, justement, en cette matière, selon le fondement juridique invoqué, les conséquences sont différentes. Si en cas d'hésitation, les plaideurs peuvent être tentés de ne pas mentionner le fondement juridique de leur demande, ils se ferment néanmoins une éventuelle voie de recours en cassation, le moyen soulevé devant la Cour de cassation pouvant être déclarée nouveau et donc irrecevable ou mélangé de fait et de droit. Par ailleurs, le grief du défaut de réponse à conclusions pourrait ne pas prospérer au regard de l'imprécision des

---

[2802] *Supra* n° 168 et s.

[2803] J.-M. DENIEUL, *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, n° 64.12, p. 163.

[2804] C. HANNOUN, « Observations sur les nouvelles exigences de forme dans les écritures des parties (à propos du décret du 28 décembre 1998), *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., n° 6, p. 827.

[2805] *Infra* n° 295.

[2806] H. CROZE, « Assignation », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 10, 2002, n° 18, p. 5.

[2807] B. DAILLE-DUCLOS, « Le décret du 28 décembre 1998 : Une véritable réforme de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., p. 823. Cf. aussi C. HANNOUN, « Observations sur les nouvelles exigences de forme dans les écritures des parties (à propos du décret du 28 décembre 1998), *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., n° 6, p. 827 ; S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, Chron., n° 22, p. 68.

[2808] G. BOLARD, « Les écritures qualificatives », *J.C.P.*, G., 2000, I, 214, n° 6-8, p. 516-517.

écritures[2809]. Il est donc bienvenu désormais de s'interroger sur la rédaction des écritures afin de ne pas se fermer une éventuelle voie de recours en s'interrogeant sur la stratégie consistant à pallier l'irrégularité de la formation du pourvoi en cassation.

295. L'efficacité du recours en cassation au regard des conséquences de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » sur la régularisation d'un premier pourvoi irrégulier – La question s'est posée de savoir si un second pourvoi pouvait être formé alors qu'un premier pourvoi irrégulier ou susceptible d'être déclaré irrecevable avait déjà été effectué contre la même décision. Or, lorsque des pourvois successifs sont formés par le même plaideur contre la même décision sur un moyen identique, en application de l'article 621 du CPC[2810] dont découle la règle prétorienne « pourvoi sur pourvoi ne vaut »[2811], la solution ne semble pas être fixée en la matière. L'incertitude résulte notamment de cette règle prétorienne en vertu de laquelle de nombreux arrêts ont décidé que le second pourvoi devait être déclaré irrecevable dès lors qu'un premier pourvoi avait déjà été formé fût-il irrégulier même si aucune décision n'était encore intervenue sur ce dernier. Pourtant, cette jurisprudence semblait aller à l'encontre des articles 115, 125 et 126 du CPC qui permettent de régulariser des actes irréguliers tant que le juge n'a pas statué et avant toute forclusion[2812]. Elle s'éloignait aussi de l'esprit de l'article 621 du CPC qui exige qu'une décision soit intervenue pour empêcher qu'un second pourvoi soit recevable[2813]. Par exemple, dans un arrêt du 31 mai 1983, la troisième Chambre civile énonce que *« la partie qui a formé un recours en cassation n'est plus recevable à en former un nouveau contre la même décision »*. En l'espèce, il a été décidé que le second pourvoi devait être déclaré irrecevable dès lors qu'un premier pourvoi avait déjà été formé contre la même décision alors que la déclaration constatant la déchéance du premier pourvoi était survenue après la déclaration du second pourvoi[2814]. De même, dans un arrêt du 6 janvier 1987, la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce *« qu'une même personne agissant en la même qualité ne peut former qu'un seul pourvoi en cassation contre la même décision »*, sans même faire état d'une décision sur le premier pourvoi[2815]. Ainsi, en application de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut », il ne semble plus être exigé qu'une décision ait été rendue sur le premier pourvoi pour déclarer le second irrecevable. Toutefois, dans certaines décisions, la Cour de cassation revient sur sa

---

[2809] A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 48, p. 6.

[2810] Selon lequel, hormis le cas de contrariété de décisions résultant des juges du fond, lorsque la Cour de cassation rejette le pourvoi, le déclare irrecevable ou en prononce la déchéance ou lorsqu'elle constate son dessaisissement, la partie qui l'a formé « n'est plus recevable à en former un autre contre le même jugement ».

[2811] P. CHAUVIN, « Vers un abandon de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ? », Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *J.C.P.*, G, 2007, II, 10204.

[2812] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 114.

[2813] Ainsi, la règle prétorienne « pourvoi sur pourvoi ne vaut » *« s'affranchit de l'exigence, posée par l'article 621, d'une décision préalable sur le premier pourvoi : le second pourvoi est irrecevable en raison même de l'existence du premier pourvoi, de sorte que la lettre du texte, sinon l'esprit, est largement outrepassée »*. Cf. P. CHAUVIN, « Vers un abandon de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ? », Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *J.C.P.*, G, 2007, II, 10204. Elle peut donc être considérée comme *« un élargissement surprenant de l'interdiction de réitérer »*. Cf. J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 113.

[2814] Cass. civ. 3ième, 31 mai 1983, n° 80-13453, P, *site internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr*).

[2815] Cass. com., 6 janv. 1987, n° 84-12006, P, *site internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr*). C'est ce qui ressort également d'un arrêt de la même Chambre du 20 décembre 1988. Cf. cet arrêt, n° 87-16490, P, *site internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr*).

jurisprudence antérieure en faisant référence à une décision sur le premier pourvoi pour déclarer le second irrecevable même si celui-ci a été formé avant la survenance de celle-là[2816]. Un arrêt du 3 février 1998 avait laissé entendre que le second pourvoi pouvait être déclaré recevable dès lors qu'il avait été formé avant l'ordonnance déclarant le premier pourvoi irrecevable à condition toutefois qu'il respecte le délai de production du mémoire. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce puisque le second pourvoi a été déclaré irrecevable[2817]. Toutefois, dans des arrêts ultérieurs, le second pourvoi n'a pas été admis alors même qu'il a été formé avant l'ordonnance constatant la déchéance du premier pourvoi[2818]. Pourtant, la jurisprudence semble être favorable à la régularisation d'un acte. Elle admet en effet depuis longtemps cette dernière alors que les textes n'en prévoyaient pas encore la possibilité[2819]. On peut cependant faire une distinction entre la régularisation et la réitération d'un acte. La régularisation consiste « à réparer un acte défectueux pour le valider *ab initio* »[2820]. Or, par exemple, en cas d'omission de la signification du jugement, il convient non pas de régulariser l'acte mais de le réitérer c'est-à-dire de former un nouvel acte. D'une manière générale, un acte qui n'est pas régulier dans sa forme ou son contenu encourt la sanction de l'irrecevabilité[2821] susceptible d'empêcher la formation d'un second pourvoi en cassation conformément à l'article 621 du CPC à moins que la Cour de cassation se place sur le terrain du non-lieu à statuer lorsqu'elle en a la possibilité. En effet, afin de permettre la réitération d'un second pourvoi, la Cour de cassation a décidé que le premier pourvoi pouvait conduire à un non-lieu[2822]. Tel a été le cas dans une affaire dans laquelle le pourvoi en cassation a été formé selon les modalités de la procédure sans représentation obligatoire en application d'une notification inexacte qui devait au contraire mentionner que la procédure nécessitait la constitution d'un avocat aux Conseils[2823]. Si le premier pourvoi avait été déclaré irrecevable, le second se serait heurté à l'article 621 du CPC[2824]. En revanche, concernant la régularisation du premier pourvoi entâché d'irrégularité matérielle, la Cour de cassation semble admettre assez largement la régularisation par le biais d'un second pourvoi effectué dans les formes requises.

[2816] C'est par exemple ce qui résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 27 juin 1990. En l'espèce, le second pourvoi avait été formé uniquement pour le cas où le premier pourvoi serait déclaré irrecevable. Cf. cet arrêt, n° 89-13296, P., *site internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr*).

[2817] En effet, dans cet arrêt, la première Chambre civile de la Cour de cassation énonce qu'« il importe peu que la déclaration du second pourvoi soit antérieure à la date de l'ordonnance constatant la déchéance du premier, dès lors que cette déclaration est postérieure à l'expiration du délai de cinq mois suivant le premier pourvoi ». Cf. Cass. civ. 1ère, 3 févr. 1998, n° 96-16029, P, *site internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr*).

[2818] C'est ce qui résulte notamment d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2003, n° 01-17269, P, *site internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr*).

[2819] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 114.

[2820] Dans un sens large, il s'agit de l'« action de rendre un acte ou une situation conforme à la règle ». Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Régularisation», in *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 792. Concernant plus particulièrement le pourvoi en cassation, « une opération de régularisation au sens technique du terme n'est concevable que si la réfection peut être effectuée dans les délais impartis pour le cheminement du pourvoi défectueux. A défaut, la seule bouée de sauvetage est la réitération d'un nouveau pourvoi dont la procédure sera soumise à son propre calendrier ». Cf. R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *R.T.D. civ.*, 2008, p. 160.

[2821] A. PERDRIAU, « Un pourvoi défectueux peut-il être corrigé ou … remplacé ? », *Gaz. Pal.*, 25 juin 1996, Doctr., n° 19, p. 674.

[2822] Dans cette hypothèse, elle considère que qu'elle n'a pas été saisie de manière régulière et donc qu'elle n'a jamais été saisie. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. civ. 1ère, 24 févr. 2004, *R.T.D. civ.* 2004, n° 7, p. 352.

[2823] En l'espèce, il s'agissait d'une procédure disciplinaire concernant les avocats. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. civ. 1ère, 24 févr. 2004, *R.T.D. civ.* 2004, n° 7, p. 351.

[2824] R. PERROT, Note sous Cass. civ. 1ère, 24 févr. 2004, *R.T.D. civ.* 2004, n° 7, p. 352.

D'ailleurs, dans ce cas, il est possible de réitérer le pourvoi même après l'écoulement du délai du pourvoi[2825]. Plus proches de l'article 621 du CPC, de nombreux arrêts ont décidé que le second pourvoi est irrecevable dès lors qu'il a été formé après qu'une décision a été rendue sur le premier pourvoi. A l'inverse, le second pourvoi a été déclaré recevable dès lors qu'il a été formé avant qu'intervienne une décision relative au premier pourvoi. D'ailleurs, lorsqu'un premier pourvoi a été formé, par exemple, contre un arrêt avant dire droit[2826] c'est-à-dire contre un arrêt contre lequel la voie du recours en cassation n'est pas encore ouverte, la Cour de cassation a décidé que l'article 621 du CPC n'était pas applicable, cette irrecevabilité étant déclarée « en l'état »[2827]. Ainsi, dès lors que la cause d'irrecevabilité a disparu, il semble logique qu'un nouveau recours, désormais recevable, soit possible. Dans le même ordre d'idées, il avait déjà été jugé qu'en cas de désistement d'un pourvoi irrecevable car formé contre un arrêt dont la voie de recours en cassation n'était pas encore ouverte, l'article 621 du CPC ne devait pas s'appliquer[2828]. Dans ces hypothèses, il est donc possible de réitérer le pourvoi. Concernant la question de la recevabilité du second pourvoi en cas de premier pourvoi formé alors que l'arrêt attaqué n'a pas été signifié, les chambres civiles de la Cour de cassation avaient répondu qu'il convenait d'ordonner la jonction des deux pourvois et de déclarer le second pourvoi recevable après avoir déclaré le premier irrecevable sur le fondement de l'article 611-1 du CPC, « dès lors que l'article 125 du CPC l'oblige à relever d'office une fin de non-recevoir résultant de l'absence d'ouverture d'une voie de recours »[2829] et ainsi de ne pas faire application de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut ». L'Assemblée plénière a été saisie pour se prononcer sur la question. Elle décide ainsi dans un arrêt du 23 novembre 2007 rendu par l'Assemblée plénière, qu'un premier pourvoi formé contre un arrêt qui n'a pas été signifié ne fait pas obstacle à la recevabilité d'un second pourvoi concernant un moyen identique et formé contre le même arrêt après que ce dernier ait été signifié mais avant que soit rendu une décision sur le premier pourvoi. En l'espèce, l'Assemblée plénière a déclaré le premier pourvoi irrecevable[2830] et a statué sur le fond du second pourvoi considérant ainsi implicitement ce dernier recevable[2831] certainement sur le

---

[2825] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 121.

[2826] Qui peut être défini comme une « expression consacrée et abrégée (pour « avant de dire le droit », « avant de faire – le cas échéant – droit à la demande »), qui, dans une décision, annonce que celle-ci ne tranche pas la contestation principale, mais qu'elle prend, avant la solution de cette contestation, une mesure destinée à la préparer ou à l'attendre pendant l'instance (en quoi, elle a cependant un caractère juridictionnel). Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Avant dire droit (avant faire droit) », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 98.

[2827] J. VUITTON, « Pourvoi en cassation. Décisions susceptibles de pourvoi », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 752, 2009, n° 16 ; n° 28.

[2828] J. BORE et L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Juin 2010, n° 93.

[2829] P. CHAUVIN, « Vers un abandon de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ? », Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *J.C.P.*, G, 2007, II, 10204.

[2830] En énonçant qu'en application de l'article 611-1 du CPC, « hors le cas où la notification de la décision susceptible de pourvoi incombe au greffe de la juridiction qui l'a rendue, le pourvoi en cassation n'est recevable que si la décision qu'il attaque a été préalablement signifiée ». Or, désormais, depuis le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, la notification doit être effectuée avant l'expiration du délai de mémoire ampliatif et non plus obligatoirement avant le pourvoi. Cf. J. VUITTON, « Pourvoi en cassation. Décisions susceptibles de pourvoi », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 752, 2009, n° 43.

[2831] R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *Procédures*, 2008, Commentaires n° 35.

fondement de l'article 621 du CPC[2832]. Il semble donc que la réitération d'un premier pourvoi par un second pourvoi soit possible à condition qu'aucune décision n'ait été encore rendue lors de l'analyse du second[2833], « la chose jugée s'opposant à ce qu'il en soit à nouveau débattu »[2834]. Il convient ainsi d'éviter de se désister du premier pourvoi, la Cour de cassation pouvant dans ce cas prononcer un arrêt de donner acte dont l'hypothèse est visée à l'article 621 alinéa 2[2835]. Cet arrêt de l'Assemblée plénière tend donc à renouer avec l'esprit de l'article 621 du CPC et permet ainsi d'assurer une meilleure effectivité du droit au juge[2836]. En effet, ce texte prohibe seulement que soit formé un second pourvoi alors qu'une décision de la Cour de cassation serait déjà intervenue sur le premier[2837]. Si la stratégie tendant à pallier l'irrecevabilité d'un premier pourvoi qui n'a pas été signifié consiste à en effectuer un second après la signification de la DC attaquée, le fait que la Cour n'ait pas statué sur le premier pourvoi avant l'examen du second est indépendant de la volonté du demandeur au pourvoi et rend ainsi incertaine ladite stratégie tendant à pallier l'irrecevabilité du premier pourvoi en cassation. Il est donc judicieux pour le demandeur au pourvoi de demander la jonction des pourvois afin d'éviter que la Cour de cassation ne déclare les deux pourvois irrecevables, le premier pourvoi en application de l'article 611-1 du CPC et le second sur le fondement de l'article 621 du même code[2838]. La réitération d'un nouveau pourvoi en cas de défaut de signification de la décision attaquée permet de rendre recevable le second pourvoi assez facilement puisque c'est l'opération de signification qui permet de faire courir le délai de recours. En revanche, dans les autres hypothèses, la réitération risque de se heurter à l'expiration du bref délai de deux mois prévu pour former un pourvoi en cassation[2839]. De manière générale, en cas de pourvoi irrégulier, il peut sembler efficace, pour le demandeur, peu après s'être pourvu, de déclarer *« à la fois qu'il se désiste de son pourvoi, parce qu'il le tient pour irrégulier, et qu'il en forme un autre sur lequel il prie la Cour de cassation de se prononcer »*[2840]. En cas de recevabilité des deux pourvois tous deux réguliers, il convient de déposer un mémoire ampliatif identique sur chacun d'eux dans le délai de quatre mois qui court

---

[2832] En effet, « il ne peut s'agir de l'article 115 du CPC dès lors que l'absence de signification préalable de la décision attaquée ne constitue pas un vice de forme affectant la déclaration du premier pourvoi ; il ne peut s'agir davantage de l'article 126 du même code, dès lors que le premier pourvoi est irrecevable ab initio, la signification devant être préalable, et ne peut par conséquent donner lieu à régularisation ». Cf. P. CHAUVIN, « Vers un abandon de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ? », Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *J.C.P.*, G, 2007, II, 10204.

[2833] M. DOUCHY-OUDOT, Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *Procédures*, 2008, Commentaires n° 15.

[2834] R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *Procédures*, 2008, Commentaires n° 35.

[2835] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 117.

[2836] P. CHAUVIN, « Vers un abandon de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ? », Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *J.C.P.*, G, 2007, II, 10204.

[2837] Selon Monsieur le Professeur Roger Perrot, *« ce que la loi ne veut pas, c'est la manœuvre qui consisterait à former un second pourvoi pour relancer le débat sur une décision dont le sort a été définitivement scellé par un précédent arrêt sur le premier pourvoi »*. Cf. R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *R.T.D. civ.*, 2008, p. 160.

[2838] P. CHAUVIN, « Vers un abandon de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ? », Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *J.C.P.*, G, 2007, II, 10204.

[2839] R. PERROT, Note sous Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *R.T.D. civ.*, 2008, p. 160.

[2840] « Un seul dossier serait alors ouvert, ou un dossier double avec un numéro « bis » d'enregistrement, et la Cour, dans un arrêt unique, constaterait le désistement du premier recours et statuerait sur le second, après avoir vérifié que le remplacement de l'un par l'autre ne procède pas d'une manœuvre ou d'un abus ». Cf. A. PERDRIAU, « Un pourvoi défectueux peut-il être corrigé ou … remplacé ? », *Gaz. Pal.*, 25 juin 1996, Doctr., n° 36, p. 676.

à compter du pourvoi le plus ancien[2841]. Par ailleurs, au regard de l'article 536 du CPC qui dispose que « la qualification inexacte d'un jugement par les juges qui l'ont rendu est sans effet sur le droit d'exercer un recours », lorsqu'un doute existe sur la qualification donnée par la juridiction à la décision qu'elle a rendue et en conséquence sur la voie de recours possible, il est conseillé d'intenter un appel et parallèlement un pourvoi en cassation même si l'un d'eux est susceptible par la suite d'être irrecevable ou de faire l'objet d'un désistement[2842]. Au regard de cette jurisprudence, une stratégie consistant à régulariser un pourvoi est concevable mais certaines conditions de fond doivent être également réunies pour pouvoir former un pourvoi en cassation. On peut dès lors s'interroger sur la question de savoir si la façon de rédiger les premières écritures a une incidence sur la possibilité de former une telle voie de recours.

296. La rédaction des conclusions dans le but de pouvoir effectuer éventuellement un recours en cassation pour défaut de réponse à conclusions ou devant le CourEDH pour défaut de motivation – Certains vices de formes ou de fond peuvent ouvrir droit à un recours en nullité. Il convient donc de faire en sorte que l'adversaire ne puisse trouver une telle feinte dans l'assignation qui vaut conclusions[2843] mais il s'agit aussi, à l'inverse, d'un terrain d'attaque pour le demandeur au regard de l'analyse des conclusions de la partie adversaire. Au-delà de l'intérêt d'éviter la nullité de l'acte et ainsi de perdre du temps, il convient non seulement de respecter les conditions de fond et de forme exigées pour agir en justice mais aussi de déposer de manière régulière les conclusions devant les juges et de rédiger ces dernières de façon claire et précise afin de se réserver un recours en cassation pour « dénaturation » ou pour « défaut de réponse à conclusions »[2844] puis éventuellement devant la Cour EDH pour violation du droit à un procès équitable dont découle l'obligation de motivation des jugements. La « dénaturation » a un domaine d'application étendu qui ne concerne plus seulement le contrat et la loi étrangère mais tout écrit[2845] pouvant ainsi englober les conclusions des parties[2846]. Pourtant, il semblerait qu'il

---

[2841] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 117.

[2842] J. VUITTON, « Pourvoi en cassation. Décisions susceptibles de pourvoi », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 752, 2009, n° 10.

[2843] En application de l'article 56, alinéa 3 du CPC. Cf. H. CROZE, « Assignation », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 10, 2002, n° 48, p. 11.

[2844] *« La portée du défaut de réponse à conclusions ne peut être déterminée qu'à travers la définition des conclusions auxquelles le juge est tenu de répondre. Selon la jurisprudence, le juge doit avoir été régulièrement saisi des conclusions, et seules les conclusions contenant de véritables moyens doivent être envisagées ».* Cf. N. FRICERO, « Conditions relatives à la rédaction », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 412.211, p. 1055. Ainsi, les conclusions doivent avoir été signifiées afin que le juge puisse s'assurer qu'elles ont fait l'objet d'un débat contradictoire. Sont donc exclus les observations effectuées dans le dossier de plaidoirie et les moyens évoqués pendant les plaidoiries. En cas de procédure orale, seules les conclusions qui sont reprises à la barre peuvent valablement saisir le juge. Cf. F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 34. Par ailleurs, pour que le grief de défaut de réponse à conclusions soit recevable, d'autres conditions doivent être réunies et il convient notamment de mentionner à quelle page des conclusions se trouve le moyen auquel il n'aurait pas été répondu. Cf. J. BUFFET (sous la dir.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2e édition, 2003, n° 214, p. 90. Cf. aussi J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 487-498 et spéc. n° 506.

[2845] C. FATTACCINI, « Pourvoi en cassation », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 553.447, p. 1481.

s'agisse plus en la matière d'une violation de l'article 4 du CPC concernant la méconnaissance des termes du litige que de l'article 1134 du Code civil[2847]. La Cour EDH exerce également son contrôle sur cette notion[2848]. En revanche, en cas d'omission de statuer sur une demande ou s'il a été statué *ultra* ou *infra petita*, il n'est pas possible de former un pourvoi en cassation mais d'effectuer une requête en application des articles 463 et 464 du CPC, la juridiction ayant elle-même la possibilité de réparer une telle omission[2849]. Par ailleurs, si le défaut de réponse à conclusions, qui est le plus souvent constitué d'une « simple insuffisance de motifs »[2850], a lieu lorsqu'*« une juridiction omet de s'expliquer, dans sa décision, sur un des moyens qu'a présentés une partie »*[2851] et fait l'objet de nombreux pourvois en cassation[2852], rares sont ceux qui entraînent une cassation sur ce motif[2853]. Pour ce faire, certaines conditions doivent être réunies. Les juges ont dû omettre de répondre à un véritable moyen et non à un simple argument[2854], le moyen étant défini comme *« l'énonciation par une partie d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où, par un raisonnement juridique, elle prétend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense »*[2855] et l'argument comme une *« énonciation de fait dont le plaideur ne tire aucune*

[2846] A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 9, p. 2.

[2847] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 197 ; P. JOURDAIN, « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 1983, Doctrine, n° 20, p. 417.

[2848] L. BORE, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.*, G., 2002, I, 104, n° 31 à 38, p. 126-127.

[2849] A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 12, p. 2.

[2850] T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 136, p. 105. D'une manière générale, il est considéré comme une forme du défaut de motifs. Cf. C. FATTACCINI, « Pourvoi en cassation », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 553.475, p. 1483 ; J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 486 ; E. TOURNON, « Le défaut de motifs, vice de forme des jugements », *J.C.P.*, G., 1946, I, 553.

[2851] T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 136, p. 105.

[2852] J. BORE, « La rédaction des conclusions en prévision du pourvoi en cassation », *Gaz. Pal.*, 19 septembre 1974, p. 803. Il se trouve dans plus d'un pourvoi sur quatre. Cf. A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 13, p. 2.

[2853] *« Il s'agit en réalité d'une porte étroite, qui ouvre rarement le chemin de la cassation »*. Cf. Y. CHARTIER, *La Cour de cassation*, Collection Connaissance du droit, Editions Dalloz, 2e édition, 2001, p. 71.

[2854] En effet, *« il n'est jamais reproché aux juges du fond de n'avoir pas suivi les parties dans le détail de leur argumentation. Ainsi, il n'est donc pas nécessaire pour les juges d'examiner tous les documents versés aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties »*. Cf. J. LE CLEC'H, « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », *J.C.P.*, G., 1951, I, 939 ; P. ESTOUP, « Du nécessaire rappel de principes élémentaires en matière de rédaction des jugements civils », *Gaz. pal.*, 5 mai 1990, n° 3, p. 243 ; P. JOURDAIN, « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 1983, Doctrine, n° 25, p. 418. En matière administrative, la même solution a été adoptée par le commissaire du gouvernement Jacomet dans une décision du Conseil d'Etat du 3 novembre 1947, sieur X, dans laquelle il énonce que le juge doit répondre uniquement aux moyens, c'est-à-dire *« aux affirmations susceptibles, selon qu'elles sont fondées ou non, de réagir sur la décision, sur le dispositif ; il n'a pas à répondre aux simples arguments à l'aide desquels le moyen est développé »*. Cité par Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 180, p. 162-163.

[2855] J. VOULET, « Le défaut de réponse à conclusions », *J.C.P.*, G., 1965, I, 1912. Cf. aussi T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 329, p. 240.

conséquence juridique »[2856]. Par exemple, si le justiciable, qui a causé un accident de la circulation, souhaite se dégager de sa responsabilité en énonçant simplement, dans ses conclusions, que le conducteur du véhicule qu'il a heurté roulait à 100 km/h, il n'est pas en mesure de reprocher aux juges de ne pas avoir répondu à cet élément de fait concernant les conséquences pouvant découler de la vitesse du véhicule. En revanche, il en va différemment s'il fait état de la vitesse excessive dudit véhicule en prenant le soin d'en déduire la conséquence juridique de la constitution d'une faute de nature à entraîner un partage de responsabilité[2857]. Toutefois, les juges sont autorisés à ne pas répondre à un moyen dès lors que ce dernier est inopérant[2858], qu'il concerne une diposition relevant du pouvoir discrétionnaire des juges du fond[2859], que la réponse au moyen soit implicite[2860] ou bien que celle-ci soit effectuée par le biais d'un moyen de pur droit[2861]. Le grief de défaut de réponse à conclusions est également souvent

---

[2856] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 189. Il s'agit donc d'« un raisonnement non finalisé ». Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 330, p. 241 ; Ch. LIEVREMONT, *Le débat en droit processuel (Contribution à une théorie générale du débat)*, Préface de Hervé CROZE, th., Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2001, n° 390, p. 443 ; C. FATTACCINI, « Pourvoi en cassation », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 553.475, p. 1483 ; F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 35.

[2857] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 189.

[2858] C'est-à-dire qu'il n'est pas en mesure d'exercer une influence sur la solution du litige. Par exemple, il résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 novembre 1971, que le moyen du vendeur consistant à énoncer qu'il ne pouvait déceler le vice caché de la chose est inopérant étant donné que par sa qualité de professionnel, il est censé connaître ce dernier. Cf. *Bull. civ.*, IV, n° 276 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 193. Tel est le cas d'une déclaration sur l'honneur devant être effectuée par les parties pour la fixation de la prestation compensatoire qui n'est soumise à aucun formalisme et qui ne peut donc par le biais d'un moyen être déclarée irrégulière, ce moyen étant inopérant et n'appelant pas ainsi une réponse du juge. Cf. F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 35.

[2859] Notamment lorsqu'il s'agit de la prescription d'une mesure d'instruction qui n'est pas légalement obligatoire. Cf. A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 15, p. 2. Cf. aussi J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome III, Limoges, 1998, L.G.D.J., 2000, p. 24 ; p. 32-33.

[2860] Le juge qui rejette le moyen de défaut de réponse à conclusions en énonçant qu'il a répondu de manière implicite bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. Cf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 196. La jurisprudence admet « l'existence de motifs implicites, qu'un raisonnement permet de dégager soit des motifs donnés sur d'autres chefs, soit de l'ensemble de la décision critiquée ». Cf. N. FRICERO, « Conditions relatives à la rédaction », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 412.222, p. 1056.

[2861] Il en est ainsi lorsque la réponse aux conclusions peut être apportée par un moyen purement juridique c'est-à-dire qui n'implique pas une appréciation des éléments de fait mais qui n'a pas été invoqué par les parties. Par exemple, dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 25 mai 1982, une femme divorcée, étant commune en biens et qui avait été condamnée à payer la moitié d'une dette de son mari, avait reproché aux juges du fond de ne pas avoir répondu aux conclusions selon lesquelles la demande ne pouvait être recevable mais la Cour de cassation avait répondu par le biais de motifs de pur droit ne lui donnant pas gain de cause sur le fond du droit litigieux. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 187 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 196-197 ; E. TOURNON, « Le défaut de motifs, vice de forme des jugements », *J.C.P.*, G., 1946, I, 553.

inefficace lorsque les conclusions sont atteintes d'un vice de motivation[2862]. Afin d'exiger une réponse du juge, il convient donc de ne pas se contenter d'effectuer une simple allégation c'est-à-dire de faire état de faits sans en rapporter des éléments de preuve[2863] et sans en déduire des conséquences juridiques[2864] qui sont susceptibles de modifier la solution donnée au litige[2865]. Ainsi, selon la définition énoncée ci-dessus, trois conditions doivent être réunies pour être en présence d'un véritable moyen impliquant une réponse du juge : l'allégation d'un fait ou d'un « acte offert en preuve »[2866], l'invocation d'une règle de droit et la déduction d'une conséquence juridique[2867]. Le juge doit donc répondre aux conclusions d'un époux qui évoque le train de vie de son conjoint pour montrer que le divorce n'avait pas engendré des disparités dans les conditions de vie respectives des ex-époux. De même, il résulte d'un arrêt plus ancien de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 31 mai 1990 que l'invocation d'une pratique de l'entreprise faisant obstacle à la constitution d'une faute grave de nature à entraîner un

---

[2862] Tel est le cas lorsque celles-ci sont « inconsistantes, obscures, imprécises, dubitatives ou hypothétiques, contradictoires ». Cf. J. BUFFET (sous la dir.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2e édition, 2003, n° 237, p. 98. Cf. aussi A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 33-34, p. 4 ; P. ESTOUP, « Réflexions sur l'Art de Conclure », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, Doctrine, n° 8, p. 238 ; n° 12, p. 239.

[2863] Par exemple, dans un arrêt du 11 mars 1987, le bailleur qui avait donné congé à son locataire d'un studio reprochait aux juges du fond de ne pas avoir répondu au moyen selon lequel les locaux ne relevaient pas de la loi du 1er septembre 1948, ces derniers ayant fait l'objet d'une transformation complète les excluant du champ d'application de cette loi. Or, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation ne fait pas droit à la demande en énonçant que *« la Cour d'appel n'était pas tenue de s'expliquer sur un moyen non explicité »*. Ainsi en l'espèce, il n'était pas démontré que les transformations de l'immeuble pouvaient être assimilées à une reconstruction. Cf. *Bull. civ.*, III, n° 44 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 190. Par ailleurs, dans un arrêt du 15 mars 1994, la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce que la « Cour d'appel n'est pas tenue de répondre à de simples hypothèses formulées dans les conclusions des parties ». En l'espèce, l'emploi de certains termes ainsi que de la forme conditionnelle entraînaient une incertitude en la matière : « il était fort probable » que (…) « qu'à supposer » que (…), les capitaux recueillis et investis « auraient » produits un revenu déterminé (…) ». Cf. *Bull. civ.*, IV, n° 107, p. 82-83. Cf. aussi C. FATTACCINI, « Pourvoi en cassation », in in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 553.475, p. 1483; J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 501.

[2864] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 502.

[2865] Par exemple, il ressort d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 18 décembre 1990 que l'un des ex-époux qui demandait une indemnité à son ex-conjoint pour les dépenses effectuées pour l'amélioration d'un bien commun avant la dissolution de la communauté résultant du divorce, invoquait le fait qu'il gérait seul les biens depuis une date bien antérieure à celle du prononcé du divorce sans en tirer aucune conséquence juridique. Les juges pouvaient donc ne pas y répondre. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 291, p. 204. De même, il semble dépourvu d'incidence sur le résultat du litige de faire état de l'irrégularité de la composition d'un tribunal s'il n'en est pas tiré de conséquence juridique sur le fond du droit litigieux. C'est ce qui résulte d'un arrêt du 12 juin 1974 dans lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation énonce que la Cour d'appel n'avait pas à répondre par un motif spécial à des énonciations dénonçant une éventuelle irrégularité de forme de laquelle le concluant n'a tiré aucune conséquence juridique. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 180, p. 156-157. Cf. aussi J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 503.

[2866] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 501.

[2867] F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 35.

licenciement d'une salariée est un moyen auquel les juges sont tenus de répondre[2868]. Dans notre cas d'espèce n° 1, si le commerçant souhaite se réserver un éventuel recours en cassation pour défaut de réponse à conclusions, dans l'hypothèse où il souhaite faire annuler la vente ou réduire le prix au regard du vice de la marchandise ou bien pour erreur sur les qualités substantielles, il conviendra de faire état des défauts de la marchandise par rapport à celle attendue et ne pas se contenter d'énoncer qu'il ne s'agit pas de la qualité attendue[2869]. En revanche, s'il invoque en demande principale les règles de la responsabilité contractuelle et de manière subsidiaire celles de la responsabilité délictuelle, il pourra en cas de rejet de sa demande sur le fondement de la responsabilité contractuelle en raison de la faute ne découlant pas du contrat effectuer un pourvoi en cassation sur le fondement du défaut de réponse à conclusions si les juges n'ont pas examiné sa demande subsidiaire[2870]. En effet, si dans certaines hypothèses la réponse au moyen est implicite[2871], il a été décidé dans un arrêt que le défaut de lien contractuel entre deux personnes ne fait pas obstacle à une éventuelle responsabilité délictuelle[2872], d'où l'importance pour le juge de répondre au moyen dans ce cas. Concernant la place des moyens dans les conclusions, il importe peu que ceux-ci figurent dans les motifs ou dans le dispositif[2873]. Il n'est certes pas utile de surcharger le dispositif des conclusions par les « dire et juger… »[2874], cependant afin de se préserver d'un changement en la matière, il semblerait prudent de les insérer dans le dispositif. Le rapport Magendie II prévoit que les prétentions des parties apparaissent de nouveau dans le dispositif des conclusions, le juge d'appel pouvant être tenu de répondre seulement à ce dernier[2875]. Si cette évolution concerne le juge d'appel, elle pourrait aussi s'étendre aux autres juges, d'où cette précaution à ne pas négliger dans le cadre de l'assignation. D'ailleurs, il est

---

[2868] En l'espèce, la salariée avait ainsi fait état de faits précis impliquant des conséquences juridiques en énonçant que la marchandise qu'on lui reprochait d'avoir prélevée n'était plus présentable à la vente, d'où dans ce cas une pratique courante dans l'entreprise consistant à la remettre à son supérieur faisant dès lors échec à la consitution d'une faute grave et au licenciement qui est susceptible d'en découler. Cf. *Bull. civ.*, V, n° 261. Il ressort également d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 28 mars 1995 que le moyen selon lequel les parents de l'enfant, dont il devait être jugé de la garde, appartenaient à une secte, était de nature à impliquer une réponse de la part des juges. En effet, il s'agit de faits pouvant avoir une incidence sur les conditions de vie de l'enfant et ainsi des conséquences juridiques au regard de la décision devant prendre en compte l'intérêt de l'enfant. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 141 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 191-192.

[2869] En cas d'inexécution du contrat, une grande précision doit apparaître dans les conclusions avec notamment l'indication de la date, des termes et des modalités de la convention. Cf. P. ESTOUP, « Réflexions sur l'Art de Conclure », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, Doctrine, n° 6, p. 238.

[2870] P. JOURDAIN, « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal.*, 22 octobre 1983, Doctrine, n° 8, p. 415.

[2871] Par exemple, lorsqu'il est fait droit à la demande subsidiaire, le rejet de la demande principale est implicite. Cf. J. VOULET, « Le défaut de réponse à conclusions », *J.C.P.*, G., 1965, I, 1912.

[2872] J. VOULET, « Le défaut de réponse à conclusions », *J.C.P.*, G., 1965, I, 1912.

[2873] J. VOULET, « Le défaut de réponse à conclusions », *J.C.P.*, G., 1965, I, 1912 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 190.

[2874] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 190.

[2875] N. FRICERO, « Conditions relatives à la rédaction », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 412.218, p. 1056.

conseillé de faire apparaître de manière claire l'objet de la demande dans le « dispositif »[2876]. L'obligation de motivation faisant partie intégrante du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 §1 de la Conv. ESDH[2877] permet de faire un recours devant la Cour EDH si le litige porte sur des droits et obligations à caractère civil[2878] dès lors que la Cour de cassation ne sanctionne pas les juges du fond d'avoir manqué à cette obligation. Pour ce faire, la Cour EDH reprend les critères posés par la Cour de cassation française en la matière et se rapproche ainsi du droit français[2879]. La même réflexion pourrait être effectuée concernant la rédaction des conclusions ayant trait à la procédure d'appel. D'une manière générale, il semblerait qu'une stratégie soit concevable quant à la rédaction des actes introduisant une voie de recours.

297. La stratégie au regard de la façon de rédiger un acte introduisant une voie de recours – Certes, lorsque l'appelant doit une certaine somme d'argent, il est opportun de consigner la somme dûe afin de pouvoir la recouvrir en cas de confirmation du jugement de première instance le condamnant à payer la dite somme. Parfois, cette consignation est imposée par le juge d'appel qui est saisi pour accorder l'exécution provisoire du jugement. Cependant, en dehors du cas d'une telle consignation, les plaideurs bénéficient de certains moyens d'action

---

[2876] Certes, *« les qualifications ont mieux leur place dans les motifs que dans le dispositif, mais la redondance peut en pratique attirer l'attention du juge sur des points déterminants »*. Cf. H. CROZE, « Assignation », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 10, 2002, n° 24, p. 6 ; P. ESTOUP, « Réflexions sur l'Art de Conclure », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, Doctrine, n° 8, p. 238 ; n° 18, p. 240.

[2877] C'est notamment ce qui ressort de deux arrêts du 9 décembre 1994 de la Cour EDH dans lesquels elle a rappelé que *« l'article 6, § 1, oblige les tribunaux à motiver leurs décisions »*. Cf. N. FRICERO, note sous CEDH, 9 déc. 1994, aff. 46-1993-441-520 (Hiron C/ Espagne) et CEDH, 9 déc. 1994, aff. 39-1993-434-513 (Ruiz Torija c/ Espagne), *D.* 1996, Sommaires commentés, p. 202. Tel est le cas aussi concernant l'arrêt de la même Cour rendu le 1er mars 2002 (Kutic c/ Cratie). Cf. F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, 2003, 5e édition, 2009, p. 285. D'ailleurs, la motivation facilite l'exécution de la décision, Or, le droit à l'exécution de celle-ci est également consacré par la Cour EDH. Cf. A. HUGUES, « La motivation des arrêts de la Cour », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 108. Cf. aussi G. DELVOVE, « Le jugement à l'épreuve du temps », Justice et Cassation, *Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 32.

[2878] Dont la liste s'est beaucoup étendue au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. J.-P. COSTA, « Les droits et obligations de caractère civil selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 105-110.

[2879] L. BORE, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.*, G., 2002, I, 104, n° 21, p. 124-125. La Cour EDH veille à ce que le grief de défaut de réponse à conclusions soit établi si le moyen auquel il n'a pas été répondu était rédigé de manière claire et précise avec à l'appui des éléments de preuve, opérant c'est-à-dire de nature à influencer l'issue du litige et que la réponse n'était pas implicite. Cf. N. FRICERO, note sous CEDH, 9 déc. 1994, aff. 46-1993-441-520 (Hiron C/ Espagne) et CEDH, 9 déc. 1994, aff. 39-1993-434-513 (Ruiz Torija c/ Espagne), *D.* 1996, Sommaires commentés, p. 203. Comme la Cour de cassation, elle indique que l'obligation de motivation n'implique pas une réponse détaillée à chaque argument des parties. C'est ce qui résulte d'un arrêt du 19 avril 1994 (Van den Hurk c/ Pays-Bas, A. 288). Cf. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, note sous cet arrêt, *R.T.D. civ.*, 1998, n° 4, « L'obligation de motiver les décisions juridictionnelles dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », p. 516-517. Ainsi, dans un arrêt du 29 août 2000 (Jahnke et Lenoble c/ France), elle énonce *« qu'en ne répondant pas à un simple argument dénué d'influence sur la question en litige, la cour d'appel n'avait commis aucun défaut de motivation »*. Cf. F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, 2003, 5e édition, 2009, p. 286-287. Cf. aussi A. PERDRIAU, Note sous CEDH, 29 août 2000, req. n° 40490/98, Jahnke et Lenobe c/ France, *J.C.P.*, G., 2000, II, 10435, p. 2244.

quant au souhait de profiter des effets de la décision d'appel. En principe, si la décision de la cour d'appel confirme le jugement, les intérêts courent au taux légal à compter du jugement rendu par les juges du premier degré. A défaut, l'indemnité attribuée en appel porte intérêt à partir de l'arrêt d'appel. Or, dans les cas où l'indemnité a été augmentée, le créancier n'aura pas droit aux intérêts résultant de l'indemnité pendant le temps qui sépare le jugement frappé d'appel et l'arrêt d'appel. Mais puisque la cour d'appel a la possibilité de ne pas appliquer cette règle, il est vivement conseillé au créancier de lui demander de fixer le point de départ de ces intérêts à partir du jugement frappé d'appel[2880]. D'où l'importance de bien rédiger les conclusions d'appel. Par ailleurs, on peut se demander si l'article 954 alinéa 2 qui dispose que *« Les prétentions sont récapitulées sous forme de dispositif. La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif »*, peut être au cœur d'une stratégie procédurale. L'une des parties qui a effectué un aveu en première instance et qui par la suite souhaite le révoquer peut être tentée de ne pas le reprendre dans les écritures d'appel. Toutefois, selon un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 13 février 2007, dans cette hypothèse, l'aveu ne peut être rétracté[2881]. Par ailleurs, les effets juridiques de certaines écritures[2882] ne peuvent être remis en cause en cas de silence dans les dernières écritures. Ainsi la portée de ces articles peut être limitée mais dans d'autres cas, ils peuvent permettre d'orienter sa défense différemment. Au regard de la force des moyens abandonnés, il semble possible d'évaluer les chances de succès sur le fond du droit litigieux et d'élaborer en conséquence différents types de stratégies dont l'une d'elles peut consister par exemple dans la remise en cause du jugement seulement sur certains points de droit. Le jugement est parfois critiquable seulement sur certains points. Il est donc logique de ne le remettre en cause que partiellement, par exemple en ce qui concerne les condamnations accessoires qui s'avèrent trop élevées[2883]. En effet, en application de l'article 562 du CPC, il est possible pour l'appelant de limiter l'effet dévolutif de l'appel à certains chefs du jugement afin de mieux prévoir la décision ressortant de la juridiction d'appel et de conserver les points satisfaisants résultant du jugement. Or, cette stratégie est risquée étant donné, par exemple, qu'en cas d'évolution du dommage, le principe de l'étendue de la responsabilité étant acquis, il ne sera plus possible, si ce dernier se modifie au cours de l'instance d'appel de faire état de son aggravation devant le juge d'appel pour obtenir une indemnisation plus importante au titre de sa réparation. En effet, si le débat se concentre sur un point particulier, un autre tout aussi important est susceptible d'être occulté et de jouer en défaveur de l'appelant[2884]. S'il apparaît qu'un point

---

[2880] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 493.113, p. 260.

[2881] R. PERROT, Observations sous Cass. 1ère civ., 13 février 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 78, p. 17.

[2882] Par exemple, l'interruption de la prescription. Cf. R. PERROT, Observations sous Cass. 1ère civ., 13 février 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 78, p. 17.

[2883] J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 84.

[2884] Ainsi, dans une affaire, un débiteur opposait une novation à un organisme de crédit et le débat, focalisé sur ce point avait amené la Cour à condamner le débiteur au paiement de la dette avec intérêt au taux contractuel. Or le fait que le taux était usuraire avait été mis à l'écart de la discussion. En conséquence, en raison du temps écoulé, le montant de la sanction s'élevait au prix de deux véhicules et non plus d'un. Cf. Amiens, 18 novembre 1992, inédit, cité par J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 82-83.

de droit n'a pas été contesté alors qu'il pouvait faire l'objet de critiques, il ne sera plus possible par la suite de le remettre en question lors d'un pourvoi en cassation car il sera considéré comme un moyen nouveau mélangé de fait et de droit et donc, irrecevable[2885]. Par exemple, dans un litige ayant trait à la responsabilité délictuelle, si le débat porte seulement sur la faute, le juge ne se prononcera pas sur la question de la causalité et du caractère réparable du préjudice subi[2886]. Or, le dommage peut évoluer et ainsi entrainer une modification du montant prévu pour réparer le préjudice qui en résulte. Par ailleurs, le risque peut résulter de la stratégie de l'intimé entraînant une incertitude quant à l'issue du recours. L'intimé peut étendre l'effet dévolutif aux chefs du jugement dont il n'a pas obtenu gain de cause et ainsi par le biais de cet appel incident il peut demander à ce que le litige soit rejugé dans son intégralité[2887]. En matière de divorce, par exemple, l'appelant a la possibilité de contester seulement la fixation du montant de la prestation compensatoire à l'exclusion du principe même du divorce afin de pouvoir être déchargé de l'accomplissement de ses obligations et devoirs découlant du mariage. Mais cette stratégie comporte des risques car l'adversaire a le droit, quant à lui, d'interjeter appel pour le tout et ainsi de remettre en cause le prononcé même du divorce. Dans ce cas, la stratégie peut manquer son but. Ainsi, en cas de limite à l'effet dévolutif consistant à interjeter appel uniquement de certains chefs du jugement, l'incertitude découle des conclusions de l'intimé susceptibles d'élargir l'appel aux autres chefs du jugement[2888]. Par ailleurs, même dans le cas où l'appel est limité à certains chefs du jugement, l'effet dévolutif de l'appel s'applique à tous les autres chefs qui en dépendent ou qui sont unis par un lien d'indivisibilité[2889] lorsque l'objet du litige est indivisible. Dans le même ordre d'idées, la mise en cause d'un tiers en appel peut s'avérer opportune mais également dangereuse et il convient d'en mesurer les risques. De façon similaire, il semble exister une stratégie dans l'invocation des cas d'ouverture à cassation lors d'un pourvoi en cassation. Le demandeur en cassation tend à l'efficacité de son recours en choisissant le moyen approprié pour fonder son pourvoi. S'il n'est pas possible de sanctionner par l'irrecevabilité une erreur du demandeur au pourvoi consistant à invoquer un moyen de cassation qui n'est pas approprié, le juge de la Cour de cassation pouvant substituer un moyen à un autre[2890], en revanche, dans les cas dans lesquels, il y a un trop grand écart de « structure »[2891], le moyen fera l'objet d'un rejet. D'où l'importance du choix du moyen de cassation dans les écritures s'il est possible de faire état d'un nouveau moyen ou de former un second pourvoi sur un autre moyen. Dès lors, par exemple, qu'un pourvoi en cassation a été formé mais que le demandeur au pourvoi

---

[2885] Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1268.

[2886] Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1268.

[2887] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 147 ; R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 617, p. 490.

[2888] C'est-à-dire sur des points dont l'intérêt de l'appelant n'est pas qu'ils soient remis en question. Cf. F. GAUDU, *Les 100 mots du droit*, « Appel », Que sais-je ?, P.U.F., 2010, p. 11.

[2889] G. AMEILHAUD, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Imprimerie F. Boisseau, 1942, p. 68-69.

[2890] Comme le montre l'hypothèse de la cassation pour violation de la loi alors que le défaut de base légale était invoqué. Cf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 131.

[2891] « Par exemple entre une contradiction de motifs et un défaut de réponse à conclusions ». Cf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 132.

souhaite faire état de moyens nouveaux, la question se pose de savoir s'il est possible pour ce dernier d'invoquer des moyens nouveaux avant que la Cour de cassation ne statue. Certes, selon le Doyen honoraire de la Cour de cassation André Perdriau, il semble possible, dès lors que le délai prévu pour la présentation des moyens de cassation n'est pas expiré d'en invoquer « non seulement des nouveaux, mais aussi des rectificatifs ou modificatifs »[2892]. Hormis la rédaction des actes destinés à introduire une instance, la question se pose de savoir si une stratégie existe pendant l'instance et notamment si celle-ci peut se manifester dans l'inaction.

298. L'inaction pendant l'instance – Si d'une manière générale, il s'agit le plus souvent du défendeur qui souhaite ne pas comparaître dans le but de ralentir le cours du procès, dans certains cas, le défaut de comparution s'inscrit dans la stratégie du demandeur qui vise à « enliser » le défendeur[2893]. Etant donné que c'est le demandeur qui introduit l'instance, il semblerait plus approprié d'employer les termes de « négligence » ou de « mauvaise foi » à son encontre dès lors qu'il souhaite faire obstacle au bon déroulement du procès[2894]. Face à cette inertie, il convient d'anticiper la tactique de l'adversaire afin d'en évaluer les conséquences sur le résultat sur le fond du droit litigieux et notamment le risque pour le demandeur d'adopter une telle attitude. En revanche, si le demandeur comparaît mais sait qu'il a peu de chance d'obtenir gain de cause sur le fond du droit litigieux ou souhaite ralentir le procès, il a la possibilité de ne pas accomplir les actes de procédure pendant un temps suffisamment long pour laisser ainsi l'instance s'éteindre par l'effet de la péremption et de la prescription extinctive des actions[2895]. Toutefois, l'adversaire peut s'opposer à cette stratégie en accomplissant un acte interruptif de péremption. Il semblerait que le juge puisse faire obstacle à « la farce processuelle »[2896] du demandeur dès lors que le défendeur demande au juge de rendre néanmoins un jugement contre ce dernier[2897]. La stratégie du demandeur semble donc incertaine en la matière. A l'inverse, il semblerait parfois que la stratégie consiste dans la présence du demandeur à l'audience.

299. Le choix d'être présent à l'audience – Si c'est surtout en matière pénale que l'avocat doit préprarer son client à l'audience au regard de l'influence de l'attitude de celui-ci sur la décision du juge, il n'en demeure pas moins qu'en matière civile, la présence du demandeur en justice n'est pas toujours dépourvue d'incidence sur le résultat du procès. Selon Maître Francis Vuillemin, *« l'idée est fausse selon laquelle le tribunal serait totalement indifférent à cette*

[2892] A. PERDRIAU, « Un pourvoi défectueux peut-il être corrigé ou … remplacé ? », *Gaz. Pal.*, 25 juin 1996, Doctr., n° 32, p. 675.

[2893] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 45.

[2894] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 185, p. 168.

[2895] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 117.

[2896] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 188, p. 170.

[2897] De même, en matière administrative, le juge est également investi de la mission de sanctionner le demandeur qui adopterait un tel comportement notamment en considérant qu'après une mise en demeure restée infructueuse, le demandeur est « réputé s'être désisté ». Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 187, p. 169-170.

présence qui donne un visage à la partie concernée et, par là, apporte une touche d'humanité au dossier de papier et de parole »[2898]. Par ailleurs, la stratégie qui pouvait être adoptée en cas d'incertitude concernant la saisine du juge compétent est désormais dépourvue d'intérêt au regard de la loi portant réforme de la prescription.

300. Le cas du doute concernant la saisine de la juridiction compétente – Dès lors qu'il y a une incertitude sur le caractère civil ou commercial d'une mesure de sûreté, telle qu'une caution par exemple, il semble judicieux de saisir les deux juridictions civile et commerciale à la fois en attendant que l'une des deux se déclare incompétente afin de ne pas laisser s'écouler le délai de prescription. L'inconvénient, cependant, résulte de la condamnation du créancier aux dépens ainsi qu'à l'indemnité pour abus de procédure. Cette attitude n'est donc pas envisageable lorsque la créance n'est pas très élevée, alors qu'elle peut paraître souhaitable lorsque celle-ci a par exemple une valeur de 150000 euros étant donné que, dans ce cas, le risque d'une condamnation à 3000 euros environ ne semble pas disproportionné par rapport au gain escompté[2899]. Toutefois, désormais, au regard de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription qui énonce que la saisine d'une juridiction incompétente interrompt le délai de prescription, cette stratégie n'a plus lieu d'être hormis dans l'hypothèse dans laquelle le créancier souhaite éviter une perte de temps liée à la saisine d'une juridiction incompétente. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article 2241 du Code civil, le délai de prescription est interrompu par la demande en justice *« même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente »*. Il en est de même en ce qui concerne la demande d'aide juridictionnelle adressée au bureau d'aide juridictionnelle[2900]. En revanche, une stratégie dans l'utilisation des demandes incidentes semble être bien réelle.

301. L'utilisation des demandes incidentes – La demande incidente est une demande qui, formée au cours d'un procès déjà né, tend à modifier les données de l'acte introductif d'instance, et est recevable dès lors *« qu'elle se rattache aux prétentions originaires par un lien suffisant »*[2901]. Lorsqu'elle émane du demandeur, elle prend le nom de demande additionnelle[2902]. En cas de demande de paiement figurant dans l'assignation, la stratégie consiste, par exemple, pendant l'instance, à effectuer une demande additionnelle afin de réclamer les intérêts de cette somme. De manière similaire, dans l'hypothèse où le temps fait varier l'ampleur du préjudice, ce dernier étant susceptible d'évoluer depuis la signification de l'assignation, il est judicieux de modifier l'évaluation de son montant par le biais d'une demande additionnelle. Il en est de même en appel. Dans ces différentes hypothèses, la stratégie du demandeur se confond avec la raison d'être des demandes additionnelles qui ont pour objet de compléter la demande initiale. En

---

[2898] F. VUILLEMIN, *La robe et l'épée*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 100.

[2899] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 516.63 et n° 516.64, p. 292-293.

[2900] Si ce dernier n'est pas compétent et renvoie le dossier au bureau compétent, on peut considérer que la décision d'incompétence n'a pas mis fin à la procédure et qu'ainsi elle n'est pas le point de départ du délai pour saisir les tribunaux.

[2901] En application des articles 70 et 325 du CPC. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Demande », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 237.

[2902] Qui est en effet définie comme une *« variété de demande incidente par laquelle un plaideur propose d'élargir ou de modifier la portée de sa demande principale ou reconventionnelle »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Demande », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 236.

revanche, il semblerait qu'il y ait une véritable stratégie dans l'utilisation de la demande additionnelle permettant d'appeler un tiers en garantie dès la première instance lorsque l'intervention forcée n'a pas été effectuée au moment de la demande initiale. Le recours à l'intervention forcée[2903] en première instance permet au demandeur d'opposer le jugement qui sera rendu au tiers contraint d'intervenir à l'instance. Il a l'avantage de faire des économies de temps et d'argent. Tel est le cas du créancier qui souhaite effectuer une action oblique en application de l'article 1166 du Code civil et qui a donc intérêt à contraindre son débiteur à intervenir à l'instance afin de lui opposer le jugement dont il bénéficiera. D'ailleurs, la stratégie la plus pertinente en matière de demande incidente est la possibilité par le biais de l'intervention forcée d'effectuer un recours en garantie. Dans de nombreuses affaires contractuelles comportant un rapport entre un créancier et un débiteur, le créancier doit être vigilant et mettre en cause la caution, le débiteur solidaire ou encore le garant afin de se préserver toutes les chances de recouvrer sa créance. De plus, dans les cas où la loi impose de souscrire à une assurance, il est important d'appeler en garantie certaines associations, fonds ou commission d'indemnisation pour obtenir une indemnisation[2904]. C'est ainsi, que dans certains cas, il convient de mettre en cause un tiers alors que ce dernier n'était pas partie à l'instance afin d'obtenir à son encontre une condamnation[2905]. Le tiers assigné par l'une des parties a la possibilité de rejeter les griefs qui sont invoqués à son encontre, présenter des arguments en sa faveur et en outre imputer ces griefs à d'autres personnes non appelées en garantie à l'instance. Sont ainsi ensuite susceptibles de surgir des contestations de la part de ces dernières concernant le bien-fonfé de la demande comme c'est souvent le cas en matière de construction[2906]. De plus, ces dernières peuvent prétendre que certaines opérations d'expertise, qui ont été effectuées en leur absence, ne leur sont pas opposables. D'où un allongement de la procédure et l'intérêt de mettre toutes les personnes susceptibles d'être en cause en temps utile[2907], c'est-à-dire dès la première instance.

302. L'appel en garantie d'un tiers dès la première instance – Il est judicieux d'effectuer un recours en garantie par le biais d'une demande incidente en première instance plutôt que par le biais d'une demande introductive d'instance lors d'une autre instance après avoir été débouté une première fois d'une demande ayant trait au recouvrement de la créance. En effet, si le demandeur, qui a la qualité de garanti, choisit cette dernière voie après avoir été condamné sur la demande originaire, le garant a la possibilité de se défendre et de se décharger de son obligation envers le garanti en rapportant la preuve que ce dernier avait les moyens d'obtenir gain de cause par le biais de la demande originaire. Il en va différemment lorsque le garanti effectue un recours en garantie par le biais de la demande incidente lors de la première instance sans attendre qu'un

---

[2903] Qui est une demande incidente par laquelle un tiers entre dans un procès déjà engagé à l'initiative de l'une des parties en cause. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Intervention », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 512.

[2904] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 483.11 à 483.38, p. 234-235.

[2905] Pour ce faire, il faut que la partie à l'instance qui attrait ce tiers en justice « ait pu agir contre lui à titre principal d'appel en garantie ». Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 482.22, p. 231.

[2906] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 482.22, p. 231.

[2907] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 482.22, p. 232.

jugement soit rendu sur la demande originaire puisque dans ce cas, le garant est à même de tenter de faire valoir les moyens de défense utiles au garanti afin d'obtenir satisfaction et ainsi d'éviter d'indemniser ce dernier[2908]. L'intervention forcée des tiers survient en raison de l'évolution du litige en application de l'article 555 du CPC. Celle-ci est caractérisée par un élément nouveau « né du jugement, survenu ou révélé postérieurement au jugement »[2909] pouvant avoir des répercussions sur la façon d'appréhender le litige sans que les données de ce dernier en soient modifiées. Par exemple, une circonstance de droit nouvelle peut être constituée par un revirement de jurisprudence en raison de l'évolution rapide du droit dans certaines matières[2910] et une circonstance de fait nouvelle, par l'opposition d'un assureur de l'une des parties à se porter garant de l'entier sinistre, enjeu du litige[2911]. Il en est de même dans l'hypothèse où l'une des parties avait espéré que le sinistre soit réglé de manière amiable alors que l'assureur manifeste son refus une fois le jugement rendu. Par ailleurs, la mise en cause d'un assureur lors de la procédure d'appel est possible en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du défendeur postérieurement au jugement[2912]. En revanche, une seconde expertise effectuée en appel ne constitue pas une « évolution du litige » de nature à mettre en cause des tiers dès lors que l'intervention forcée de ces derniers était possible dès la première instance. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 23 novembre 2006[2913]. Ainsi, il semble important d'appeler un tiers en garantie dès la première instance au regard notamment de l'appréciation restrictive de la notion d'évolution du litige en appel[2914]. En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 mars 2005 a décidé qu'une seconde expertise rendue après le jugement, ayant trait à la nature, l'étendue et

---

[2908] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 677, p. 443.

[2909] Il peut s'agir d'un élément de fait tel qu'une pièce nouvelle ou d'un élément de droit tel que la promulgation d'une loi ou une jurisprudence nouvelle. Cf. L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 20, p. 42.

[2910] Tel est le cas en ce qui concerne le cautionnement au regard de l'évolution de la jurisprudence qui s'est accélérée ayant trait au formalisme entourant la validité de l'engagement de la caution. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 82.

[2911] De même, peut être considéré comme un élément nouveau un rapport d'expertise effectué postérieurement au jugement et ayant trait à la révélation, par exemple, de vices de construction différents de ceux constatés par la première expertise résultant de la première instance. Mais il en va différemment en cas de majoration de l'estimation du coût des réparations portant sur les mêmes travaux, par rapport à la première expertise. Cf. E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *Dalloz*, 2006, Jurisprudence, p. 2369.

[2912] E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *Dalloz*, 2006, Jurisprudence, p. 2371.

[2913] En l'espèce, dès le début du litige, un acquéreur de wagons-citernes avait fait état des malfaçons du revêtement intérieur dont la responsabilité incombait à deux autres sociétés. Ainsi, lors de la première instance, la mise en cause de ces dernières était susceptible d'être demandée par l'acheteur. Or, ce n'est qu'à la suite des résultats de la seconde expertise effectuée lors de l'instance d'appel que l'acquéreur met en cause leur responsabilité. Ainsi il résulte de la solution de la Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation que dans cette affaire la deuxième expertise ne constituait pas l'« évolution du litige » au sens de l'article 555 du CPC permettant l'intervention forcée en cause d'appel. Cf. H. CROZE, Note sous Cass. 2e civ., 23 nov. 2006, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 89, p. 22-23.

[2914] Dans un arrêt du 11 mars 2005, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé que *« l'évolution du litige impliquant la mise en cause d'un tiers devant la cour d'appel n'est caractérisée que par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige »*, cité par Y.-M. SERINET, Note sous Cass. ch. mixte, 9 novembre 2007, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10070, p. 33.

le coût des réparations de malfaçons connues en première instance, ne modifie pas les données juridiques du litige et rejette donc les demandes d'intervention forcée en appel. En l'espèce, une société, chargée d'effectuer des travaux de construction avait fait appel à une entreprise de sous-traitance mais une expertise avait constaté des vices de construction et évalué le coût des travaux de reprise à une certaine somme[2915] qui avait été retenue par les juges lors de la première instance. Toutefois, pendant l'instance d'appel, une seconde estimation a multiplié par vingt le coût de l'ensemble des travaux[2916] de la première expertise[2917]. Cependant, les demandes d'intervention forcée ayant été déclarées irrecevables, la société condamnée à payer ces frais n'a donc pas pu appeler en garantie son assureur et la société sous-traitante ainsi que l'assureur de cette dernière. Or selon que l'enjeu du litige s'élève à 24005 francs ou à 495000 francs, l'intérêt de mettre en cause un tiers est susceptible d'être appréciée différemment[2918]. Ainsi, une grande différence dans l'évaluation du coût des travaux de réfection entre les deux expertises, l'une résultant de la première instance et l'autre de l'instance d'appel, n'est pas de nature à constituer un élément nouveau caractérisant l'évolution du litige au sens de l'article 555 du Code de procédure civile susceptible de rendre recevable une demande d'intervention forcée en appel[2919]. Cet arrêt donne la préférence au respect du principe du double degré de juridiction sur celui de l'efficacité et de la célérité de la justice[2920]. Cette même réflexion doit être faite même en matière prud'homale dans laquelle les demandes nouvelles en appel sont possibles. En effet, il résulte d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 20 décembre 2006 que dans le domaine prud'homal, s'appliquent les dispositions de l'article 555 du CPC concernant les conditions de recevabilité de l'intervention forcée en cause d'appel[2921]. En l'espèce, l'employeur condamné en première instance avait appelé le cessionnaire en garantie pour la première fois devant la cour d'appel alors qu'au regard des faits de l'espèce, il aurait eu la possibilité de recourir à l'intervention forcée dès la première instance. En effet, l'évolution du litige au sens de l'article 555 du CPC n'était pas caractérisée. Ainsi, même en matière sociale, il semble indispensable d'analyser, dès la première instance, la possibilité de mettre en œuvre l'intervention forcée d'un tiers ou un appel en garantie[2922] afin d'anticiper la solution des juges en la matière. Le demandeur doit veiller à ne pas être négligent lors de la première instance en appelant un tiers en garantie[2923] si les circonstances permettent d'établir qu'une condamnation en

---

[2915] 24 005 francs en l'espèce. Cité par E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *Dalloz*, 2006, Jurisprudence, p. 2369.

[2916] Et même par quatre-vingts celui concernant plus particulièrement les travaux sous-traités. Cf. E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2369.

[2917] C'est-à-dire en évaluant ces mêmes travaux à 495 400 francs. Cité par E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2369.

[2918] E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2371.

[2919] Pourtant, d'une manière générale, la Cour de cassation admet que des conclusions d'expertise puissent constituer l'élément nouveau nécessaire pour constater l'évolution du litige. Cf. E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *Dalloz*, 2006, Jurisprudence, p. 2370.

[2920] E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2372.

[2921] R. PERROT, Note sous cet arrêt, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 75, p. 15.

[2922] R. PERROT, note sous cet arrêt, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 75, p. 15-16.

[2923] Mais dans l'espèce du 11 mars 2005, précitée, le demandeur n'a peut-être pas commis une négligence. En effet, rien ne permettait d'affirmer que l'assureur n'imposait pas un système de malus ou bien que l'entrepreneur était empreint d'un bon sentiment en évitant de mettre en cause son sous-traitant, qu'il savait plus faible économiquement et mal assuré. Cf. E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2371.

appel est prévisible[2924]. Le comportement du bon père de famille devrait consister à mettre en cause automatiquement, devant les juges du premier degré, l'assureur du défendeur s'il est connu[2925]. Il semble judicieux de procéder de la même façon en ce qui concerne les moyens, les preuves et les prétentions de chacune des parties[2926]. Néanmoins, dans le cadre spécifique de la procédure d'appel, l'appelant est parfois également susceptible de s'interroger sur l'intérêt de mettre en cause un tiers. Si la partie perdante fait appel du jugement en reportant les griefs qu'on lui impute sur une autre personne non « attraite » en cause d'appel, cette dernière pourra déclarer que la décision ne lui est pas opposable. Ainsi, la partie déclarée gagnante par le jugement de première instance sera devenue doublement perdante avec la décision de la cour d'appel puisqu'elle aura perdu deux débiteurs[2927] : son adversaire qui a obtenu gain de cause en appel ainsi que le débiteur désigné qui n'exécutera pas la décision puisqu'elle lui est inopposable. Il est donc important pour la partie qui obtient un jugement favorable d'effectuer un appel provoqué devant la cour d'appel conformément aux articles 549 et 550 du Code de procédure civile. Mais à l'inverse, il convient de mesurer les dangers de la mise en cause d'un tiers lors de la procédure d'appel. En mettant en cause un tiers en appel, le débat va tendre à s'élargir et en conséquence peut être une source de dangers notamment quant à l'imprévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux. De surcroît, si la mise en cause ne se révèle pas utile, la partie qui l'a effectuée devra supporter les dépens de l'instance, en plus de l'indemnité de procédure qui est susceptible d'être élevée eu égard notamment au nombre de défendeurs, et qui peut se révéler être un risque encore plus grand dans le cadre de l'appel[2928]. Il est donc important de bien mesurer ces risques avant d'effectuer une telle mise en cause.

303. Conclusion de la section 1 – Si le cadre de l'instance est fixé par le demandeur, ce dernier n'est pas privé de la possibilité de modifier le débat avec néanmoins certaines limites imposant un lien avec la demande originaire. La liberté procédurale du demandeur fait l'objet de restrictions une fois le procès engagé rendant en conséquence moins facile l'élaboration d'une stratégie en la matière. D'autant que celle-ci dépend de l'attitude du défendeur comme nous allons le démontrer au regard des différentes ripostes possibles susceptibles d'impliquer diverses réactions de la part du demandeur.

Section 2 : La stratégie dans la riposte du défendeur

304. Le défendeur est susceptible de déjouer la stratégie du demandeur par exemple en effectuant une demande reconventionnelle qui n'avait pas été envisagée au départ par ce dernier. Il peut ainsi faire état de moyens de défense visant au rejet de la demande au fond ou à effectuer une contre attaque[2929] par le biais notamment d'une demande reconventionnelle. Les parties

---

[2924] Tel est le cas lorsqu'une condamnation est demandée dès la première instance. Cf. E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2371.
[2925] E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2371.
[2926] E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2372.
[2927] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 482.22, p. 232.
[2928] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 482.22, p. 232.
[2929] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 61.

poursuivant le plus souvent des buts différents, ont chacune des moyens de défense à faire valoir devant le juge afin de faire triompher leur thèse. Par le biais du principe du contradictoire impliquant la communication des pièces, chacune d'entre elles va élaborer sa stratégie. L'information des parties permet donc de garantir les droits de la défense[2930]. Dans cette hypothèse, on peut là encore faire le parallèle avec le domaine militaire et appliquer les propos de Clausewitz au procès lorsqu'il énonce que : *« la personne agissante se trouve sans cesse placée devant des réalités différentes de celles auxquelles elle s'attendait »*[2931]. La riposte au sens large du défendeur implique d'étudier d'une part les différentes répliques possibles de ce dernier (§1) et d'autre part la réaction du demandeur (§2).

§1 : La stratégie dans les différentes ripostes possibles du défendeur

305. Face à l'action du demandeur, le défendeur bénéficie d'un choix dans sa façon de riposter. Il peut refuser de poursuivre le procès au regard notamment de ses chances limitées d'obtenir gain de cause et préférer ainsi abdiquer (A). Mais il a aussi la possibilité d'adopter une tactique différente en fonction du but qu'il souhaite atteindre. Selon les cas, il ne comparaît pas à l'audience (B), invoque des moyens de défense (C), effectue une demande reconventionnelle (D) ou bien encore tente de rechercher un accord avec le demandeur (E).

A.L'acquiescement à la demande

306. Le défendeur, qui ne trouve pas d'arguments convaincants pour appuyer sa défense sur le fond du droit litigieux, peut préférer acquiescer à la demande afin d'éviter des frais inutiles[2932]. L'abdication[2933] se manifestant ici dans la renonciation au droit de se défendre prend ainsi la forme d'un acquiescement à la demande[2934]. En revanche, si elle a lieu après le jugement, elle est qualifiée d'acquiescement au jugement ce qui entraîne la renonciation aux voies de recours contre le jugement[2935]. D'ailleurs, l'acquiescement à une demande en première instance par l'une des parties fait également obstacle à la recevabilité de l'appel formé par celle-ci contre cette demande. Il a été jugé qu'une partie, qui avait énoncé qu'elle ne s'opposait pas à ce que la demande de son adversaire soit accueillie, avait acquiescé à la demande et qu'en conséquence, devait être déclaré irrecevable l'appel effectué ultérieurement par cette partie contre

---

[2930] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 156, p. 143.

[2931] C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, p. 86.

[2932] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 117.
Ainsi l'acquiescement à la demande implique la « reconnaissance du bien fondé des prétentions du demandeur » et « emporte renonciation à l'action » en application de l'article 408, al. 1er du CPC. Cf. N. LESOURD, « Acquiescement », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2003, n° 21, p. 4.

[2933] Qui se définit comme la « renonciation pure et simple à un droit ». Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Abdication », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 3.

[2934] Qui est l'acte qui, « portant sur ce que réclame l'adversaire, emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de celui-ci et renonciation à l'action ». (CPC, art. 408). Cf. CORNU (Publié sous la direction de), « Acquiescement », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 15.

[2935] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 49.

l'ordonnance de référé qui avait donné gain de cause à la demande[2936]. Ces actes ont un effet extinctif du procès et mettent donc un terme au litige. A défaut de procéder de la sorte en cas d'absence de moyens de défense de nature à obtenir gain de cause sur le fond du droit litigieux, le défendeur a la possibilité de ne pas comparaître à l'audience ou bien de ne pas effectuer les diligences requises bien qu'une telle attitude ne semble pas constituer une stratégie en la matière.

B.Le choix de ne pas comparaître et de ne pas accomplir certaines diligences

307. Le défaut de comparution – Si le demandeur ne comparaît pas à l'audience, le défendeur possède une certaine marge de liberté. Ce dernier a la possibilité, soit de s'opposer à ce qu'une décision soit rendue en invoquant la caducité de la citation, soit de demander au juge de rendre une décision en se fondant sur ses propres pièces et éventuellement sur ses demandes reconventionnelles si elles existent bien que dans ce cas, le juge peut d'office effectuer un renvoi à une audience ultérieure en application de l'article 468 du CPC. La première proposition semble opportune dès lors que le défendeur n'a pas de moyens de défense à faire valoir en justice alors que dans le cas inverse, le défendeur a tout intérêt à tenter d'obtenir un jugement en sa faveur. Si l'inertie relève, à l'inverse, du défendeur, le procès suit son cours en application de l'article 572, alinéa 1er du CPC[2937] ; le juge devant statuer dans les délais qui ont été prévus au moment de la mise en état[2938]. En effet, après que le demandeur ait effectué une action en justice contre son adversaire, une alternative se présente à ce dernier qui peut choisir soit de se défendre, soit d'être jugé sans avoir été entendu[2939]. De ce choix résulte une stratégie. Certes, le défaut de comparution peut aussi résulter non d'un choix mais de la méconnaissance par le défendeur d'une action en justice intentée à son encontre. Dans un tel cas de figure, c'est-à-dire si la citation n'a pas été délivrée à personne, le jugement est susceptible d'être rendu par défaut[2940]. D'ailleurs, dès lors qu'il ressort de certains éléments que le plaideur n'a pas été informé, le juge a la possibilité d'ordonner qu'une nouvelle citation du défendeur soit délivrée par acte d'huissier de justice en application de l'article 471 du CPC ou qu'une réassignation de celui-ci soit effectuée conformément à l'article 760 du CPC devant le TGI ou 923 devant la cour d'appel[2941]. L'intérêt d'être en possession d'un jugement rendu par défaut est que ce dernier rend possible la reprise de l'action au premier degré sur opposition puis un appel du jugement rendu sur

---

[2936] N. LESOURD, « Acquiescement », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2003, n° 19, p. 4.

[2937] Qui dispose que *« Si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond »*.

[2938] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 45.

[2939] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 309, p. 260. Le défaut commence à exister au moment de la procédure extraordinaire à Rome mais on ne la trouve pas dans le droit romain classique. Cf. L. CREMIEU, *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th. Paris, Librairie de la société du recueil Sirey et du Journal du palais, 1908, p. 180. Dans la procédure féodale, celui qui faisait défaut devait automatiquement payer une amende au seigneur ou aux juges car à cette époque l'on estimait que le défaut était une injure faite à la justice. Cf. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 46.

[2940] Dans un sens large, il s'agit notamment de « tout jugement rendu au terme d'une instance dans laquelle l'une des parties n'a pas comparu a fait défaut ». Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Jugement par défaut », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 526.

[2941] Le pouvoir d'injonction du juge permet dans ce cas d'assurer le respect de la contradiction. Cf. N. FRICERO, « Les manifestations de l'injonction : éléments de comparaison issus du contentieux civil », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, n° 13, p. 8.

l'opposition. Or, afin de lutter contre les manœuvres dilatoires, le Code de procédure civile, a retréci le domaine des jugements par défaut[2942], en énonçant que seuls ceux qui ne sont pas susceptibles d'appel et dont le défendeur n'a ni comparu ni été cité à personne peuvent être qualifiés comme tels[2943]. Le CPC fait obstacle à la stratégie de mauvaise foi du défendeur consistant à retarder le procès en ne comparaissant pas[2944] alors qu'il a été cité à personne étant donné qu'il est néanmoins possible qu'il soit statué sur le fond du droit. Par ailleurs, le défaut faute de conclure[2945], qui permettait au défendeur de ralentir le procès, essentiellement par esprit de chicane, a été supprimé par le décret du 30 octobre 1935[2946]. Les réformes en matière de procédure tendent depuis longtemps à éviter que les règles de procédure soient utilisées par les plaideurs à mauvais escient. On peut s'interroger sur la question de savoir si le choix de ne pas comparaître à l'audience est stratégique. Si le défendeur n'a pas de moyens de défense à faire valoir susceptibles de lui donner gain de cause sur le fond du droit litigieux mais qu'il ne souhaite pas abdiquer, il peut lui sembler inutile de comparaître à l'audience. Toutefois, le résultat sera identique puisque dans les deux cas le jugement sera rendu en sa défaveur. En effet, le demandeur peut obtenir une décision sur le fond qui sera « dite » contradictoire. En revanche, agir de la sorte pour gagner du temps semble inopportun. Certes, le juge a au préalable l'obligation d'effectuer certaines vérifications telles que celles de « l'expiration du délai de comparution, de la régularité de la demande et de sa compétence tant d'attribution que territoriale »[2947]. Pourtant, en cas d'incompétence de la juridiction saisie par le demandeur, en application de l'article 92 du CPC qui dispose que : *« L'incompétence peut être relevée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas »*, le juge n'est pas tenu de relever d'office son incompétence lorsque le défendeur ne comparaît pas. Si en cas d'absence de comparution du défendeur, le juge a la possibilité de relever d'office l'exception de nullité d'ordre privé[2948], étant donné qu'il n'en a pas l'obligation, il est peut-être susceptible de soulever d'office ce moyen uniquement lorsque le défendeur se trouve réellement dans l'impossibilité de comparaître afin de protéger ce dernier. Subsiste néanmoins une incertitude en la matière. En conséquence, dans cette hypothèse, le défaut de comparution du défendeur peut

---

[2942] Concernant le droit administratif, en application du décret du 10 avril 1959, les jugements des tribunaux administratifs ne peuvent plus faire l'objet d'une opposition. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 192, p. 174.

[2943] En application de l'article 473, alinéa 1er du Code de procédure civile. Telle est la définition du jugement par défaut au sens strict. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Jugement par défaut», in *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 526.

[2944] Puisqu'il était possible de former une opposition contre le jugement par défaut et d'interjeter appel du jugement rendu ultérieurement. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 191, p. 173.

[2945] Il s'agit d'un « nom jadis donné au défaut de l'avoué du défendeur (comparant) qui ne déposait pas de conclusions en temps utile ». Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Défaut faute de conclure », in *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 274.

[2946] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 581, p. 454.

[2947] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 45.

[2948] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 372, p. 270.

rendre efficace la stratégie du demandeur consistant à faire juger l'affaire par le tribunal de son choix à condition qu'il n'y ait pas de violation d'une règle de compétence d'ordre public. D'où la vigilance du défendeur s'il n'est pas dans l'intérêt de ce dernier d'être jugé par un tribunal autre que celui qui est normalement compétent. Par ailleurs, l'inconvénient de ne pas comparaître en première instance consiste à ne pas pouvoir invoquer devant le conseiller de la mise en état des exceptions de procédure qui auraient dû être soulevées devant le juge de la mise en état. En effet, dans un avis du 2 avril 2007, la Cour de cassation énonce que le conseiller de la mise en état est compétent en ce qui concerne les exceptions de procédure et les incidents ayant trait à l'instance d'appel mais pas pour ceux qui sont relatifs à la première instance[2949]. Le fait de ne pas comparaître à l'audience afin de ralentir le procès semble donc dépourvu d'incidence seulement en l'absence d'exceptions de procédure devant être soulevées *in limine litis*. En cas de moyens de défense recevables et fondés, il semble dès lors judicieux pour le défendeur de faire état de ces derniers afin d'éviter qu'un jugement défavorable ne soit rendu à son encontre[2950]. Par ailleurs, à défaut du choix de ne pas comparaître à l'audience, on peut s'interroger quant à l'existence d'une stratégie dans l'inertie ayant trait aux actes de procédure.

308. L'inertie ayant trait aux actes de procédure – Les parties peuvent s'abstenir d'accomplir certaines diligences et ce pendant une durée de deux ans[2951]. Une fois ce délai écoulé, l'une des parties a la possibilité d'invoquer la péremption d'instance[2952] conformément à l'article 386 du Code de procédure civile, mais aussi devant la Cour d'appel[2953]. Si l'inertie résulte du demandeur, le défendeur peut avoir un intérêt à laisser l'instance s'éteindre par l'effet de la péremption s'il ne peut invoquer des moyens sérieux à l'appui de sa défense. En revanche, si tel n'est pas le cas, il lui incombe d'accomplir des actes interruptifs du délai de péremption d'instance. Or, selon un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation n°99-20.159, inédit, ne sont pas de tels actes des demandes successives de réinscription au rôle et de radiation administrative puisque celles-ci ne permettent pas de « faire progresser l'instance »[2954]. En revanche, peut constituer un acte de nature à interrompre la péremption, une demande de renvoi à condition qu'elle s'accompagne d'une impulsion processuelle. Cette dernière peut être caractérisée par le fait d'utiliser le temps accordé pour analyser la loi étrangère applicable au

---

[2949] N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, Avis n° 0070007P, 2 avril 2007, *D.*, 2007, Panorama, p. 2432.

[2950] De plus, dans le cas particulier de l'action déclaratoire de la vérification d'écriture à titre principal, le défaut de comparution du défendeur semble être un aveu selon l'article 296 du CPC qui dispose que « le juge tient l'écrit pour reconnu si le défendeur cité à personne ne comparaît pas ». Ce qui peut d'ailleurs paraître contestable au regard de la mission du juge consistant dans la recherche de la vérité. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 103, p. 48.

[2951] Notons que selon l'article R. 516-3 du Code du travail, devant la juridiction prud'homale, il doit s'agir de diligences qui leur sont imposées par le juge, de manière expresse.

[2952] C'est-à-dire l'extinction de l'instance qui ne fait néanmoins pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Péremption d'instance », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 674.

[2953] Dans ce dernier cas, les conséquences sont plus radicales en application de l'article 390 du CPC qui prévoit que la péremption « confère au jugement la force de chose jugée, même s'il n'a pas été notifié ». Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 381.34, p. 156.

[2954] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 516.81, p. 295.

litige[2955]. En effet, une demande de renvoi peut à titre exceptionnel tendre à faire progresser l'affaire. D'ailleurs, dans l'arrêt précité du 18 janvier 2007, le demandeur, en l'espèce, n'avait aucun intérêt à retarder l'issue du litige étant donné qu'il s'agissait d'une recherche en paternité[2956]. D'une manière générale, dès lors que le défendeur est doté de moyens susceptibles de lui donner gain de cause, la stratégie consiste pour ce dernier à les invoquer devant le juge.

C.Les moyens de défense

309. Les moyens de défense employés par le défendeur visent des buts particuliers[2957]. Le défendeur peut tenter de faire rejeter la prétention du demandeur en démontrant que celle-ci est mal fondée ou obstacle à son examen en se prévalant d'un vice de fond ou bien encore de ralentir le cours du procès en invoquant la nullité d'un acte de procédure[2958]. Ainsi, face à la demande de son adversaire, le défendeur peut riposter en faisant état d'une irrégularité de procédure telle que par exemple une exception de nullité[2959] ou en contestant l'action en elle-même ou bien encore à l'appui de moyens de défense concernant le fond du droit. Dans certains cas, la défense peut être considérée comme habile sans être déloyale (a) alors que dans d'autres, elle est susceptible d'être qualifiée d'abusive (b).

a.Une défense habile sans être déloyale

310. Il est possible de faire obstacle aux prétentions de la demande en soulevant une exception de procédure (1), une fin de non-recevoir (FNR) (2) ou en effectuant une défense au fond (3).

1.La stratégie tendant à faire obstacle au déroulement de la procédure par le biais des exceptions de procédure

311. L'invocation d'une exception de procédure et les éléments y faisant obstacle – Selon l'article 73 du CPC, *« constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours »*[2960]. L'exception de procédure, ne visant pas à anéantir la demande au fond mais simplement à l'entraver

---

[2955] Tel est le cas dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 18 janvier 2007, dans lequel la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a considéré que dans le cadre d'un conflit comportant un élément d'extranéité, la demande de renvoi dans le but de « mettre à profit le délai accordé pour examiner les éléments de droit américain applicables au litige » constituait une diligence interruptive de la péremption. Cf. R. PERROT, Note sous cet arrêt, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 80, p. 18.

[2956] R. PERROT, Note sous cet arrêt, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 80, p. 18.

[2957] Ils comprennent les « raisons qu'un plaideur oppose aux prétentions de son adversaire (le défendeur à celles du demandeur, et réciproquement) pour les faire rejeter par le juge comme irrégulières (exception de procédure) irrecevables (fins de non recevoir) ou mal fondées (défense au fond). Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Moyens de défense », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 600.

[2958] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 46, p. 49.

[2959] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 343, p. 254.

[2960] Tel est notamment le cas de l'exception d'incompétence, de l'exception de nullité ou de l'exception dilatoire. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Exception », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 381.

momentanément, est plutôt envisagée comme un moyen visant à retarder la procédure. Toutefois, dans certains cas, elle a une autre finalité notamment lorsqu'elle consiste à faire juger le litige par un autre tribunal afin de bénéficier d'une procédure susceptible d'être plus avantageuse pour le défendeur. La stratégie peut ainsi consister dans l'invocation d'une exception d'incompétence bien que certains éléments y font obstacle. D'une manière générale, lorsque le juge saisi n'est pas celui qui est légalement compétent, la question se pose de savoir s'il doit d'office se déclarer incompétent ou s'il ne s'agit que d'une faculté. Comme le plus souvent, les cas dans lesquels il en a l'obligation sont rares[2961], il ne s'agit pour lui que d'une faculté et dans cette hypothèse, il est préférable que l'une des parties le lui demande. Toutefois, il résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile du 9 septembre 2010 que même lorsque le juge en a l'obligation, notamment en cas de compétence exclusive du juge de l'exécution, tout autre juge devant se déclarer d'office incompétent en application de l'article R. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution, le défendeur peut faire obstacle à la mise en œuvre de cette règle dès lors que dans ses précédentes écritures il a fait état d'un moyen contraire à celle-ci. D'où la prise en compte par ce dernier d'une telle solution dans le cadre de sa stratégie de défense, cette décision pouvant, soit lui permettre de faire obstacle à ce que l'affaire soit jugée par le juge normalement compétent en cas de compétence exclusive ou soit, au contraire, l'inciter à être vigilant dans l'invocation d'une règle de compétence dans ses écritures devant les premiers juges, celle-ci pouvant l'empêcher ultérieurement de changer de stratégie dans un esprit de chicane ou de rectifier de bonne foi une erreur ou un oubli dans l'invocation de ses moyens de défense[2962]. Par ailleurs, en matière sociale dans certaines hypothèses, il n'est pas aisé de faire la distinction entre les litiges relevant de la juridiction prud'homale conformément à l'article L. 511-1 du Code du travail et ceux du tribunal de droit commun[2963]. Parfois, afin de garantir le respect des droits de la défense, le juge peut enjoindre aux parties de conclure au fond s'il est saisi d'une exception d'incompétence mais qu'il souhaite statuer au fond dans le même jugement en application de l'article 76 du CPC[2964]. En cas de saisine par le demandeur de deux juridictions à la fois, notamment en cas de doute concernant la juridiction compétente, le débiteur a la possibilité d'invoquer des moyens de défense et d'opposer ainsi en même temps la litispendance et l'incompétence, c'est-à-dire de manière simultanée, en application de l'article 74 du Code de procédure civile, à défaut de quoi sa stratégie « pourrait être déjouée ». En effet, non seulement les exceptions de procédure doivent être invoqués simultanément mais de surcroît, *in limine litis*[2965] pour faire obstacle à leur

---

[2961] C. BLERY, « Plaidoyer pour une simplification des règles internes de compétence en matière judiciaire », *Procédures*, Mars 2008, p. 8. Par exemple, en cas de compétence exclusive, *« il faut que l'éventuelle incompétence d'un autre juge saisi soit soulevée d'office par celui-ci, autrement c'est se payer de mots »*. Cf. B. BEIGNIER, « Ordre public et compétence », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 113.

[2962] N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 147.

[2963] Par exemple, en cas de *lock-out*, l'on constate la naissance de plusieurs litiges individuels au sein d'un conflit collectif. Cf. J.-E. RAY, « Stratégie judiciaire (Droit du travail) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1262.

[2964] N. FRICERO, « Les manifestations de l'injonction : éléments de comparaison issus du contentieux civil », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, n° 13, p. 9.

[2965] Toujours conformément à l'article 74 précité.

mise en oeuvre dans un esprit de chicane[2966]. En revanche, en ce qui concerne, l'article 47 du CPC qui prévoit un renvoi devant une juridiction limitrophe, il a été jugé par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 février 2003 que ce renvoi *« est un instrument procédural original qui n'est pas soumis au régime des exceptions d'incompétence »*[2967]. Cela signifie qu'il est de droit et qu'il peut être soulevé à n'importe quel stade de la procédure. Les parties n'ont plus la possibilité de soulever les exceptions de procédure et incidents mettant fin à l'instance[2968] après le dessaisissement du juge de la mise en état en application de l'article 771 du CPC. La sanction est lourde puisqu'il s'agit de l'irrecevabilité. En effet, selon un avis de la Cour de cassation, lors de l'instance d'appel, le conseiller de la mise en état n'est pas compétent en ce qui concerne les exceptions de procédure et les incidents relatifs à la première instance[2969]. D'où le risque créé en raison du défaut de comparution en première instance. Un autre exemple d'exception de procédure est l'exception de nullité dont le but est d'empêcher qu'un acte de procédure irrégulier produise ses effets. En cas d'actes de procédure irréguliers, il est possible pour l'une des parties d'en invoquer la nullité. Pour ce faire, il convient d'invoquer un grief. Lorsqu'un vice de forme ne fait pas grief[2970], il peut être réparé[2971]. Concernant les exceptions de nullité, si l'article 114 du CPC, en exigeant la preuve d'un grief permet de lutter contre les manœuvres déloyales des plaideurs, il a été proposé en revanche de ne pas considérer la liste de l'article 117 du même code comme étant limitative[2972]. Il y eu une évolution en la matière[2973]. Selon un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 26 octobre 2006, n'en fait pas partie l'incident de faux qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention mais qui constitue une défense au fond. Par ailleurs, les questions préjudicielles sont des exceptions de procédure dont le régime est susceptible de varier selon que ces questions relèvent du droit interne ou du droit communautaire. En effet, il résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 18 décembre 2008 qu'une demande de sursis à statuer par l'une des parties pour poser une question préjudicielle qui concerne le droit interne est une exception de procédure qui doit être relevée *in limine litis*, alors que si la question préjudicielle a trait au droit

---

[2966] D'ailleurs, cette volonté de faire obstacle à la possibilité de faire état des exceptions dilatoires les unes après les autres est ancienne car elle date de l'ordonnance de 1667. Cf. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 94.

[2967] N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, Deuxième chambre civile, 13 février 2003, *D.* 2007, Pan., p. 2431.

[2968] Selon un avis de la Cour de cassation du 13 novembre 2006, les incidents mettant fin à l'instance au sens de l'article 771 du NCPC « *sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du nouveau code de procédure civile et n'incluent pas les fins de non-recevoir* » (en l'espèce, une prescription). N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, Avis du 13 novembre 2006, *D.*, 2007, Pan., p. 2431.

[2969] N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, Avis n° 0070007P, 2 avril 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2432.

[2970] N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, chambre commerciale, 24 avril 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2430.

[2971] Mais il en va différemment de l'inexistence. Cette dernière « suppose qu'un acte ait été défini dans sa notion mais qu'à cet acte fasse défaut un élément essentiel ». « Est inexistant l'acte qui ne répond pas à sa définition, à la conception générale que s'en est faite le législateur ». Cf. L. SEGUR, « L'inexistence en procédure civile », *La semaine juridique*, 1968, I, 2129, n°1.

[2972] Selon Madame Gambier, *« il convient de modifier l'article 117 en indiquant que la nullité des actes de procédure peut être invoquée pour inobservation des règles de fond les diverses causes de nullité énumérées par l'article 117 ne devant constituer que des exemples d'irrégularité de fond »*. Cf. T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 435, p. 321.

[2973] *Supra* n° 294.

communautaire, elle peut être invoquée « en tout état de cause et même à titre subsidiaire »[2974]. Ainsi, la demande de question préjudicielle européenne bénéficie d'un régime dérogatoire au droit commun comme cela avait déjà été décidé en procédure pénale[2975]. D'ailleurs, Le régime de la question préjudicielle européenne se rapproche aussi de celui de l'exception d'inconstitutionnalité qui, selon le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, peut être soulevée « au cours de toute instance » et « pour la première fois en cause d'appel »[2976] ou en cassation. D'où la question de savoir si la question préjudicielle peut être posée dans le but de retarder la procédure et quelle serait la sanction en cas d'adoption d'un tel comportement. Il semblerait que les moyens de défense employés par l'adversaire consistent souvent à gagner du temps[2977]. Etant donné que si le défendeur ne fait pas état des exceptions de procédure dès le début du procès, ils seront par la suite irrecevables, il convient de ne pas omettre de les invoquer afin néanmoins de gagner du temps. Au contraire, si les moyens peuvent être invoqués tout au long du procès, dès lors que le défendeur souhaite ralentir la procédure, ce dernier peut être tenté de les soulever plus tard sous réserve d'une éventuelle sanction concernant son comportement dilatoire. Tel est notamment le cas des FNR.

2.La stratégie dans l'utilisation des fins de non-recevoir tendant à contester l'action elle-même

312. Le défendeur a, dans certains cas, la possibilité de faire échouer la demande en soulevant une fin de non-recevoir qui a pour fonction de contester les conditions d'ouverture de l'action en justice[2978]. Elle est ainsi « un moyen d'éluder le débat au fond ». On peut citer en application de l'article 122 du CPC, « le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». D'ailleurs, les fins de non-recevoir tirées d'un défaut d'intérêt, d'un défaut de qualité ou de la chose jugée, peuvent être relevées d'office par le juge en application de l'article 125 alinéa 2 du CPC. Toutefois, lorsque la fin de non-recevoir n'est pas d'ordre public, le juge n'ayant pas l'obligation de la soulever d'office[2979], il est important pour le défendeur de ne pas omettre de l'invoquer en temps utile[2980]. Tel est le cas également en ce qui concerne la fin de non-recevoir de prescription[2981] d'autant qu'en application de l'article 2223 du Code civil, le

[2974] D. CHOLET, Note sous Cass. 2ième civ., 18 décembre 2008, *J.C.P.*, G, 2009, II, 10049, p. 56.
[2975] D. CHOLET, Note sous Cass. 2ième civ., 18 décembre 2008, *J.C.P.*, G, 2009, II, 10049, p. 57.
[2976] E. ROYER, « Un projet de loi organique pour la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité », *D.* 2009, Actualité législative, p. 1006.
[2977] Comme dans le domaine militaire dans lequel l'archiduc Charles énonçait que *« le principal but de la stratégie défensive est de gagner du temps »*. Cf. Charles d'Autriche [1771-1847], d'après R. HENRY, *L'esprit de la Guerre*, Berger-Levrault, 1894, p. 403, cité par V. DESPORTES, J.-F. PHELIZON, *Introduction à la stratégie*, Editions Economica, 2007, p. 240.
[2978] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 123, p. 84 ; n° 127, p. 87 ; n° 129, p. 88.
[2979] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 148, p. 100.
[2980] Concernant l'énumération inscrite à l'article 122 alinéa 2 précité du CPC dans sa rédaction issue du décret du 20 août 2004, il serait bienvenu d'instaurer un devoir du juge de relever d'office la fin de non-recevoir en la matière. Cf. S. JAHEL, « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Editions Dalloz, 2010, p. 726.
[2981] G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 12, p. 24.

juge a l'interdiction de soulever d'office cette dernière[2982], seule l'une des parties pouvant en faire état même si le moyen est d'ordre public selon une jurisprudence constante. Ainsi, le défendeur ne peut en faire état que dans des cas précis, tels que l'inobservation du délai pour effectuer une action en désaveu de paternité ou pour une action en recherche de paternité naturelle mais il n'est pas utile d'invoquer un grief ou que la fin de non-recevoir soit prévue par la loi. La liste de l'article 122 du CPC n'est pas limitative. Par exemple, sont considérés comme des fins de non-recevoir, une clause contractuelle faisant obligation aux parties de procéder à une conciliation ou à une médiation avant de saisir une juridiction en application d'un arrêt d'une chambre mixte rendu le 14 février 2003[2983] ainsi que le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme le prévoit un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 27 février 2009[2984]. La stratégie consistant pour le défendeur à invoquer une fin de non-recevoir dans le but de ralentir le procès est envisageable avec le risque d'une condamnation à des dommages-intérêts. En effet, si les fins de non-recevoir peuvent être invoquées en tout état de cause, une condamnation à des dommages-intérêts est néanmoins susceptible d'être prononcée par le juge dès lors que la fin de non-recevoir a été relevée dans une intention dilatoire[2985] notamment si elle avait pu être invoquée plus tôt par le défendeur. Certes, si la stratégie consistant à faire état d'une fin de non-recevoir pour ralentir le procès est susceptible d'être efficace sous les réserves que l'on vient d'énoncer, en revanche, celle qui se confond avec le but de l'institution tendant au rejet de la demande est incertaine dans les cas dans lesquels la situation peut faire l'objet d'une régularisation étant donné que l'irrecevabilité n'est pas admise si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Par exemple concernant notre cas pratique n° 1 ayant trait au contrat de vente de marchandises entre un acquéreur et un vendeur, si l'acquéreur n'est pas satisfait de la marchandise livrée et qu'il intente une action en justice sur le fondement de la garantie des vices cachés mais qu'il a laissé passer le délai de prescription de l'action, dès lors que le défendeur ne réagit pas, ce dernier ne pourra plus faire état de la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action après que le juge ait statué au fond. Mais les moyens de défense ne s'arrêtent pas là. Ainsi, le débiteur qui refuse de s'acquitter de sa dette peut, par exemple, invoquer hormis les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure à l'encontre du créancier des moyens de défense au fond.

3.La stratégie dans l'invocation d'autres moyens de défense

313. Le but de la défense au fond – Il s'agit d'un moyen pour le défendeur de contester le fond de la demande et ainsi de l'empêcher d'aboutir. Elle est « un moyen de défense visant à établir que la prétention de l'adversaire n'est pas fondée ». Le défendeur peut par exemple

---

[2982] Or selon Monsieur le Professeur Sélim Jahel cette interdiction ne semble pas cohérente eu égard aux autres possibilités offertes au juge de soulever d'office le moyen de droit notamment « même celui reposant sur des faits que les parties n'ont pas expressément invoqués au soutien de leurs prétentions » en application de l'article 7 alinéa 2 du CPC. De plus, l'interdiction est critiquable car la prescription permet de mettre un terme à des litiges et de contribuer ainsi à la paix sociale. Cf. S. JAHEL, « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 729-730.
[2983] *Supra* n° 87.
[2984] *Infra* n° 316.
[2985] En ayant ainsi la « volonté de faire traîner le procès en longueur ». Cf. J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, n° 143, p. 123-124.

invoquer le paiement, la nullité de l'engagement, ou bien encore la remise de dette. Pour ce faire, il convient notamment de contester les faits allégués en faisant état devant le juge d'une autre présentation de « la vérité » de la situation litigieuse.

314. Une autre présentation de « la vérité » de la situation litigieuse – *« La meilleure dialectique de défense consiste souvent à adopter la thèse de son contradicteur, en reprenant ses moyens et en utilisant ses preuves, puis de la dépasser, en complétant son raisonnement par une conséquence ultime qu'il n'avait pas prévue »*[2986]. Au-delà de cette stratégie, d'autres faits peuvent être introduits[2987] ou être mis en avant alors qu'ils ont été considérés comme secondaires par le demandeur impliquant une réplique de la part de celui-ci[2988]. Par ailleurs, le défendeur peut invoquer des moyens de preuve différents de ceux avancés par le demandeur en essayant d'être plus convaincant que ce dernier à l'égard du juge[2989]. De surcroît, le rejet de la demande peut résulter de la contestation du fondement juridique sur lequel s'appuie le demandeur.

315. La contestation du fondement juridique de la demande – Dès lors que les conditions en sont remplies, il est judicieux pour le défendeur de poser une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) si le moyen qui fonde la demande repose sur la loi susceptible d'être contestée devant le juge constitutionnel[2990]. En effet, si celle-ci est déclarée inconstitutionnelle, le plaideur qui en a fait état pourra éradiquer le moyen qui fondait la demande et ainsi éviter une condamnation. On peut dès lors se demander si la QPC ne va pas permettre à certains plaideurs de retarder le délai du jugement et donc d'y avoir recours dans un but dilatoire. A partir de la transmission de la question par le juge du fond à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, ces deux cours suprêmes ont un délai de trois mois pour décider de saisir ou non le Conseil constitutionnel en application de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Ensuite devant ce dernier, la procédure est de trois mois. Ces différents délais qui se succèdent permettent d'allonger le temps du jugement. Cette hypothèse ne peut ainsi être exclue mais les conditions d'application de cette procédure étant restrictives, un mauvais usage de cette dernière semble limité. La loi doit violer les « droits et libertés » garantis par la Constitution. Par ailleurs, le sursis à statuer découlant de la décision notamment du Conseil d'Etat de transmettre comporte des exceptions et fait ainsi obstacle aux stratégies dilatoires en la matière[2991]. Un autre type de stratégie est susceptible néanmoins de surgir lorsque le défendeur peut également saisir le juge d'un moyen d'inconventionnalité. En application de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7

[2986] P. HUGONET, *La vérité judiciaire*, Préface de Simone Rozes, Editions Litec, 1986, p. 38.

[2987] Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Editions Dalloz, 2ième édition, 1999, n° 85, p. 159.

[2988] De même, en matière pénale, si l'avocat de la défense défend les intérêts de son client mais *« doit s'interdire de mentir (...), en réalité, il n'expose que des vérités partielles : celles qu'il a découvertes au travers de l'histoire de son client, de l'étude de son dossier (...) »*. Cf. E. DAOUD, « Juge et avocat : le désamour », *Act. Jur. pénal*, 2007, p. 312.

[2989] E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 27, p. 14.

[2990] Pour ce faire, trois conditions de fond doivent être remplies en application de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Il faut que la disposition soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution, que la question soit nouvelle et qu'elle soit dotée d'un caractère sérieux.

[2991] Par exemple, le sursis à statuer n'empêche pas le juge de statuer sur les points qui doivent rapidement trouver une solution afin d'éviter des « conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie ». Cf. R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 421.18, p. 525.

novembre 1958, le juge doit statuer au préalable sur le moyen d'inconstitutionnalité. Or, étant donné qu'il est possible de faire état pour la première fois en appel du moyen d'inconstitutionnalité, l'un des plaideurs peut être tenté de soulever en appel seulement ce dernier moyen afin de faire obstacle à celui ayant trait à l'inconventionnalité, le refus de transmettre étant dès lors susceptible d'entraîner le rejet de l'exception d'inconventionnalité[2992]. En effet, le sursis à statuer découlant de la QPC n'empêche pas qu'une nouvelle instance soit introduite et qu'ainsi il en soit de même si l'on raisonne par analogie pour la question préjudicielle. D'ailleurs cette dernière peut également permettre au final de contester la prétention du demandeur si elle aboutit à une solution qui va à l'encontre de celle-ci. Il s'agit ici d'étudier la question préjudicielle qui concerne le droit communautaire car celle qui a trait au droit interne fait partie des exceptions de procédure que nous avons vues plus haut.

316. L'invocation de l'*estoppel* – Alors que ce principe a fait son apparition récemment en procédure civile dans un arrêt du 27 février 2009 rendu par l'Assemblée plénière, on relève des décisions antérieures dans lesquelles, les juges y ont fait référence implicitement. Ainsi, concernant plus particulièrement la première instance, un jugement du tribunal d'instance du 14 décembre 2007 a énoncé qu'un créancier ne pouvait obtenir satisfaction dans la mise en œuvre de certaines mesures au motif qu'il s'était opposé à ces dernières lors de la procédure amiable[2993]. Or, ce jugement est critiquable car il semble normal que les créanciers puissent changer de position afin de s'adapter à l'évolution de la situation des débiteurs. Toutefois, au regard de cette dernière jurisprudence, il semblerait que l'invocation de l'*estoppel* soit un moyen de défense pouvant faire obstacle à la prétention du demandeur. D'ailleurs, en dehors de l'impossibilité de l'exercice d'un cumul d'actions contradictoires, il ne semble pas envisageable pour le demandeur à l'action, victime d'une inexécution, de faire état ultérieurement d'une demande qui serait en contradiction avec celle introduisant l'instance lors d'une action précédente. Par exemple, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, victime de l'inexécution de cette dernière, n'a pas la possibilité de réclamer la nullité des cessions de biens réalisées par le promettant à des tiers alors qu'antérieurement, il a demandé des dommages-intérêts résultant de l'inexécution du contrat. L'incohérence résulte, dans ce cas, de l'invocation, dans un premier temps, de l'inexécution du contrat pour obtenir des dommages-intérêts et dans un second temps, de son exécution de manière indirecte afin de pouvoir critiquer les cessions effectuées par le promettant[2994]. En effet, l'action en responsabilité contractuelle engagée à l'encontre du promettant pouvait laisser croire à ce dernier que l'action en exécution était anéantie et donc qu'aucune contestation concernant les cessions au profit des tiers n'était possible. Dans cet arrêt du 21 février 1995, il résultait ainsi de l'indemnisation du préjudice lié à l'inexécution de la promesse une renonciation de la part du demandeur à exiger ultérieurement

---

[2992] R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 421.17, p. 524.
[2993] M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 18.
[2994] D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *R.I.D.C.*, 2-2006, p. 375.

l'exécution de celle-ci[2995]. Le moyen de défense consistant à invoquer le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, c'est-à-dire l'*estoppel* montre qu'il peut faire obstacle à ce que le demandeur obtienne gain de cause sur le fond du droit litigieux mais il peut aussi empêcher la réalisation d'une stratégie de mauvaise foi de la part de ce dernier ou limiter sa liberté de changer de stratégie face à la réaction de son adversaire. De même en dehors de l'invocation de l'estoppel comme moyen de défense, dans un autre domaine, le défendeur a la possibilité d'empêcher la réalisation de mesures d'exécution effectuées à son encontre.

317. Les obstacles aux mesures conservatoires ou d'exécution – Avant l'obtention du jugement, il est possible pour le débiteur de demander la mainlevée d'une mesure conservatoire dès lors que cette dernière lui a été dénoncée[2996]. Il s'agit donc d'effectuer une assignation devant le juge de l'exécution et d'invoquer certains motifs. L'avantage de recourir au juge de l'exécution est que sa décision est notifiée par le greffe aux parties par lettre recommandée avec avis de réception, ce qui permet d'économiser les frais de signification nécessitant le recours à un huissier de justice hormis le cas dans lequel la lettre n'a pas été retirée et qu'il est alors souhaitable de recourir à la signification. Par ailleurs, la partie condamnée au paiement peut demander un délai de grâce au juge de l'exécution[2997]. En effet, il est possible d'agir à tout moment contre ce dernier qui, dans le cadre des délais de grâce, est doté des mêmes pouvoirs que ceux du juge des référés saisi avant toute exécution[2998]. Il peut être judicieux pour le débiteur de recourir à cette procédure notamment pour faire obstacle au déroulement d'une saisie-vente ainsi que pour proposer au juge un autre bien que celui faisant l'objet de la saisie moins utile pour le débiteur et pouvant servir de garantie pour le remboursement de sa dette[2999]. Dans les différents cas invoqués, on constate que le défendeur ne fait qu'user des moyens procéduraux qui sont à sa disposition pour élaborer sa défense. Un mauvais usage de ces derniers n'est pas facile à démontrer mais dans certains cas la réunion de certains éléments constitutifs permet d'aboutir à une condamnation, la défense pouvant être qualifiée d'abusive ou de déloyale.

b.Une défense abusive ou déloyale

318. La sanction d'une procédure abusive ou dilatoire – Lorsque la contestation est « inutile et purement dilatoire », elle est constitutive de résistance abusive[3000]. A ce titre, le

---

[2995] La voie de l'indemnisation pour inexécution de l'obligation qui a été choisie en premier lieu entraîne l'impossibilité d'invoquer ultérieurement l'exécution forcée de celle-ci en tenant ainsi pour acquis le défaut de réalisation du contrat à l'égard du demandeur. En l'espèce, la solution est cependant sévère pour ce dernier étant donné que les cessions dont il souhaitait demander l'annulation n'étaient intervenues qu'après qu'il ait intenté son action en indemnisation pour inexécution. Cf. J. MESTRE, Note sous Cass. com., 21 févr. 1995, *R.T.D. civ.*, 1995, p. 618.

[2996] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 147.

[2997] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 443.63, p. 202.

[2998] Ainsi, « il peut : reporter intégralement le paiement des sommes dues pendant un délai donné et ce jusqu'à deux ans ; échelonner le paiement sur une période maximum de 24 mois ; réduire le taux des intérêts pendant la période de règlement ; subordonner ces délais à l'accomplissement d'actes de nature à garantir le paiement ».

[2999] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 150.

[3000] E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 20, p. 12.

défendeur peut être condamné pour procédure abusive sur le fondement de l'article 32-1 du CPC[3001]. Par ailleurs, en dehors de cette hypothèse, l'attitude dilatoire du défendeur se manifestant par exemple dans la communication des pièces de dernière heure, n'entraîne pas automatiquement l'irrecevabilité de ces dernières mais dépend de la contestation du demandeur sur ce point devant le juge qui a un pouvoir souverain d'appréciation en la matière[3002]. Lorsque dans certains cas le défendeur souhaite invoquer différents griefs à l'encontre du demandeur, il a la possibilité d'effectuer une demande reconventionnelle en évaluant au préalable les chances de succès de celle-ci[3003]. En effet, si la partie attaquée en justice peut adopter une stratégie défensive en invoquant le simple rejet des prétentions de son adversaire, elle peut également, à son tour, développer une stratégie offensive impliquant « une contre-attaque » si l'on utilise par analogie le vocabulaire militaire[3004] pour désigner la demande reconventionnelle en matière procédurale.

D.La demande reconventionnelle

319. L'intérêt de « contre-attaquer » en effectuant une demande reconventionnelle – La détermination du litige ne dépend pas uniquement de la demande introductive d'instance mais également des conclusions du défendeur, ce dernier pouvant par le biais de la demande reconventionnelle réclamer quelque chose non inclus dans la demande originaire[3005]. Par exemple, si le défendeur est le débiteur du demandeur d'une dette de 20000 euros, il peut effectuer une demande reconventionnelle en énonçant qu'il est aussi son créancier pour une somme d'un montant de 10000 euros. Dans ce cas, la demande reconventionnelle consiste à demander la compensation jusqu'à concurrence de cette somme. En dehors d'une demande concernant une somme d'argent, la demande reconventionnelle élargit les termes du débat et montre que le défendeur a également un rôle à jouer quant à la détermination du cadre de l'instance[3006].

320. Les limites à la stratégie consistant à effectuer une demande reconventionnelle – La demande reconventionnelle n'est recevable qu'à condition qu'elle ne soit pas formée dans un but frauduleux, c'est-à-dire pour détourner les règles de compétence ou changer le taux du dernier ressort. Par exemple, le défendeur qui a été attrait devant le tribunal de commerce peut être tenté d'user de la demande reconventionnelle pour faire connaître à cette juridiction une question de droit portant sur la propriété immobilière qui ne relève pas de sa compétence. Dans ce cas, la demande reconventionnelle est irrecevable et le défendeur doit en conséquence effectuer une demande principale devant la juridiction compétente en cette matière[3007]. Par ailleurs, le défendeur ne peut modifier le taux de ressort par le biais d'une demande reconventionnelle que

---

[3001] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 79, p. 83.
[3002] *Infra* n° 412.
[3003] *Supra* n° 193 et s.
[3004] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 200, p. 382-383.
[3005] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 398, p. 489.
[3006] Par sa réponse, le défendeur fait évoluer le litige. Cf. J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 400, p. 489-490.
[3007] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 65.

dans des cas limités. En effet, tel n'est pas le cas lorsque cette dernière a pour objet une demande de dommages-intérêts pour abus de procédure. Par exemple, si le demandeur souhaite obtenir le paiement de sa créance dont le montant s'élève à 3000 euros, il va agir devant le tribunal d'instance qui statuera en premier et dernier ressort. Le défendeur ayant intérêt à pouvoir interjeter appel au cas où il perdrait en première instance, effectue alors une demande reconventionnelle afin d'obtenir 1500 euros de dommages-intérêts pour procédure abusive. Or, lorsque la demande reconventionnelle en dommages-intérêts se fonde exclusivement sur la demande principale, elle n'est pas susceptible d'augmenter le taux de ressort. En revanche, il en va différemment si elle se fonde sur une cause distincte de la demande principale, par exemple sur le préjudice qui concerne la même cause mais des faits antérieurs ou indépendants de cette instance[3008]. Ainsi, dans le but de rendre un appel possible, le défendeur a tout intérêt à appuyer sa demande reconventionnelle sur des faits antérieurs ou différents de ceux sur lesquels repose la demande principale[3009]. Mais les conditions étant restrictives, la stratégie consistant à utiliser une demande reconventionnelle dans un but autre que celui auquel elle tend semble difficilement envisageable. Dans le cadre de la voie d'appel, l'intimé est également susceptible de mettre en œuvre une stratégie de défense par exemple notamment par le biais d'une demande reconventionnelle. De surcroît, les limites à l'effet dévolutif du litige consistent dans la possibilité pour l'intimé de former un appel incident d'intimé à intimé ou un appel provoqué en appliquation des articles 548 et 549 du CPC[3010] pouvant entraîner une incertitude sur la solution sur le fond du droit litigieux. Les intimés peuvent ainsi effectuer des appels incidents sur les points de droits sur lesquels ils n'ont pas obtenu satisfaction[3011]. Dans le même ordre d'idées, il est posssible pour ces derniers de former des demandes reconventionnelles en application de l'article 567 du CPC. Il semblerait cependant que la stratégie soit limitée pour l'intimé. Ce dernier bénéficie d'une option entre la possibilité de se maintenir sur les dispositions énoncées par les premiers juges ou d'effectuer un appel incident dans le but de changer certains points du jugement ne lui donnant pas satisfaction[3012]. En effet, s'il avait demandé une somme déterminée de dommages-intérêts à titre de réparation et qu'il n'en a obtenu que la moitié, il sera judicieux pour lui d'effectuer un appel incident qui permet de tout remettre en question et d'être invoqué en tout état de cause. La question se pose alors de savoir si l'appel incident peut être utilisé pour retarder la procédure. La réponse semble négative eu égard à l'alinéa 2 de l'article 550 du CPC[3013]. D'ailleurs, à la suite d'un appel incident effectué par l'intimé, l'appelant principal peut,

---

[3008] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 66.

[3009] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 66.

[3010] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 18, note de bas de page n° 60, p. 41.

[3011] G. AMEILHAUD, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Imprimerie F. Boisseau, 1942, p. 117-118. G. AMEILHAUD, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Imprimerie F. Boisseau, 1942, p. 92

[3012] J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 84.

[3013] Qui dispose que : *« La cour peut condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de former suffisamment tôt leur appel incident ou provoqué »*.

par le biais de la voie incidente, étendre son action à d'autres chefs du jugement[3014]. Enfin, il est aussi possible pour l'intimé de faire état de la compensation pour la première fois lors de l'instance d'appel dès lors que les conditions en sont remplies[3015]. Ces différentes possibilités offertes à ce dernier rendent incertain le résultat sur le fond du droit litigieux, tout comme y contribue également l'évolution de la fonction de l'appel consistant à considérer celui-ci comme une voie d'achèvement du litige. En dehors de la possibilité de faire état de moyens de défense tant dans le cadre de la première instance que lors d'une instance renouvelée, il est parfois opportun de rechercher un accord avec la partie adverse.

E.La recherche d'un accord

321. Le choix de mettre un terme au procès sans aboutir à un jugement – Pour des raisons financières, eu égard notamment au coût important du procès, l'adversaire peut souhaiter effectuer une transaction avec le demandeur ou bien encore conclure un compromis pour se tourner vers l'arbitrage. Au cours du procès, une modification de la stratégie de départ est possible étant donné que le temps peut faire évoluer l'état d'esprit des parties ou même le but poursuivi par ces dernières. Mais l'efficacité d'une telle évolution de la stratégie dépend de la volonté de l'autre partie qui doit également accepter d'adapter sa stratégie aux évolutions façonnées par le temps[3016].

§2 : La stratégie dans la réaction du demandeur

322. Indépendamment des moyens de défense concernant le fond du droit, le demandeur peut souhaiter réagir contre l'attitude du défendeur, celle-ci étant susceptible d'avoir des répercussions sur la stratégie de celui-là (A). Le plus souvent, cependant, l'étude des différentes réactions du demandeur a trait à l'adaptation de la stratégie de départ et de ses limites au regard des arguments avancés au soutien de la défense de l'adversaire (B). Par ailleurs, lorsque cette dernière semble tendre vers un jugement qui est favorable à celui-ci, le demandeur est suceptible d'évaluer les chances de succès d'une voie de recours afin d'opter pour la poursuite du procès ou un désistement d'instance (C).

A.La stratégie du demandeur au regard de l'attitude procédurale du défendeur indépendamment de la défense au fond de ce dernier

323. Si le défendeur souhaite retarder le jugement, il ne communiquera pas en « temps utile » par exemple ses conclusions et les pièces sur lesquelles il se fonde. Or, cette façon de procéder peut entraver la stratégie du demandeur en l'empêchant d'exercer ses droits de la défense et d'obtenir une décision rapidement. La stratégie consiste ici pour le demandeur de demander au juge de déclarer irrecevables ces conclusions et pièces si elles sont dites de « dernière heure »

[3014] G. AMEILHAUD, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Imprimerie F. Boisseau, 1942, p. 92.

[3015] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 149.

[3016] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 124.41, p. 35. Cf. *Infra* n° 325.

puisque dans ce cas, à la différence de celles qui sont qualifiées de « tardives » ce dernier ne peut, d'office, faire état de leur irrecevabilité[3017]. Il en est de même pour toutes les attitudes procédurales qui peuvent être déloyales et qui ne peuvent être d'office sanctionnées par le juge, une des parties devant obligatoirement en faire la demande auprès de ce dernier qui d'ailleurs n'est pas toujours tenu d'y faire droit[3018]. Un autre exemple concerne la possibilité pour l'une des parties de demander à l'autre une pièce dont elle a démontré l'existence et qui va à l'encontre des intérêts de cette dernière. Il s'agit là de la manifestation du droit à la communication entre les parties[3019]. Or, si l'adversaire ne procède pas à la communication des pièces demandées, le demandeur peut, en application de l'article 133 du CPC[3020], saisir le juge à cet effet, ce dernier ne pouvant se saisir d'office en la matière[3021].

B.L'adaptation de la stratégie de départ du demandeur au cours de l'instance et ses limites

324. Comme l'énonce SUN TZU, *« De même que le flot épouse les accidents du terrain, de même une armée, pour parvenir à la victoire, adapte son action à la situation de l'ennemi. Et, de même que l'eau n'a pas de forme stable, il n'existe pas dans la guerre de conditions permanentes »*[3022]. Si les circonstances qui surviennent lors de l'instance sont susceptibles de modifier la stratégie initiale du demandeur, la liberté de ce dernier n'est pas absolue en la matière notamment dans le cadre d'une instance renouvelée.

325. La recherche d'un accord avec l'adversaire – De même que le défendeur peut trouver un intérêt à mettre un terme au litige par le biais d'un accord, le demandeur est susceptible d'obtenir satisfaction par exemple en acceptant de transiger avec son adversaire en cours d'instance notamment en évaluant le coût et le temps du procès par rapport à l'avantage escompté. Le recours à la médiation ou à la conciliation est une chance à saisir tout au long de l'instance[3023]. Le développement du litige peut amener les parties à prendre conscience de la valeur juridique de leur prétentions respectives, et ainsi à instaurer un dialogue[3024]. Par ailleurs, si la demande reconventionnelle implique une réponse antagoniste de la part du demandeur qui

---

[3017] *Infra* n° 412.
[3018] *Infra* n° 380 et s.
[3019] La jurisprudence administrative adopte la même solution en la matière. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 163, p. 148-149.
[3020] Qui dispose que : « Si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication ».
[3021] Or cela semble critiquable. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 37, p. 19.
[3022] SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, p. 176-177.
[3023] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 55.
[3024] Le succès de la médiation tient aussi au rôle actif des avocats en ce qui concerne notamment leur pouvoir de conseil sur le contenu d'une solution acceptable. Cf. J.-M. COULON, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 135 ; 138.

contribue à faire évoluer le litige[3025], le demandeur peut également rédiger un compromis afin de se tourner vers l'arbitrage[3026]. Une demande reconventionnelle effectuée par le défendeur peut déjouer la stratégie du demandeur et ainsi impliquer de modifier le résultat souhaité au départ ou bien d'atteindre ce dernier par un mode autre que celui d'une décision de justice mais plutôt, par exemple, par le biais d'une solution amiable. Les principales raisons sont le gain de temps, une économie d'argent ainsi qu'un désencombrement des tribunaux[3027]. Par ailleurs, si un accord est envisageable sur un plus long terme, dès lors que le demandeur n'obtient pas gain de cause, ce dernier sera tenté, pour y parvenir, d'exercer une voie de recours dans le but d'allonger le procès. De l'allongement de la procédure peut naître l'apaisement des passions permettant d'aboutir à une transaction, cette dernière étant possible à tout moment quel que soit l'état d'avancement du procès ou d'avoir recours à un médiateur si une solution négociée proposée par ce dernier apparaît plus opportune[3028]. Dans les cas où la situation peut évoluer entre les parties vers un règlement amiable, intenter un appel est un moyen susceptible de parvenir à un tel résultat notamment en laissant le temps nécessaire à la recherche d'un tel accord[3029]. Il en est de même lors du recours en cassation[3030]. Pourtant, parfois, notamment dans les cas dans lesquels le défendeur a des chances d'obtenir gain de cause, dès lors que ce dernier souhaite obtenir une décision de justice susceptible de lui donner raison, le demandeur peut préférer se désister.

326. Le désistement d'instance – Après avoir engagé une action en justice, le demandeur est susceptible de réaliser après coup que sa prétention est mal fondée et qu'il ne pourra obtenir gain de cause. Par exemple, lorsqu'après le dépôt des conclusions de son adversaire, il est dans l'impossibilité de prouver les faits contestés par ce dernier, il peut être plus judicieux pour lui de se désister afin d'éviter des frais inutiles puisque la décision risque de le débouter[3031]. Toutefois, le désistement d'instance peut, dans certaines hypothèses, être considéré comme abusif. Tel est le cas lorsque le demandeur se désiste peu de temps après son action ou rapidement, ce dernier

---

[3025] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 400, p. 490.

[3026] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 13.

[3027] J.-M. COULON, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 136.

[3028] Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1267.

[3029] D'ailleurs, la partie condamnée qui est dans notre cas de figure le demandeur peut également se rendre compte avec le temps qu'il va de son intérêt d'acquiescer au jugement notamment en effectuant sans réserve un désistement d'appel en application des articles 403 et 409 du CPC. Cf. N. LESOURD, « Acquiescement », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2003, n° 23, p. 4.

[3030] L'accord trouvé en la matière est d'autant plus important qu'il permet de suspendre le jugement alors que le recours en cassation n'a pas en lui-même d'effet suspensif. Ainsi, étant donné que d'une manière générale le pourvoi en cassation ne suspend pas l'exécution de l'arrêt attaqué, il est judicieux pour la partie qui fait l'objet de poursuites individuelles d'effectuer une conciliation et ainsi d'homologuer l'accord trouvé puisque cette dernière suspend toute action en justice ainsi que les poursuites individuelles sur les biens du débiteur qu'ils soient meubles ou immeubles conformément à l'article L. 611-10 du Code de commerce.

[3031] Ph. BLONDEL, « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 172.

pouvant dès lors être condamné à une amende pour procédure abusive. En dehors de ce cas particulier, en cas de difficulté concernant la preuve des faits allégués et dans l'hypothèse où le serment peut être déféré à l'adversaire, il convient pour le demandeur d'utiliser ce mode de preuve pour tenter d'obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux.

327. L'utilisation du serment – Le serment permet d'obtenir l'aveu de l'adversaire et ainsi satisfaction sur le fond du droit litigieux. Cependant, il convient d'être prudent dans l'utilisation de ce mode preuve qui ne doit être utilisé que dans des circonstances s'y prêtant ainsi qu'au regard de ses conséquences. Celui qui défère le serment doit bien connaître l'état d'esprit de l'adversaire et notamment s'il a des chances d'obtenir le résultat souhaité par ce mode de preuve car celui-ci dépend de celui-là. L'aveu est un mode de preuve dangereux car s'il est effectué lors de la première instance, en cas d'appel, même s'il n'est pas repris dans les dernières conclusions, il n'est pas réputé avoir été abandonné[3032]. Ainsi, le choix de recourir à l'aveu pour l'une des parties a des conséquences importantes en ce qui concerne la suite du procès. Pendant l'instance, selon la réaction de l'adversaire, la stratégie du demandeur peut évoluer bien que la modification de cette dernière comporte des limites au regard des spécificités de l'instance renouvelée. En effet, dès lors que la défense de l'adversaire tend vers une probable victoire, le demandeur peut évaluer les chances de succès d'une voie de recours afin de réagir de façon stratégique soit en poursuivant le procès même en cas de possible condamnation en première instance dans le but lors d'une instance utlérieure d'obtenir gain de cause devant la Cour d'appel ou la Cour de cassation, soit en se désistant. En effet, en cas de probable jugement défavorable au regard des moyens de défense de l'adversaire, il convient pour le demandeur d'étudier les éventuelles chances de succès de l'exercice d'une voie de recours afin de s'interroger en cas d'absence d'efficacité du recours si un désistement ou une transaction ne serait pas plus favorable plutôt que d'attendre la fin du procès qui le déclarera perdant. Même si les parties sont liées par l'autorité de la chose jugée ressortant du jugement de première instance, ces dernières ont la possibilité de contester celle-ci par le biais des voies de recours[3033] et ainsi de prolonger l'instance principale par le biais d'instances dérivées[3034]. Les voies de recours se définissent de manière plus précise comme *« des moyens par lesquels les parties à un procès, et même parfois des tiers, attaquent un jugement ou un arrêt qui leur porte préjudice, en vue d'obtenir une solution qui leur soit plus favorable. Elles sont, pour les plaideurs, des mesures de protection, contre l'erreur du juge »*[3035]. D'où la nécessité d'évaluer les chances de succès d'une instance renouvelée.

[3032] En effet, c'est ce qu'a énoncé la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 février 2007. Cf. N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, Première chambre civile, 13 février 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2432.

[3033] D'ailleurs, « le recours, *recursus*, c'est le chemin du retour ; par conséquent, la demande qui a pour but de remettre en cause une décision ou une situation ». Cf. F. GAUDU, *Les 100 mots du droit*, « Recours », Que sais-je ?, P.U.F., 2010, p. 99.

[3034] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 195, p. 176.

[3035] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 602, p. 471.

C.La stratégie dans l'évaluation des chances de succès d'une instance renouvelée

328. Si sur de nombreux points, il est possible de se référer à ce qui a été dit plus haut concernant l'évaluation des chances de succès d'une action en justice, les spécificités propres à la voie d'appel[3036] ou au pourvoi en cassation[3037] impliquent la prise en compte d'autres éléments. Dès lors que dans l'esprit des plaideurs, une erreur semble avoir été commise par les premiers juges ou de manière plus générale par les juges du fond, celle-ci doit pouvoir faire l'objet d'une rectification par le biais d'une voie de recours[3038]. L'appel permet de « redresser l'injustice ou l'ignorance des juges »[3039]. D'une manière générale, les plaideurs intentent un appel en cas d'insatisfaction vis-à-vis du jugement[3040] qui le plus souvent concerne le domaine du droit du travail, le droit immobilier ainsi que dans une moindre mesure le droit de la famille, des contrats et des obligations[3041]. D'ailleurs, « le jugement suscite naturellement la contestation »[3042]. Or, alors que par le biais de l'appel[3043], le jugement va pouvoir faire l'objet

---

[3036] Qui fait partie des voies de recours dites « ordinaires » que l'on pourrait qualifier de « normales » en permettant « la remise en cause du jugement quel que soit le vice qui l'affecte » par opposition aux voies de recours « spéciales » qui ne pourraient « remettre en cause le jugement que pour certains vices ou types de vices spécifiés ». Selon cette classification rentreraient ainsi dans la première catégorie : l'appel, l'opposition ainsi que la tierce opposition. Cf. K. SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, n° 732, p. 536 ; n° 737, p. 539. Or, parmi ces voies de recours dites « ordinaires », il semble plus opportun d'étudier la voie d'appel qui est ouverte à la partie qui est en mesure *« d'établir qu'il y a eu erreur à son préjudice, de la part du premier juge »* que l'opposition qui n'est ouverte qu'au défaillant pour rétracter un jugement rendu par défaut en application de l'article 571 du CPC.

[3037] Parmi les voies dites « extraordinaires », qui par définition sont plus restrictives que les voies ordinaires, il convient d'exclure la tierce opposition et le recours en révision qui ne sont pas les recours les plus fréquents. En matière administrative, on distingue d'ailleurs les voies des recours « normales » qui comprennent l'appel et le pourvoi en cassation des voies de recours « exceptionnelles » qui désignent les « autres » voies de recours énoncées dans le titre III du livre VIII du Code de justice administrative. Cf. B. ODENT, D. TRUCHET, *La justice administrative*, Que sais-je ?, P.U.F., 2004, Deuxième édition 2008, p. 94-95 ; 105.

[3038] Ainsi, il convient d'aboutir à « l'anéantissement rétroactif du jugement attaqué, en principe suivi de son remplacement subséquent ». Cf. K. SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, n° 291, p. 204.

[3039] Bien que l'on ne peut exclure l'hypothèse selon laquelle les juges du second degré ne jugent pas mieux ou même moins bien que les premiers juges. Cf. BOITARD, et G.-F. COLMET-DAAGE, *Leçons de procédure civile*, 14e édition par E. GLASSON, Tome II, Librairie Cotillon, Pichon, Successeur, Editeur, 1885, n° 666, p. 2. On énonce également que *« les juges d'appel sont institués pour réparer l'injustice de la décision des premiers juges résultant soit d'irrégularités dans la forme, soit d'erreurs ou omissions sur le fond de l'affaire »*. Cf. R. ROUSSEAU et LAISNEY, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile commerciale criminelle et administrative avec formules de tous les actes*, Tome I, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau éditeur, Paris, n° 443, p. 584 ; M. TALANDIER, *Traité de l'appel en matière civile*, Cotillon Librairie, Videcoq Librairie, Paris, 1839, n° 349, p. 357.

[3040] Néanmoins, à la question de savoir « dans quel but le droit au double degré est mis en œuvre et à quoi peut servir son exercice », il n'y a pas qu'une réponse. « A la limite, il y en a d'ailleurs une pour chaque litige, si l'on tient compte des motivations subjectives des parties, qui sont essentielles en ce domaine ». Cf. S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 131, p. 85.

[3041] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 146-148, p. 94-96.

[3042] F. GAUDU, *Les 100 mots du droit*, « Appel », Que sais-je ?, P.U.F., 2010, p. 10.

[3043] Qui, en application de l'article 542 du CPC, « tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré ». Il en est de même en droit belge. Cf. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruylant, Bruxelles, 2009, n° 79-81, p. 51-52.

d'un réexamen en fait et en droit[3044], par celui du pourvoi en cassation il va être analysé uniquement par rapport à sa conformité aux règles de droit. L'efficacité de la procédure en matière de voies de recours consiste à obtenir le résultat auquel tend ces dernières c'est-à-dire la rectification d'une erreur des juges. Cependant, dans bien des cas, un tel but n'est pas atteint. Par ailleurs, l'efficacité telle qu'elle est entendue aujourd'hui englobe des objectifs de célérité et de rationalisation des coûts notamment au regard du droit européen avec la notion de délai raisonnable. Une telle recherche de l'efficacité de la procédure s'effectue parfois au détriment de la qualité de la justice. Afin de garantir l'efficacité de la voie d'appel et du recours en cassation consistant dans le souhait d'obtenir une rectification d'une erreur des juges, il convient de s'assurer que certaines conditions sont remplies et d'évaluer les chances de succès de l'exercice de telles voies de droit par rapport au résultat escompté. Pour ce faire, il semble nécessaire de prendre en compte plusieurs éléments et de se réserver le temps de la réflexion même si les délais de recours sont, d'une manière générale, assez réduits[3045]. Certes, notre étude n'englobe pas la stratégie de la voie de recours en elle-même étant donné que celle-ci pourrait faire l'objet d'une thèse à part entière mais l'analyse des chances de ses chances de succès ayant trait notamment à la voie d'appel et au pourvoi en cassation semble néanmoins nécessaire pour s'interroger sur une éventuelle modification de la stratégie de départ dans le cadre de l'anticipation du procès et en donne ainsi quelques pistes de réflexion. D'où tout d'abord l'évaluation des chances de succès de l'appel (a) et ensuite celle ayant trait au pourvoi en cassation (b).

a.L'évaluation des chances de succès de l'appel

329. Afin d'évaluer les chances de succès de l'appel, il convient de respecter certaines conditions de validité (1) ainsi que de prendre en compte d'autres éléments qui dépendent ou pas de la volonté des parties (2).

1.Au regard des conditions de validité

330. L'appel est irrecevable dès lors que l'appelant dépasse le délai d'appel[3046]. D'une manière générale, l'appel doit s'effectuer dans le délai d'un mois à compter de la notification du

---

[3044] Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, th., Université d'Angers, 2000, n° 858, p. 720. Ainsi *« l'appel est un recours qui a pour objet de demander au tribunal supérieur la réformation ou la modification d'un jugement rendu au premier degré par l'un des tribunaux de son ressort »*. Cf. M. RIVOIRE, *Traité de l'appel et de l'instruction sur l'appel*, Paris, Joubert, Lyon, Dorier, 1844, n° 1, p. 1. Deux fins sont donc dévolues à la voie d'appel : la réformation ou l'annulation du jugement issu des premiers juges. Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, th., Université d'Angers, 2000, n° 848, p. 711. En principe, l'appel s'effectue devant la Cour d'appel bien qu'il existe des exceptions. Par exemple, en application des articles L. 211-5 et R. 211-2 du Code de l'organisation judiciaire, c'est au tribunal de grande instance qu'il revient de connaître de l'appel des décisions rendues par le tribunal d'instance. Cf. C. BRENNER, « Préambule à la procédure », in *La nouvelle procédure d'appel*, Sous la dir. de C. BRENNER et de N. FRICERO, Editions Lamy, Collection Axe Droit, 2010, n° 1, p. 11.

[3045] C'est ainsi qu'avant la réforme du décret-loi du 30 octobre 1935, il n'était pas possible d'interjeter appel pendant un délai de huit jours à compter du prononcé du jugement. Cela contrastait avec l'obligation, sous l'Ancien droit, avant l'ordonnance de 1667, de faire appel immédiatement. Le but du délai de réflexion instauré par la loi visait à éviter les appels « formés sous l'empire d'un sentiment de colère ». Cf. C. CARDAHI, *Sentiment et droit, Nos sentiments et nos passions devant la justice et la loi, Etude juridique et sociologique*, Beyrouth, 1951, p. 164.

[3046] En application de l'article 125, alinéa 1 du CPC, la cour d'appel doit relever d'office cette irrecevabilité. Cf. J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, n° 4, p. 5.

jugement attaqué, mais le délai est de quinze jours s'il s'agit d'un appel contre les ordonnances rendues par le juge de la mise en état susceptibles d'appel, le juge des référés, le juge aux affaires familiales et le juge de l'exécution. Dans certaines matières, le délai est encore différent[3047]. Il convient de connaître non seulement le délai d'appel mais aussi le point de départ de ce délai[3048]. Par ailleurs, au regard de la réforme de la procédure d'appel, un fois la déclaration d'appel effectuée, l'efficacité de l'appel est également conditionnée par le respect du délai prévu pour le dépôt des conclusions qui est de 2 mois pour l'appelant sous peine de caducité de l'appel. En dehors du respect des conditions de délai, tous les jugements ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un appel, le taux du ressort pouvant notamment y faire obstacle. Par ailleurs, selon la nature du litige, l'appel n'est pas possible et dans certains domaines, il peut être limité. Tel a été le cas en ce qui concerne les procédures collectives ainsi que la procédure de prévention des difficultés bien que la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 ayant trait au droit des entreprises en difficulté, ainsi que le décret n° 2009-160 ont permis d'ouvrir plus largement les possibilités d'interjeter appel[3049]. De même, concernant les décisions ayant trait aux procédures de saisie immobilière et de distribution de prix, l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006, le décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006, entrés en vigueur le 1er janvier 2007 ainsi que les modifications qui ont été apportées à ces derniers par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret n° 2009-160 précités, ont fait du droit d'appel le principe, même si des exceptions demeurent en la matière[3050]. En dehors des limites à l'exercice de la voie d'appel, lorsque ce

---

[3047] Ainsi, sauf exceptions, en application de l'article R. 661-3 du Code de commerce, le délai d'appel concernant le droit des entreprises en difficulté est en principe de 10 jours. Cf. J.-P. REMERY, « Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises », *J.C.P.*, G, 2009, I, 129, p. 16 ; 18.

[3048] En effet, dans une affaire, une partie civile avait effectué un appel dans un délai de 10 jours à compter de la notification du jugement alors qu'elle avait assisté à son prononcé. Or, dans ce cas, le délai court dès le prononcé du jugement. Il en est de même dans une affaire dans laquelle une personne ayant laissé passer le délai pour former un contredit avait dû se plier au jugement du tribunal d'instance déclarant la dette prescrite. En effet, elle avait été déboutée en appel car la question de fond avait été résolue par la juridiction de premier degré à propos de la compétence. Cf. Amiens, 29 octobre 1992, inédit, cité par J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 79. L'inefficacité de l'exercice de la voie de recours peut également résulter des prescriptions de l'article 528-1 alinéa 1er qui dispose que : « Si le jugement n'a pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé, la partie qui a comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal après l'expiration dudit délai ».

[3049] J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, n° 26 et s., p. 17 et s.

[3050] J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, n° 32, p. 20.

dernier est possible, il n'est pas toujours immédiat[3051]. De plus, l'exécution du jugement est une condition du succès de la recevabilité de l'appel dans certains cas. Depuis le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, l'appel n'est possible, sous peine de radiation de l'affaire, « à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties », qu'après exécution du jugement dans le cas où l'exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée[3052], conformément au nouvel article 526 du CPC, sauf si l'exécution serait susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou si l'appelant était dans l'impossibilité d'exécuter la décision[3053]. La réforme du décret du 28 décembre 2005 introduit devant la cour d'appel le dispositif prévu par le décret du 26 février 1999 devant la Cour de cassation, c'est-à-dire une exécution préalable comme l'énonce désormais l'article 526 du Code de procédure civile et qui fait écho à l'article 1009-1 du même code[3054] qui a trait au recours devant la Cour de cassation. Par ailleurs, la déclaration d'appel n'est plus recevable dès lors qu'en application de l'article 528-1 du CPC, le jugement n'a pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé[3055]. Hormis le respect de toutes les conditions nécessaires pour que l'appel soit recevable, si ce dernier n'est pas un droit absolu et qu'il est dans certains cas fermé, il n'en demeure pas moins que dans des hypothèses particulières, la jurisprudence admet qu'un appel soit néanmoins admis comme le montre le cas de l'appel-nullité. Ce dernier est admis dans des conditions restrictives. Un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 20 février 2007 a énoncé que *« l'appel-nullité n'est recevable qu'en cas d'excès de pouvoir, consistant pour le juge à méconnaître l'étendue de son*

[3051] Etant donné que selon l'article 543 du CPC, il est possible d'effectuer un appel immédiat des jugements qui tranchent le litige en son entier, dans les autres hypothèses, l'appel est différé dans le temps par exemple pour les jugements avant-dire droit, les jugements d'incident et les décisions ayant trait aux mesures d'instruction, les ordonnances de référé à moins que le juge des référés ait épuisé sa saisine, à l'exception des jugements mixtes qui mettent fin à l'instance en application de l'article 544 du CPC ainsi que de certaines ordonnances du juge de la mise en état énoncées à l'article 776 alinéa 4 du CPC qui ont l'autorité de la chose jugée selon l'article 775 du CPC et qui statuent sur une exception de procédure «Telles une exception d'incompétence, de litispendance ou de connexité ou les exceptions de nullité des actes pour vice de forme ou pour irrégularité de fond, quand bien même la décision ne met pas fin à l'instance. Cass. 2ième civ., 14 mai 2009, pourvoi n° 08-10292 : *Bull. civ*., I, n° 121 : recevabilité de l'appel immédiat contre une ordonnance par laquelle le juge de la mise en état avait rejeté l'exception de nullité de l'assignation et renvoyé les parties à conclure au fond ». Cf. J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, n° 43 et note de bas de page n° 85, p. 26, n° 46, p. 28.

[3052] En effet, à défaut, à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties, le premier président ou le juge de la mise en état s'il est saisi, peut radier l'affaire du rôle. Il en est de même lorsque l'appelant n'a pas effectué de consignation prévue à l'article 521 du Code de procédure civile. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 443.41, p. 201. V. aussi R. MARTIN, « Les détournements de la procédure judiciaire », *R.T.D. Civ*. 2007, p. 725.

[3053] Ainsi si l'appelant n'a pas exécuté le jugement bénéficiant de l'exécution provisoire, que celle-ci soit de droit ou ordonnée par le juge, l'intimé a la possibilité de saisir le premier président de la cour d'appel afin d'obtenir la radiation du rôle de l'affaire en appel, car celle-ci n'est pas de droit, mais parallèlement, l'adversaire invoquera des arguments faisant état des « conséquences manifestement excessives » qui résulteraient de l'exécution provisoire. Cf. J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 46.

[3054] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 46.

[3055] E. JEULAND, « Transformation et pérennité du nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 84.

pouvoir de juger »[3056]. Les cas d'ouverture de l'appel-nullité sont au carrefour des conditions de forme et de fond. D'où l'évaluation désormais des chances de succès de l'appel au regard des conditions de fond.

331. En droit français, lorsque l'appel, avant le nouveau Code de procédure civile devenu le CPC, n'était qu'une voie de réformation[3057] c'est-à-dire ne visait qu'à faire rejuger le litige par une juridiction du second degré, la stratégie consistant à exercer cette voie de recours n'était animée que par la volonté de critiquer la façon dont avait été appliquée la règle de droit par la juridiction du premier degré. La stratégie change de nature lorsque l'appel n'est plus considéré seulement comme une voie de réformation permettant « de contrôler le bien-fondé et la régularité du jugement » mais aussi comme une voie d'achèvement du litige en étant *« un moyen de favoriser l'épanouissement, au second degré de juridiction, des termes du litige, et de clore ainsi définitivement une affaire »*[3058]. L'acceptation de l'idée d'élargir les termes du débat de première instance lors de l'appel est beaucoup plus ancienne et s'est imposée en doctrine dans les années 30[3059]. D'où en effet avec cette nouvelle fonction « dérivée »[3060] dévolue à l'appel, la conviction dans l'esprit du justiciable d'avoir une seconde chance lui permettant d'envisager une nouvelle stratégie[3061]. L'appelant souhaite voir le débat se perfectionner en appel[3062] et ainsi voir ses chances augmenter d'obtenir gain de cause.
Afin d'évaluer les chances de succès de l'appel, il convient de tenir compte de l'effet dévolutif de l'appel et de ses limites.

332. L'anticipation des chances de succès de l'appel au regard de la fonction dévolutive de ce dernier – *« Lorsqu'on exprime que l'appel produit un effet dévolutif, on entend par là, qu'il dessaisit définitivement le premier juge, et transmet au second la connaissance du litige qui était, jusqu'alors, l'apanage du premier »*[3063]. Ainsi, la fonction de la cour d'appel est *« de permettre qu'un litige, tranché une première fois, en première instance, par un juge de premier degré puisse faire l'objet d'un réexamen, d'un re-jugement, dans l'intégralité de ses éléments*

[3056] Cour de cassation, 1ère chambre civile, 20 février 2007, *Dalloz*, 2007, Actualité jurisprudentielle, p. 803. Il résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 février 2009 que « le recours pour excès de pouvoir ne peut être dirigé qu'à l'encontre d'une décision elle-même *entachée* d'excès de pouvoir ou *consacrant* un excès de pouvoir, c'est-à-dire ne sanctionnant pas un excès de pouvoir du juge précédent ». Cité par J.-P. REMERY, « Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises », *J.C.P.*, G, 2009, I, 129, Note de bas de page n° 2, p. 15.
[3057] Entraînant ainsi un effet dévolutif. Cf. POTHIER, *Œuvres de Pothier, Traité de procédure civile, Traité de la procédure criminelle*, T. X, Cosse et N. Delamotte imprimeurs-éditeurs, Paris, 1848, n° 341, p. 157.
[3058] Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, th., Université d'Angers, 2000, n° 855, p. 719.
[3059] Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, th., Université d'Angers, 2000, n° 865, p.726.
[3060] Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, th., Université d'Angers, 2000, n° 848, p. 711-712.
[3061] *« Cette nouvelle opportunité est une incitation pour son avocat à redéfinir le lien juridique d'instance. Placé auprès de son client dont il est le confident, il se fait fort de reconstruire, sur les fondations déjà effectuées, un nouveau procès ou une nouvelle stratégie »*. Cf. P. MAYNIAL, « Principes de justice et suppression de la profession d'avoué près la cour d'appel », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 274-275.
[3062] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 122.
[3063] Il convient toutefois de réserver le cas de contrat judiciaire. Cf. G. AMEILHAUD, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Imprimerie F. Boisseau, 1942, p. 7 ; 23 ; 36 ; 41 ; 47.

constitutifs, de fait et droit »[3064]. Il semblerait que la fonction dévolutive de l'appel soit un gage de prévisibilité quant au résultat sur le fond du droit litigieux au regard notamment de la jurisprudence ayant trait à la matière litigieuse. Les premiers juges ayant pu commettre une erreur sur l'appréciation des faits et l'application du droit qui en découle, il paraît opportun d'interjeter appel du jugement rendu par ces derniers pour un rejugement de l'espèce en fait et en droit tendant à atteindre la vérité[3065]. L'appel semble en effet être une voie de perfectionnement de la « vérité judiciaire »[3066]. Le double degré de juridiction est une garantie fondamentale de bonne justice dans la mesure où il permet « un réaménagement de la vérité » et ainsi de se rapprocher de la « vérité matérielle »[3067] bien que selon certains auteurs, il n'est pas certain que la « vérité judiciaire » ressortant de la décision de la Cour d'appel soit plus près de celle-ci que celle qui est issue de la première instance. D'une manière générale, il incombe au juge de tendre vers la vérité objective[3068]. Aujourd'hui l'appel n'est plus considéré comme *« une injure directe faite aux juges ; c'est une formule de plainte, un recours respectueux, pour faire rectifier les erreurs d'une première décision, qu'on suppose toujours avoir été involontaires »*[3069]. De plus, au regard du renouvellement de la matière litigieuse avec la possibilité pour les parties « de corriger les insuffisances de leurs argumentations, de les compléter, de les affiner », on peut considérer que l'appel garantit le respect des droits de la défense[3070]. Certes, les parties peuvent limiter leur appel à certains chefs du jugement mais en cas de silence de ces dernières, l'appel est effectué pour le tout. L'évaluation des chances de succès de l'appel se heurte aux mêmes difficultés que celle qui concerne les chances de succès d'une action en justice et dépend ainsi d'éléments plus ou moins prévisibles et notamment de la jurisprudence ayant trait à la question litigieuse. Des divergences ayant trait au résultat sur le fond du droit litigieux sont possibles selon le ressort de la Cour d'appel dans lequel l'appel va être intenté[3071]. Il existe une jurisprudence de la cour d'appel propre à chaque ressort en ce qui concerne notamment les cas

---

[3064] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 1, p. 28.

[3065] *« Les jugements doivent être susceptibles d'appel afin de permettre la réparation des erreurs ou des injustices commises par les juges »*. Cf. L. ASSELIN, *Le double degré de juridiction*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit, Paris, Editions A. PEDONE, 1934, p. 16 ; 21. Cf. aussi S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 8, p. 7 ; n° 12, p. 9.

[3066] J.-L. GALLET, *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, n° 1 et 2, p. 1 ; 3.

[3067] M.-S. GUIGOU, *Le droit aux voies de recours hiérarchiques en matière civile*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis COUPET, Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 2005, n° 309-312, p. 133-135.

[3068] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 17, p. 10. Cf. aussi M. CARATINI, « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gaz. pal.*, 1986 (2e semestre), p. 406.

[3069] A l'inverse, *« la voie d'appel était inconnue dans les premiers temps de la puissance romaine. La justice passait pour infaillible ; seulement on admettait l'action personnelle contre le juge en cas de faute ou d'ignorance »*. Cf. M. RIVOIRE, *Traité de l'appel et de l'instruction sur l'appel*, Paris, Joubert, Lyon, Dorier, 1844, n° 2, p. 2 et 3.

[3070] Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, th., Université d'Angers, 2000, n° 878, p. 733.

[3071] *« Si l'homogénéité de la jurisprudence sur un problème particulier paraît s'instaurer au niveau d'une Cour d'appel, cela n'implique pas qu'elle s'étende à toutes les autres »*. Cf. M.-O. ROLLAND-JACOB, *La jurisprudence d'appel source de droit*, th., Université de Rennes I, Faculté des Sciences Juridiques, 1985, p. 76.

identiques qui se présentent à elle[3072]. D'où la critique de la réforme supprimant les avoués alors que ces derniers sont mieux à même de connaître la jurisprudence de la Cour du ressort auquel ils sont rattachés. Toutefois, il semblerait que grâce à l'informatique juridique et les banques de données il est possible pour les justiciables de connaître la jurisprudence des cours d'appel. Etant donné que selon les différents ressorts des cours d'appel se dégage une jurisprudence propre à chaque ressort, une certaine prévisibilité en la matière est concevable. L'efficacité de l'appel est ainsi liée au fait que le plaideur qui interjette appel est persuadé d'avoir été mal jugé en première instance[3073]. Ainsi, concernant l'opportunité du succès de la remise en cause du jugement devant les juges d'appel, une étude préalable sérieuse de la motivation du juge de première instance s'impose[3074]. L'appel est une voie de recours logique lorsque la motivation du jugement semble très critiquable ou mal fondée d'un point de vue juridique[3075]. Si malgré l'interdiction du cumul du possessoire et du pétitoire, le juge saisi au possessoire a statué sur le pétitoire, son jugement qui n'a pas été frappé d'appel dans le délai requis est définitif et s'impose donc au juge du pétitoire[3076]. En effet, il y a cumul lorsque le juge à qui il incombe de statuer au possessoire s'appuie, pour rendre son jugement, sur des motifs ayant trait au fond du droit. D'où l'intérêt d'interjeter appel pour pallier une éventuelle violation de l'interdiction du cumul du possessoire et du pétitoire[3077]. En dehors de ces hypothèses dont le fond est en lien direct avec des règles de procédure, la solution est susceptible d'être prévisible si l'on se fonde sur le même litige en appel que celui qui a été présenté aux premiers juges. Il s'agit d'une prévisibilité liée au principe

---

[3072] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, in Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 47. D'ailleurs, dans certains cas, la jurisprudence des Cours d'appel naît de faits locaux en cas de carence de la loi en la matière et est susceptible de s'étendre ultérieurement à d'autres cas similaires comme l'a montré, par exemple, la jurisprudence ressortant de la Cour d'appel de Grenoble concernant « les droits et devoirs des skieurs ». Cf. M.-O. ROLLAND-JACOB, *La jurisprudence d'appel source de droit*, th., Université de Rennes I, Faculté des Sciences Juridiques, 1985, p. 67-68.

[3073] A défaut, le plaideur n'aurait pas d'intérêt à agir. Cf. S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 81, p. 55.

[3074] Il convient d'évaluer les chances de succès de l'appel au regard notamment de l'environnement juridique c'est-à-dire des questions juridiques faisant l'objet du débat et de l'appréciation des faits. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 83.

[3075] Tel est le cas si une ordonnance de référé décide qu'il n'y a pas de violation du principe du contradictoire dès lors que l'assignation a été délivrée la veille de l'audience et que la partie adverse a ainsi pu bénéficier de toute la nuit, soit de dix-neuf heures au total pour élaborer sa défense. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 81. De même, lorsqu'un commandement, dont la rédaction n'est pas conforme à la loi, ordonne la résiliation d'un bail d'habitation d'un locataire. Dans ce cas, ce dernier avait intérêt à faire appel et gagna en effet devant les juges du second degré. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 83.

[3076] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 126.

[3077] Il est ainsi possible d'anticiper l'efficacité de l'appel au regard de certaines conditions de fond en liaison étroite avec la procédure. En effet, si lors de la première instance, le demandeur a fondé sa demande sur l'action *de in rem verso* et qu'il intente un appel sur le même fondement, il pourra se voir opposer le non-respect du principe de subsidiarité de cette action. Cf. C. LE GALLOU, Observations sous Cass. 3e civ., 2 avril 2008, *Revue Lamy droit civil*, 2008, Actualité, n° 3011, p. 14.

d'immutabilité du litige qui découle de l'effet dévolutif de l'appel signifiant que le litige qui a été présenté en première instance est le même devant la cour d'appel tant en ce qui concerne le fait que le droit[3078]. D'où l'interdiction des demandes nouvelles en appel. Le principe dispositif qui permet aux parties de délimiter le cadre du litige s'oppose à la modification de ce dernier[3079]. Pourtant, les règles ayant trait à l'appel admettent qu'il y ait une « évolution du litige », d'où la possibilité de rendre plus complet le débat lors de l'instance d'appel. Conformément au respect du principe du double degré de juridiction, les demandes nouvelles en appel ne sont pas admises, mais dans certains cas, des questions non soumises aux premiers juges sont examinées par la juridiction d'appel[3080]. Cela permet de gagner du temps et d'empêcher de faire renaître un litige entre les parties[3081]. Si le procès était figé, il donnerait lieu à d'autres instances pouvant entraîner des contrariétés entre les différentes décisions ainsi qu'un allongement du délai du jugement[3082]. Eu égard à l'émergence de certains principes fondamentaux tels que celui de l'efficacité et de la célérité de la justice, la voie de l'appel, considérée à l'origine comme une voie de réformation s'est transformée en voie d'achèvement du litige[3083]. Il est en effet, dans certains cas possible, notamment en application de l'article 563 du CPC d'invoquer des moyens nouveaux malgré l'émergence d'un nouveau principe fondamental de procédure selon lequel il est impératif de concentrer les moyens dès la première instance sous peine d'irrecevabilité de toute autre demande relative aux mêmes faits[3084]. Ce principe avait été énoncé dans le rapport Magendie mais diffère de l'obligation pour le juge d'appel de relever d'office les demandes radicalement nouvelles qui avait déjà été avancée auparavant[3085]. Depuis janvier 2011, date d'entrée en vigueur du décret n° 2009-1524 concernant la procédure d'appel, le juge a en effet l'obligation de rendre irrecevable les demandes nouvelles en appel ce qui amoindrit la stratégie des parties consistant à insérer de telles demandes si elles en sont d'accord. En effet, jusqu'en 2011 le juge ne pouvait les déclarer irrecevables qu'à condition qu'une partie en fasse la demande. Toutefois, si le plaideur qui souhaitait former une telle demande pouvait espérer que son adversaire oublie de la faire déclarer irrecevable par le juge, un accord implicite en la matière de la part de ce

---

[3078] L'efficacité de l'appel repose en effet *« sur le fait que le même travail est effectué par deux juges différents. Les magistrats du second degré bénéficient de l'activité de recherche et de réflexion accomplie en première instance »*. Cf. S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 14, p. 10.

[3079] Le principe dispositif est « un principe directeur du procès civil en vertu duquel le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé (CPC, art. 5) ». Il « désigne parfois l'autre principe directeur qui interdit au juge de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat (CPC, art. 7) ». Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Dispositif », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 317-318.

[3080] « S'est en effet progressivement imposée cette considération que la mission qui incombe aux juges d'appel n'est plus seulement une mission de contrôle mais que leur activité tend également, à certains égards, à la poursuite du procès de première instance. L'appel n'est plus nécessairement une reproduction fidèle de l'instance du premier degré ». Cf. Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, th., Université d'Angers, 2000, n° 861, p. 724.

[3081] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 617, p. 503490-491.

[3082] K. SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, n° 334, p. 235.

[3083] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 22, p. 14-15.

[3084] N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 juillet 2006, *Dalloz*, 2007, Panorama, p. 2430.

[3085] J.-L. GILLET, « Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée », *Gaz. Pal.*, 1996, 2, p. 997.

dernier devait être rare car il supposerait que la demande nouvelle ait un intérêt pour les deux parties. Il n'en demeure pas moins que cette modification de l'office des parties en cause d'appel ne paraît pas justifiée[3086] et va à l'encontre de l'appel voie d'achèvement alors que nombreux sont ceux qui ne souhaitent pas voir disparaître celle-ci[3087]. Ainsi, il semble possible lors de l'instance d'appel d'énoncer des moyens dont il n'a pas été fait état lors de la première instance, conformément à l'article 563 du Code de procédure civile, du moins « tant que l'appel sera considéré comme une voie d'achèvement du litige »[3088]. Si cette fonction nouvelle de l'appel peut inciter la partie perdante en première instance à faire appel afin d'obtenir gain de cause eu égard notamment à la prise en compte de l'évolution du litige qui est susceptible parfois de lui être désormais plus favorable, elle peut également lui faire perdre la maîtrise de l'appel contribuant ainsi à aboutir à un résultat incertain. Il semble difficilement concevable que le litige n'évolue pas entre la première instance et la procédure d'appel. Si en application de l'article 563 du CPC peuvent s'ajouter de nouveaux moyens et de nouvelles preuves[3089], des tiers peuvent également être amenés à intervenir au litige. Or, les parties ne doivent pas être obligées de retourner devant les premiers juges pour que ces derniers connaissent de questions nouvelles se rattachant aux premières demandes mais doivent pouvoir obtenir une solution à leur litige devant la cour d'appel qui a alors un rôle de « voie d'achèvement du litige »[3090]. Il y a donc toujours un côté imprévisible en la matière qui est inhérent à l'évolution du litige au cours du temps. On peut prendre l'exemple d'une demande de dommages-intérêts afin de réparer le préjudice subi postérieurement au jugement en raison notamment du dommage qui s'est aggravé après le jugement. Il découle des articles 565 et 566 du CPC la possibilité pour les parties d'invoquer des fondements juridiques différents à l'appui de leur demande ainsi que d'autres prétentions à condition qu'elles soient l'accessoire, la conséquence ou le complément de la demande principale[3091]. La jurisprudence *Césaréo* pourrait laisser penser qu'une évolution est en train de se dessiner. Cependant Monsieur Emmanuel Jullien, avoué et ancien vice-président de la Chambre nationale des avoués, insiste sur le fait que le décret du 9 décembre 2009 n° 2009-1524

[3086] « Il y a également là matière à une *« frustration procédurale »* pour les parties dont le procès n'aura pas été tranché dans toutes ses composantes ». Cf. V. DRAGO, « L'office du juge d'appel », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 130.

[3087] H. MASSE-DESSEN, « La procédure d'appel sur renvoi de cassation », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 79. Avec toutefois quelques limites en ce qui concerne la juridiction de renvoi. Cf. S. GUINCHARD, « Synthèse », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 88.

[3088] N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 juillet 2006, *Dalloz*, 2007, Panorama, p. 2430. De même, dans certains pays, tels que par exemple l'Italie, il est possible d'invoquer en appel de nouveaux moyens, ainsi que de nouvelles preuves. Cf. J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 123.

[3089] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 16, p. 34.

[3090] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 17, p. 40.

[3091] Ainsi, les parties pourront demander des intérêts échus depuis le jugement des premiers juges ou par exemple en matière de divorce, des dommages et intérêts. Cf. J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 124.

ayant trait à la procédure d'appel réaffirme *« la spécificité de la procédure d'appel comme une voie d'achèvement du procès au moment où la Cour de cassation élargit la notion d'autorité de la chose jugée en ne permettant plus aux parties d'introduire une nouvelle action sur des fondements différents »*[3092]. Cela montre bien la volonté de continuer à considérer l'appel comme une voie d'achèvement du litige, la jurisprudence *Césaréo* ne devant pas empêcher en appel de changer le fondement juridique de la demande[3093]. Au contraire cette dernière jurisprudence *« renforce indirectement mais nécessairement »* la notion *« d'appel voie d'achèvement »*[3094]. De même, Madame la Professeure Natalie Fricéro énonce que le principe de la concentration des moyens ne semble pas remettre en question les articles 562 et s du CPC ayant trait à l'appel en tant que voie d'achèvement du litige. L'appelant peut invoquer devant la Cour d'appel de nouveaux moyens, de droit comme de fait, tant pour fonder les prétentions qui ont été présentées aux juges de première instance[3095] que pour effectuer des demandes nouvelles recevables qui s'appuient sur des moyens de fait et de droit[3096]. Ce système doit perdurer car à défaut, l'on pourrait considérer que l'on est en présence d'un déni de justice faisant obstacle au respect du droit au procès équitable. La concentration est cantonnée aux moyens propres à fonder la demande et se distingue de la règle de l'unicité de l'instance, telle qu'elle est énoncée à l'article R. 516-1 du Code du travail, en vertu de laquelle le demandeur a l'obligation de présenter dans l'instance devant le conseil des prud'hommes toutes les « demandes dérivant du même contrat de travail entre les mêmes parties ». Ainsi, elle ne fait pas obstacle à ce que le demandeur fasse état ultérieurement d'autres demandes relatives au même contrat civil[3097]. Toutefois selon d'autres auteurs, en application du nouveau principe de concentration des moyens dès la première instance que l'on pourrait aussi qualifier de règle de *« complétude »*[3098], il est conseillé aux parties de procéder à toutes les qualifications et moyens pertinents lors de la première instance étant donné que cette règle signifie que tout justiciable exprime, *« dès l'origine du procès, les fondements juridiques de sa demande, sans possibilité de se réserver des moyens pour l'instance d'appel, ou de cassation »*[3099]. En application des réformes et de la jurisprudence récente, il semblerait que l'affaire soit, certes, rejugée en fait et en droit mais que, néanmoins, le débat ne soit pas différent de celui qui a eu lieu devant les premiers juges. Déjà, le rapport Magendie I

[3092] C. DELZANNO, « Nous sommes très attachés à une procédure qui soit une vraie voie d'achèvement du procès », Actualité, Entretien avec E. JULLIEN, *Droit et patr.*, 2010, n° 192, p. 12.

[3093] Y. STRICKLER, « La concentration des moyens et la nouvelle procédure d'appel », *Dr. et procéd.*, 2011, n° 17, p. 169.

[3094] F. GRANDSARD, « Le regard du praticien », *Procédures*, 2007, Etudes, 15, n° 13, p. 22. Dans le même sens, cf. V. DRAGO, « L'office du juge d'appel », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 130-131.

[3095] En application de l'article 563 du CPC.

[3096] Conformément aux articles 564 et suivants du CPC. Cf. N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 202-203.

[3097] N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 203.

[3098] Il s'agit d'une règle qui résulte du rapport Magendie qui s'intitule « Célérité et qualité de la justice » et qui a été remis au garde des Sceaux le 15 juin 2004. Cité par J.-P. ANCEL, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Editions Dalloz, 2008, p. 5.

[3099] J.-P. ANCEL, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Editions Dalloz, 2008, p. 5.

souhaitait que le débat soit entier en première instance afin de dissuader les parties d'effectuer un appel uniquement dans le but de voir le débat se perfectionner lors de l'instance d'appel[3100]. Il ressort de ce rapport la volonté de faire en sorte que le procès soit complet devant les premiers juges et que l'on puisse parler d'un *« bon procès »* dès la première instance[3101] afin d'éviter qu'un appel soit effectué dans le seul but d'approfondir les débats. Dès lors, la fonction d'achèvement du litige s'en trouve affectée et est dépourvue de nécessité[3102]. D'ailleurs, il avait été prévu par le rapport Magendie II une obligation de mettre en œuvre une nouvelle procédure en appel afin de renforcer l'efficacité de ce qui a été décidé en première instance par le biais *« de la concentration des moyens de droit et de fait »* imposée tant à l'appelant qu'à l'intimé[3103]. Selon l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 juillet 2006, la sanction du non-respect de l'obligation procédurale de la concentration des moyens, se manifeste par l'irrecevabilité de la demande portant sur les mêmes faits[3104]. L'on peut faire un parallèle avec l'arrêt *Golshani* de la première Chambre civile de la Cour de cassation datant du 6 juillet 2005 selon lequel *« le respect du principe de loyauté de la procédure interdit à une partie qui a fondé sa demande sur le droit français de venir devant la Cour de cassation soutenir qu'un droit étranger serait applicable »*[3105]. Cette solution a été de nouveau énoncée dans un arrêt du 28 novembre 2006[3106]. *« C'est sur le terrain accidenté de la procédure que se joue souvent le sort de l'appel »*[3107]. D'où l'intérêt d'étudier dans quelles mesures la possibilité d'interjeter appel en modifiant le fondement juridique de la demande peut faire l'objet d'une stratégie.

333. Le choix d'interjeter appel dans le but de modifier le fondement juridique de la demande – L'incertitude sur le fond du droit litigieux semble liée au pouvoir conféré au juge de *« donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »* comme l'énonce l'article 12 du CPC, étant

---

[3100] Ainsi, en appel, les moyens nouveaux seraient recevables uniquement en cas d'évolution du litige ou de survenance de faits nouveaux depuis le jugement, ou de découverte de documents ou de rétention de pièces. J.-C. MAGENDIE, Célérité et qualité de la Justice, La documentation française, 2004, p. 69 et s., cité par N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, note de bas de page n° 30, p. 205.

[3101] J.-C. MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel », Rapport au garde des sceaux, le 24 mai 2008, *site Internet du gouvernement (www.gouv.com)*, p. 12.

[3102] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 8, p. 77.

[3103] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 8, p. 77.

[3104] Ainsi, la cause, qui est énoncée à l'article 1351 du Code civil en tant qu'élément caractérisant l'autorité de la chose jugée, comprend les moyens de fait existants lors de la première instance, à l'exclusion des moyens de droit. Seuls des moyens nouveaux apparaissant depuis le premier jugement sont susceptibles de permettre une seconde demande. Cf. N. FRICERO, Observations sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 juillet 2006, *Dalloz*, 2007, Panorama, p. 2430.

[3105] *Bull. civ*. I, n° 302, cité par J.-P. ANCEL, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Editions Dalloz, 2008, p. 7.

[3106] Dans lequel, la Cour de cassation affirme que : *« s'agissant de droits disponibles, le moyen tiré de l'application du droit étranger ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation »*. Cf. J.-P. ANCEL, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Editions Dalloz, 2008, p. 5.

[3107] P. MAYNIAL, « Principes de justice et suppression de la profession d'avoué près la cour d'appel », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 272.

donné qu'eu égard à une jurisprudence récente, il ne s'agit pour le juge que d'une faculté et non pas d'une obligation. En effet, l'arrêt de l'Assemblée plénière du 21 décembre 2007 n'imposant pas au juge de modifier le fondement juridique des parties, ces dernières ont intérêt à interjeter appel du jugement afin de leur permettre de changer elles-mêmes le moyen de droit en application des articles 563 et suivants du CPC dès lors que la portée de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006 selon lequel doit être présentée la totalité des moyens de droit dès la première demande semble limitée aux jugements rendus en premier et dernier ressort. Ainsi, au regard de cette jurisprudence résultant de l'arrêt *Césaréo*, il semble nécessaire d'effectuer un appel lorsqu'il est ouvert afin que le demandeur puisse invoquer devant les juges d'appel le fondement juridique qu'il estime de nature à fonder sa demande, notamment s'il a commis une erreur concernant ce dernier en première instance. A défaut, ce dernier pourra se voir opposé la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée. Au regard de l'application de l'article 565 du CPC, on considère comme une demande nouvelle en appel, une prétention qui ne tend pas aux mêmes fins que celle dont il a été fait état lors de la première instance[3108]. Conformément à cet article, il est possible de changer de fondement juridique lors de l'instance d'appel si la demande tend aux mêmes fins que celle qui a été invoquée devant les premiers juges. Ainsi l'objet de la demande peut être différent mais il faut que cette dernière tende à la même fin. La demande peut être distincte sans être considérée comme nouvelle par exemple lorsque l'action vise à obtenir le même but, notamment à sanctionner l'inexécution des obligations contractuelles. Par exemple, en application de l'article 1184 alinéa 2 du Code civil, le créancier peut d'abord agir en exécution forcée puis, en appel, en cas d'insatisfaction, en résolution du contrat[3109]. Ces deux actions ne sont pas contradictoires.

334. Le changement de la demande dans le cadre d'une option offerte par un même texte – Le principe de cohérence peut être en contradiction avec le devoir de concentrer tous les moyens en première instance. Lorsqu'un fondement juridique prévoit une option dans le choix de la demande, il est permis de modifier sa stratégie en cours d'instance à condition que la décision rendue à l'appui du premier choix fondant la première demande ne soit pas passée en force de chose jugée. Dans ce cas de figure, la demande fondée sur l'autre alternative n'est pas considérée comme une demande nouvelle en appel. C'est ce qu'a énoncé la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 25 mars 2009, n° 08-11.326. En l'espèce, une promesse synallagmatique de vente sous condition suspensive sur un bien immobilier a été conclue mais les vendeurs n'ayant pas réitéré la vente par acte authentique le moment venu, l'acheteur les a assignés en demandant l'exécution forcée de la vente. La Cour d'appel a rejeté la demande au motif que l'on pouvait déduire du fait d'avoir antérieurement demandé la restitution de l'acompte versé lors de la signature du contrat ainsi que des dommages et intérêts, une renonciation à se prévaloir de l'exécution de l'acte. Ainsi, selon elle, le fait pour le potentiel acquéreur de s'être désisté de son action et d'avoir assigné ultérieurement les vendeurs en

---

[3108] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 21, p. 42.

[3109] Il s'agit d'une option qui n'est pas irréversible. Cf. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 651, p. 353.

exécution forcée de la vente ne pouvait remettre en cause cette révocation[3110]. Mais la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a censuré la décision de la Cour d'appel en énonçant que : *« le contractant victime d'une inexécution a la faculté de modifier son option entre poursuivre soit l'exécution de la vente, soit sa résolution tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale par une décision passée en force de chose jugée »*[3111]. La Cour de cassation maintient ainsi la jurisprudence antérieure. Plusieurs arrêts montrent que cette jurisprudence n'est pas nouvelle. Par exemple, dans un arrêt du 15 juin 1973, la Cour de cassation emploie des termes quasiment identiques[3112]. Elle avait donc déjà permis une modification de prétention en cours d'instance à partir du moment où le choix offert au plaideur entre deux possibilités résulte du même texte. Il en a été décidé de même dans un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 2 mai 1979 dans lequel l'arrêt de la Cour d'appel a été cassé pour avoir déclaré irrecevable en appel une demande de résiliation d'une vente immobilière au regard de la demande en première instance qui consistait dans l'exécution forcée de celle-ci[3113]. Ainsi, dans un arrêt du 28 janvier 1992, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé que la Cour d'appel avait eu raison d'ordonner la résiliation du contrat demandée par le locataire-gérant alors même que devant les premiers juges celui-ci avait sollicité l'exécution du contrat[3114]. En effet, selon la Cour de cassation, l'action en exécution et l'action en résolution ou résiliation d'un contrat *« constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit »*. Dans un arrêt du 24 novembre 1993, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé que le fait pour des bailleurs d'avoir été condamnés sous astreinte à effectuer plusieurs travaux ne faisait pas obstacle à ce que le locataire demande ensuite en appel la résiliation du bail avec des dommages-intérêts[3115]. Dans cette affaire le comportement des bailleurs, consistant à ne pas remettre en état les lieux loués comme le leur imposait le jugement pouvait entraîner la résiliation du bail[3116]. Dans ces hypothèses, il s'agit de la mise en œuvre du même fondement juridique sous deux formes différentes. La demande nouvelle est admise à partir du moment où le fondement juridique invoqué est identique pour les deux demandes. Ainsi, l'arrêt de 2009 précité montre que les juges respectent le principe de la liberté d'action et ainsi de prendre en compte le changement de stratégie du plaideur de bonne foi. Cette décision ne semble pas violer le principe

---

[3110] Qui était considérée comme acquise. Cf. V. MAUGERI, Observations sous Cass. 3ième civ., 25 mars 2009, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2009, n° 3411, p. 13.

[3111] Cité par V. MAUGERI, Observations sous Cass. 3ième civ., 25 mars 2009, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2009, n° 3411, p. 13.

[3112] En effet, elle précise que : *« D'après l'article 1184 du Code civil, un contractant peut, après avoir poursuivi son co-contractant en exécution de la convention et à défaut d'obtenir cette exécution, en demander la résolution avec dommages-intérêts tant qu'il n'a pas été statué sur la demande originaire par une décision passée en force de chose jugée »*. Ainsi, en l'espèce, elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel dans lequel cette dernière avait considéré que le fait d'effectuer en cause d'appel une demande en dommages-intérêts afin d'obtenir réparation du préjudice subi résultant de l'inexécution des obligations contractuelles était une demande nouvelle et était donc irrecevable étant donné que la première demande tendait à l'exécution du contrat. Cf. Cass. civ. 2ième, 15 juin 1973, *Bull. civ.*, II, n° 192, p. 152-153.

[3113] Cass. civ. 3ième, 2 mai 1979, *Bull. civ.*, III, n° 94, p. 71-72.

[3114] Notamment en demandant sa réintégration dans les locaux qui avaient permis la conclusion du contrat de location-gérance. Cf. Cass. com., 28 janv.1992, *Bull. civ.*, IV, n° 34, p. 27-28.

[3115] C'est ce qui avait déjà été exprimé dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 27 octobre 1953 : « le créancier à qui son titre donne tout à la fois une action en exécution et l'action résolutoire, n'est pas présumé avoir renoncé à celle-ci parce qu'il exerce la première », cité par G. BRIERE DE L'ISLE, J. DERRUPPE, note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 novembre 1993, *Rev.dr.imm*. janv.-mars 1994, p. 113.

[3116] G. BRIERE DE L'ISLE, J. DERRUPPE, note sous cet arrêt, *Rev.dr.imm*. janv.-mars 1994, p. 113.

de l'*estoppel* puisqu'elle n'est valable que si l'une des parties n'a pas effectué une renonciation en ce qui concerne la possibilité de faire état de l'une de ces prétentions. A défaut d'une renonciation concernant ce fondement juridique, l'adversaire ne doit pas avoir la conviction que l'une des options est abandonnée par le demandeur si ce dernier n'invoque qu'une alternative offerte par ledit fondement juridique. Cette jurisprudence justifie la possibilité de changer de fondement juridique en appel malgré l'arrêt *Césaréo*. En effet, en l'absence d'une telle opportunité, selon que les plaideurs fonderaient leur demande sur un article qui permet une option ou un article qui ne le permet pas, il leur serait permis ou pas de changer de stratégie procédurale en cours d'instance créant ainsi une disparité entre ces derniers. Si l'on peut anticiper la modification de la stratégie de l'adversaire lorsque le fondement juridique invoqué en première instance prévoit une option entre deux alternatives, la prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux semble plus difficile dès lors que l'évolution du litige dépend des pouvoirs du juge, une telle éventualité pouvant donner lieu à une nouvelle stratégie.

335. L'anticipation de l'incertitude du résultat au regard des exceptions à l'interdiction de former des demandes nouvelles en appel. La nouveauté de la demande est issue du fait qu'elle n'a pas été invoquée devant les premiers juges[3117]. Tel n'est pas le cas lorsqu'un chef de demande inséré dans les dernières conclusions a été omis par les premiers juges et qu'il est présenté devant les juges du second degré[3118]. Les demandes nouvelles sont admises lorsqu'elles sont énoncées *« pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait »*, en application de l'article 564 du CPC. Les demandes reconventionnelles sont aussi possibles en appel conformément à ce qu'énonce l'article 567 du CPC. Or, ces dernières contribuent à fixer l'étendue du litige[3119]. D'ailleurs, l'évolution du litige[3120] se caractérise notamment par le biais de l'admission dans certains cas des demandes nouvelles mais également de la réouverture des débats. Il convient de faire la distinction entre la tactique, conduisant l'adversaire à adapter sa défense aux demandes principales en appel, qui est permise et le changement de stratégie de l'appelant qui, mécontent du jugement souhaite changer de stratégie pour obtenir gain de cause en appel. En effet, dans ce dernier cas, tout changement de stratégie n'est peut-être pas possible. Il a été jugé qu'adopte un comportement incohérent, un contractant qui, tout d'abord, demande en justice des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi résultant de la rupture des négociations contractuelle, et ensuite l'obtention d'une indemnisation des dommages résultant de l'inexécution du contrat[3121]. La seconde demande présentée en appel est irrecevable en application de l'article 564 du CPC, mais au-delà de la mise en œuvre de cet article, la sanction de l'incohérence manifeste de ce comportement devrait permettre d'aboutir au même résultat. D'ailleurs, dans le prolongement du principe de cohérence, on peut évoquer les dispositions du CPC, telles que celles qui résultent des articles 112 et 113 de ce code qui font

[3117] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 432, p. 523.
[3118] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 433, p. 524.
[3119] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 432, p. 524 ; n° 444, p. 535-536 ; n° 446, p. 537.
[3120] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 460 et s., p. 555 et s.
[3121] D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *R.I.D.C.*, 2-2006, p. 375-376.

obstacle à ce que la nullité des actes de procédure puisse être invoquée après avoir effectué des défenses au fond ou soulevé une fin de non-recevoir sans faire état simultanément de ladite nullité de l'acte[3122]. En effet, même dans ce cas, cette dernière est couverte alors que d'une manière générale, elle peut être invoquée au fur et à mesure de son accomplissement. C'est ainsi que la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 décembre 1994 a donné raison à une cour d'appel qui, constatant que le défendeur avait fait valoir sa défense au fond en première instance, a déclaré irrecevable la demande de ce dernier consistant à invoquer en appel la nullité d'un acte de procédure pour vice de forme. Cette impossibilité de changer de stratégie en cours d'instance va également dans le sens de la prévisibilité concernant la solution sur le fond du droit litigieux. Néanmoins, si une anticipation est possible sur le fond du droit litigieux lors de l'instance d'appel, l'effet dévolutif ne fait pas obstacle à toute incertitude en la matière.

336. L'imprévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux au regard de la fonction de juger – Cette incertitude a trait à la possibilité au choix d'interjeter appel en cas de lacune de la loi ou d'inadaptation de celle-ci. Lorsqu'il existe un vide juridique ou qu'aucune solution de principe n'a été donnée en ce qui concerne certains litiges, l'appel peut être le moyen de combler ces lacunes, à condition toutefois que la solution procure un véritable intérêt[3123]. Il en est de même lorsque la loi paraît inadaptatée à une situation donnée[3124]. Or, il ressort d'un tel souhait, une certaine incertitude comme nous l'avons vu dans le cadre du choix d'agir en justice. L'appel peut aussi être perçu comme *« l'opération de la dernière chance »*[3125]. Il n'est pas exclu que le juge d'appel, comme en première instance, statue en équité. Le juge admet un changement de stratégie en appel de la part des plaideurs par rapport à la première instance. S'il sanctionne l'attitude des parties consistant à se contredire au détriment d'autrui, dans le même temps, il ne tient pas pour acquis les dires des parties lors de la première instance. C'est ce qui semble résulter d'un arrêt du 29 mars 2011 dans lequel la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'un aveu effectué lors d'une instance précédente opposant les mêmes parties ne pouvait valoir d'aveu judiciaire susceptible d'entraîner les conséquences juridiques

---

[3122] N. FRICERO, B. MENUT, « Actes d'huissiers de justice en matière civile », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2007, n° 205, p. 27.

[3123] « Ainsi, faire dire que le délai d'un an pendant lequel peut être demandé le relevé de forclusion est un délai de prescription susceptible d'interruption ou de suspension plutôt qu'un délai préfix n'a d'intérêt que si la déclaration de créance est susceptible d'efficacité au regard des espoirs que peut susciter la situation ultérieure du débiteur ». Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 81.

[3124] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 61, p. 44.

[3125] Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 81.

attachés à ce dernier[3126]. Par ailleurs, dans certains cas, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation notamment en ce qui concerne la réparation des dommages. L'incertitude résulte du total réexamen de l'affaire en fait et en droit qui peut aboutir à une confirmation du jugement. Le risque du procès d'appel est d'aboutir à un résultat sur le fond litigieux qui consiste à confirmer les droits acquis en première instance de l'intimé ou aggraver les sanctions[3127] auxquelles l'appelant a été condamné par le jugement[3128]. En cas de confirmation du jugement, l'appelant s'expose à subir des contraintes. Les droits de l'intimé qui sont confirmés en appel sont acquis rétroactivement, nonobstant l'effet suspensif de l'appel. De plus, les intérêts moratoires et les astreintes courent à partir de la date du jugement confirmé ou de sa signification[3129]. Ainsi, l'appelant qui décide d'interjeter appel d'un jugement qui le condamne à payer une certaine somme d'argent, a peut-être intérêt à faire provision de cette somme en cas de confirmation du jugement en appel. Mais l'incertitude peut également jouer en faveur de l'appelant puisque l'effet dévolutif de l'appel implique un réexamen du litige au moment où le juge d'appel statue. Par exemple, dans le cadre d'un litige ayant trait à la responsabilité civile dès lors que le dommage s'est aggravé entre la première instance et l'instance d'appel, le juge d'appel est susceptible d'augmenter le montant des dommages-intérêts prévu pour réparer le préjudice subi. Si l'effet dévolutif de l'appel permet une certaine prévisibilité en ce qui concerne la solution du litige, certains éléments ont également une incidence sur l'efficacité de l'appel alors même qu'ils prônent une autre approche de la fonction de l'appel n'allant pas toujours dans le sens de la prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux[3130]. D'où à la fois la prise en compte d'éléments certains et incertains qui permettent d'énoncer que *La voie de l'appel est : « une entreprise dont l'issue est incertaine »*[3131].

2.Au regard de certains éléments ayant une incidence sur l'efficacité de l'appel

337. Si c'est surtout au regard de l'appel considéré comme une voie d'achèvement du litige que la solution sur le fond du droit litigieux est plus difficilement prévisible, toute anticipation

[3126] En l'espèce, le calcul du montant d'une somme que devait l'une des parties aux autres a été effectué en tenant compte de la somme que celle-ci avait reconnue devoir payer à celles-là dans le cadre d'une assignation en référé-expertise. La Cour de cassation a cassé la décision du juge d'appel qui avait énoncé que le montant énoncé dans ladite assignation pouvait être qualifié d'aveu judiciaire entraînant une impossibilité de remettre en question le montant de la somme pourtant contesté par les parties. Cf. R. PERROT, Note sous cet arrêt n° 10-11.916, F-D, SA Calasys c/ SAS Clinique du Millénaire et a. : JurisData n° 2011-005315, *Procédures*, 2011, Commentaires, n° 194, p. 13.

[3127] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 128.

[3128] Le risque est plus important encore en droit pénal étant donné que la décision émanant de la cour d'appel peut allonger la durée de la privation de liberté.

[3129] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 128.

[3130] *« Ces divers impératifs de rationalité et d'efficacité ont conduit à l'adoption de mesures parfois directement attentatoires au principe du droit au double degré de juridiction »*. Cf. S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 19, p. 13.

[3131] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 120.

sur le résultat du procès implique de prendre en compte certains éléments ne concernant pas uniquement le fond du droit mais ayant une influence sur l'efficacité de l'appel. Il s'agit notamment des moyens d'action de l'appelant concernant par exemple la prise de mesures permettant d'anticiper les effets découlant d'une éventuelle confirmation du jugement[3132] ainsi que du temps et du coût du procès d'appel qui permettent d'évaluer l'intérêt d'interjeter appel. En effet, dans les hypothèses dans lesquelles l'urgence est au cœur des débats, la durée de la procédure d'appel dissuadera la partie perdante d'interjeter appel. Il semble inutile de faire appel d'une ordonnance de référé puisque l'effet du temps est susceptible de faire disparaître l'intérêt juridique qui a déclenché l'action[3133]. Par ailleurs, l'écoulement du temps peut faire disparaître une situation qui semblait pourtant acquise[3134]. Par ailleurs, la limitation de l'appel à certains chefs du jugement entraîne la mise en œuvre d'une stratégie de défense déjouant la stratégie de départ. Un effet similaire résulte du pouvoir d'évocation de la Cour d'appel. D'ailleurs, les pouvoirs du juge lors de la procédure d'appel permettent parfois un changement de stratégie de la part des parties. Par exemple, au cours du délibéré, au regard des échanges qui ont eu lieu entre les parties, le juge d'appel peut, même après la réouverture des débats, être amené à faire état d'une cause sérieuse susceptible d'entraîner la révocation de l'ordonnance de clôture et le renvoi de l'affaire à la mise en état. Or, dans ce cas de figure, les parties ont la possibilité d'invoquer des moyens nouveaux et ainsi de modifier leur stratégie de départ[3135]. Il est cependant difficilement concevable d'imaginer que l'une des parties intente un appel dans le seul but que cette éventualité se réalise pour changer de stratégie. Néanmoins concernant l'évaluation des chances de succès de l'appel, cette éventualité doit être prise en compte pour anticiper la solution susceptible d'en résulter, une incertitude pouvant en découler en la matière. Par ailleurs, l'incertitude de la solution sur le fond du droit litigieux est susceptible de résulter également de l'intervention des tiers à l'instance d'appel. Toutes les circonstances qui accompagnent l'instance d'appel sont des éléments difficilement prévisibles pour l'appelant qui espère que le jugement de première instance soit réformé. Concernant cette difficile maîtrise de l'appel[3136], on constate néanmoins une gradation dans la prévisibilité ou l'imprévisibilité du résultat sur le fond du droit litigieux. L'anticipation de la survenance de certains risques permet de dissuader les plaideurs d'intenter un appel ou bien encourage ces derniers à adopter des alternatives à la voie d'appel afin d'obtenir l'avantage escompté. La partie perdante a certains moyens pour faire obstacle à la prise de mesures conservatoires ou de saisies à son encontre, hormis l'hypothèse de

---

[3132] Notamment par le biais de la rédaction des conclusions eu égard notamment à la possibilité de bénéficier des intérêts susceptibles de courir à partir du jugement frappé d'appel.

[3133] J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 83.

[3134] En effet, un acheteur d'un véhicule d'occasion avait obtenu gain de cause en ce qui concerne son action en garantie des vices cachés. Toutefois, l'adversaire fit appel sur la question de la suspension du prêt permettant l'acquisition de la voiture. Ainsi, plusieurs années après la mise en possession du véhicule devenu inutilisable, la Cour d'appel remit en cause le jugement en énonçant que la garantie des vices cachés n'avait pas lieu d'être dans cette vente. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 84-85.

[3135] Communications de la Cour de cassation, « Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 9.

[3136] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 126.

la possibilité de demander en référé au premier président de la cour d'appel l'arrêt de l'exécution provisoire du jugement. Ainsi, elle va pouvoir agir par le biais du référé ou effectuer une demande de mainlevée d'une mesure conservatoire. Dans le cas où le jugement n'a pas encore fait l'objet d'un acte d'exécution tel qu'un commandement ou d'une saisie, il est possible pour le débiteur d'assigner son créancier devant le juge des référés du tribunal de grande instance de son domicile afin de demander à ce dernier des délais de grâce pour honorer sa dette[3137]. Mais ce délai est laissé à la libre appréciation du juge. Toutefois, l'obtention d'un délai de grâce ne fait pas obstacle à la mise en œuvre par le créancier de mesures conservatoires. Dans certains cas[3138], le jugement est tel qu'il n'y a aucun intérêt à en faire appel, ni même à l'exécuter. Il peut être judicieux parfois d'acquiescer au jugement, c'est-à-dire de refuser d'intenter un appel conformément à l'article 409 du Code de procédure civile. Par ailleurs, dans certaines hypothèses, il n'est pas opportun de faire appel notamment lorsque l'appel semble voué à l'échec. Il s'agit notamment des cas dans lesquels la motivation des juges de première instance n'est pas contestable sur le plan juridique[3139]. Il en est de même lorsque les circonstances de l'affaire sont telles qu'une nouvelle appréciation des faits semble illusoire[3140]. Toutefois ces hypothèses sont rares et la résignation est susceptible de susciter des regrets[3141]. En effet, le plus souvent, la partie perdante préfère tenter sa chance de voir les juges d'appel statuer dans un autre sens. L'efficacité de l'appel se mesure peut-être à la satisfaction des plaideurs de la décision d'appel. Il ressort d'une étude que les décisions d'appel *« sont en principe des décisions finales et définitives, rarement remises en cause »*, sous réserve néanmoins de la prise en compte en la matière de l'éventuelle lassitude des plaideurs concernant la durée et le coût du procès[3142]. Un tel constat ne peut cependant exclure la recherche de l'efficacité du pourvoi en cassation, la stratégie

---

[3137] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 146.

[3138] Notamment dans les situations complexes où se manifestent des intérêts contradictoires entre les parties. C'est ce qui ressort d'une décision n'annulant pas un contrat d'assurance automobile tout en privant l'assuré de bénéficier dudit contrat. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 78.

[3139] Par exemple, lorsque le jugement donne une solution concernant une difficulté d'interprétation de textes et que l'assentiment des juges du second degré semble certaine. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 81.

[3140] Par exemple, suivant le contexte, si le jugement n'est pas trop défavorable à la partie perdante, il sera plus judicieux pour cette dernière de l'accepter plutôt que de prendre le risque de faire appel et d'obtenir moins devant les juges du second degré. Tel pourrait être le cas d'une mère qui, lors d'une audience de conciliation avait obtenu une pension alimentaire importante mais qui s'était opposée au juge en ce qui concerne sa décision sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 81-82.

[3141] Tel pouvait être le cas d'une conductrice qui avait été sanctionnée pour délit de fuite en raison de l'absence de preuve du fait qu'elle était provisoirement sous l'effet d'un médicament. Devant la cour d'appel, cette preuve était tout autant difficile à rapporter, c'est pourquoi, elle préféra accepter le jugement. Or, *« tout espoir n'était pas perdu de voir les juges d'appel se forger différemment leur intime conviction »*. Cf. J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 82.

[3142] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 221-222, p. 126.

procédurale impliquant de prendre en compte un tel recours pour anticiper le résultat sur le fond du droit litigieux.

b.L'évaluation des chances de succès du pourvoi en cassation

338. Du bon usage du pourvoi en cassation – « *La cour de cassation est instituée comme un tribunal suprême auquel on recourt en dernier espoir de cause et pour trouver devant elle un moyen extraordinaire de faire tomber les jugements* »[3143]. Il s'agit d'une « voie d'annulation par excellence »[3144]. L'efficacité du recours en cassation est établie lorsque le but poursuivi se confond avec celui de l'institution et que le résultat souhaité au départ est atteint. Le plus souvent le but poursuivi consiste à obtenir une décision différente de celle qui a été rendue par les juges du fond. Or, pour tendre à l'efficacité du recours en cassation, une stratégie est envisageable. Pourtant si cette dernière fonction est la fonction essentielle de la Cour de cassation, celle-ci en comprend d'autres qui sont secondaires mais qui peuvent avoir une incidence sur la stratégie en permettant d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. L'efficacité du pourvoi en cassation se mesure au regard de l'évaluation des chances de succès de ce dernier concernant tant les conditions de validité (1) que des pouvoirs du juge de cassation (2).

1.Au regard des conditions de validité

339. Les conditions de recevabilité du pourvoi en cassation – Conformément à l'article 1009-1 alinéa 1er du CPC, le demandeur au pourvoi doit exécuter la décision attaquée avant de former son pourvoi afin d'éviter la radiation de ce dernier. Mais au-delà de la sanction de la radiation qui fait obstacle au jugement du pourvoi, l'efficacité du pourvoi en cassation dépend de ses conditions de recevabilité. Si avant le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, en application de l'article 611-1 du CPC, la déclaration de pourvoi devait être déposée après la signification de l'arrêt attaqué, à peine d'irrecevabilité, dans le délai prévu à l'article 978 du CPC[3145], désormais depuis ce décret, elle peut l'être avant celle-ci mais avant l'expiration du délai du dépôt du mémoire ampliatif[3146]. Par ailleurs, hormis les mentions obligatoires à peine de nullité, que doit comporter la déclaration du pourvoi prévues à l'article 975 du CPC, la rédaction du mémoire par le demandeur en cassation est soumise à certaines exigences à peine d'irrecevabilité. Par exemple, concernant la rédaction des écritures, en application de l'article 978, alinéa 2 du CPC, le demandeur au pourvoi doit faire état d'un seul cas d'ouverture à cassation dans chaque moyen

[3143] BOITARD, et G.-F. COLMET-DAAGE, *Leçons de procédure civile*, 14e édition par E. GLASSON, Tome II, Librairie Cotillon, Pichon, Successeur, Editeur, 1885, n° 763, p. 147.
[3144] L'article 625 alinéa 1er du CPC rappelle le caractère rétroactif de l'annulation du jugement en énonçant que « Sur les points qu'elle atteint, la cassation replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé ». Cf. K. SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, n° 307, p. 217.
[3145] Qui concerne le délai du dépôt du mémoire ampliatif.
[3146] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 8.

ou chaque branche et bien préciser le cas d'ouverture invoqué[3147]. Or si la façon d'énoncer les moyens de cassation est déterminante, il semble également important de connaître les différents cas d'ouverture à cassation susceptibles d'obtenir la réformation du jugement.

340. La vérification que le moyen invoqué fait partie des cas d'ouverture à cassation – Lorsque le jugement est rendu en premier et dernier ressort et qu'un élément important a été omis, un pourvoi en cassation est possible même s'il peut sembler *« un moyen disproportionné »*[3148] pour se rapprocher de la vérité. Si au départ, lorsque la Cour de cassation a été instituée, cette dernière ne cassait que s'il était établi expressément une contravention à la loi, son rôle s'est considérablement accru. Elle a pu par la suite casser lorsque le juge a fait une mauvaise application de la loi ou une erreur dans l'interprétation de celle-ci ou bien encore un choix erroné en ce qui concerne le texte applicable[3149], bien que concernant ce dernier point, il résulte de la solution donnée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt du 21 décembre 2007 une impossibilité pour les parties d'invoquer devant la Cour de cassation le moyen selon lequel le juge n'a pas modifié le fondement juridique de leur demande, puisqu'il a été décidé qu'il ne s'agissait pas d'une obligation lui incombant[3150]. En application de l'article 604 du CPC, le pourvoi en cassation tend *« à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit »*. L'intérêt d'effectuer un pourvoi en cassation est donc de remettre en cause la légalité de la décision[3151]. Pour ce faire, il est important de déceler les faiblesses de l'arrêt eu égard aux moyens susceptibles d'être invoqués devant la Cour de cassation. Or, il n'existe pas de définition précise des différents cas d'ouverture à cassation. On peut désigner le cas d'ouverture comme *« la qualification de la critique adressée à la décision des juges du fond »*[3152]. Les différents cas d'ouverture à cassation peuvent se répartir entre les cas principaux[3153] et les cas marginaux[3154], mais selon les auteurs, les distinctions varient. Les moyens de légalité sont tirés de la violation d'une règle de droit, le manque de base légale de l'insuffisance de constatations de faits ou l'absence de prise en compte par le juge « de faits concluants entrés dans les débats et susceptibles d'avoir une incidence sur la

---

[3147] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 131.

[3148] J.-C. VINDREAU, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours, instruments de liberté*, sous la direction de J.-L. THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, p. 79.

[3149] F. TERRE, *Le droit*, Dominos, Flammarion, 1999, p. 45.

[3150] R. PERROT, note sous cet arrêt, *Procédures*, Mars 2008, p. 13.

[3151] Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1268.

[3152] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 132.

[3153] Qui comprennent la violation de la loi, le défaut de base légale, le défaut et la contradiction de motifs, le défaut de réponse à conclusions, la dénaturation. Cf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 132.

[3154] Qui font référence à l'excès de pouvoir, l'incompétence, la contrariété de jugements, la perte de fondement juridique, les vices de forme. Cf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 132.

solution du litige ». On peut également faire état des moyens de droit « dits européens »[3155]. Par ailleurs, avec la loi du 23 juillet 2008, il convient d'ajouter le moyen tiré de la QPC. Or, parmi tous ces cas d'ouverture à cassation, seuls certains d'entre eux sont susceptibles d'être invoqués dès lors que le jugement de première instance est un jugement rendu en équité comme l'avait souhaité les parties.

341. Des cas d'ouverture limités au regard de la volonté des parties d'obtenir en première instance un jugement en équité – Lorsque les parties ont renoncé à l'appel dans une convention conférant au juge de première instance le pouvoir de statuer en amiable compositeur, le pourvoi en cassation peut seulement permettre de sanctionner une absence de motivation, une contradiction de motifs ou encore la violation d'une règle d'ordre public[3156] concernant le jugement rendu en équité. S'il existe plusieurs cas d'ouverture à cassation qui sont également appelés « moyens de cassation »[3157] rendant recevable le pourvoi en cassation, ils ne doivent pas être confondus avec d'autres types de moyens qui ne sont pas recevables tels que les moyens nouveaux ou les moyens mélangés de fait et de droit.

342. L'irrecevabilité des moyens nouveaux ou mélangés de fait et de droit devant la Cour de cassation – Le moyen nouveau diffère du cas d'ouverture à cassation et désigne un *« moyen qui est invoqué pour la première fois dans une instance de recours, alors qu'il n'avait pas été soumis à la discussion dans l'instance qui avait précédé »*[3158]. Il n'est pas recevable comme ne l'est pas non plus le moyen mélangé de fait et de droit puisque celui-ci est un *« moyen qui se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce exigerait la mise en œuvre de faits qui ne résultent pas du débat »*[3159]. En revanche, le moyen nouveau est recevable s'il résulte de la décision attaquée et s'il est de pur droit[3160] comme l'énonce l'artice 619 du CPC, à moins qu'il soit contraire à la thèse dont il a été fait état devant les juges du fond en application du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit français[3161]. En effet, il a été jugé que le moyen d'ordre public ou de pur droit qui était contraire aux précédentes écritures, n'était

---

[3155] Il s'agit de moyens qui peuvent susciter des demandes de questions préjudicielles devant la Cour de justice des Communautés européennes, ou résulter de la violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cf. Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1269.

[3156] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n°16, p. 84.

[3157] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Moyens de cassation », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 600.

[3158] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Nouveau moyen », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 620.

[3159] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Moyen mélangé de fait et droit », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 601.

[3160] Qui se définit comme comme le *« moyen dont la justification opère sans qu'il soit nécessaire de mettre en œuvre des faits autres que ceux établis dans le débat, parce qu'il se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce n'en postule pas d'autres »*. Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Moyen de pur droit », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 601.

[3161] M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, p. 6.

pas recevable[3162]. C'est également ce qui résulte d'un arrêt du 8 décembre 1998, n° 96-21.404 dans lequel la Cour de cassation énonce que sont irrecevables les moyens qui sont contraires à la thèse dont il a été fait état devant les juges du fond « même lorsqu'ils sont de pur droit et d'ordre public »[3163]. Mais d'une manière générale, il ressort de divers arrêts de la Cour de cassation que le moyen nouveau est admis dès lors qu'il est d'ordre public.

343. Les limites à l'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation – Les moyens nouveaux de pur droit sont recevables dès lors *« qu'ils ne changent pas l'objet du litige et ne nécessitent aucune contestation ni appréciation de faits qui n'ont pas été invoqués ou envisagés dans leur rapport avec le chef attaqué »*[3164]. Le moyen d'ordre public est irrecevable quant à lui s'il est mélangé de fait et de droit[3165] mais il peut être relevé d'office par la Cour de cassation[3166] à moins qu'il soit contraire à la thèse présentée devant les juges du fond. Au regard de la sanction d'un comportement incohérent la Cour de cassation sanctionne le comportement incohérent des plaideurs qui feraient état devant elle de moyens contraires aux écritures présentées devant les juges du fond et ce, même si le moyen invoqué concerne une règle ayant trait à une compétence exclusive[3167]. Nous pouvons donner une illustration de la question de la recevabilité du moyen nouveau devant la Cour de cassation dans le domaine du droit international privé. Il n'est pas possible pour une partie, dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité, d'invoquer devant la Cour de cassation le fait qu'un droit étranger soit applicable alors qu'elle a fondé sa première demande sur le droit français[3168]. Si un moyen nouveau ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, à moins qu'il s'agisse d'un moyen d'ordre public, en matière de droit international privé, il convient de faire la distinction selon la nature des droits litigieux. Si ces derniers sont des droits disponibles, le moyen fondé sur l'application d'un droit étranger est considéré comme un moyen nouveau qui ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. En revanche, s'ils sont indisponibles, la règle de conflit de lois étant impérative pour les parties, même si le moyen concernant l'application d'un droit étranger est nouveau, il est recevable devant la Cour de cassation car il s'agit d'un moyen d'ordre public[3169]. De même, dans un domaine autre que celui de l'indisponibilité des droits, on peut évoquer l'arrêt *Claro contre Centro Movil* de la CJCE du

---

[3162] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 29.

[3163] Cité par N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 147.

[3164] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 510, p. 587.

[3165] L. BORE, « La spécificité de la technique de cassation », *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 63, p. 58.

[3166] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 512, p. 588.

[3167] N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 147.

[3168] J.-P. ANCEL, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Editions Dalloz, 2008, p. 7.

[3169] Mais il s'agit d'un ordre public qualifié de « transnational » puisque le caractère indisponible des droits litigieux résulte de la décision du juge français qui induit que ces droits sont dotés du même caractère au regard du droit étranger compétent. J.-P. ANCEL, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Editions Dalloz, 2008, p. 6-7, 10.

26 octobre 2006 qui énonce de manière implicite que l'invocation d'un moyen ayant trait à une disposition communautaire visant à protéger les consommateurs doit être recevable. Alors même que le fait de faire état tardivement d'un moyen nouveau peut être constitutif d'un comportement déloyal, le respect des dispostions protectrices des consommateurs fait échec à l'irrecevabilité dudit moyen[3170]. Toutefois, le principe de loyauté est pris en compte par le juge de cassation, ce dernier pouvant déclarer irrecevable le moyen invoqué au soutien du pourvoi s'il est la manifestation d'un comportement procédural incohérent de la part du demandeur au pourvoi.

344. L'irrecevabilité du moyen résultant de la violation du principe de loyauté procédurale – Dans le but d'obtenir gain de cause, la soumission au principe de loyauté semble importante, celui-ci pouvant entraîner l'irrecevabilité du pourvoi et ainsi dissuader les plaideurs de former un recours en cassation. Une anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux est donc possible au regard de la prise en compte du principe de loyauté dont découle la sanction d'un comportement procédural incohérent. Par exemple, il a été décidé par la Cour de cassation dans un arrêt de la deuxième Chambre civile du 8 mars 2007 qu': *« Une partie est sans intérêt à critiquer, devant la Cour de cassation, la décision qui a accueilli sa demande »*. En l'espèce, une partie avait effectué une demande de manière conjointe avec l'autre partie tendant à obtenir le rabat de l'ordonnance de clôture rendue par le conseiller de la mise en état et avait ultérieurement formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait admis la demande. La partie s'appuyait sur le moyen du manque de base légale en se fondant sur l'article 784 du CPC qui dispose que : *« L'ordonnance de clôture ne peut être révoquée que s'il se révèle une cause grave depuis qu'elle a été rendue »*. Or, si d'une manière générale, la Cour de cassation a tendance à censurer les cours d'appel qui ne parviennent pas à faire la démonstration d'une telle cause grave, dans cet arrêt, au contraire, elle énonce que ce moyen est irrecevable, la partie n'ayant pas d'intérêt à émettre des critiques envers la décision qui avait accepté sa demande[3171]. De nombreuses autres décisions rappellent ainsi qu'il n'est pas permis à une partie d'invoquer devant la Cour de cassation une « position » contraire à celle qu'elle avait « soutenue » devant les juges du fond qui avaient été amenés à faire droit à sa demande. D'une manière générale, ce changement d'orientation est sanctionné par la Cour de cassation par une irrecevabilité des moyens qui en font état. Dans un arrêt du 20 octobre 2005, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation déclare irrecevable le moyen critiquant la révocation de l'ordonnance car la partie qui avait formé le pourvoi avait expressément demandé aux juges du fond que l'espèce soit examinée à l'appui des écritures effectuées après l'ordonnance de clôture et que cette dernière soit « rabattue »[3172]. Ainsi, l'on peut penser que la Cour de cassation consacre ici implicitement le principe de l'*estoppel*, c'est-à-dire « l'interdiction de se contredire

---

[3170] En l'espèce, l'arrêt a déclaré recevable la demande du consommateur consistant à invoquer la nullité d'une convention d'arbitrage dans le cadre d'un recours en annulation effectué contre une sentence arbitrale, alors qu'elle n'avait pas été formée devant le tribunal arbitral et qu'il était prévu dans la clause compromissoire que toute contestation relative à la procédure arbitrale devait être effectuée dans un délai de 10 jours et qu'elle déclencherait une procédure judiciaire. Cf. P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 30.

[3171] V. VIGNEAU, Note sous Cour de cassation, 2ième chambre civile, 8 mars 2007, *D.*, 2007, Chronique de la Cour de cassation, p. 2337.

[3172] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 29.

au détriment de l'autrui »[3173], dont elle a fait état dans un arrêt concernant l'arbitrage et qu' elle a appliqué expressément par la suite en procédure civile[3174]. Toutefois, ces différents arrêts montrent qu'il n'est pas utile de faire référence à la théorie de l'*estoppel* pour sanctionner l'incohérence dans le comportement en matière procédurale[3175]. Depuis longtemps, la Cour de cassation déclare irrecevable le moyen qui fait état d'une contradiction avec les précédentes écritures. Dans le même ordre d'idées, une partie qui a accepté une décision, ne peut ultérieurement la critiquer devant la Cour de cassation. Ainsi, la victime d'une promesse de contrat inexécutée qui a opté pour la voie des dommages-intérêts, ne peut par la suite demander l'exécution de cette promesse[3176]. Par ailleurs, un pourvoi a été rejeté sur le fondement de la renonciation. En l'espèce, une partie qui souhaitait effectuer une action en recherche de paternité de manière discrète avait demandé à l'avocat de son adversaire de ne pas lui signifier la requête introductive d'instance. Ainsi, après avoir comparu en première instance, elle invoqua en appel la nullité du jugement au motif que le défaut de signification de la requête introductive d'instance entraînait une déchéance de plein droit[3177]. La Cour d'appel n'a pas fait droit à sa demande et le pourvoi en cassation formé par cette partie a été rejeté au motif que cette dernière avait renoncé à faire état de ce moyen. De même, a été déclaré irrecevable le moyen selon lequel la juridiction devant laquelle le demandeur avait comparu était incompétente alors que ce dernier n'avait pas soulevé son incompétence[3178]. Si le pourvoi est susceptible d'être rejeté en cas de comportement procédural incohérent, on peut se demander s'il en est de même lorsque le demandeur au pourvoi fait état, malgré son changement de position, d'un moyen d'ordre public. Par ailleurs, une autre question concerne celle de la recevabilité d'un second pourvoi formé à l'appui d'un moyen différent de celui invoqué lors du premier pourvoi.

345. La formation d'un second pourvoi fondé sur un moyen différent du premier – S'il est possible de former un second pourvoi en cassation de la même décision mais sur un autre moyen, une autre question qui en découle est liée au but poursuivi par cette opportunité. Est-ce dans un but dilatoire ou bien dans celui d'obtenir gain de cause? En application de l'article 621 du CPC, il n'est pas possible de former un second pourvoi dès lors qu'un premier pourvoi a été rejeté. Si cet article est le prolongement de ce que prévoyait le règlement d'Aguesseau du 28 juin 1738, il ne reprend pas les mêmes termes puisque l'article 39 du titre IV de la 1ère partie de ce règlement énonçait qu'« après qu'une demande en cassation d'un arrêt ou jugement aura été rejetée, par arrêt sur requête et contradictoire, la partie qui l'aura formée ne pourra plus se pourvoir en cassation contre le même arrêt ou jugement, encore qu'elle prétendit avoir de nouveaux moyens, ni pareillement contre l'arrêt qui aura rejeté ladite demande, ce qui sera observé à peine de nullité »[3179]. L'expression « encore qu'elle prétendit avoir de nouveaux

---

[3173] V. VIGNEAU, Note sous Cour de cassation, 2ième chambre civile, 8 mars 2007, *D.*, 2007, Chronique de la Cour de cassation, p. 2338.
[3174] X. DELPECH, Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 723.
[3175] D. HOUTCIEFF, « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », Note sous Cass. ass. plén. 27 février 2009, *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 1247.
[3176] M. DE GOUTTES, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 36.
[3177] Selon le Code de procédure civil local du Territoire d'Outre Mer dans lequel elle se trouvait. Cf. M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 24.
[3178] M. DE GOUTTES, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 37.
[3179] Cité par J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 38.05, p. 155. Des mêmes auteurs, cf. « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Juin 2010, n° 110.

moyens » n'est pas reprise. Or, peut-être est-ce ici un indice laissant penser qu'il n'est pas exclu qu'un second pourvoi formé sur des moyens différents soit possible ? D'où la question de savoir si après qu'il ait été statué sur un premier pourvoi, il est possible d'en former un second en invoquant un autre moyen. Il convient de faire la distinction entre les différents sens des termes « moyens de cassation » qui désignent *« soit les moyens invoqués au soutien d'un pourvoi, soit les causes spécifiées qui peuvent donner ouverture à cassation »*[3180]. Ainsi, pour éviter la confusion, nous préférons employer l'expression de « cas nouveaux d'ouverture à cassation ». Si l'article 621 ne reprend pas les termes du règlement du 28 juin 1738, au sens de nouveau cas d'ouverture à cassation, il en résulte peut-être le souhait de ne pas se fermer cette possibilité. Par ailleurs, la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » qui découle de l'article 621 du CPC comporte des limites puisqu'au regard de ses conditions d'application, il doit s'agir de la même personne et du même arrêt. En effet, hormis le cas du pourvoi de régularisation, il n'est pas possible pour la personne qui agit en la même qualité de former un second pourvoi régulier contre la même décision[3181]. En revanche, il ne semble pas interdit de former un autre pourvoi contre le même arrêt si l'on n'a pas attaqué certaines dispositions de l'arrêt[3182], à condition toutefois que le délai du pourvoi n'ait pas couru. Il résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 25 novembre 1975 qu'*« Une partie est recevable à se pourvoir en cassation contre un arrêt, à elle signifié moins de deux mois auparavant, pour demander l'annulation de certains chefs de cette décision qu'une précédente cassation, intervenue sur un recours formé par le défendeur au nouveau pourvoi, n'avait pas atteint »*[3183]. Toutefois, il ne semble pas que les conditions d'application de l'article 621 du CPC soient en l'espèce remplies puisque le second pourvoi contre la décision contre laquelle il a été formé fait suite à un premier pourvoi qui a donné lieu non pas à un arrêt de rejet mais de cassation et que la partie qui l'a formé n'est pas celle qui était le demandeur lors du premier pourvoi. Il n'est donc pas certain que l'on puisse déduire de cet arrêt la possibilité de former de manière générale un second pourvoi contre la même décision sur un moyen différent qui n'a pas été invoqué lors de l'examen du premier. En cas de cassation avec renvoi, si l'arrêt rendu par la juridiction de renvoi s'est plié à la doctrine de la Cour de cassation, il n'est plus possible de former un second pourvoi sur le point déjà tranché[3184], alors qu'il semble en aller différemment à certaines conditions en cas de question nouvelle dont la Cour de cassation est susceptible de connaître. En effet, *« tous les autres points, qui avaient été soumis à la Cour de cassation par l'une ou l'autre partie dans des moyens non examinés ou les points de droit nouveaux tranchés par la Cour d'appel de renvoi, peuvent être*

[3180] « Alors synonyme de cas d'ouverture ». Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Moyens de cassation », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 600.

[3181] J. BUFFET (sous la dir.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2e édition, 2003, n° 25, p. 13. Cf. aussi J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 111.

[3182] J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 38.12, p. 155.

[3183] En l'espèce, la cassation totale ne pouvait empêcher l'adversaire de se pourvoir contre l'arrêt cassé étant donné qu'il n'y avait pas de lien d'indivisibilité entre les dispositions cassées et les chefs de la décision non critiqués par le premier pourvoi : *« il n'y a évidemment aucune indivisibilité ou dépendance nécessaire entre une décision qui détermine dans l'espace la loi applicable à la légitimation d'un enfant adultérin et une décision qui admet l'imprescriptibilité des actions en constestation d'état »*. Cf. A. BRETON, Note sous Cass. civ. 1ère, 25 nov. 1975, n° 71-11.807, *D.* 1976, Jurisprudence, p. 169-170.

[3184] Même si un revirement de jurisprudence a eu lieu après le premier pourvoi. Cf. F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Le renvoi après cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 762, Mai 2010, n° 29.

soumis librement à la Cour de cassation par la partie perdante »[3185]. Devant la Cour de renvoi, sauf si le renvoi résulte de l'Assemblée plénière[3186], il est possible que les parties fassent état de moyens nouveaux à l'appui de leurs prétentions en application de l'article 632 du CPC et d'invoquer des demandes nouvelles conformément à l'article 633 du même code[3187]. Toutefois, suite à l'arrêt rendu par la juridiction de renvoi, il n'est pas concevable de reposer la question déjà tranchée par la Cour de cassation, sous un autre grief tel que par exemple celui du défaut de base légale[3188]. En revanche, si la juridiction de renvoi statue sur des points de droit dont la Cour de cassation n'a pas eu à connaître, il est possible de former un second pourvoi sur ces questions nouvelles[3189] à condition que ce dernier respecte les conditions de recevabilité de cette voie de recours. Par ailleurs, si la juridiction de renvoi ne s'est pas conformée à la doctrine de la Cour de cassation, « l'article 15 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 prévoit la possibilité de saisir la Cour de cassation, laquelle doit alors statuer en assemblée plénière, lorsque le deuxième arrêt, rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant en la même qualité, est attaqué par les mêmes moyens »[3190]. Ainsi, il semble plus certain d'énoncer qu'un second pourvoi est possible dès lors que le premier pourvoi a entraîné la cassation avec renvoi de l'arrêt contre lequel il a été formé. D'où la difficulté de savoir si la formation du pourvoi consiste à obtenir gain de cause ou à gagner du temps, ce qui est susceptible de donner lieu à une stratégie pour les parties qui n'est pas conforme au but de l'institution. Mais au-delà de l'étude à la fois des cas d'ouverture à cassation et des moyens invoqués au soutien du pourvoi permettant de rendre recevable ce dernier, l'anticipation du résultat sur le fond du droit litigieux implique d'analyser les pouvoirs du juge de cassation.

2.Au regard des pouvoirs du juge de cassation

346. La saisine pour avis – Afin de connaître les chances de succès du pourvoi en cassation, il est possible de suivre la procédure instaurée en 1991 qui concerne la saisine pour avis[3191]. Cette procédure est inspirée de celle qui avait été élaborée auparavant en 1988 devant le Conseil

---

[3185] J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 133.21, p. 745. Des mêmes auteurs, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 1002 ; n° 1005.

[3186] Dans ce cas, la juridiction de renvoi doit, en effet, se conformer à la solution rendue par la Cour de cassation comme le prévoit l'article L. 431-4, alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire. Cf. F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Le renvoi après cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 762, Mai 2010, n° 20.

[3187] F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Le renvoi après cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 762, Mai 2010, n° 19.

[3188] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 1003.

[3189] « Par exemple, dans une affaire où une partie recherche la responsabilité délictuelle de son adversaire, si une cour d'appel déclare l'appel irrecevable, la Cour de cassation, sur pourvoi, n'aura à examiner que la question de la recevabilité de cette voie de recours. Si le pourvoi est accueilli, la Cour de cassation va renvoyer l'affaire au juge du fond qui, en vertu du principe de la plénitude de juridiction, devra statuer sur l'entier litige, c'est-à-dire non seulement sur la recevabilité de l'appel mais aussi sur le principe de la responsabilité et sur l'évaluation du préjudice. La partie déclarée responsable et condamnée à indemniser la victime peut former un pourvoi contre le chef de l'arrêt ayant retenu le principe de la responsabilité ». Cf. F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Le renvoi après cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 762, Mai 2010, n° 27.

[3190] J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Mars 2010, n° 1003.

[3191] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 9, p. 19.

d'Etat[3192]. Il convient cependant de respecter certaines exigences pour y avoir recours puisque la mise en œuvre de la procédure implique qu'il s'agisse d'une question de droit nouvelle, dotée d'une difficulté sérieuse et qui se pose dans de nombreux litiges[3193]. L'avis de l'avocat aux Conseils est généralement bien suivi et montre qu'en cas d'avis favorable, le pourvoi a de grandes chances de succès. Tel est le cas notamment lorsque la décision rendue va à l'encontre d'une jurisprudence bien établie. La possibilité de demander l'avis de l'avocat aux Conseils permet d'éviter à un plaideur de former un pourvoi en cassation voué à l'échec[3194]. D'ailleurs, si un avocat donne son accord pour former un pourvoi alors que celui-ci n'a aucune chance de succès, il commet non seulement une faute à l'égard de son client en lui laissant un espoir qui va s'avérer vain et en percevant des honoraires dénués de cause mais aussi à l'égard de la profession qui en ressort dévalorisée. De surcroît, la poursuite du procès est dépourvue d'intérêt. Ainsi, conformément à l'ordonnance du 10 septembre 1810, le conseil de l'ordre fixe la déontologie de l'avocat aux conseils et prescrit que la profession doit *« éviter une multiplication des pourvois […] préjudiciables au bon fonctionnement des juridictions »*[3195]. A cet effet, l'instauration de la procédure de la non-admission des pourvois contribue également à l'efficacité du pourvoi en cassation en éliminant rapidement les pourvois non fondés ou ne reposant pas sur un moyen sérieux de cassation. Si le pourvoi ne repose pas sur des moyens sérieux, il ne sera pas examiné. La non admission des pourvois permet de rejeter un pourvoi qui est manifestement mal fondé. Ces deux filtres permettant de satisfaire l'impératif économique de la justice sans porter atteinte aux droits des plaideurs n'excluent cependant pas l'intérêt d'étudier le contrôle effectué par la Cour de cassation afin d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux.

347. L'anticipation du contrôle effectué par le juge de cassation – Concernant le cas de la violation de la loi, il convient de faire la distinction entre les notions de droit faisant l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation et celles qui sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond[3196]. En dehors du pourvoi fondé sur le cas de la violation de la loi, les cassations pour défauts de motifs ne sont pas fréquentes. En effet, l'obligation de motiver est remplie lorsque le motif est intelligible c'est-à-dire clair, qu'il répond à tous les moyens décisifs qui sont déterminants en ce qui concerne la solution sur le fond du droit litigieux et qu'il est cohérent ce qui signifie qu'il respecte une certaine logique dans le raisonnement. Le contrôle de la Cour de cassation en ce qui concerne la motivation se conçoit le plus souvent lorsque le juge n'a pas encore fixé sa position sur un point de droit et qu'il attend d'autres espèces avant de trancher et de casser pour violation de la loi[3197]. Quant au contrôle par la Cour de cassation des motifs de

---

[3192] En application de l'article L. 113-1 du CJA, les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, avant de statuer sur une requête, ont la possibilité de demander un avis au Conseil d'Etat. Cf. R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 421.28, p. 528.

[3193] R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 421.29-421.31, p. 528.

[3194] Ou bien de se désister si le pourvoi a déjà eu lieu. Grâce à ce filtre, « près d'un pourvoi sur deux n'est pas jugé ». Cf. L. BORE, « La spécificité de la technique de cassation », *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 63, p. 59.

[3195] J. LEFEBVRE, « La déontologie du procès », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 63.

[3196] *Infra n°* 396.

[3197] Y. CAPRON, « Problème de la motivation », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 45.

fait, il s'agit pour cette dernière de vérifier si les constatations de fait apportent une réponse suffisante aux conclusions du demandeur au pourvoi. Par ailleurs, sous la sanction de la dénaturation, la Cour de cassation doit s'assurer que les constatations et appréciations de fait ne vont pas à l'encontre, de façon flagrante, des termes ou de la signification d'un texte clair et précis résultant notamment d'un contrat[3198]. Ainsi, au regard du caractère manifeste de l'erreur, ce grief de la dénaturation n'a pas souvent l'occasion d'être invoqué[3199]. Le contrôle par le juge de la cassation des moyens invoqués par le demandeur au pourvoi permet d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux d'autant que dans certains cas, la Cour de cassation a la possibilité de ne pas renvoyer l'affaire devant la Cour de renvoi mais de mettre directement fin au litige. La Cour de cassation ne renvoie pas toujours l'affaire devant une autre cour d'appel dès lors qu'elle peut rendre sa décision sans renvoi. Tel est le cas par exemple, en matière de contrariété de jugements[3200]. Dans cette hypothèse, le juge tranche le litige de façon définitive. Si la partie souhaite effectuer un pourvoi en cassation pour obtenir gain de cause, cette dernière doit mesurer les risques de l'utilisation de cette voie de recours et notamment anticiper la possibilité pour la Cour de cassation de mettre définitivement un terme au litige. D'ailleurs, toujours, dans le même but, le demandeur au pourvoi doit utiliser les moyens d'action dont il est doté dès lors que ces derniers ont une incidence sur l'efficacité du recours en cassation. Il s'agit notamment de la possibilité de régulariser un premier pourvoi irrégulier ou bien d'effectuer un choix dans le cadre de l'invocation des différents moyens de cassation[3201].

348. Conclusion de la section 2 – Alors que lorsque le demandeur intente une action en justice, il est doté d'une grande liberté à tous égard qu'il s'agisse du choix des moyens fondant la demande, de la procédure applicable au litige et parfois de celui de la juridiction compétente comme nous l'avons vu dans le titre 1, une fois l'instance engagée, la stratégie du demandeur est plus limitée. La réaction de l'adversaire qui participe de la fixation de l'objet du litige amenuise le champ d'action du demandeur mais implique que ce dernier effectue certains choix afin d'adapter sa stratégie de départ ou de modifier celle-ci. Plus la stratégie défensive de l'adversaire a pu faire l'objet d'une anticipation, plus la réaction du demandeur à l'action est facilitée et même dans certains cas est susceptible de le dissuader d'agir en justice. Par ailleurs, le mouvement du procès conduit parfois à une solution amiable car l'évolution de l'état d'esprit des parties est souvent difficilement prévisible. Si au regard de l'exigence de cohérence, la solution peut être modifiée sur le fond du droit litigieux, il y a une appréciation subjective qui est effectuée par le juge. On peut se demander s'il en est de même en matière procédurale. On pourrait penser que l'application du principe de l'*estoppel* en procédure civile est une notion plus objective que la bonne foi mais il convient de ne pas sanctionner automatiquement toute contradiction en matière procédurale dans le but de faire obstacle aux stratégies dilatoires car le danger réside dans la possibilité de ne pas bien faire la distinction entre, d'une part, un plaideur de bonne foi qui aurait commis une erreur dans le choix de la règle applicable au litige et qui voudrait changer de stratégie pour obtenir gain de cause et d'autre part, celui qui agit a mauvais escient. Il semblerait que la jurisprudence soit contradictoire en ce qui concerne cette question

[3198] J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 60.04, p. 250.
[3199] L. BORE, « La spécificité de la technique de cassation », *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 63, p. 59.
[3200] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 115.
[3201] *Supra* n° 292.

car d'un côté, au regard de certaines décisions, on remarque que la Cour de cassation ne fait qu'une application limitée du principe de l'*estoppel* mais que d'un autre côté la nouvelle jurisprudence résultant de l'arrêt *Césaréo* souhaite instaurer un principe de cohérence en matière procédurale empreint d'objectivité qui semble limiter les possibilités de prendre en compte le comportement procédural de bonne foi des plaideurs. Afin de se réserver toutes les chances de succès, il convient donc dès la première instance d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder la demande ainsi que de mettre en cause tous les tiers pouvant intervenir à l'instance au regard des faits de l'espèce tout en veillant à ce que l'action ne soit pas qualifiée d'« abusive »[3202]. Au regard de la possibilité de modifier le fondement juridique de la demande en appel, la jurisprudence *Cesareo* n'y faisant pas obstacle ainsi que l'option offerte par le fondement juridique lui-même impliquant une alternative, la stratégie semble plus facile à mettre en œuvre dans le cadre de la voie d'appel, que dans celui du recours en cassation. Interjeter appel dans le but de profiter de la fonction de l'appel en tant que voie d'achèvement du litige même si celle-ci est fondée, ne participe pas de « la finalité caractéristique de la voie de recours »[3203]. Ce comportement ne peut cependant faire l'objet d'une sanction qu'en cas d'abus, ce dernier n'étant pas facile à caractériser hormis au regard d'un arrêt récent de la Cour de cassation qui ne fait que le constater sans le caractériser. Une telle stratégie est également possible lors de l'exercice d'un pourvoi en cassation au regard de la possibilité d'invoquer des moyens nouveaux dès lors qu'il s'agit d'une règle d'ordre public. Cependant, tant en ce qui concerne le souhait de rallonger la procédure à bon escient, le temps du procès pouvant parfois entraîner des effets positifs, que celui d'opérer une modification dans la stratégie de départ, l'efficacité de telles stratégies semble dépendre du type de recours exercé. La stratégie dans l'allongement du temps de la procédure est plus facile à mettre en œuvre dans le cadre de la voie d'appel que dans celui du recours en cassation au regard des conditions de recevabilité de chaque voie de recours, celles concernant la voie d'appel étant moins strictes que celles ayant trait au pourvoi en cassation. Il en est de même en ce qui concerne le souhait de modifier la stratégie de départ étant donné qu'en raison de la fonction de l'appel considéré comme une voie d'achèvement, il est permis de modifier le fondement juridique de la demande alors que dans le cadre du pourvoi en cassation les moyens nouveaux ne sont pas recevables sauf s'il sont d'ordre public ou de pur droit. Cependant si les conditions de recevabilité de la voie d'appel se distinguent de celles du recours en cassation, des effets identiques découlant du comportement procédural des plaideurs amoindrissent la différence entre les deux types de recours. L'on peut voir qu'il y a une évolution concernant l'efficacité de la procédure au regard du faible taux d'appel[3204]. On constate que la jurisprudence et les réformes récentes ont permis d'éradiquer les stratégies de mauvaise foi et notamment la volonté des plaideurs d'effectuer un appel dans un but dilatoire. Toutefois, il ne faudrait pas que cela soit une entrave à la garantie des droits. En effet, c'est au moment où les risques d'erreurs

---

[3202] H. CROZE, Note sous Cass. 2e civ., 23 nov. 2006, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 89, p. 23.

[3203] K. SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, n° 340, p. 239.

[3204] En effet, le taux d'appel concernant les jugements au fond rendus en 2005 est de 12,40 % devant le tribunal de grande instance, de 4,40 % devant le tribunal d'instance, et de 14,40 % devant le tribunal de commerce. Cf. *Les Chiffres clés de la justice*, cité par J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, p. 14. Or, ce taux n'a guère varié. En 2009, il est de 12, 5% devant le tribunal de grande instance, de 5,3 et il est inchangé devant le tribunal de commerce. Cf. Les chiffres clés de la justice, Site Internet du ministère de la justice, http://www.justice.gouv.fr/

étaient susceptibles de surgir en raison de l'encombrement des juridictions, que les projets de réforme ont visé à éviter les recours[3205] et que parallèment se développait la pratique de l'exécution provisoire des jugements.

349. Conclusion du chapitre 1 – Une fois l'instance engagée, le demandeur met tous les moyens en œuvre pour l'efficacité de son action que la procédure soit unilatérale ou contradictoire. Il s'agit le plus souvent d'une stratégie qui est en conformité avec le but de chacune des mesures prises. Néanmoins, en cas de procédure contradictoire, le demandeur doit parfois modifier sa stratégie ou changer celle-ci eu égard à la stratégie défensive de l'adversaire qu'il n'est pas toujours possible d'anticiper eu égard notamment à l'attitude de ce dernier. Conformément aux principes directeurs énoncés dans le CPC et notamment à l'article 2, les parties ont l'obligation de conduire l'instance en accomplissant les actes de la procédure dans les formes et délais requis. Toutefois, l'application de ces principes pendant l'instance n'est pas impérative. Les parties ont donc la possibilité de modifier leur comportement en prévoyant un aménagement de ces règles[3206] et selon la jurisprudence, la validité de ce dernier varie en fonction de l'absence ou non d'atteinte aux pouvoirs du juge[3207]. Ainsi, elles pourront décider d'un report d'audience. Si certaines prérogatives individuelles de la part des parties sont totalement licites et s'imposent automatiquement au juge, d'autres nécessitent un contrôle de ce dernier c'est-à-dire son assentiment ou risquent de tomber sous le coup des dispositions de la Conv. ESDH. Or, pour atteindre le but souhaité au départ, si chacun des plaideurs est susceptible d'adapter sa stratégie en fonction de la réaction de l'adversaire, les chances de succès de l'action dépendent également de leurs attitudes respectives notamment au regard des pouvoirs du juge qui est susceptible de prendre en compte ces dernières pour rendre sa décision ou de devoir donner son accord pour l'accomplissement de certains actes de procédure.

[3205] C. ATIAS, *Philosophie du droit*, Thémis, PUF, 1999, 3ième édition, 2012, n° 55, p. 234.

[3206] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 39-40.

[3207] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 40.

Chapitre 2 : La stratégie de chacune des parties au regard de l'office du juge

350. Définition de l'office du juge – Le pouvoir d'office *« peut être défini comme la prérogative dont dispose ou est investi le juge a raison de sa fonction »*[3208]. De même, selon le dictionnaire élaboré sous la direction du doyen G. Cornu, l'office se définit comme l'*« Ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique »*[3209], en l'occurrence ici à celle du juge. Mais qu'entendons-nous par « pouvoirs » et « devoirs » du juge ?

351. Les pouvoirs et les devoirs du juge – Le terme « pouvoir » fait référence aux vocables : « Maîtrise de fait, force, puissance »[3210]. Il désigne ici l'*imperium* du juge ou un *pouvoir* appartenant à ce dernier *« qui est utilisé sinon de manière discrétionnaire, au moins en fonction de critères d'opportunité puisque le juge n'est jamais tenu d'enjoindre à une partie de faire quelque chose ou de recourir à l'astreinte »*[3211]. Il ne s'agit pas ici d'énumérer les différents pouvoirs du juge à l'égard des parties mais de prendre en compte leur existence afin d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux. De plus, une telle anticipation implique de connaître le contexte dans lequel ces derniers s'exercent et notamment le but auquel ils tendent. Les pouvoirs du juge s'exercent en fonction des devoirs auxquels celui-ci est tenu. Le terme « devoir » est *« souvent synonyme d'obligation »*[3212]. Cependant, il convient de distinguer les devoirs des obligations, le devoir du juge consistant dans le but auquel doit tendre la fonction du magistrat impliquant parfois mais pas automatiquement une obligation dans l'exercice de ses prérogatives. Dans ce sens, le terme « devoir » se confond avec la mission du juge. « Le juge doit veiller au bon fonctionnement de la « machine judiciaire, en évitant son engorgement et sa paralysie »[3213]. Mais telle n'a pas son unique mission. Il doit également trancher le litige que les parties lui ont confié[3214]. L'adage latin : « da mihi factum, tibi dabo jus », c'est-à-dire : « donne-moi le fait, je te donnerai le droit » est critiquable car il ne doit pas aboutir à une vision tranchée laissant

---

[3208] Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 809.

[3209] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Office », in *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 633.

[3210] G. CORNU (Publié sous la direction de), « Pouvoir », in *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 700.

[3211] Ph. THERY, « Rapport de synthèse », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 144. « *« Pouvoir »* signifie tout à la fois *« être juridiquement fondé à … »* et *« avoir la faculté de… »*, ce qui implique une marge d'appréciation ». Cf. G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-même (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Editions Litec, 1991, p. 95.

[3212] *« Soit dans un sens vague (pour désigner tout ce qu'une personne doit ou ne doit pas faire), soit dans un sens technique précis (rapport de droit : ex. devoir de réparation à la charge du responsable) ou désigne plus exactement certaines règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent (qui se trouvent avoir une coloration morale) : devoir du mariage, devoir de famille. Dans un sens voisin, désigne des obligations préétablies que la loi impose, non envers une personne déterminée, mais d'une manière générale, soit à une personne en raison de ses fonctions ou de sa profession (devoirs d'état), soit à tout homme envers ses semblables : devoir de ne pas s'enrichir injustement au détriment d'autrui, de respecter la propriété, etc. ».* Cf. G. CORNU (Publié sous la direction de), « Devoir », in *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 2007, p. 307.

[3213] J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé,* Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, n° 264, p. 220.

[3214] J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé,* Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, n° 265, p. 220-221.

entendre que le droit n'appartient qu'au juge[3215]. Le juge contribue à la recherche de la vérité. Par exemple, le magistrat qui juge qu'il lui manque des informations sur les preuves invoquées à l'appui de la demande de la partie qui en a la charge, doit mettre en œuvre toutes les prérogatives que la loi lui offre afin de tendre à l'obtention de la vérité[3216] puisque telle est aussi sa mission[3217]. A fortiori, il en va de même lorsque la preuve incomplète résulte d'un rapport d'expertise[3218]. Par ailleurs, selon l'article 10 du CPC, il peut ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction légalement admissible. En effet, les juges du fond sont souverains et ont un pouvoir quasi discrétionnaire pour ordonner toute mesure utile en la matière[3219]. Parfois, le juge n'a pas seulement la possibilité mais l'obligation d'ordonner une mesure d'expertise lorsque notamment le débiteur est dans l'impossibilité de rapporter la preuve susceptible de faire valoir son droit. Le juge a le devoir de faire respecter l'effectivité du droit à la preuve au regard notamment des articles 10 du Code civil, 6-1 de la Conv. ESDH, ainsi que de l'application d'autres principes tels que celui de loyauté[3220], de « bonne foi processuelle » et d'égalité des armes[3221]. C'est ainsi que la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en raison d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation qui avait rejeté le pourvoi en se fondant sur le pouvoir souverain des juges du fond concernant le recours à une enquête sociale. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure où l'enquête sociale était indispensable aux juges pour se prononcer sur une question de fixation de résidence d'un enfant, les juges du fond avaient l'obligation de l'ordonner[3222]. En effet, selon le doyen Gérard Cornu, « le juge a dans la connaissance du fait un pouvoir primordial et un titre originaire. Sa vocation l'appelle d'abord à connaître lui-même le fait. A la maxime : « *Jura novit*

[3215] J. HERON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, n° 265, p. 221.

[3216] A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 537.

[3217] M. CARATINI, « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gaz. pal.*, 1986 (2e semestre), p. 406. Trancher entre deux présentations de « vérité » d'une situation litigieuse est une tâche difficile. *« La vérité est – sous des angles différents – des deux côtés. De là l'angoisse du juge, qui, lui, est obligé de choisir, plus encore, de motiver son choix et de sacrifier souvent une vérité respectable, qu'il a bien reconnue, à une autre vérité, incompatible à la première, qui devra l'emporter »*. Cf. P. HUGONET, *La vérité judiciaire*, Préface de Simone Rozes, Editions Litec, 1986, p. 11. La mission est un *« pouvoir-devoir »*. Cf. G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-même (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Editions Litec, 1991, p. 96.

[3218] C'est notamment ce qui résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 30 janvier 2007. En l'espèce, l'acheteur d'un véhicule d'occasion avait assigné son vendeur en garantie des vices cachés à la suite de problèmes de fonctionnement en vue d'obtenir la résolution de la vente ainsi que des dommages-intérêts. Au regard de l'expertise qui avait constaté « des désordres » non apparents concernant le véhicule, l'arrêt de la Cour d'appel l'avait débouté de sa demande en énonçant que le rapport d'expertise ne faisait pas état des vices invoqués. Mais cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation. En effet, le juge a l'obligation de demander des explications à l'expert lorsque son rapport est incomplet. Cf. R. PERROT, Observations sous Cass. 1ère civ. , 30 janv. 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 79, p. 17-18.

[3219] *« Enquête, mesure d'instruction, consultation d'un sachant… »*, cité par Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 77.

[3220] A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 535 et s.

[3221] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 72.

[3222] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 77.

curia » ; il faudrait joindre la réplique « *facta novit curia* »…le juge est d'abord juge du fait, un juge de la preuve. »[3223]. Toutefois, ce droit effectif à la preuve doit être mis en balance avec le droit pour certaines personnes d'invoquer un motif légitime faisant obstacle à l'obtention de la preuve comme c'est le cas du secret médical. Accéder à la vérité judiciaire fait ainsi partie du droit au procès équitable même s'il convient cependant de distinguer la vérité judiciaire de la vérité scientifique[3224]. Ce principe doit permettre aussi de démontrer l'absence de fraude lorsque pèse sur l'une des parties une présomption irréfragable[3225]. Le juge a le devoir de rendre *« la décision la meilleure possible, voire la plus juste »*[3226] en tenant compte aussi des conséquences économiques de la décision[3227] tout en respectant l'exigence de cohérence du droit[3228]. Il a des obligations mais bénéficie aussi d'une certaine liberté dans l'exercice de ses pouvoirs afin de rendre une bonne justice telle qu'elle est établie par l'Etat dans lequel elle s'exerce et conformément au droit au procès équitable tel qu'il est défini à l'article 6§1 de la Conv. ESDH. Si certaines obligations déontologiques qui incombent au magistrat sont énoncées dans l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, selon le rapport final de la Commission de réflexion sur l'éthique de la magistrature, plusieurs devoirs à la charge de ce dernier sont également mis en évidence et notamment celui du respect du principe du contradictoire[3229]. La formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats du siège sanctionne les manquements de ces derniers aux devoirs auxquels ils sont tenus[3230] par des sanctions disciplinaires. A titre d'exemple, on peut d'ailleurs citer « l'allongement de la durée des procédures ainsi que les négligences dans certaines missions »[3231]. Le Recueil des obligations déontologiques des magistrats élaboré par le Conseil supérieur de la magistrature[3232] énonce notamment quant à lui que *« le magistrat agit*

[3223] In Rapport de synthèse pour le *Xe colloque des Instituts d'études judiciaires*, PUF, 1976, p. 111, cité par Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 75.

[3224] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 72.

[3225] Ph. BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 73.

[3226] N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, Chron., n° 2, p. 195.

[3227] J.-Y. CARO, *Les dimensions économiques de la décision judiciaire : perceptions et pratiques des magistrats*, Collection « Essais et recherches judiciaires », 1990, p. 30.

[3228] P. SARGOS, « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *J.C.P., G.*, 2009, 442, n° 4, p. 61.

[3229] J. LEFEBVRE, « La déontologie du procès », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 65. Cf. aussi G. WIEDERKEHR, « Les droits de la défense et le principe de la contradiction », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, p. 162.

[3230] Il s'agit notamment de la violation *« aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité »*. Cité par J. LEFEBVRE, « La déontologie du procès », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 66.

[3231] Cité par J. LEFEBVRE, « La déontologie du procès », in *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, p. 66-67.

[3232] En application de l'article 18 de la loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007, complétant l'article 20 de la loi organique du 5 février 1994. Cf. CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Editions Dalloz, 2010, p. X.

avec diligence dans un délai raisonnable »[3233]. Il s'agit de tendre au temps « efficace »[3234]. Des devoirs s'imposent donc au juge qui est tenu en matière procédurale de respecter les objectifs de célérité et de loyauté du procès. Or, pour répondre à ces impératifs, le juge doit contrôler l'attitude des parties quant au respect de l'accomplissement de leurs obligations respectives dans les délais requis. A ce titre, il peut faire obstacle à la stratégie des parties consistant à retarder l'issue du procès[3235]. D'ailleurs, si Motulsky envisageait les droits de la défense de manière large c'est-à-dire en les définissant non seulement comme la *« défense des intérêts de chacune des parties »*, il englobait aussi l'*« obligation d'observer un minimum de loyauté »*[3236]. Certes, la volonté de garantir la loyauté des débats est ancienne[3237] au même titre d'ailleurs que la « sécurité des relations juridiques »[3238], mais le principe de loyauté semble désormais tendre à devenir un principe directeur du procès. Tant la loi que la jurisprudence contribuent à éviter la déloyauté des parties et par là même à faire obstacle à l'utilisation des règles de procédure à mauvais escient. De même, le Recueil des obligations déontologiques des magistrats fait état d'une obligation de loyauté procédurale en prévoyant que *« le magistrat exerce ses compétences avec efficacité, tout en se conformant loyalement, selon les fonctions exercées, à ses obligations dans la conduite des procédures, la tenue des audiences et l'élaboration des décisions. Il n'utilise pas de procédé abusif qui allonge les procédures ou diffère les décisions »*[3239]. Dans le cadre de notre étude, dès lors que le juge est tenu à des devoirs pour exercer sa mission, il semble envisageable au regard de ces derniers d'évaluer les chances de succès de l'action. Mais existe-t-il une stratégie du côté du juge?

352. La stratégie du côté du juge – Lorsque le juge est tenu à exécuter certaines obligations telles que le recours à la conciliation préalable dans certains domaines notamment en matière de divorce, en matière rurale ou prud'homale[3240], il est possible d'anticiper l'usage des devoirs du juge. En revanche, la stratégie du juge est plus difficile à évaluer en cas de liberté de choix en la

---

[3233] CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Editions Dalloz, 2010, Article D.22, p. 29.

[3234] C'est-à-dire « nécessaire ». Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, n° 18, p. 9. Cf. aussi J.-C. WOOG, « Portrait d'un juge », in *Mélanges offerts à Pierre DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Editions Dalloz 2000, p. 157.

[3235] *« … Aux échecs ou au jeu de go, la stratégie consiste à conquérir l'espace. Au jeu du procès, il s'agit de se rendre maître du temps »*. Cf. J. VERGES, *J'ai plus de souvenirs que si j'avais mille ans*, p. 163 cité par P. SOURIS, *Les belles phrases, Citations d'intérêt judiciaire*, Créadif, Bruxelles, 2011, p. 202.

[3236] H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de Georges BOLARD, Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 68 ; n° 16, p. 71. Cf. aussi G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *J.C.P.*, G, 1993, I, 3693, n° 16, p. 332.

[3237] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 7, p. 8. Selon Morel, *« il importe, en effet, de garantir aux justiciables une discussion loyale, à l'abri de toute surprise »*. Cf. R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 6, p. 5.

[3238] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 7, p. 9.

[3239] CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Editions Dalloz, 2010, Article c.37, p. 21-22.

[3240] J. NORMAND, « Conclusions », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 142-143.

matière. Certes, en application de l'article 21 du CPC, il entre dans la mission du juge de concilier les parties. C'est ce qui résulte de la loi du 8 février 1995 et du décret du 22 juillet 1996 qui ont modifié les articles 831 à 835 du CPC. De même, conformément aux articles 131-1 et suivants du CPC, le juge peut inciter les parties à recourir à la médiation. Ce pouvoir relève aussi du juge des référés. Par ailleurs, la médiation ne dessaisit pas le juge qui a la possibilité d'effectuer les mesures qui lui semblent utiles, importantes[3241]. Toutefois, l'on constate que le juge a des difficultés à accomplir cette mission en raison notamment de la grande disponibilité qu'implique la conciliation ou la médiation. De plus, les parties ont tendance à penser que la solution proposée par le juge est *« une sorte de jugement anticipé »*[3242]. Une anticipation est néanmoins envisageable dès lors que le magistrat est soumis aux devoirs découlant tant de la déontologie que des principes ayant trait à la procédure issus du droit national ainsi que de leur interprétation par les juges ou bien encore à l'artice 6§1 du la Conv. ESDH. Il convient en effet pour le juge d'effectuer un choix en conformité avec les principes directeurs du procès et l'article 6 de la Conv. ESDH[3243]. Par exemple, dans le cadre de la procédure orale, en matière prud'homale, la conduite du juge est guidée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui impose au bureau de conciliation *« une participation active à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles »* consistant *« à vérifier que les parties étaient informées de leurs droits respectifs »*[3244]. Ainsi, le juge a la possibilité soit de rester neutre, soit de faire connaître au justiciable l'ensemble de ses droits étant donné que la Cour de cassation n'affirme pas expressément qu'il doit informer les parties sur leurs droits respectifs. Or, il semble que pour pouvoir effectuer cette vérification, il faille éclairer les parties sur l'étendue de leurs droits. L'efficacité des devoirs du juge dépend parfois de l'accord des parties[3245]. Par exemple, dans le but d'une bonne administration de la justice, le juge peut décider conformément aux articles L. 111-12, alinéa 1er du Code de l'organisation judiciaire (COJ) que les audiences se déroulent *« dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle »*. Par ailleurs, toujours afin de tendre à la bonne administration de la justice, le juge doit exercer son contrôle sur l'exécution des obligations des professionnels intervenant dans le cadre de l'institution judiciaire et révoquer ces derniers en cas de manquement dans l'exécution de celles-ci[3246]. La stratégie doit s'inscrire dans *« la tendance à la*

[3241] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 213.11, p. 44.

[3242] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 494, p. 379.

[3243] Fondement sur lequel la jurisprudence de la Cour européenne protège le procès équitable et à travers lui, l'équité elle-même. Cf. L.-E. PETTITI, « Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des Droits de l'homme », in *Justice, médiation et équité*, Colloque Droit et Démocratie, La Documentation Française, Paris, 1992, p. 39.

[3244] Cass. soc., 28 mars 2000, Bull. civ., 2000, V, n° 135, cité par B. TRAVIER, R. CROS, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, Avril 2007, Etudes, p. 11.

[3245] *Infra* n° 387.

[3246] « Technicien (art. 235, al. 2, CPC), notaire commis (art. 1371, al. 2 CPC), mandataire dans la procédure de rétablissement personnel (R. 332-13 III C. consom.), administrateur, expert ou mandataire judiciaire (art. L. 621-7, al. 1er, C. com.) commissaire à l'exécution du plan (art. L. 626-25, al. dernier) ou encore liquidateur ou autres organes de la procédure (nouvel art. L. 641-1-1 C. com.) ». Cf. Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 817.

rationalisation de la procédure »[3247]. Pour ce faire, le juge utilise les différents pouvoirs qui s'offrent à lui pour adapter la procédure à la nature du litige notamment en recourant à la passerelle permettant de passer du référé à la procédure à jour fixe[3248]. En effet, dès lors que le juge des référés estime qu'il n'y a pas lieu à référé mais constate néanmoins une urgence, il a la possibilité d'autoriser le demandeur d'assigner son adversaire à jour fixe[3249] bien qu'en la matière il faille une demande en ce sens de la part de l'une des parties. C'est ainsi que l'on a énoncé que la liberté laissée au juge des référés de saisir le juge du fond visait à accélérer la procédure[3250] et par là même contribuait à rendre un jugement dans un délai raisonnable en faisant obstacle aux stratégies dilatoires des plaideurs. D'ailleurs, la célérité est devenue dans notre société « un critère de performance, de qualité, quand ce n'est pas une fin en soi »[3251] ; « l'homme du XXIe siècle est un homme pressé ! »[3252]. L'on en trouve le prolongement en matière judiciaire où l'accélération du temps, devenue une « préoccupation majeure »[3253], est bien éloignée de la conception du temps judiciaire que se faisait Rabelais[3254]. Il semble peut-être ainsi possible d'anticiper les pouvoirs du juge dans le cadre de la gestion du temps de la procédure. La sanction des parties par le juge en raison de la violation du principe de loyauté du procès doit être prise en compte dans le cadre de la stratégie des parties pour évaluer les chances de succès de l'action en justice. Dans le même ordre d'idées, de manière plus générale, les pouvoirs du juge pendant le procès ont une incidence sur l'issue du litige. En effet, pendant l'instance, le juge est doté de certains pouvoirs dont il doit ou peut faire usage d'office. Or ces pouvoirs sont tellement étendus qu'ils ont trait tant à la procédure qu'au droit substantiel et à la théorie générale du droit[3255]. Ainsi, l'efficacité de l'action est conditionnée par les pouvoirs du juge face aux parties et à la situation litigieuse. L'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux dépend d'une part des obligations auxquelles le juge est tenu (Section1) ainsi que de la liberté dont il bénéficie dans l'exercice de sa fonction (Section 2).

[3247] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 6, p. 72.

[3248] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 6, p. 72.

[3249] En application de l'article 811 du CPC.

[3250] E. JEULAND, « Transformation et pérennité du nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 79.

[3251] B. CHAIN, « Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 109.

[3252] A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 721.

[3253] J.-C. MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel », Rapport au garde des sceaux, le 24 mai 2008, *site Internet du gouvernement (www.gouv.com)*, p. 11.

[3254] Enonçant par la bouche du juge Bridoye : *« Je considère que le temps mûrit toutes choses ; par temps toutes choses viennent en évidence ; le temps est père de vérité. […] Je sursois, délaie et diffère le jugement, afin que le procès, bien ventilé, grabelé (soumis à examen attentif) et débattu, vienne par succession de temps à sa maturité, et le sort par après advenant soit plus doucettement porté des parties condamnées »*. Cité par J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 44.

[3255] Ph. THERY, « Rapport de synthèse », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 146.

Section 1 : L'incidence des obligations du juge dans l'exercice de sa fonction sur l'efficacité de l'action

353. Le juge étant tenu d'accomplir certaines obligations face à une situation donnée, l'anticipation de la solution implique d'analyser sa réaction tant face à une demande émanant des parties ou de l'une d'elles (§1) qu'indépendamment de toute sollicitation de la part de celles-ci (§2).

§1 : La stratégie au regard des obligations du juge face à une demande ou à un accord des parties

354. Définition du « dialogue » entre le juge et les parties – Il convient d'analyser le rapport existant entre le juge et les parties pendant le procès[3256]. Si le plus souvent, le juge bénéficie d'une certaine liberté à l'égard de la sollicitation des parties à son égard, dans certains cas, il est lié par celle-ci en devant en conséquence y faire droit. Les parties ont dans une certaine mesure la possibilité d'amoindrir l'office du juge que ce soit en matière purement procédurale (A) ou concernant plus spécifiquement le fond du droit au regard notamment d'un accord conclu par celles-ci (B).

A.Le juge lié par une demande des parties ayant trait à son office en matière procédurale

355. La demande ayant trait à la juridiction compétente – Conformément à l'article 100 du CPC, *« Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande »*. Par ailleurs, si le litige relève de la compétence d'un tribunal arbitral et que le juge étatique saisi à tort ne peut relever d'office son incompétence en application de l'alinéa 2 de l'article 1448 du CPC, il en va différemment si une partie le lui demande conformément à ce que prévoit le premier alinéa de cet article qui énonce qu'il se déclare dès lors incompétent « sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». En dehors du domaine des règles de compétence, le juge est lié par le souhait de l'une des parties de suspendre l'instance ou d'éteindre celle-ci.

356. La demande de suspension ou d'extinction de l'instance – Afin de rechercher une solution amiable lorsque l'état d'esprit des parties s'y prête ou évolue au fil de l'instance, il est

---

[3256] Le dialogue dans le procès a fait l'objet d'une thèse. En matière de procédure civile le terme « dialogue » est notamment lié aux droits de la défense dont découlent d'une part « l'obligation d'avertir son adversaire de l'introduction de l'instance » et d'autre part « l'obligation d'organiser une discussion contradictoire ».
Cf. P. AUBIJOUX-IMARD, *Le dialogue dans le procès*, th., Sous la dir. de Serge Guinchard, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1999, n° 19, p. 36. Cf. aussi G. BOLARD, « Les juges et les droits de la défense », in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Editions Litec, 1991, n° 39, p. 70. Nous l'envisagerons ici de manière encore plus large afin de désigner tous les rapports entre le juge et les parties.

permis à ces dernières de faire une demande conjointe tendant à obtenir la radiation de l'affaire qui a pour effet de suspendre l'instance et à laquelle le juge ne peut faire obstacle[3257]. Il en est de même si par exemple elles souhaitent garder secret leur accord[3258]. Parfois, le terrain d'entente est encore plus grand, ce qui va amener les parties à éteindre l'instance en ayant recours à la transaction conformément à l'article 384 du CPC[3259]. Dans le cas où les parties, en cours d'instance, mettent un terme au litige par une transaction, il a été jugé dans un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 12 juin 1991 que la juridiction saisie est compétente pour en ordonner l'exécution. D'une manière générale, il convient d'avoir recours au juge afin d'être en possession d'un procès-verbal revêtu de la force exécutoire[3260]. Si le recours à la transaction s'impose au juge, l'efficacité de celle-ci a néanmoins besoin du concours de celui-là. En l'absence d'accord de volontés des deux parties, l'une d'elles peut abdiquer en cours d'instance c'est-à-dire se désister de l'action ou acquiescer à la demande, le juge ne pouvant s'opposer à une telle abdication[3261]. Il convient néanmoins de faire la distinction entre le désistement d'action qui, comme la transaction met fin au litige, et le désistement d'instance qui ne termine pas complètement le litige et qui permet à son auteur d'intenter de nouveau le même procès. Ainsi, dans tous ces cas, les parties ont la possibilité de mettre fin à l'instance sans que le juge puisse s'y opposer en mettant en évidence par là même le caractère accusatoire de la procédure civile[3262]. Il en est de même concernant le recours à certaines mesures ayant trait à l'efficacité du jugement.

357. La demande tendant à l'efficacité de l'exécution du jugement – L'une des parties peut demander au juge qu'il assortisse l'exécution d'une obligation ou du jugement d'une astreinte[3263], cette demande pouvant être effectuée auprès du juge de l'exécution[3264]. N'ayant pas la même fonction que les dommages et intérêts, l'astreinte est indépendante de ces derniers et par conséquent n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice. Rien n'interdit donc son cumul avec les intérêts légaux, c'est-à-dire les intérêts moratoires prévus à l'article 1153, alinéa 1 du

---

[3257] Selon un arrêt du 24 novembre 1989 rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : *« Au cas où les parties considèrent de leur intérêt d'éviter ou de différer une solution judiciaire, elles ont la possibilité de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose au juge »*. Cité par L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 42.

[3258] J.-M. COULON, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 138.

[3259] L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 42.

[3260] En application de l'article 384 du CPC.

[3261] G. CORNU et J.FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 8, p. 49.

[3262] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 567, p. 447.

[3263] En effet, cette dernière permet d'assurer l'exécution d'une décision. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 443.71, p. 203.

[3264] En application de l'article 33, alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991, ce dernier peut assortir d'une astreinte un jugement rendu par un autre juge si les circonstances en montrent la nécessité.

Code civil. Dans le même ordre d'idées, l'une des parties peut demander à ce que le juge liquide l'astreinte car une astreinte non liquidée ne permet pas de prendre une mesure d'exécution forcée mais seulement d'effectuer une mesure conservatoire pour une somme provisoirement évaluée par le juge compétent pour sa liquidation[3265]. En effet, toute astreinte provisoire ou définitive doit être liquidée[3266]. La date de la liquidation de l'astreinte est importante car à partir de ce moment, la décision du juge est exécutoire de plein droit[3267]. Si l'astreinte définitive garantit parfaitement l'exécution de la décision en raison de la possibilité, après la liquidation, d'effectuer une mesure d'exécution forcée, l'astreinte provisoire est un bon moyen de dissuasion eu égard notamment à la volonté du débiteur de ralentir la procédure dans une intention dilatoire[3268]. Que la demande au juge de liquidation concerne une astreinte provisoire ou définitive, ce dernier ne peut y renoncer. Néanmoins, il bénéficie d'un pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la demande d'exonération de celle-ci. Ainsi, dans certaines hypothèses, le juge n'est pas lié par la demande des parties comme nous le verrons plus loin. En revanche, dans les cas où le juge a l'interdiction de soulever d'office certains moyens, dès lors que l'une des parties lui en fait la demande, il a l'obligation, certes parfois à certaines conditions, de faire droit à cette sollicitation.

358. La demande palliant son impossibilité de soulever d'office certains moyens – Hormis le cas de l'incompétence de la juridiction étatique saisi en cas de litige devant être soumis à un tribunal arbitral[3269] s'il est fait interdiction au juge de soulever d'office la péremption de l'instance en application de l'article 388 alinéa 2 du CPC, en revanche, celle-ci est de droit si l'une des parties en fait la demande à condition néanmoins qu'elle soit effectuée « avant tout autre moyen ». Il en est de même en ce qui concerne d'autres interdictions telles que celles concernant la façon dont est composée la juridiction en application de l'article 430 alinéa 2 du CPC, le non-respect des règles ayant trait aux débats conformément aux articles 437 et 446 alinéa 2 du CPC et le prononcé du jugement comme le prévoit l'article 458 alinéa 2 du même code. Par ailleurs, une autre hypothèse concerne le divorce pour altération définitive du lien conjugal puisque l'article 1126 du CPC dispose que « sous réserve des dispositions de l'article 472, le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévu au 1er alinéa de l'article 238 du code civil ». Par ailleurs, le juge est soumis à certaines obligations que lui impose l'accord des parties sur sa façon de statuer.

B.Le juge lié par l'accord des parties ayant trait à sa fonction de juger

359. Si le champ d'application laissé à la liberté individuelle concernant l'encadrement de l'office du juge est plus large une fois le litige né qu'avant la naissance de celui-ci, l'accord des parties est également possible même s'il n'est pas prévu par le CPC dès lors que le juge ne peut

---

[3265] En application de l'aricle 53 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

[3266] Mais il serait logique de considérer qu'avant de prononcer une astreinte définitive, l'astreinte provisoire doit être liquidée. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 443.82, p. 203.

[3267] Conformément à l'artice 37 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 qui dispose que « La décision du juge est exécutoire de plein droit par provision ».

[3268] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 443.131, p. 205.

[3269] *Supra* n° 118.

s'y opposer qu'à la demande de l'une des parties. En l'absence d'une demande allant en ce sens, un accord implicite est envisageable. D'où l'étude des cas nécessitant un accord exprès pour lier le juge sur sa façon de statuer.

360. La stratégie des parties consistant à lier le juge en application de l'article 12 alinéa 3 et 4 du CPC – Conformément à l'article 12 alinéa 3 du CPC, le juge *« ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition*[3270]*, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »*. Si une telle faculté est offerte aux parties, ces dernières ne semblent pas en faire souvent usage[3271]. Néanmoins « pour marginale que soit cette hypothèse, elle révèle une possibilité théorique significative de la véritable fonction du juge »[3272]. Le souhait de lier le juge a pour contrepartie également de lier les parties entre elles puisqu'aucune d'elles ne peut de manière unilatérale changer la qualification énoncée dans l'accord[3273]. Le débat est donc limité[3274]. Au regard des conséquences de l'accord des parties sur le résultat du procès, l'on peut s'interroger sur la stratégie des parties dans l'utilisation d'un tel procédé. Si l'une des parties souhaite inciter son adversaire à recourir à un tel accord, on peut se demander si ce n'est pas pour éviter que celui-ci invoque par la suite d'autres moyens de défense en cas de « rebondissements » plausibles concernant l'affaire soumise au juge[3275]. Si cet article du CPC est susceptible d'être utilisé à mauvais escient par l'une des parties consistant notamment dans un « piège » à l'égard de son adversaire, on peut se demander si le juge ne conserve pas néanmoins une certaine liberté dans l'exercice de sa fonction quant à la possibilité de faire obstacle à l'exécution de cet accord. Ainsi, dès lors que l'une des parties conteste les conditions de validité de l'accord, le juge retrouve sa liberté dans la mission de sa fonction. L'une des parties peut en effet invoquer la nullité de l'accord pour erreur ou dol ou bien encore faire état de sa caducité en cas d'évolution liée à des circonstances extérieures telles que la survenance d'un fait nouveau, d'une loi nouvelle ou de l'intervention d'un tiers[3276]. De même, le juge fait obstacle au non-respect par les parties des règles d'ordre public notamment lorsque la qualification choisie par les parties a une incidence sur une règle de compétence d'ordre public[3277]. L'objet du litige peut également être limité par la volonté des parties lors du recours aux modes amiables. Ainsi, même si l'artice 12 alinéa 2 prévoit que le juge *« doit donner ou*

[3270] Qui devraient comprendre *« même les droits régis par des règles impératives, à l'exemple des droits délictuels à réparation ou du droit de propriété, à la seule condition que les parties puissent librement les céder ou, si l'on préfère, qu'elles puissent transiger à leur sujet »*. Cf. G. BOLARD, « De la déception à l'espoir : la conciliation », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, n° 17, p. 56.

[3271] J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567.

[3272] G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, n° 3 *bis*, p. 3.

[3273] J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 571.

[3274] Alors qu'il en va différemment dans le cadre d'une instance renouvelée lorsque l'appelant souhaite limiter l'appel à certains chefs du jugement, l'intimé pouvant dès lors étendre le jugement à d'autres chefs de ce dernier.

[3275] J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 571.

[3276] J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 572-576.

[3277] Il en est de même concernant le défaut d'intérêt. J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 580 ; 583.

restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », des dérogations y sont apportées dans les alinéas qui suivent et sont susceptibles de modifier la solution sur le fond du droit litigieux. Une dérogation semble également envisageable lorsque le juge français est saisi d'un litige comportant un élément d'extranéité au regard dans certain cas de la conclusion d'un accord procédural en la matière[3278]. Si l'office du juge peut être limité de manière anticipée avant que le litige ne soit né par le biais notamment d'une clause pénale ou résolutoire, il en va différemment lorsque les parties souhaitent que le juge statue en amiable compositeur sur le fondement de l'article 12 alinéa 4 du CPC puisque dans ce cas, la clause d'amiable composition ne peut être rédigée qu'une fois le litige né. Par le biais de cette clause, les parties confient au juge le pouvoir de statuer en équité, c'est-à-dire de *« corriger ou de suppléer la règle de droit inadaptée à un cas particulier et considérée comme source d'injustice »*[3279], sans être obligé de se soumettre aux règles de droit normalement applicables au litige[3280]. Néanmoins, il n'est pas exclu pour le juge de se fonder sur celles-ci dès lors qu'elles permettent d'aboutir à un résultat conforme à ce que l'équité commande c'est-à-dire de satisfaire au sentiment de justice. Il peut être opportun de conférer le pouvoir de statuer en amiable compositeur au juge étatique notamment dans les cas où une application rigoureuse de la règle de droit aurait des conséquences *« outrancières »*[3281] ou manifestement excessives. De strictes conditions sont exigées pour que les parties puissent demander au juge étatique de statuer en amiable composition. Il faut que le litige soit né, alors que dans le cadre de l'arbitrage, les parties peuvent prévoir le recours à l'amiable composition par le biais d'une clause compromissoire en application de l'article 1478 du CPC. Par ailleurs, il faut que l'accord des parties soit exprès et qu'il ait pour objet des droits dont les parties ont la libre disposition. En ce qui concerne les voies de recours, un appel du jugement est possible, à condition que les parties n'y aient pas renoncé mais la Cour d'appel doit aussi statuer en amiable composition. Ainsi, la décision de la cour d'appel n'est pas susceptible d'être contrôlée par la Cour de cassation sauf dans certains cas particuliers notamment en cas de violation des règles de procédure ou de défauts affectant la motivation du jugement. Toutefois, on constate, que rares sont les cas dans lesquels les parties demandent au juge étatique de statuer en amiable composition[3282]. En effet, une fois le litige né, si ces dernières souhaitent recourir à l'amiable composition, le plus souvent, elles préfèrent agir directement devant des arbitres ou parviennent

---

[3278] Dès lors que les parties ont la libre disposition de leurs droits, elles ont la possibilité d'effectuer un accord sur l'application d'une règle matérielle du for en l'occurrence de la loi française du for même en présence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle prévoyant la loi compétente.

[3279] Ch. ALBIGES, « L'équité dans le jugement, Etude de droit privé », in *L'équité dans le jugement*, Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Sous la direction de M.-L. PAVIA, L'Harmattan, 2003, p. 117.

[3280] Ce qui ne lui interdit pas de les utiliser si elles lui permettent de rendre une solution équitable. Cf. L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 45.

[3281] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 16, p. 85.

[3282] P.ANCEL, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 14.

à mettre un terme à leur conflit par le biais de la transaction[3283]. En droit interne, la stratégie consistant à demander au juge de statuer en amiable compositeur plutôt que de recourir aux autres modes de règlement du litige semble ainsi limitée[3284]. Mais qu'il s'agisse de l'application de l'alinéa 2 ou 3 de l'article 12, on constate que si le juge est lié par la volonté des parties, concernant le fond du droit, il conserve néanmoins un pouvoir de contrôle sur les qualifications choisies par les parties notamment eu égard au respect des règles d'ordre public et que concernant sa mission de statuer en amiable compositeur, il peut user de la liberté de faire référence aux règles de droit dès lors que celles-ci permettent d'aboutir à un jugement rendu en équité. D'ailleurs, d'une manière plus générale, concernant le fond du droit, le juge bénéficie d'une certaine liberté. Les obligations du juge se manifestent également indépendamment de la volonté des plaideurs mais en la matière on constate également que celles-ci sont rares eu égard au fond du droit litigieux.

§2 : Les obligations du juge indépendamment d'une demande des parties

361. L'office du juge se manifestant par des obligations dans le cadre de sa fonction concerne tant le domaine proprement procédural eu égard notamment au respect à la régularité de la procédure (A) que celui du droit substantiel ayant directement une influence sur la solution sur le fond du droit litigieux (B).

A.Eu égard à la régularité de la procédure

362. L'obligation de soulever d'office son incompétence – Dans certains cas, le juge doit relever d'office son incompétence. En matière de voies d'exécution, conformément à l'article 8 alinéa 1er du décret du 31 juillet 1992 « tout autre juge que le juge de l'exécution doit relever d'office son incompétence ». Il en est de même en ce qui concerne le juge auquel est confié la demande d'injonction de payer en application de l'article 1406 alinéa 3 du CPC. Tel est le cas également eu égard à l'article R. 1235-3 du Code du travail qui prévoit que « la demande de recouvrement [des allocations chômage] est portée par l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage devant le tribunal d'instance du lieu où demeure l'employeur. Tout autre juge se déclare d'office incompétent »[3285]. Par ailleurs, en ce qui concerne la caducité de l'acte introductif d'instance, le juge a également des obligations.

363. L'obligation de déclarer la caducité de l'acte introductif d'instance – En application de l'article 757 alinéa 3 du CPC, le juge a l'obligation de constater d'office la caducité de la remise au greffe d'une copie de l'assignation qui n'a pas eu lieu dans les délais requis. Il en est de même concernant plus spécifiquement l'action introduite devant le tribunal de grande

---

[3283] L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices, R.G.D.P.*, n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 95.

[3284] Pourtant, *« l'amiable composition bien comprise semble avoir de réelle potentialités. Ce pourrait être le moyen de réintroduire dans le circuit judiciaire des affaires qui actuellement l'évitent »*. Cf. J.-Y. CARO, *Les dimensions économiques de la décision judiciaire : perceptions et pratiques des magistrats*, Collection « Essais et recherches judiciaires », 1990, p. 95.

[3285] Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 818.

instance[3286] ou le tribunal de commerce[3287] ou bien encore la cour d'appel[3288]. Dans d'autres cas, le juge doit faire état de l'irrecevabilité de l'action ou de la demande.

364. L'obligation de faire état de l'irrecevabilité de l'action ou de la demande – Dans de nombreuses hypothèses, le juge a l'obligation de déclarer l'action irrecevable comme c'est le cas notamment en application de l'article L. 228-54, alinéa 3 et R. 464-24 du Code de commerce et de l'article 6 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006. Concernant plus particulièrement la Cour de cassation, il convient de faire référence aux articles 979, 1004, 1005, 1009, 1010, 1034 du CPC et pour ce qui a trait au contredit à l'article 91 alinéa 3. Par exemple, en application de l'article 979 du CPC, dès lors que ne sont pas remises au greffe dans les délais prévus pour le dépôt du mémoire « une copie de la décision attaquée et de ses actes de signification » ou « une copie de la décision confirmée ou infirmée par la décision attaquée », le pourvoi doit être déclaré d'office irrecevable. De même depuis la nouvelle procédure d'appel, le juge doit déclarer d'office les demandes nouvelles. Par ailleurs, le juge a dans certaines hypothèses, l'obligation de constater la radiation de l'affaire.

365. L'obligation de constater la radiation de l'affaire – C'est ce que prévoit l'article 97 alinéa 3 du CPC qui dispose dans le cas où il y a un renvoi de l'affaire à une autre juridiction que « Lorsque devant celle-ci les parties sont tenus de se faire représenter, « l'affaire est d'office radiée » si aucune d'elles n'a constitué avocat ou avoué, selon le cas, dans le mois de l'avis qui leur a été donné ». Or, avec la réforme de la procédure d'appel supprimant les avoués, cette sanction ne concerne désormais plus que le défaut de la constitution d'avocat. Il en est de même concernant l'article R. 123-84, alinéa 4 du Code de commerce. Par ailleurs, le juge a l'obligation de soulever d'office la violation d'une règle ayant un caractère d'ordre public.

366. L'obligation en cas de non-respect d'une règle d'ordre public – Le juge a l'obligation de soulever d'office les fins de non-recevoir si elles ont un caractère d'ordre public en application de l'article 125 alinéa 1er du CPC. Il en est de même concernant les exceptions de nullité fondées sur le non-respect des règles de fond relatives aux actes de procédure conformément à l'article 120 alinéa 1er du CPC. Il convient également de faire référence à l'article L. 311-37, al. 1er du Code de la consommation tel qu'interprété par la jurisprudence et au décret de 2004 en ce qui concerne les demandes nouvelles en appel. D'autres obligations concernant plus spécifiquement le jugement pèsent sur le juge.

367. L'obligation de tendre à l'efficacité du jugement – Il incombe au juge de mettre en cause tous les intéressés dans certains contentieux particuliers. Par exemple dans le cadre du contentieux de la sécurité sociale, lorsqu'une action contentieuse ayant trait à un accident du travail ou à une maladie professionnelle est effectuée, dans l'hypothèse d'une carence de l'entreprise requérante, le juge doit ordonner la mise en cause de tous les intéressés en application de l'article R. 242-6-3 *in fine* du Code de la sécurité sociale.

[3286] Conformément à l'article 791 alinéa 3 du CPC.
[3287] Comme le prévoit l'article 857 alinéa 2 du CPC.
[3288] En application de l'article 922 alinéa 2 et 3 du CPC.

368. Les nombreuses obligations qui pèsent sur le juge dans le cadre du déroulement du procès semblent contribuer à l'efficacité de l'action et à travers elle à celle du système judiciaire notamment eu égard à la prévision des parties en la matière. Néanmoins, les obligations du juge semblent être plus ténues dans le cadre du droit substantiel c'est-à-dire plus spécifiquement au regard de la situation litigieuse.

B.Eu égard à la situation litigieuse

369. L'obligation dans la recherche des preuves – Le juge est parfois tenu à des obligations concernant les mesures d'instruction et notamment le recours à une expertise comme le prévoient l'article 493-1 du Code civil en matière de tutelle des majeurs, l'article 642 du Code civil concernant l'utilisation de l'eau d'une source ainsi que l'article 1644 du Code civil ayant trait à la garantie des vices cachés. Pourtant, il ne s'agit là que d'exceptions, le plus souvent, d'une manière générale, le juge jouissant d'une liberté concernant l'exercice de ses pouvoirs dans la recherche des preuves. Néanmoins, la jurisprudence fait parfois obligation au juge de recourir à certaines mesures dans des cas déterminés. Tel est le cas concernant un rapport d'expertise insuffisant où il est imposé au juge de demander un complément d'expertise ou bien lorsque l'espèce implique qu'une enquête sociale soit effectuée dès lors que celle-ci est déterminante pour la solution sur le fond du droit litigieux. Concernant le droit substantiel cependant, les obligations du juge semblent rares.

370. L'obligation eu égard au droit substantiel – L'obligation pour le juge de relever d'office les moyens de droit ne résulte pas seulement de la jurisprudence issue de notre juge national mais aussi de celle relevant du droit européen, par exemple de la CJCE désormais dénommée la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). En effet, s'il incombe au juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause depuis un arrêt de la CJCE du 27 juin 2000, cette obligation s'applique aussi depuis un arrêt du 4 octobre 2007 résultant de la même cour au crédit à la consommation en ce qui concerne l'application de la directive 87/102[3289]. Toutefois, conformément à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, le juge peut soulever d'office les dispositions issues du Code de la consommation mais il ne s'agit que d'une faculté. Par ailleurs, en matière de droit du travail, dès lors que le salarié conteste la cause réelle et sérieuse d'un licenciement pour motif économique, la question concernant le non accomplissement de l'obligation de reclassement est obligatoirement dans le débat, ce qui signifie que le juge a un devoir de contrôle quant au respect de cette obligation même si le salarié n'en a pas fait état[3290]. Mais le plus souvent, concernant le fond du droit, il bénéficie d'une liberté dans la mise en œuvre de ses pouvoirs consistant par exemple dans la requalification des faits litigieux ou la révision d'une clause pénale.

[3289] S. AMRANI-MEKKI, « Droit judiciaire privé, Office du juge et pouvoir de relever d'office », *J.C.P.*, G, 2008, I, 138, n° 9, p. 23.

[3290] Selon un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 22 février 2006, n° 04-41.207, cette question est « nécessairement dans le débat ». Cf. N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 147.

371. Conclusion de la section 1 – Parmi les multiples obligations qui s'imposent au juge, certaines ne lui laissent aucune marge de manœuvre alors que d'autres lui permettent de recouvrer une certaine liberté dans l'exercice de sa fonction. On constate que la première catégorie d'obligations concerne la procédure proprement dite alors que la deuxième a trait à sa fonction même de juger. Dans cette dernière hypothèse, le juge doit statuer conformément à la volonté des parties. Or, dès lors que les parties forment un accord sur les modalités du règlement judiciaire du litige, elles amoindrissent les pouvoirs du juge et augmentent dans le même temps la prévisibilité du résultat sur le fond du droit litigieux. En conséquence, en présence de faits similaires mais en l'absence d'accord en la matière, un résultat différent est susceptible de naître. Le rôle de la volonté individuelle permet en effet d'encadrer l'office du juge et ainsi d'avoir une certaine maîtrise sur la solution. Concernant le fond du droit c'est-à-dire la façon de statuer du juge, une marge de liberté est inhérente à ce dernier. En effet, même si ce dernier a pour mission de statuer en amiable compositeur, il peut appliquer les règles de droit si celles-ci lui permettent d'aboutir à une solution équitable c'est-à-dire qui se confond avec le sentiment de justice. Il convient le plus souvent de faire la distinction entre les demandes relevant de la procédure et celles qui ont une incidence sur le fond du droit. Si une anticipation est possible en matière purement procédurale, on constate cependant qu'en cas de manquement du juge à ses obligations une incertitude demeure quant à la sanction qui en résulte car selon la jurisprudence le comportement incohérent des parties peut notamment faire obstacle à celle-ci. En effet, la volonté de sanctionner l'attitude incohérente des parties est si prégnante qu'elle est susceptible de faire obstacle à la sanction du juge de ne pas avoir relevé d'office son incompétence alors qu'il en avait l'obligation uniquement en raison d'une contradiction dans les écritures des plaideurs comme l'énonce la jurisprudence ayant trait à une compétence exclusive[3291]. Par ailleurs, l'incertitude du résultat réapparaît lorsque le juge use de la liberté qui lui est offerte dans le cadre de sa fonction. D'où l'étude désormais de la liberté du juge dans l'usage de ses pouvoirs pour évaluer les risques de l'action.

Section 2 : L'incidence de la liberté du juge dans l'exercice de sa fonction sur l'efficacité de l'action

372. Dans le cadre de sa mission, le juge bénéficie de plus de liberté qu'il n'a d'obligations. Cependant cette liberté n'est pas illimitée et dépend de la présentation par les parties de l'affaire qui lui a été soumise. S'il lui incombe de rendre un jugement, ce dernier *« n'est pas un acte de volonté libre mais l'expression d'un pouvoir circonstancié et lié à la demande des parties et au dispositif légal disponible »*[3292]. La liberté du juge s'exerce dans un cadre délimité par les parties elles-mêmes (§1). De plus, le comportement de celles-ci l'une envers l'autre pendant le procès est susceptible d'être pris en compte par le juge et d'avoir ainsi une incidence sur le fond du droit litigieux (§2).

[3291] *Infra* n° 410.

[3292] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge et son objet », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome I, Editions Litec, 1998, p. 24.

§1 : La liberté du juge face aux parties et à la situation litigieuse

373. La liberté du juge dans l'exercice de ses pouvoirs se manifeste dans le cadre de la demande des parties (A) mais également indépendamment de celles-ci (B).

A.La liberté du juge face à la demande des parties ou conditionnée par celle-ci

374. Dès lors que le juge bénéficie d'une marge d'appréciation quant à la demande que lui font les parties, il lui incombe d'apporter une réponse en conformité avec le principe de loyauté procédurale. Le Recueil des obligations déontologiques des magistrats prévoit notamment que « les attitudes systématiques de refus ou d'acceptation des demandes des parties sont à éviter »[3293]. Par ailleurs, dans certains cas, le juge ne peut user de certaines de ses prérogatives qu'en présence d'une demande allant en ce sens. Néanmoins même dans cette dernière hypothèse, le juge bénéficie d'une liberté dans la mise en œuvre de ses pouvoirs. Mais que la liberté du juge dans l'exercice de sa fonction concerne la réponse à une demande des parties ou qu'elle soit subordonnée à celle-ci, l'anticipation du résultat s'effectue au regard de l'efficacité du choix du juge, celle-ci dépendant parfois de la réaction des parties. D'où l'étude de liberté du juge dans l'exercice de ses pouvoirs au regard tant de la réponse qu'il est susceptible d'apporter à la demande des parties (a), que de l'activisme des parties qui le sollicitent (b) ainsi que de l'efficacité de la mise en œuvre de ses prérogatives (c).

a. La liberté du juge face à une demande des parties

375. La demande tendant à faire obstacle à l'exécution provisoire du jugement – Afin de faire obstacle à l'exécution provisoire du jugement accordée par le juge, la partie adversaire si elle est débitrice peut demander à ce dernier de bénéficier d'un délai de grâce même si celui-ci ne fait pas obstacle aux mesures conservatoires[3294], mais seulement aux mesures d'exécution forcée[3295]. L'intérêt d'obtenir un délai de grâce est que les majorations des intérêts qui résultent du retard dans l'exécution d'une décision de condamnation « cessent d'être dus », conformément aux articles 1244-1 et 1244-2 du Code civil. Par ailleurs, si d'une manière générale, le débiteur condamné sous astreinte ne peut demander la modification du montant de l'astreinte lors de sa liquidation, il y a une exception pouvant l'exonérer de son obligation. En effet, s'il démontre l'existence d'une cause étrangère entravant l'exécution de la mesure ordonnée par le juge, il peut être exonéré en ce qui concerne l'exécution de l'injonction du juge[3296]. Or, là encore le juge bénéficie d'un pouvoir souverain d'appréciation concernant la vérification de la réunion des conditions de la force majeure. De plus, le débiteur peut effectuer une demande consistant à obtenir l'arrêt de l'exécution provisoire, ou la prescription des mesures accordées par le premier président[3297]. Afin d'obtenir l'arrêt de l'exécution provisoire du jugement, le débiteur doit faire

---

[3293] CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Editions Dalloz, 2010, Article c.38, p. 22.
[3294] Comme le prévoit l'article 513 du CPC.
[3295] Conformément à l'article 501 du CPC.
[3296] Comme l'énonce l'article 36 alinéa 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.
[3297] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 236.23, p. 63.

état de conséquences manifestement excessives[3298] mais eu égard à cette notion, le juge bénéficie d'un pouvoir d'appréciation lui imposant néanmoins une motivation « circonstanciée »[3299]. Il en va différemment lorsque l'exécution provisoire est de droit et que l'arrêt de l'exécution provisoire est demandé en raison de la violation manifeste de l'article 12 du CPC[3300]. D'une manière générale, L'arrêt de l'exécution provisoire peut être subordonné à la consignation d'une somme. Or cette dernière est susceptible d'être un inconvénient pour le débiteur car elle n'est pas libératoire. En conséquence, les intérêts continuent à courir à l'encontre de ce dernier qui voit ainsi sa charge alourdie par le nombre des années au regard des intérêts échus. De même, le juge est doté d'une certaine marge de liberté eu égard à la demande de l'une des parties tendant à la révocation de l'ordonnace de clôture.

376. La demande tendant à la révocation de l'ordonnance de clôture – L'ordonnance de clôture signifie que l'affaire est en état d'être jugée et que par conséquent il n'est plus possible pour les parties de déposer des conclusions ou de produire de nouvelles pièces, sauf s'il apparaît une cause grave postérieurement, qui seule serait en mesure de faire prononcer sa révocation par le juge[3301]. Ainsi la demande de révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction qui peut s'effectuer d'un commun accord entre les parties ou résulter d'une seule partie, requiert toujours l'autorisation du juge comme le montre également l'exemple d'une demande ayant trait à l'instruction du procès.

377. La demande des parties concernant l'instruction du procès – Le juge bénéficie d'un pouvoir souverain d'appréciation quant à l'opportunité de la demande de l'une des parties consistant à recourir à une mesure d'instruction. Dans les cas où le juge estime que la mesure

---

[3298] C'est en effet à celui-ci qu'incombe la charge de la preuve. Or, cette preuve est d'autant plus difficile que la plupart des éléments composant le patrimoine ne donne pas lieu à une publicité. D'où le renversement de la charge de la preuve décidé en la matière par certains tribunaux. Cf. Ph. HOONAKKER, « Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du débiteur », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 432.105, p. 1150.

[3299] Par exemple, il ne suffit pas pour le premier président d'énoncer que le paiement effectué en application de l'exécution provisoire ne pourra que « très difficilement être récupéré en cas d'infirmation du jugement ». C'est ce qui résulte d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 10 septembre 2009, n° 08-18.683. Cf. Ph. HOONAKKER, « Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du débiteur », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 432.105, p. 1150.

[3300] Depuis le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, il est possible de demander l'arrêt de l'exécution provisoire de droit notamment en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12. Or, la Cour de cassation fait une interprétation restrictive de la violation manifeste de ce dernier article puisqu'elle décide qu'il s'agit soit de l'hypothèse du manquement du juge à son devoir de statuer en droit, soit de celle de l'excès de pouvoir. Il convient donc de faire étant d'*« une erreur flagrante commise par les premiers juges dans l'exercice de leur fonction »*. Cf. Ph. HOONAKKER, « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Editions Dalloz, 2010, n° 15, p. 720-721.

[3301] Soit d'office, soit à la demande des parties. Cf. L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 41.

d'instruction demandée par l'une des parties est inutile, il peut refuser d'ordonner celle-ci[3302] sauf dans les matières particulières où elle est obligatoire. Il en est de même concernant la demande au juge des parties d'ordonner une expertise[3303]. De plus, en application de l'article 146 du CPC, le juge ne peut ordonner une mesure d'instruction pour suppléer à la carence de l'une des parties. Ce dernier est libre de faire droit ou pas à la demande du défendeur à l'action de déférer le serment estimatoire au demandeur[3304]. Par ailleurs, étant donné que le serment décisoire doit porter sur des faits pertinents, il revient au juge d'apprécier la pertinence de ces derniers et ainsi de ne pas y faire droit dans certains cas[3305]. Dans le même ordre d'idées, toujours concernant l'instruction du procès, le juge est libre de faire droit ou pas à la demande de communication des pièces de l'une des parties à son adversaire. Il revient au magistrat de juger de l'utilité de la communication de certaines pièces qui est sollicitée par l'une des parties[3306]. Le juge peut, à la demande d'une partie, s'il l'estime nécessaire, tenter d'obtenir des pièces qui sont en possession des tiers en vue de la recherche de la vérité[3307] au besoin sous la menace d'une astreinte conformément à l'article 11 du CPC. D'ailleurs, en la matière, le juge est doté d'un pouvoir discrétionnaire[3308]. De même, lorsque les parties s'entendent et que leur accord nécessite le consentement du juge pour être efficace, ce dernier bénéficie du même pouvoir.

378. La liberté du juge concernant le montant d'un paiement – En matière de clause pénale, conformément à l'article 1152 du Code civil, le juge a la possibilité même d'office, de diminuer ou d'augmenter la peine lorsqu'elle est manifestement excessive ou dérisoire. De plus, il peut invoquer la clause pénale dans le cadre de l'annulation des contrats entre professionnels et non professionnels ou consommateurs en application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation[3309]. Il s'agit là d'un pouvoir prévu par la loi qui lui permet de statuer en équité de manière implicite[3310]. D'ailleurs, l'application de manière implicite de l'équité se trouve aussi

---

[3302] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 319, p. 131.

[3303] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 433, p. 187.

[3304] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 284, note de bas de page n° 291, p. 114.

[3305] Par exemple *« si ce fait ne fait pas l'objet d'une contestation, s'il est contredit par les éléments de la cause s'il relève d'un esprit de chicane ou d'une manœuvre dilatoire s'il paraît confus ou invraisemblable »*. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 284, note de bas de page n° 252, p. 101.

[3306] Il en est de même en droit administratif. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 163, p. 148-149.

[3307] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 59 et s., p. 28 et s.

[3308] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 63, p. 29.

[3309] P. KAYSER, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *R.R.J.*, 1999-1, p. 28.

[3310] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9ième édition, 2012, n°17, p. 15.

dans le pouvoir du juge d'accorder des délais au débiteur comme le permet l'article 1244-1 du Code civil. Dans le même ordre d'idées, le juge qui accorde des délais au débiteur pour effectuer un paiement ou pour exécuter la décision de condamnation, a la possibilité de réduire le taux d'intérêt mais non pas la majoration. Plus précisément, il convient de se référer à l'article L. 145-13, alinéa 2 du Code du travail. Toutefois, il ne faut pas que le taux réduit soit inférieur au taux légal conformément à l'article 1244-1, alinéa 2 du Code civil. Par ailleurs, conformément à ce dernier article dans sa rédaction issue de la loi du 9 juillet 1991, il est possible aussi pour le juge de prévoir que les paiements s'imputeront en priorité sur le capital, dérogeant ainsi à l'article 1254 du Code civil qui prévoit qu'ils s'imputent d'abord sur les intérêts. Plus spécialement, toujours pendant le délai de grâce, dans des circonstances difficiles et par exemple en cas de licenciement, le juge d'instance peut juger que les sommes dues ne donneront pas lieu à des intérêts. Enfin, concernant l'attribution ou la fixation du montant des dépens, le juge a une certaine liberté d'appréciation, dès lors qu'il peut statuer en équité. En cas de demande de résiliation du contrat en l'absence de clause résolutoire, le juge a un grand pouvoir d'appréciation. Il en va différemment dans les contrats qui contiennent une clause résolutoire sauf en ce qui concerne les litiges pour non paiement des loyers où eu égard à la nouvelle réglementation sur la lutte contre les exclusions, le juge a le pouvoir d'accorder des délais aux locataires.

379. L'accord des parties pendant l'instance – Selon la jurisprudence, les parties ont la possibilité de demander le renvoi à une audience ultérieure. Mais cette faculté n'est pas sans limite et doit être conciliée avec le devoir du juge consistant à statuer dans un délai raisonnable. C'est ce qui ressort d'un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 24 novembre 1989, selon lequel *« si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable. La faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée, relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral et que, si les parties conviennent de ne pas déposer leur dossier, le juge peut procéder à la radiation de l'affaire »*[3311]. De même, il résulte du Recueil des obligations déontologiques des magistrats que *« seuls les renvois justifiés doivent être acceptés »*[3312]. Pour prendre sa décision ou avant de faire droit à la demande des parties, le juge doit apprécier le caractère légitime de la demande de renvoi mais son appréciation ne fait pas l'objet d'un recours. Toutefois, il ne faut pas que la Cour de cassation constate une contradiction de motifs au sein de la décision du juge qui ferait à la fois état du caractère légitime du motif tout en faisant obstacle à la demande[3313]. Dans le cadre d'une procédure orale, le juge doit être d'autant plus vigilant face à une demande de renvoi, celui étant en la matière considéré comme « un palliatif trop facile à l'absence de mise en état » et ainsi comme un « piège pour la bonne administration de la

[3311] Cité par L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 41.

[3312] CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Editions Dalloz, 2010, Article c.38, p. 22.

[3313] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 46.

justice »[3314]. En application de l'article 382 du CPC, issu du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, comme l'avait déjà énoncé l'Assemblée plénière dans l'arrêt précité de la Cour de cassation du 24 novembre 1989, il est possible pour les parties de recourir à la mesure du retrait du rôle pour rechercher une solution amiable[3315]. Dès lors que les parties engagent un procès, celles-ci peuvent envisager de changer de stratégie en cours d'instance notamment en trouvant un arrangement amiable. Selon la force que les parties souhaitent donner à leur accord, elles ont recours ou pas au juge, ce dernier étant souvent sollicité par celles-ci afin de conférer à l'acte la force exécutoire. En effet, lorsque les parties parviennent à un accord notamment par le biais d'une conciliation ou d'une médiation, elles doivent soumettre ce dernier à l'homologation du juge afin qu'il puisse faire l'objet d'une exécution forcée[3316]. C'est ainsi que dans le but d'obtenir un titre exécutoire, les parties vont solliciter le juge afin que ce dernier sanctionne leur accord par le biais d'un jugement d'expédient[3317]. Ainsi, les parties qui veulent donner une plus grande force à leur accord que celle d'un simple contrat, laissent croire qu'un litige est né entre elles[3318]. Par exemple, alors que l'une d'elles demande au juge de rendre une décision reprenant les clauses contractuelles, l'autre énonce qu'elle s'en rapporte à la justice ce qui ne signifie pas qu'elle effectue un acquiescement à la demande[3319]. Dans cette hypothèse, il s'agit d'un « jugement d'expédient », le juge faisant ainsi droit à la demande et conférant à l'acte une force plus grande que celle attachée à un contrat[3320]. Toutefois, si les parties n'on jamais été en conflit, selon certains auteurs, le juge ne devrait pas statuer s'il remarque que ces dernières ont simulé une contestation[3321]. En effet, il semblerait que le jugement d'expédient convienne particulièrement dans les cas dans lesquels les parties trouvent un accord pendant un procès et qu'il y a eu effectivement un litige à un moment donné[3322]. Par ce procédé, les parties obtiennent un titre exécutoire bien qu'elles pourraient obtenir ce dernier par le biais d'un acte notarié, mais surtout, à la différence du contrat, leur accord ne peut plus être remis en cause par la voie de la nullité car s'applique à ce dernier l'adage suivant : voies de nullité n'ont lieu contre les jugements[3323]. Ainsi, lorsque les parties remettent leur accord entre les mains du juge, il convient de faire des distinctions quant au rôle du juge[3324]. Si ce dernier, après avoir constaté l'accord des parties, rédige un jugement motivé en reprenant les arguments des parties dans le dispositif afin

---

[3314] J.-L. GILLET, « Faut-il sauver l'oralité », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 7, p. 711.

[3315] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 6, p. 73.

[3316] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 52.

[3317] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 442, p. 38.

[3318] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 553, p. 436.

[3319] N. LESOURD, « Acquiescement », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2003, n° 18, p. 4.

[3320] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 147, p. 119-120.

[3321] Parmi ces auteurs, l'on peut citer M. Glasson. Cf. R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 554, p. 437.

[3322] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 554, p. 437.

[3323] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 553, p. 436.

[3324] S. OUSMANOU, *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, th., Sous la dir. de L. CADIET, Université de Rennes 1, 1996, n° 514, p. 303.

de donner la même solution que celle trouvée par les cocontractants, ce jugement appelé jugement d'expédient est similaire aux autres. Il est donc susceptible de faire l'objet d'une voie de recours[3325]. En revanche, si le juge se limite à donner acte de la convention des parties sans motiver plus, il s'agit d'un jugement de « donné acte » ou d'un contrat judiciaire qui est une transaction. Il résulte de la nature de cet acte des conséquences différentes d'un jugement ordinaire[3326]. En effet, il ne peut être contesté par le biais d'une voie de recours et notamment de l'appel[3327] mais seulement par les voies de nullité. C'est ce qu'a décidé la Cour de Paris dans un arrêt du 26 septembre 2003, dans lequel elle énonce que s'il est possible d'exercer une voie de recours contre l'ordonnance accordant force exécutoire à une transaction, il ne s'agit pas d'un appel ayant trait à l'ordonnance relative à la force exécutoire mais de la remise en cause de la convention par la voie de la nullité[3328]. Toutefois, il y a eu une évolution en la matière eu égard à la nouvelle réglementation en la matière issue du décret du 20 janvier 2012. Dans d'autres cas, la loi impose aux parties de soumettre leur convention au juge. Il s'agit des jugements d'homologation qui comprennent des transactions particulières[3329]. Concernant l'efficacité de la conciliation, l'on peut énoncer que depuis le 1er mars 2006, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance peut homologuer l'accord des parties si elles le lui demandent[3330]. Si en présence d'un tiers, l'accord trouvé ne revêt pas le caractère d'une transaction, le conciliateur, par exemple, peut néanmoins en faire le constat dans un procès-verbal, mais n'étant pas un magistrat, ce procès-verbal a seulement la valeur d'un document privé qui devra être soumis au juge afin d'acquérir force exécutoire[3331]. En effet, conformément à l'article 131 du Code de procédure civile, il est impératif que cette conciliation soit constatée dans un procès-verbal signé par les parties et par le juge. A défaut, l'accord restera confidentiel[3332]. Concernant la teneur du contrôle effectué par le juge pour homologuer l'acte, nous nous réfèrerons à nos développements effectués dans la première partie[3333]. Face à la demande de la part de l'une ou des deux parties, le juge bénéficie d'une certaine liberté dans l'exercice de ses pouvoirs qui est cependant limitée par le devoir de respecter les devoirs inhérents à sa mission. Par ailleurs, certaines hypothèses

---

[3325] S. OUSMANOU, *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, th., Sous la dir. de L. CADIET, Université de Rennes 1, 1996, n° 532, p. 314.

[3326] S. OUSMANOU, *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, th., Sous la dir. de L. CADIET, Université de Rennes 1, 1996, n° 526, p. 310.

[3327] On explique cela en imaginant que les parties se seraient à l'avance obligées à acquiescer à la décision qui sera rendue. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 56, p. 7.

[3328] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 422.21, p. 172.

[3329] Telles que celles conclues dans le cadre d'une procédure collective. Cf. P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 64, p. 8. La décision judiciaire d'homologation n'entraîne pas une modification de la nature de l'acte qui conserve son caractère contractuel. Toutefois, cette conception ne fait pas l'unanimité chez certains auteurs qui énoncent au contraire que le législateur penche plutôt vers celle qui consiste à faire de ce titre un jugement. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 214.32, p. 48. Il est important de parvenir à une solution négociée plutôt qu'à une sentence ou à une décision imposée ou bien à une décision qui doit faire l'objet d'une homologation par le juge. Cf. A. WALD, « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 725.

[3330] art.768 al.2 CPC, réd. Décr. N° 2005-1678 du 28 déc. 2005.

[3331] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, 15ième édition, 2012, n° 496, p. 380.

[3332] C. JARROSSON, « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, p. 1011.

[3333] *Supra* n° 107.

montrent que le juge ne peut mettre en œuvre certaines de ses prérogatives que lorsque les parties lui en font la demande.

b.La liberté du juge subordonnée à une demande des parties

380. La liberté du juge est parfois subordonnée à une demande des parties, ces dernières étant seules dans certains cas à pouvoirs actionner la mise en œuvre des pouvoirs du juge. Les cas dans lesquels la liberté du juge dans l'exercice de ses pouvoirs est subordonnée à une demande des parties s'inscrivent tant dans le cadre d'un litige de droit interne (1) que dans celui comportant un élément d'extranéité (2).

1.En droit interne

381. La mise en œuvre des pouvoirs du juge concernant le fond du droit litigieux – Dans une instance engagée par les parties, dans certains cas, le juge va pouvoir d'office, exercer les pouvoirs qui lui sont accordés par le législateur en ce qui concerne notamment la prise en compte de la notion d'équité, alors que dans d'autres cas, l'exercice du pouvoir par le juge est subordonné à une demande de la part des parties. Par exemple si le juge a la possibilité d'exercer d'office son pouvoir de modérer les clauses pénales en application de l'article 1152, alinéa 2 du Code civil, il en va différemment en ce qui concerne la condamnation de la partie tenue aux dépens de payer à l'autre partie les frais engagés par elle autre que les dépens. En revanche, concernant la possibilité de déclarer une clause abusive et la recevabilité des demandes nouvelles en appel, il y a eu une évolution en la matière[3334]. Par ailleurs, dans le cadre du droit de la preuve, le juge a le pouvoir d'enjoindre la communication des pièces entre les parties dès lors que l'une d'elles lui en fait la demande.

382. La possibilité pour le juge d'enjoindre la communication des pièces à la demande de l'une des parties – Lorsque l'une des parties découvre que son adversaire ne lui a pas communiqué des pièces, elle peut demander au juge d'enjoindre à ce dernier une telle communication en application de l'article 133 du CPC. Le juge bénéficie d'une liberté d'appréciation en la matière[3335]. Or, il est contestable du point de vue de la loyauté procédurale et de la recherche de la vérité que le juge ne puisse effectuer cette injonction d'office, ce dernier pouvant en effet constater seul un tel défaut de communication de l'une des parties à l'égard de l'autre notamment dans les procédures sans représentation obligatoire[3336]. Devant les juridictions d'exception, l'une des parties peut ainsi être tentée d'user de ce procédé déloyal consistant à ne pas remettre l'intégralité des pièces à son adversaire en comptant sur l'inattention de ce dernier en la matière. De même, concernant l'obtention forcée des pièces détenues par des tiers, le juge

[3334] Pendant longtemps, on a énoncé que l'interdiction des demandes nouvelles en appel n'était pas d'ordre public. Elle pouvait donc faire l'objet d'une dérogation par le biais de la volonté des parties et le juge ne pouvait la relever d'office. Ainsi, une demande nouvelle était recevable dès lors que les parties l'admettaient. Or depuis la réforme de la procédure d'appel, le juge doit relever d'office les demandes nouvelles.

[3335] Ch. LIEVREMONT, *Le débat en droit processuel (Contribution à une théorie générale du débat)*, Préface de Hervé CROZE, th., Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2001, n° 451 et s., p. 512 et s.

[3336] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 37, p. 19.

ne peut en ordonner la production à l'égard de ces derniers sans qu'une demande de la part de l'une des parties ne lui soit au préalable adressée à cet effet en application des articles 11 alinéa 2 et 138 du CPC. Là encore, la même critique peut être faite concernant les pouvoirs limités du juge entravant la recherche de la vérité[3337]. Il en va cependant différemment en matière gracieuse en application des articles 26 et 27 du CPC mais également en matière contentieuse dans certains cas particuliers[3338]. En revanche, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à la possibilité d'accepter ou pas d'ordonner cette mesure[3339]. Par ailleurs, dans certains cas, les pouvoirs du juge sont « un instrument de régulation de l'instance » notamment en visant à assurer l'égalité des armes[3340], à tendre à la recherche de la vérité ou bien encore à la cohérence dans le règlement du litige[3341]. Selon que le juge statue conformément aux règles de droit applicables au litige ou à celles qui ont fait l'objet d'un aménagement par les parties en amont du procès, la solution qui en résulte est susceptible d'être différente.

383. L'insertion de clauses contractuelles encadrant les pouvoirs du juge quant à l'application du droit matériel – Si le contractant est libre de prévenir la survenance d'un litige en insérant dans son contrat des clauses permettant d'y mettre un terme ou de prévoir les règles permettant de le régler[3342], ces stipulations ont une incidence sur la stratégie de celui-ci puisqu'elles ont le pouvoir dans une certaine mesure de limiter les pouvoirs du juge et ainsi de laisser plus de marge de manœuvre aux litigants. Tel est le cas de la rédaction d'une clause résolutoire prévoyant la résolution de plein droit. Il convient d'être vigilant en ce qui concerne la rédaction d'une telle clause, la résiliation devant seulement être « constatée » et non pas « prononcée »[3343]. Par ailleurs, concernant l'insertion d'une clause pénale, au regard de la rédaction de l'article 1152, alinéa 2 du Code civil, le pouvoir modérateur du juge semble exceptionnel[3344]. Dans le domaine du droit patrimonial de la famille, en vue d'éviter les difficultés financières liées à un divorce, les époux ont la possibilité de conclure un contrat de mariage adapté dans lequel ils peuvent également insérer des clauses amoindrissant les pouvoirs du juge afin d'éviter l'application des règles par celui-ci prévues en cas d'absence de choix effectué par les parties en la matière. Par exemple, anticipant un éventuel divorce, les conjoints

---

[3337] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 64, p. 30 ; n° 74, p. 33.

[3338] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 74, p. 33.

[3339] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 62-64, p. 29.

[3340] N. FRICERO, « Les manifestations de l'injonction : éléments de comparaison issus du contentieux civil », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, n° 14, p. 9.

[3341] Ph. THERY, « Rapport de synthèse », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 147.

[3342] L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, th., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2004, n° 1, p. 17.

[3343] *Supra* n° 47.

[3344] *« L'exercice d'office de la modération judiciaire prévue par la loi est donc une exception strictement interprétée. Dans le silence du législateur, la jurisprudence subordonne toujours la modération à la demande d'une partie »*. Cf. J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th., Préf. Ph. Le TOURNEAU, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2004, n° 414, p. 395.

sont susceptibles de choisir le régime matrimonial de la séparation de biens plutôt qu'un régime communautaire dans le but de bénéficier des avantages liés au fonctionnement du régime séparatiste impliquant une indépendance dans la gestion des biens, la possibilité de s'opposer aux présomptions légales de propriété par tout moyen de preuve légale. Néanmoins, en cas de choix d'un régime communautaire, l'insertion de certaines clauses sont destinées à assurer une protection en cas de divorce. Par exemple, les clauses d'exclusion de communauté laissent la faculté à l'un des époux de conserver un bien dans son patrimoine propre qu'il s'agisse de ses revenus ou de son outil de travail, la clause de reprise d'apport en cas de divorce appelée « clause alsacienne » permet d'éviter que les biens apportés à la communauté au cours du mariage soient repris par l'époux qui en a fait l'apport lors d'un divorce alors qu'en cas de dissolution de la communauté par décès, ces biens restent communs. D'ailleurs, la loi prévoit que les avantages matrimoniaux insérés dans le contrat de mariage sont automatiquement révoqués en cas de divorce dès lors qu'ils n'ont pas pris effet pendant le mariage. Ainsi, les clauses de partage inégal, de préciput, d'attribution intégrale au dernier des vivants seront éradiquées lors d'un divorce[3345]. L'amoindrissement des pouvoirs du juge se manifeste en cas d'adoption par les époux du régime de la participation aux acquêts, la créance de participation permettant, le plus souvent, d'éviter au conjoint le plus fortuné d'avoir à s'acquitter d'une prestation compensatoire à l'égard de son conjoint en cas de divorce[3346], celle-ci impliquant des aléas financiers au regard de sa fixation susceptible de varier d'un juge à un autre. De plus, la créance de participation est, quant à elle, calculée de manière précise et assure ainsi une meilleure prévisibilité des conséquences pécuniaires liées à la liquidation du régime matrimonial. De même, dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité, il est possible pour les parties au contrat, notamment par le biais du choix de la loi applicable à celui-ci, d'encadrer les pouvoirs du juge.

2.Dans le cadre du règlement du litige comportant un élément d'extranéité

384. La stratégie dans le choix offert aux parties concernant le droit applicable en matière d'obligations contractuelles – Au regard des trois Rapports publiés par la Banque mondiale, selon lesquels les droits des pays issus de la famille romano-germanique *« sont contreproductifs au plan économique, à l'inverse des systèmes de common law »*, en cas de choix de la loi applicable, les entreprises préfèrent choisir pour leurs contrats internationaux le droit anglais plutôt que le droit français afin de faire prospérer leurs affaires de manière efficace[3347]. Toutefois, ce point de vue ne fait pas l'unanimité des juristes[3348]. En effet, « une perspective exclusivement économique est appauvrissante, tronquée »[3349]. Il convient donc de bien connaître les règles matérielles et procédurales du droit étranger choisi afin d'anticiper le résultat sur le fond du droit litigieux. Par exemple, si les parties sont déterminées à agir en justice pour mettre un terme à leur litige alors qu'elles ont choisi le droit anglais, elles doivent savoir qu'elles

[3345] C. BITBOL, « Le choix du régime matrimonial : une liberté encadrée », *Act. Jur. famille*, Février 2008, p. 73.
[3346] Sous réserve d'une grande différence entre les revenus des époux. Cf. C. BITBOL, « Le choix du régime matrimonial : une liberté encadrée », *Act. Jur. famille*, Février 2008, p. 73.
[3347] Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 19, p. 17-18.
[3348] En effet, « même en matière économique, on ne saurait juger la valeur d'un système juridique à l'aune d'un seul dénominateur commun qui serait la recherche du plus bas prix ou du moindre coût ». Cf. Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, n° 19, p. 19.
[3349] H. BOUCARD, « La compétition internationale des systèmes juridiques », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique BREILLAT, Les voyages du droit*, Université de Poitiers, L.G.D.J., p. 84.

prennent le risque d'être sanctionnées, ce dernier prévoyant une sanction financière dans les cas dans lesquels une solution amiable, meilleure, aurait été possible[3350]. Toutefois, il ne s'agit pas ici de détailler tous les cas de figures susceptibles d'être rencontrés mais seulement de partir de quelques exemples pour montrer que le choix de la loi applicable au litige peut avoir une incidence sur le résultat en ce qui concerne le fond du droit litigieux. Par exemple, en matière de responsabilité, le droit allemand prévoit la possibilité d'effectuer un cumul entre la responsabilité civile délictuelle et la responsabilité civile contractuelle alors que le droit français l'interdit[3351]. Ainsi, le choix du droit allemand peut être judicieux dans le cas où le litige comportant un élément d'extranéité peut engendrer la mise en œuvre soit de la responsabilité délictuelle soit de la responsabilité contractuelle. Par ailleurs, lorsque le litige peut bénéficier des règles de droit européen, il convient d'anticiper l'avantage pour le créancier de pouvoir bénéficier de la procédure d'injonction européenne qui garantit la libre circulation des injonctions de payer dans l'Union européenne étant donné que l'ordonnance qui est exécutoire dans l'Etat membre d'origine peut être exécutée dans les autres Etats sans que d'autres formalités soient nécessaires[3352]. D'où l'intérêt en cas de choix de la loi applicable au contrat de bénéficier des avantages propres à l'Union européenne lorsqu'il peut en être ainsi ou bien des effets du droit choisi, celui-ci impliquant des solutions différentes selon la loi applicable au litige. De même, en matière de droits habituellement qualifiés d'indisponibles, une stratégie semble concevable notamment en présence d'un litige lié à un divorce.

385. La stratégie dans le choix offert aux parties quant à la loi applicable dans le cadre d'un contentieux lié au divorce – Lors d'un divorce international, s'il n'existe pas encore de choix possible en amont du procès quant à la juridiction compétente, le règlement européen n° 22101/2003 dit Bruxelles II *bis*, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale prévoit néanmoins des chefs de compétence alternatifs qui impliquent une option en la matière[3353]. Or, s'il semble judicieux de choisir le tribunal compétent en fonction de la loi applicable au fond, ce choix dépend de celui qui est désormais possible tant en ce qui concerne, dans certains cas, la loi applicable au divorce que celle régissant les conséquences patrimoniales liées à ce dernier. Plusieurs lois pouvant ainsi être applicables à un même litige, la stratégie consiste à choisir les différentes lois applicables au fond en fonction des effets de celles-ci mais également des facilités susceptibles de découler de l'application de la loi issue de l'Etat du juge saisi. Le nouveau Règlement n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010[3354] dit Rome III « mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps » qui est entré en

---

[3350] Cf. notamment « *Rules* 36.14 et *Rule* 44.5 *Civil Procedure Rule*, avec les *Practice Directions* qui vont avec ». Cf. L. CADIET, « La sanction et le procès », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 135.

[3351] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix *Le Dissez de Penanrun* 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, n° 498, p. 314.

[3352] Néanmoins, un réexamen de l'injonction de payer est possible devant le tribunal de l'Etat d'origine s'il a été fait obstacle au débiteur de contester la créance. Cf. N. FRICERO, « Les manifestations de l'injonction : éléments de comparaison issus du contentieux civil », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, n° 8-9, p. 6-7.

[3353] *Supra* n° 232.

[3354] J.O.U.E., n° L. 189, 22 juill. 2010, p. 12.

vigueur en France le 21 juin 2012, permet aux parties, dans une convention[3355], de choisir la loi applicable au divorce qui peut même concerner un Etat non adhérent à ce règlement. Néanmoins la loi choisie doit figurer parmi les lois suivantes : la loi de l'Etat dans lequel les époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention, ou la loi de l'Etat dans lequel se trouve la dernière résidence habituelle des époux, à condition que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention, ou la loi de l'Etat duquel l'un des conjoints a la nationalité au moment de la conclusion de la convention, ou la loi du *for*. De plus, des limites à la liberté individuelle sont prévues en empêchant à la loi choisie de produire ses effets dès lors qu'elle ne permettrait pas le divorce[3356], heurterait l'ordre public du *for* notamment en établissant une rupture d'égalité entre les époux[3357] ou bien en allant à l'encontre de ce que prévoit la loi du *for*[3358]. Au regard des avantages pratiques consistant à concentrer l'ensemble du litige entre les mains d'un seul juge, il convient de choisir la loi applicable certes en fonction des résultats auxquels celle-ci aboutit[3359] mais également des autres questions qui en découlent notamment concernant les rapports pécuniaires entre époux, les enfants et les juridictions compétentes à cet effet prévues par les différents règlements communautaires ou conventions internationales. Par exemple, il est judicieux de choisir la loi applicable aux obligations alimentaires dès lors que, là encore, une telle possibilité est offerte par le protocole de La Haye conclu le 23 novembre 2007 et entré en vigueur le 18 juin 2011 qui remplace la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. D'ailleurs, le choix de la loi en cette matière peut être celle de l'Etat dans lequel s'applique la loi désignée pour régir le divorce et ainsi du juge saisi du contentieux du divorce. Il existe également d'autres possibilités et notamment celles de choisir la loi d'un Etat dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ; ou bien encore la loi de l'Etat dont l'une des parties a sa résidence habituelle au moment de la désignation ; ou la loi désignée par les parties ayant pour objet de régler leurs relations patrimoniales ou celle qui est applicable à ces dernières. En revanche, il est interdit de procéder à un choix de la loi applicable si celle-ci concerne les personnes de moins de dix-huit ans et plusieurs limites

---

[3355] Par exemple par le biais du contrat de mariage. Cf. D.-P. SIMON, « Le Centre notarial de droit européen a tenu son premier colloque à Lyon : L'union conjugale en Europe : quelle place pour la volonté ? », *Dr. de la famille*, 2012, Alertes n° 30, p. 2.

[3356] Comme l'énonce l'article10 du règlement. On s'interroge cependant sur l'intérêt pour les époux de choisir une loi applicable à leur désunion qui interdirait celle-ci. L'hypothèse semble plus concernée celle d'une loi désignée de manière objective. Dans un tel cas de figure, le juge devrait faire application de la loi du for. Cf. M. OUDIN, « Contractualisation du divorce international : le règlement (UE) du 20 décembre 2010 », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 3, Mars 2011, p. 11.

[3357] D'où l'exclusion de la répudiation. Cf. G. LARDEUX, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.* 2011, Chron., p. 1840.

[3358] C'est ce que prévoit l'article 13 du règlement qui n'impose pas au juge *« dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce… »*. Cf. F. JAULT-SESEKE, Note sous le règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010, dit Rome III, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1376. Ainsi, à Malte, les juges n'auront pas l'obligation de prononcer le divorce puisque la loi de cet Etat l'interdit. Cf. G. LARDEUX, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.* 2011, Chron., p. 1839. D'une manière plus générale, il en est de même à l'égard des mariages homosexuels qui ne sont pas reconnus dans tous les pays. Cf. M. OUDIN, « Contractualisation du divorce international : le règlement (UE) du 20 décembre 2010 », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 3, Mars 2011, p. 12.

[3359] Par exemple, désormais, si un choix de la loi applicable au divorce est possible, dans le cas d'un litige susceptible de survenir entre un Italien et une Française, il est judicieux de choisir la loi italienne notamment si en fonction des intérêts des époux, celle-ci leur donne plus satisfaction. Toutefois, dès lors que les époux souhaitent pouvoir plus facilement rompre leur union, le choix de la loi française sera plus approprié au regard des facilités que celle-ci engendre quant à la rupture du lien conjugual.

découlent des articles 6, 8.4 et 8.5. De même, il semble important de choisir la loi applicable au régime matrimonial[3360] afin d'éviter les changements automatiques de lois pouvant résulter d'une modification de l'élément de rattachement dont les conjoints n'ont pas toujours anticipé les conséquences[3361], celles-ci pouvant engendrer l'application de deux lois lors de la dissolution[3362] étant donné que les biens appartenant aux époux avant le changement ne sont pas régis par la nouvelle loi[3363]. Or, le juge ne peut remédier d'office aux complications engendrées par la mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial[3364]. Seules les parties ont la possibilité d'y faire obstacle en choisissant de soumettre à la loi nouvelle l'ensemble de leurs biens[3365] en application de l'article 8 alinéa 2 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 qui est applicable aux mariages célébrés après la date de l'entrée en vigueur de celle-ci, c'est-à-dire après le 1er septembre 1992. D'ailleurs, en application de cette Convention, les parties ont la possibilité de choisir une loi d'un Etat[3366] qui peut être celle d'un Etat non contractant mais avec néanmoins certaines limites[3367]. Les époux peuvent dès lors choisir le régime matrimonial de la séparation de biens d'un Etat et dans le cas où des biens immobiliers sont situés en France, le régime de la communauté existant en droit français pour ces derniers. Ce choix permet de protéger l'un des époux en cas de décès[3368]. Plusieurs lois peuvent donc être applicables pour

---

[3360] H. PEROZ, « Changement automatique de loi applicable au régime matrimonial », Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *J.C.P., N.*, 2012, n° 176, p. 89.

[3361] Par exemple, des conjoints de nationalité anglaise, qui se sont mariés en Angleterre et qui ne connaissent pas la notion de régime matrimonial, seront néanmoins soumis au régime légal français de la communauté réduite aux acquêts après avoir fixé leur résidence habituelle en France pendant dix ans. Cf. S. DUCAMP-MONOD, « Couples présentant un élément d'extranéité : ou comment désarmocer la bombe à retardement », *Gaz. pal.*, 2-3 Oct. 2009, p. 4. Cf. aussi J.-V. LUCAS, « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 30. Ainsi, le changement de la loi applicable au régime matrimonial peut s'effectuer à l'insu des parties, celles-ci n'étant pas informées de cette modification par des mesures de publicité. Cf. H. PEROZ, « Changement automatique de loi applicable au régime matrimonial », Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *J.C.P., N.*, 2012, n° 176, p. 89.

[3362] Comme l'illustre un arrêt de la première Chambre civile du 12 avril 2012 dans lequel il a été décidé que le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial n'était pas rétroactif. Cf. L. ABADIE, Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *Dr. de la famille*, 2012, Commentaires n° 109, p. 29.

[3363] S. DUCAMP-MONOD, « Couples présentant un élément d'extranéité : ou comment désarmocer la bombe à retardement », *Gaz. pal.*, 2-3 Oct. 2009, p. 4.

[3364] L. ABADIE, Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *Dr. de la famille*, 2012, Commentaires n° 109, p. 30.

[3365] L. ABADIE, Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *Dr. de la famille*, 2012, Commentaires n° 109, p. 30.

[3366] Qui ne se limite pas au régime légal prévu par cette loi mais qui peut avoir trait à un régime conventionnel prévu par celle-ci. Cf. Y. VALOIS, G. SOUDEY, « Le traitement civil des successions internationales », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 7, p. 12. Par exemple, l'un des époux ayant la nationalité française, il est possible d'appliquer la loi française et ainsi le régime légal français de la communauté réduite aux acquêts ou bien encore le régime de la communauté universelle si un tel régime a été désigné, les résultats étant ainsi différents selon que l'on applique l'une ou l'autre loi.

[3367] En application de l'article 3 de cette Convention, il doit s'agir de la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité ou celle de l'Etat de la résidence habituelle de l'un des époux ou bien celle du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux a établi sa résidence après le mariage. De plus, concernant les biens immeubles, la loi désignée peut être celle du lieu de situation des immeubles.

[3368] J.-V. LUCAS, « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 31.

liquider un régime matrimonial. D'où le risque d'aboutir à un conflit de jugements, le jugement issu de la juridiction du lieu de l'immeuble pouvant être différent de celui rendu par la juridiction d'un autre Etat concernant la liquidation du régime matrimonial[3369]. Par ailleurs, la proposition de règlement le 16 mars 2011 relative à « la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux » qui tend à une plus grande sécurité juridique[3370] ne fait pas état d'une éventuelle mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial[3371] mais permet de choisir la loi régissant le régime matrimonial. Celle-ci peut correspondre à celle de l'Etat de la juridiction saisie des questions concernant leur régime matrimonial en application notamment de l'article 5.2. Le choix peut également concerner la loi d'un pays non membre de l'Union européenne mais, comme dans le cadre de la Convention de La Haye, selon l'article 16, il est possible de choisir la loi de la résidence habituelle commune des époux ou des futurs époux, la loi de la résidence de l'un d'eux ou la loi nationale de l'un d'eux. En cas de choix effectué, ce dernier doit être exprès à la différence de la Convention de La Haye qui prévoit un choix implicite. De plus, une seule loi peut à la fois régir les biens meubles et immeubles à la différence de la Convention de La Haye qui prévoit la possibilité de recourir à la *lex rei sitae* pour les immeubles. Ainsi, en application de ce règlement, en cas de choix, la solution peut encore être différente notamment lorsque les époux ont désigné la loi d'un pays tiers à l'Union européenne. Lorsqu'un divorce survient, la mutliplicité des lois applicables au régime matrimonial peut être source de difficultés notamment lorsque le juge saisi n'applique pas automatiquement la loi au fond de son Etat ou que plusieurs juges peuvent être saisis de questions différentes en raison de la contradiction entre ces différentes décisions et de l'exécution d'une décision rendue dans un Etat et devant être exécutée dans un autre. La loi choisie permet l'identification du régime matrimonial et d'éviter les difficultés résultant parfois d'une législation telle que celle du Royaume Uni qui ne connaît pas la notion de régime matrimonial au sens du droit français, le juge français assimilant le régime légal anglais à un régime de séparation de biens[3372]. Dans le même ordre d'idées, les conjoints qui auraient choisi le régime de séparation de biens français pourraient être surpris de voir le juge anglais ne pas tenir compte de celui-ci mais d'opérer un partage équitable des biens. Le changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage est possible mais il ne doit pas modifier le régime en fraude de la procédure de changement de régime matrimonial en droit interne[3373]. Si la loi applicable au régime matrimonial est le droit italien et que les époux, au cours du mariage,

---

[3369] Tel serait le cas de deux conjoints qui auraient saisi le juge d'un Etat pour qu'il prononce le divorce et l'un d'eux, celui d'un autre Etat pour procéder à un partage d'un immeuble dont le couple serait dans l'indivision, l'autre conjoint opposant cependant à cette procédure une créance entre époux devant la juridiction de l'Etat compétente sur le divorce et la liquidation du régime matrimonial. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 54.

[3370] P. LAGARDE, « Vers plus de sécurité juridique pour les couples internationaux », Entretien, Propos recueillis par C. LAREE, *J.C.P.*, G., 2012, n° 43-44, 1281, p. 24.

[3371] Au regard de l'article 18 alinéa 2 de cette proposition.

[3372] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 48 ; 52.

[3373] En droit français, en cas de changement de régime matrimonial au cours du mariage, il convient de signer un acte authentique et de recourir à une homologation judiciaire en présence de mineurs. Toutefois, en présence d'un élément d'extranéité, la désignation de la loi applicable au régime matrimonial prévue par la Convention de La Haye évite de procéder à l'homologation judiciaire. D'où l'intérêt de recourir à ce procédé. Cf. J.-V. LUCAS, « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 31.

souhaitent adopter le régime français de la communauté universelle avec attribution au dernier des vivants[3374], étant donné que le droit italien prohibe la clause d'attribution de la communauté au survivant, la modification du régime matrimonial ne pourra sans doute pas faire l'objet d'une reconnaissance en Italie[3375]. Cela engendre des difficultés pour les immeubles du couple situés en Italie. Par ailleurs, le changement dans l'élément de rattachement permettant de modifier la loi applicable au fond n'est pas valable dès lors qu'il est établi en fraude des droits de l'Etat qui régit le régime matrimonial[3376]. Ainsi, les prévisions des conjoints ont pu être déjouées en raison de la juridiction étrangère saisie qui ne donne pas entièrement effet à la loi choisie par les parties concernant leur régime matrimonial dès lors que celle-ci fait apparaître une contradiction avec les principes du droit du *for*. Dans une affaire, le juge français n'avait pu donner une pleine efficacité au régime matrimonial allemand prévoyant à l'avance la fixation d'une prestation compensatoire, celle-ci ne pouvant être fixée que par le juge français[3377], une anticipation en la matière étant contraire au droit national français. Or, à présent, il existe un régime matrimonial franco-allemand[3378] permettant ainsi de remédier aux difficultés découlant des différentes législations inconciliables et entravant l'efficacité du choix de la loi applicable au régime matrimonial. De plus, selon un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 2009, la prestation compensatoire doit faire partie des droits disponibles en droit international[3379]. Quant au droit anglais, la décision *Radmacher/Granatino* [2010], UKSC 42 de la Cour suprême rendue le 20 octobre 2010 a décidé qu'il était possible de tenir compte du régime matrimonial allemand choisi

---

[3374] Cela est possible dans l'hypothèse d'un couple de nationalité italienne marié en 1974 en Italie et habitant en Italie jusqu'en 1980 puis s'installant en France. Puisque le premier domicile des époux est situé en Italie, c'est la loi de ce pays qui régit les conditions du changement du régime matrimonial. Une modification est permise en la matière, la loi du 19 mai 1975 modifiée par celle du 10 août 1981 prévoyant en effet le principe de la mutabilité des régimes matrimoniaux. Par le biais de cette modification, les parties peuvent changer la loi applicable à leur régime matrimonial notamment en application de l'article 6 de la Convention de La Haye qui peut être mis en œuvre même si les époux se sont mariés avant le 1er septembre 1992 conformément à l'article 21 et ainsi adopter un régime matrimonial issu du droit français. Cf. M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Préface de Paul LAGARDE, Defrénois, Lextenso éditions, 2010, p. 171.

[3375] Certes, le droit italien admet le régime de communauté universelle mais conformément à l'article 210 du Code civil, il est interdit de prévoir dans le cadre de la dissolution de la communauté une répartition qui diffère de celle prévue à l'article 194 du même code qui est la division en deux parts égales. De plus, les clauses contractuelles ayant trait aux attributions patrimoniales sont impossibles au regard de l'article 458 du Code italien qui interdit les pactes sur succession future. Cf. M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Préface de Paul LAGARDE, Defrénois, Lextenso éditions, 2010, p. 171-172.

[3376] Tel est le cas de l'ameublissement du patrimoine dans le seul but de faire échec au droit de la réserve héréditaire. Toutefois, la fraude doit être manifeste. D'où la possibilité de recourir néanmoins à cette pratique dans de nombreux cas. Cf. Ph. VAN STEENLANDT, « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 38.

[3377] J.-V. LUCAS, « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 33.

[3378] Qui est « un régime optionnel supplémentaire, inspiré des régimes de la participation aux acquêts qui existent aussi bien en France qu'en Allemagne, mais avec des différences significatives ». Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Les repères pour une meilleure sécurité juridique dans le divorce international », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 29, p. 56.

[3379] Les accords portant sur celles-ci préalablement à un procès sont donc envisageables en droit international privé. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Les repères pour une meilleure sécurité juridique dans le divorce international », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 29, p. 58. Cf. aussi P.-M. CLAUX, S. DAVID, avec la collaboration de A. BOICHE, S. BUGNA, A. JAULT, S. TOUGNE, G. VIVIEN, *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, n° 04.134.

par les conjoints alors que ce dernier prévoyait une renonciation à une compensation financière en cas de divorce, ce qui n'est habituellement pas admis en droit anglais qui prévoit d'effectuer un partage selon ce que l'équité commande. Cette décision laisse penser que désormais le juge anglais souhaite faire produire ses effets à un régime matrimonial dont il ne connaît pas l'institution à condition toutefois que celui-ci ne soit pas inéquitable[3380]. Pour ce faire, il convient donc de vérifier que le consentement des époux a bien été libre et éclairé et que le contrat de mariage n'a pas été signé à une date trop rapprochée de celle de la célébration du mariage. De plus, les circonstances du mariage sont de nature à influer sur l'efficacité des effets du régime matrimonial[3381]. L'anticipation est facilitée par la multitude des règlements européens qui permettent de choisir la loi applicable au fond mais son efficacité dépend néanmoins de l'étendue de la reconnaissance de ces différents accords[3382]. Par exemple, dans le cadre d'un divorce entre un Français et une Allemande ou le cas du divorce entre une française et un italien, le choix de la loi applicable au fond est susceptible d'avoir une incidence sur le choix de la juridiction compétente même si en droit patrimonial de la famille celle-ci ne peut faire l'objet d'un accord mais seulement d'une option effectuée de manière unilatérale au moment du litige. Il est donc important de connaître la juridiction susceptible d'être saisie pour prononcer la liquidation du régime matrimonial afin de choisir, en amont du procès, une loi applicable au fond qui sera conforme aux prévisions des parties si elle est celle de l'Etat du juge saisi. Le choix de cette dernière implique une limitation de l'office du juge impliquant une certaine anticipation sur le résultat sur le fond du droit litigieux. Néanmoins, en dehors du cas du choix de la loi applicable pour la liquidation d'un régime matrimonial, celui de la loi devant régir un litige n'impose pas au juge d'aboutir à une solution déterminée, ce dernier devant statuer selon le droit de l'Etat de la loi choisie par les parties mais conservant sa liberté attachée à sa fonction de juger. Il convient désormais de nous demander si la mise en œuvre des pouvoirs du juge n'implique pas, dans certains cas, l'accord des parties pour être efficace.

c.L'efficacité des pouvoirs du juge subordonnée à l'accord des parties

386. La tentative de négociation préalable – Le juge, une fois saisi par les parties, peut désigner un tiers chargé d'engager un processus de règlement amiable du litige et d'effectuer un rapport à la justice sur les discussions qui ont eu lieu. Il s'agit d'une injonction de négocier dont l'efficacité n'est pas certaine puisque conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties ne sont pas obligées de parvenir à un accord[3383]. En effet, l'efficacité de la mission du

---

[3380] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Les repères pour une meilleure sécurité juridique dans le divorce international », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 29, p. 56.

[3381] Il peut s'agir par exemple des besoins des époux, de la durée du mariage, du fait que l'un des conjoints ait délaissé sa carrière pour élever les enfants. Cf. I. REIN-LESCASTEREYRES, « Les repères pour une meilleure sécurité juridique dans le divorce international », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 29, p. 56.

[3382] I. REIN-LESCASTEREYRES, « Les repères pour une meilleure sécurité juridique dans le divorce international », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 29, p. 59.

[3383] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, n° 1643-1644, p. 666. On peut faire le parallèle avec la matière pénale dans laquelle le parquet doit également obtenir « l'assentiment » du justiciable pour rendre efficaces la procédure de composition pénale ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Cf. J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Postface d'Antoine GARAPON, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2010, p. 110.

tiers, qui intervient en tant que conciliateur ou médiateur, dépend de l'accord des parties[3384]. Cette mission est limitée dans le temps à une durée de trois mois[3385] et si le tiers ou l'une des parties le demande, le juge peut y mettre un terme[3386] avant la fin de la durée fixée au départ[3387]. Ce dernier a aussi la possibilité d'y mettre fin d'office si la médiation ne se déroule pas convenablement. Par ailleurs, cette faculté n'est possible que dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits[3388]. En cas d'échec, l'instance se poursuit devant le juge qui avait pour mission de régler le litige mais le tiers doit conserver le secret et ne peut lui faire part des informations qu'il a recueillies lors de la conciliation ou de la médiation sauf en cas d'accord des parties. Il en est de même en ce qui concerne les autres instances[3389]. C'est ce qui fait tout l'intérêt d'effectuer cette tentative de conciliation ou de médiation qui permet aux parties de faire des déclarations libres[3390]. Le recours à ces modes de règlement des conflits peut soit contribuer à accélérer la solution du litige, soit à l'inverse, à la retarder en faisant commencer plus tard la phase contentieuse du procès. Le juge a donc un pouvoir important en la matière car c'est à lui de juger de l'opportunité de recourir à ce mode de règlement du conflit et donc d'en apprécier l'opportunité en fonction de la nature des litiges se prêtant plus ou moins bien à celui-ci[3391]. De même, par lui-même le juge peut procéder à une conciliation[3392]. Il s'agit d'ailleurs d'un devoir puisque conformément à l'article 21 du CPC, il entre dans la mission du juge de concilier les parties. Si le législateur encourage le juge à recourir à la conciliation ou à la médiation en matière familiale, on s'interroge sur la question de savoir si le refus par l'une des parties de se soumettre à la conciliation a une incidence sur la solution concernant le fond du droit litigieux[3393].

[3384] Tant dans son principe que dans son issue. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 50.

[3385] Mais cette mission peut se prolonger pour une même durée si le médiateur le demande.

[3386] Ce dernier a aussi la possibilité d'agir ainsi d'office si la médiation ne s'effectue pas convenablement.Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 213.12, p. 45.

[3387] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 52.

[3388] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 50.

[3389] En effet, le juge peut avoir recours à la médiation judiciaire dans toutes les instances en cours et quel que soit le degré de juridiction. Cf. J. NORMAND, « Conclusions », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 143-144.

[3390] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 52.

[3391] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 46.

[3392] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n° 9, p. 51.

[3393] En d'autres termes, l'on se demande si le juge aux affaires familiales ne va pas avoir un mauvais préjugé à l'égard du parent qui ne respecte pas sa proposition consistant à essayer de trouver un consensus. En effet, l'on constate que l'avocat de la partie qui s'est soumise à la mesure de médiation fait souvent état à l'audience de la mauvaise volonté de la partie adverse concernant la recherche d'une solution consensuelle. Par ailleurs, il résulte d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 24 juin 2003, que n'a pas été accordée une modification du droit de visite au parent qui l'avait demandée mais qui avait refusé de se soumettre à une médiation. Cf. V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Sous la dir. de A. LEBORGNE, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 173-174, p. 129-130.

387. Les pouvoirs du juge quant à l'organisation de la procédure – Dans le but d'une meilleure efficacité de la justice et notamment dans le but de désengorger les tribunaux, le juge peut décider, conformément à la loi, que l'audience se tienne devant un juge unique[3394] à condition toutefois d'obtenir l'accord des parties sur ce point[3395]. Tel est le cas également en ce qui concerne le recours à l'article L. 111-12 alinéa 1er précité du COJ ayant trait à l'enregistrement audiovisuel des audiences. Afin de respecter le droit au délai raisonnable du jugement, le juge intervient dans le cadre de l'élaboration d'un calendrier de procédure effectué par les parties au début du procès[3396]. Par ailleurs, dans le cas où le juge en matière prud'homale, met en œuvre le système de la passerelle de la formation de référé vers le bureau de jugement, il a besoin, pour ce faire, de demander l'accord des parties. D'une manière générale, en matière familiale, les parties participent à la décision du juge. D'où ici, l'emploi du terme de *« justice consensuelle »*[3397]. Néanmoins, le juge bénéficie de nombreux pouvoirs dont il peut user indépendamment d'une demande de la part des parties et tant dans le domaine procédural que concernant le fond du droit eu égard à la présentation de l'affaire qui lui est soumise par ces dernières.

B.Indépendamment de la demande des parties

388. Lorsque l'office du juge concerne plus spécifiquement le droit procédural, il est cependant toujours lié au fond du droit. D'où concernant le domaine procédural, l'étude des pouvoirs du juge au regard du lien entre le droit procédural et la situation litigieuse (a) puis des conséquences de ses injonctions à l'égard des parties dont la réaction est susceptible d'avoir une incidence sur le résultat de l'action (b).

a.Au regard du lien entre le droit procédural et la situation litigieuse

389. La gestion du temps de la procédure – Le temps du procès ne peut être infini. S'il est limité par les délais prévus pour accomplir les actes de procédure, le juge n'est pas dépourvu de pouvoirs en la matière et est susceptible de contribuer à l'accélération du temps de la procédure en se soumettant au principe du droit au délai raisonnable du jugement. En effet, en application des articles L. 111-3 du Code de l'organisation judiciaire (COJ) et 6 §1 de la Conv. EDH, le juge

---

[3394] Tel que par exemple, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance (article 786 du nouveau Code de procédure civile), ou le juge rapporteur du tribunal de commerce (article 869 du même code). Cf. L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 40.

[3395] En effet, il suffit que l'une des parties s'oppose à la décision du juge pour que ce dernier ne puisse tenir seul l'audience. Cf. L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, p. 40.

[3396] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 47.

[3397] V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 180, p. 134 ; n° 185-186, p. 136-137.

est tenu de statuer dans un délai raisonnable. Conformément à l'article 3 du CPC, il doit veiller au bon déroulement de l'instance en ayant le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires. Par exemple, dans le cadre d'une médiation judiciaire, le juge peut y mettre un terme lorsque le bon déroulement de celle-ci « apparaît compromis » comme l'énonce l'article 131-10 du CPC. Certains juges bénéficient de pouvoirs particuliers avec la possibilité d'élaborer un calendrier de mise en état devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel[3398]. Il s'agit respectivement des articles 764 alinéa 4 et 907 du CPC[3399]. Le juge de la mise en état[3400] devant le tribunal de grande instance a le « pouvoir de statuer sur l'ensemble des exceptions de procédure et des incidents susceptibles de mettre fin à l'instance » en application de l'article 771, 1° du CPC. D'où l'impossibilité pour les parties d'invoquer les exceptions et les incidents de procédure lorsque le juge de la mise en état est dessaisi[3401]. Le contenu des conclusions effectuées par les parties détermine le choix de la procédure, c'est-à-dire qu'en fonction des pièces du dossier notamment si ce dernier est prêt à être examiné sur le fond, le président peut décider de son renvoi à l'audience et il en est de même si le défendeur ne comparaît pas. En revanche, s'il manque quelques éléments au dossier avant que l'affaire soit en état d'être jugée mais qui sont susceptibles d'être rapidement donnés par le biais d'un dernier échange de conclusions ou de pièces, le président pourra demander aux avocats qu'ils se présentent une nouvelle fois devant lui lors d'une seconde conférence. Enfin, si le président ne renvoie pas l'affaire à l'audience, cette dernière devra faire l'objet d'une instruction devant le juge de la mise en état. Le CPC offre ainsi le choix entre le circuit court, le circuit semi-court ou le circuit long[3402]. Or l'expérience montre que cette gestion du temps n'a pas été appliquée dans les faits. Dans la majorité des tribunaux de grande instance le recours aux circuits courts ou semi-courts n'est plus utilisé. Le recours au renvoi immédiat à l'audience ne concerne pratiquement que le cas du défaut de comparution du défendeur[3403]. Cela empêche de faire obstacle à la mauvaise gestion du temps par les plaideurs et donc à la stratégie des parties souhaitant faire durer la procédure. D'où la volonté de revaloriser la conférence du président ainsi que d'effectuer de véritables débats devant le juge de la mise en état et d'éviter les rencontres utilisées uniquement pour proroger des délais. En application de l'article 763 du CPC, le juge de la mise en état contrôle l'instruction de l'affaire. Avec le décret du 28 décembre 2005,

---

[3398] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 6, p. 73.

[3399] Le premier président de la Cour de cassation, quant à lui, peut d'office réduire les délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces conformément à l'article 1009 du CPC.

[3400] Il en est de même pour le magistrat de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée conformément à l'article 907 du CPC qui renvoie aux articles 763 à 787 du même code.

[3401] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 8, p. 76.

[3402] Selon ceux qui sont à l'origine de la réforme du Code de procédure civile, l'option entre les trois possibilités devait concerner respectivement les cas suivants : « - l'absence de comparution du défendeur ou une mise en état de l'affaire dès avant son premier appel autorisait un renvoi immédiat à l'audience ; - une mise en état rapide entre deux, voire trois conférences présidentielles conduisait au même résultat ; - à défaut, l'affaire était instruite sous le contrôle d'un juge de la mise en état, désigné par le président ». Cf. J.-P. MENABE, « Plaidoyer pour un bel outil », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 51.

[3403] J.-P. MENABE, « Plaidoyer pour un bel outil », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 51.

il est doté de plus en plus de pouvoirs[3404] lui permettant de faire en sorte que le dossier présenté à l'audience soit prêt à recevoir un jugement. Il doit avoir la maîtrise du temps de la procédure. Par ce biais, il tend à faire respecter la loyauté dans le procès. Il s'agit d'un devoir et sa stratégie consiste donc à mettre en œuvre les moyens mis à sa disposition pour parvenir à garantir cette loyauté telle qu'elle est notamment énoncée à l'article 763, alinéa 2 du CPC[3405]. Pour ce faire, il peut notamment demander la production des pièces en application de l'article 770 du CPC ou aux parties de conclure de manière contradictoire conformément à l'article 763 alinéa 3 du même code[3406]. Afin de préserver les droits de la défense, il peut néanmoins rétracter l'ordonnance de clôture partielle comme l'énonce l'article 780 alinéa 2 du CPC. Par ailleurs, il est incité à tenter une conciliation même s'il n'en a plus l'obligation[3407]. Il a également la possibilité de demander aux avocats des précisions sur des questions de fait ou de droit[3408] et d'entendre les parties. Dès lors que ces derniers ne respectent pas les délais de la procédure, le juge peut prononcer des sanctions à leur égard. Par ailleurs, dans le même ordre d'idées, depuis le décret du 20 août 2004, le président de la juridiction a la faculté d'informer les parties de ce que le jugement, à l'issue des débats, sera prononcé *« par sa mise à disposition au greffe de la juridiction, à la date qu'il énonce »*[3409]. Ainsi, le juge doit faire en sorte de ne pas faire perdre du temps aux parties et dans le cadre de la bonne marche de la justice, il doit veiller à indiquer à peine de nullité de la notification, les voies de recours appropriées, leur délai et les modalités de leur exercice, conformément à l'article 680 du CPC. Par ailleurs, lorsqu'un acte de procédure n'a pas été accompli dans les délais requis, le juge ne doit pas rechercher l'existence d'un grief mais il doit ou peut soulever d'office l'inobservation du délai selon qu'elle intéresse l'ordre public ou un intérêt privé[3410]. Néanmoins, parfois, le juge ne peut relever certains moyens d'office qu'à certaines conditions. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 19 septembre 2007 dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation énonce que *« le juge ne peut relever d'office la fin de non recevoir tirée de la forclusion de l'action du prêteur sans l'avoir préalablement constatée »*[3411]. En effet, la possibilité pour le juge de relever d'office le délai de forclusion biennale de l'article L. 311-37 du Code de la consommation est subordonnée à la vérification des éléments établissant la forclusion. En revanche, il ne peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action[3412]. D'une manière générale, tant la jurisprudence que les réformes récentes tendent à annihilier toute stratégie dilatoire. Par ailleurs, dans le but d'éviter les recours dilatoires se développe la pratique « des procédés de contractualisation de la

---

[3404] Il devient *« un véritable instructeur du dossier »*. Cf. J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Editions Dalloz, 2007, p. 47.

[3405] Qui dispose que le juge « a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces ».

[3406] Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 358.

[3407] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 46.

[3408] F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9ième édition, 2012, n° 774, p. 623.

[3409] Conformément à l'article 450, alinéa 2 du Code de procédure civile.

[3410] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 105, p. 72-73.

[3411] Cité par S. AMRANI-MEKKI, « Droit judiciaire privé, Office du juge et pouvoir de relever d'office », *J.C.P.*, G, 2008, I, 138, n° 9, p. 22.

[3412] Ce qui pourrait être critiquable.

procédure », qui consiste pour le conseiller de la mise en état à contrôler les délais ayant trait au déroulement de l'instance d'appel notamment en élaborant un calendrier de procédure[3413]. Ainsi, la fixation d'un « calendrier » de procédure permet une meilleure rigueur dans la gestion du temps en faisant connaître longtemps à l'avance la date de l'audience et en réduisant le nombre de conférences et d'injonctions[3414]. La jurisprudence fait également obstacle à la stratégie de l'une des parties qui souhaiterait faire appel de la décision du sursis à statuer dans un but dilatoire. Pour faire appel de la décision de sursis à statuer, il convient de remplir les conditions prévues par l'article 380 du CPC et de saisir par une assignation le premier président dans le délai d'un mois à compter de la décision. Après avoir obtenu l'autorisation par le premier président, il convient de saisir la cour de la même façon qu'en cas de procédure à jour fixe, c'est-à-dire en effectuant une déclaration d'appel dans un délai qui n'est pas prévu par les textes. Ainsi, celui qui bénéficie de l'autorisation peut user de ce procédé pour retarder l'issue du procès. Toutefois, la jurisprudence a permis de faire obstacle à cette stratégie dilatoire. En effet, dans un arrêt du 13 février 2003, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que *« la partie, autorisée à interjeter appel de la décision de sursis, est tenue d'effectuer la déclaration d'appel dans le mois de l'ordonnance du premier président »*[3415]. Ainsi, on constate que ce ne sont pas uniquement les textes de loi qui ont pour but de remédier à l'utilisation des moyens procéduraux à mauvais escient mais aussi la jurisprudence. En dehors de la gestion du temps de la procédure, le juge doit veiller à déjouer la stratégie procédurale qui consisterait à condamner « le faible par rapport au puissant » par le biais notamment du respect du principe du contradictoire visant à satisfaire l'égalité des armes[3416] et la recherche de la vérité.

390. La stratégie dans la prise en compte des pouvoirs du juge eu égard à la juridiction compétente – Selon l'article 92 du CPC, le juge a la possibilité de relever d'office le non-respect d'une règle de compétence d'attribution si celle-ci est d'ordre public « ou lorsque le défendeur ne comparaît pas »[3417]. De même, le juge est doté de cette liberté en cas de violation d'une règle de compétence territoriale dès lors que le litige concerne l'état des personnes, « dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparaît pas » comme l'énonce l'article 93 du CPC. Par ailleurs, si le litige est porté devant deux juridictions compétentes, le juge saisi en second peut se dessaisir au profit de l'autre conformément à l'article 100 du même code. En revanche, dans certaines hypothèses, le juge ne doit pas soulever d'office son incompétence comme le montre le cas de la violation d'une règle non pas d'ordre public mais d'intérêt privé notamment concernant ce que l'on appelle « l'incompétence relative »[3418]. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le demandeur agit devant un juge

---

[3413] J.-C. MAGENDIE, « L'effectivité des droits passe par des procédures adaptées », *J.C.P.*, G, 2008, I, 145, p. 16.
[3414] J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, p. 16.
[3415] Cité par H. CROZE, « Le progrès technique de la procédure civile », *J.C.P.*, G., 2009, I, 108, p. 15.
[3416] J.-M. COULON, « Du rapport Coulon au rapport Magendie », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 88.
[3417] De surcroît devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette possibilité pour le juge est subordonnée à certaines conditions. Il faut en effet conformément au deuxième alinéa de cet article que *« l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française »*.
[3418] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, n° 195, p. 178.

incompétent sans toutefois violer une règle d'ordre public. Or, lorsque le juge ne peut soulever d'office certains moyens en matière de procédure[3419] un accord implicite est possible entre les parties. Toutefois, afin que ce dernier soit efficace, encore faut-il que les deux parties y aient intérêt. Cet accord semble incertain quant à son efficacité car rien ne garantit la stabilité du comportement de l'adversaire en cours d'instance. Toutefois, il a été jugé que même en cas de compétence exclusive du juge, en cas de saisine d'un juge incompétent, l'un des plaideurs ne pouvait soulever l'incompétence du juge saisi s'il s'agissait d'un moyen contredisant la thèse qu'il avait présentée dans ses précédentes écritures. D'ailleurs, si le défendeur ne soulève pas l'incompétence de la juridiction saisi *in limine litis*, il est réputé avoir renoncé à l'invoquer ultérieurement[3420] notamment au regard du principe de cohérence. De même, le souci de sécurité juridique avait conduit certains auteurs à refuser au juge la possibilité de se dessaisir d'office dans ce cas de figure. En effet, si des auteurs estimaient qu'il fallait laisser au juge la possibilité de ne pas juger l'affaire, d'autres énonçaient qu'il s'agissait là d'un moyen favorisant l'incertitude, les parties ne pouvant prévoir à l'avance si le juge allait ou pas refuser de statuer. Ainsi, selon ces derniers, il était plus opportun de prendre en considération la prépondérance de l'intérêt privé de cette incompétence et ainsi d'obliger le juge à ne pas se déssaisir de l'affaire[3421]. D'où la vigilance des plaideurs en la matière selon le but poursuivi par chacun d'eux, l'un pouvant souhaiter faire obstacle à l'application des règles de compétence à l'inverse de son adversaire. Par ailleurs, une autre stratégie peut résulter de la possibilité pour le juge de soulever d'office certains moyens eu égard à la recevabilité de l'action.

391. La stratégie dans la prise en compte des pouvoirs du juge de soulever d'office certains moyens concernant la recevabilité de l'action – Dans certains cas, le juge a l'obligation de relever d'office certains moyens, alors que dans d'autres, il en a simplement la faculté. La distinction entre les deux hypothèses est parfois délicate. Lorsque le juge bénéficie d'une certaine liberté en la matière, il convient alors d'envisager la combinaison possible avec les différentes options qui sont offertes au défendeur, celui-ci ayant aussi la possibilité ou pas de faire obstacle à la recevabilité de l'action. Par exemple si la déchéance intéresse l'intérêt privé, le juge ne peut la soulever d'office. En revanche, si l'une des parties l'invoque, il doit prononcer la déchéance sauf dans les cas où il peut relever le défendeur de la forclusion et lorsqu'il a la possibilité d'accorder des délais de grâce. A la différence des FNR d'ordre public que le juge a l'obligation de soulever d'office, dans le cas où elles concernent le défaut d'intérêt, il n'en a que la faculté[3422]. D'où la question de savoir si le défendeur en fera état ou non en temps utile ou si par le biais de la volonté individuelle, les parties pourront faire obstacle à l'irrecevabilité de l'action. De même, depuis le décret du 20 août 2004, selon l'article 125 du CPC, le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tiré de la chose jugée. Les conditions de recevabilité de l'intervention volontaire des tiers en appel sont laissées à l'appréciation souveraine des juges

---

[3419] *Supra* n° 355.

[3420] En effet, *« il est illogique d'entamer la discussion de la question litigieuse devant un juge dont la compétence serait plus tard déniée. Cette discussion serait sans utilité. Si on la commence, c'est donc qu'on accepte le juge »*. Cf. R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 282, p. 205.

[3421] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 283, p. 206-207.

[3422] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 148, p. 100.

du fond. Or, les juges du fond tiennent compte pour se prononcer de la possibilité pour les parties, dès la première instance, d'appeler un tiers en garantie si les éléments du litige dès cette instance permettent d'appeler un tiers en garantie. Ainsi cette circonstance va guider le choix de ces derniers de ne pas admettre cette intervention volontaire si elle avait été possible dès la première instance. D'où une certaine prévisibilité en la matière. Par ailleurs, si conformément à l'article 554 du CPC, l'intervention volontaire des tiers est possible dès lors qu'elle est liée à la demande de première instance et qu'elle a le même objectif il faut, de surcroît, que le tiers ait un intérêt à effectuer cette intervention. Or, toute prévision en la matière n'est pas aisée étant donné qu'il résulte d'un arrêt du 9 novembre 2007 d'une Chambre mixte de la Cour de cassation que « *l'appréciation de l'intérêt à agir de l'intervenant volontaire et du lien suffisant qui doit exister entre ses demandes et les prétentions originaires relève du pouvoir souverain des juges du fond* »[3423]. Concernant l'intervention forcée, Toutefois, il y a quand même une certaine résistance à cette tendance de la part des juges de la Cour de cassation qui par exemple n'admettent la mise en cause d'un tiers en appel qu'en cas d'évolution du litige, notion qui est appréciée restrictivement[3424]. Mais en dehors des cas de fin de non-recevoir qui sont liées au fond du droit, le juge bénéficie d'une certaine liberté quant à l'exercice de ses pouvoirs en matière procédurale notamment dans le cadre de certains contentieux particuliers.

392. La liberté du juge dans la variété de l'exercice de ses pouvoirs eu égard à la matière litigieuse – En matière d'expulsion, en application de l'article L. 613-1, alinéa 2 du Code de la construction et de l'habitation (CCH), le juge a la possibilité d'accorder des délais. Par ailleurs, saisi d'une action en nullité d'une société d'assurances mutuelle, le juge peut, conformément à l'article R. 322-91, alinéa 4 du Code des assurances, « même d'office fixer un délai pour couvir les nullités »[3425].

393. La stratégie dans la prise en compte de l'incertitude du résultat sur le fond du droit litigieux liée au pouvoir d'évocation de la cour d'appel – Le « pouvoir d'évocation » de la cour d'appel signifie que celle-ci a « *la faculté de s'emparer de tout le litige et de lui apporter une solution complète, alors que ce dernier n'a été que partiellement tranché en première instance et qu'elle n'en a pas été intégralement saisie par l'appelant* »[3426]. Mais cette éventuelle évocation n'est possible que dans certaines hypothèses : lors d'un contredit conformément à

[3423] Ainsi, ces derniers sont seuls juges de l'opportunité d'une évolution subjective du litige au regard des faits de l'espèce. Cf. Y.-M. SERINET, Note sous Cass. ch. mixte, 9 novembre 2007, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10070, p. 30-31.

[3424] En effet, il ressort d'un extrait du communiqué de la Cour de cassation ayant trait à l'arrêt d'assemblée plénière précitée du 11 mars 2005 que : « *Conformément à la règle du double degré de juridiction, devant la cour d'appel ne se retrouvent que les parties présentes en première instance. Toutefois, par dérogation à ce principe essentiel de l'organisation judiciaire, la combinaison des articles 554 et 555 du nouveau code de procédure civile permet d'attraire en cause d'appel les [tiers], lorsque, à titre très exceptionnel, l'évolution du litige implique leur mise en cause* », cité par E. FISCHER, note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 2005, *Dalloz*, 2006, Jurisprudence, p. 2372.

[3425] Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 813.

[3426] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 126.

l'article 89 du CPC[3427] ou d'un appel en application de l'article 568 du même code[3428]. Etant donné que l'article permettant l'évocation entrave le principe du double degré de juridiction, il devrait faire l'objet d'une interprétation restrictive[3429]. Toutefois, le domaine de l'évocation s'est élargi puisqu'en plus des cas prévus par la loi, en application de la jurisprudence, l'évocation est possible lorsque la Cour est saisie de l'appel d'un jugement admettant un sursis à statuer[3430]. Dans ces cas d'appel, les parties prennent un risque de voir remis en question des points qu'elles ne souhaitent peut-être pas voir modifiés. Le risque est renforcé puisqu'il s'agit d'un pouvoir facultatif et discrétionnaire de la cour d'appel d'autant que lorsque la cour évoque, du moins sur appel, il est possible que viennent s'adjoindre au lien d'instance des demandes nouvelles ou l'intervention des tiers[3431] comme le prévoit l'article 568, alinéa 2 du CPC qui renvoie aux articles 554, 555, 563 à 567 du même code. Le juge d'appel a ainsi la possibilité de ne pas respecter la règle du double degré de juridiction lorsqu'il juge qu'il doit en aller ainsi pour garantir une bonne justice, mais dans ce cas, la Cour d'appel ne remplit donc pas sa « fonction » de voie de réformation. La prévisibilité concernant la faculté pour la Cour d'appel d'user de son pouvoir d'évocation est donc difficile à moins que l'on puisse faire référence à une jurisprudence constante concernant ce qu'entend la cour d'appel par « la garantie d'une bonne justice ».

394. La liberté du juge dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de preuve – Certes, concernant les mesures d'instruction pendant le procès, le juge est souvent sollicité par la demande de l'une des parties soit pour ordonner la communication des pièces de l'une des parties à l'autre, soit pour faire cette demande à l'égard des tiers qui détiendraient des pièces en application des articles 11 alinéa 2 et 138 du CPC. Or, pour y faire droit, il bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire[3432]. Cependant, si en matière gracieuse, en application des articles 26 et 27 du CPC, le juge est beaucoup plus libre dans la recherche de la preuve et ainsi quant à la possibilité d'user de mesures d'instruction par exemple en ordonnant d'office à un tiers de produire des pièces à la différence de la matière contentieuse, en revanche, concernant cette dernière il bénéficie néanmoins, dans certains cas particuliers, de pouvoirs d'instruction d'office comme le montrent les articles 259-3 alinéa 2 du Code civil en matière de divorce concernant l'obtention de documents en possession des tiers et l'article L. 143 du livre des procédures fiscales du nouveau code des impôts même si ces derniers ne font pas état expressément d'un

---

[3427] Selon lequel « Lorsque la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente, elle peut évoquer le fond si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction ».

[3428] Qui prévoit que : « Lorsque la cour d'appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou d'un jugement qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction.
L'évocation ne fait pas obstacle à l'application des articles 554, 555 et 563 à 567. »

[3429] G. AMEILHAUD, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Imprimerie F. Boisseau, 1942, p. 206.

[3430] S. GUINCHARD, « Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain », *Gaz. Pal.*, 1996, 2, p. 1010. Cf. aussi L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 14, p. 38.

[3431] L. CADIET, « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 15, p. 39.

[3432] J.-J. DAIGRE, « La doctrine et la réforme de la procédure civile », *J.C.P., G.*, 1981, 3020, n° 5.

pouvoir d'office du juge[3433]. Par ailleurs, dans certains cas, le juge bénéficie d'un pouvoir d'office implicite dans les procédures sans représentation obligatoire en ce qui concerne l'injonction faite aux tiers de produire des pièces qui seraient en leur possession. De manière plus générale, hormis le cas des pouvoirs du juge en matière de preuve à l'égard des parties, en application de l'article 10 du CPC, celui-ci *« a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles »*. Or, cela est très utile notamment en matière délictuelle puisque dans ce cas la partie n'a pu se préconstituer une preuve. Ainsi, « il peut ordonner à titre général et de son propre chef »[3434]. D'ailleurs, plus précisément, les articles 143 et 144 du CPC accordent au juge la possibilité de recourir à toute mesure d'instruction même d'office pour l'éclairer sur les faits litigieux. Par exemple, en application de l'article 218 du CPC, « le juge qui procède à l'enquête peut, d'office ou à la demande des parties, convoquer ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité »[3435]. Dans certaines matières spécifiques, par exemple, concernant la protection du mineur, le juge des enfants peut procéder d'office à des mesures d'assistance éducative en application de l'article 375-6 du Code civil. De plus, dans le domaine de la filiation, le juge peut d'office mettre en cause des tiers[3436]. Ainsi, le juge a un rôle actif dans le cadre du procès en droit français à la différence du droit anglais[3437] et sa participation à la recherche de la vérité en application de l'article 10 précité est susceptible d'avoir une incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux. Certes, s'il ne peut pallier la carence des parties, il peut désigner des experts pour obtenir des éléments de preuve complémentaires. Dans certains cas, le juge doit ordonner une expertise ou mettre en œuvre un mode légal d'investigations pour établir la preuve de faits que le justiciable n'est pas en mesure de rapporter sans violer par exemple le droit au secret. Tous les moyens de preuve ne sont pas admissibles[3438]. En effet, *« comme dans le jeu, s'imposent également dans le procès des règles de jeu et de stratégie ; et de la même manière que le tricheur est exclu du jeu, dans le procès n'ont pas qualité de preuves les actes et les documents obtenus illégalement »*[3439]. Tel est le cas

---

[3433] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 74, p. 33.

[3434] Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 812.

[3435] De manière plus générale, l'article 27 alinéa1er du CPC dispose que *« Le juge procède, même d'office, à toutes les investigations utiles »*. Cf. Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 812.

[3436] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 544, p. 245.

[3437] B. DEFFAINS, « Le risque de la preuve. Le point de vue de l'économiste », in *Droit et économie du procès civil*, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, p. 187.

[3438] *« La vérité est alors réduite au silence au nom de la dignité du procès civil »*. Cf. A. LEBORGNE, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 544 ; J.-P. LACROIX-ANDRIVET, « Preuves à conserver », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, n° 111.27, p. 52-53.

[3439] C'est ce qu'énonce S. Valzania, in « La partita de diritto. Considerazioni sull'elemento ludico del processo », *JUS-Rivista di scienze giuridiche*, n° 2, 1978, pp. 204-248, cité par G. FERRARI, « Le droit dans la forme praxéologique du jeu », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 191.

lorsqu'une preuve a été recueillie par le biais d'un stratagème[3440]. Toutefois, le juge ayant une certaine liberté d'action concernant l'administration de la preuve, l'on constate une incertitude en la matière[3441], ce qui entraîne une imprévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux. Le résultat est encore incertain en ce qui concerne la recevabilité de la preuve biologique pour établir un lien de filiation eu égard à la prise en compte des liens affectifs par le juge. Dans certains cas, l'intérêt général peut faire obstacle au recours à la preuve scientifique. Toutefois dans le cas de l'affaire « Yves Montand », la Cour d'appel de Paris a admis le recours à la preuve scientifique effectuée *post mortem* sur le corps d'Yves Montand[3442]. Par ailleurs, en application de l'article 179 du CPC le juge peut lui-même prendre connaissance des faits litigieux en usant de divers procédés et de la possibilité de se déplacer sur les lieux dans le but d'une meilleure recherche de la vérité[3443]. En dehors des cas dans lesquels le juge peut faire des constatations par lui-même, il peut également d'office faire appel à un technicien qui aura pour fonction de procéder à diverses investigations notamment à des constatations ou des consultations[3444]. Il peut notamment d'office décider d'avoir recours à une expertise[3445]. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire[3446]. Dès lors que le déplacement du juge sur les lieux pourrait être difficile au regard notamment de l'endroit éloigné du juge, ce dernier est autorisé d'office à recourir à une commission rogatoire[3447] qui peut être interne ou internationale. La recherche des preuves qui permet de tendre à la vérité est fondamentale concernant la connaissance des faits litigieux, celle-

---

[3440] Ce dernier peut résulter de la mise en œuvre d'un dispositif de surveillance clandestin. Nous en avons une illustration dans un arrêt du 18 mars 2008, dans lequel la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé qu'était déloyal, le fait pour un employeur de mandater des cadres de l'entreprise en leur confiant la mission d'aller déjeuner dans l'établissement exploité par l'épouse d'un agent d'EDF-GDF, sans faire état du but de leur visite mais en donnant l'apparence d'être de simples clients, afin de savoir si ce dernier exerçait une autre activité pendant son temps de travail. Cf. B. INES, Note sous cet arrêt, in *D.* 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 992-993. Il en est de même, lorsque le procédé déloyal résulte de l'initiative d'un huissier de justice. C'est ce qu'a décidé la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du même jour, dans lequel, elle énonce que *« si un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié, en revanche il est interdit à cet officier ministériel d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve »*. En l'espèce, un huissier avait demandé à des tiers de faire des achats en espèces dans plusieurs magasins et avait ensuite, une fois la boutique fermée et en l'absence de la salariée, effectué un contrôle des caisses et du registre des ventes afin de constater l'erreur de cette dernière. Cf. in *D.* 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 993.

[3441] En effet, *« le juge se montre souvent très complaisant et parfois – à l'inverse – outrancièrement rigoureux en refusant d'ordonner une mesure d'instruction qui apparaissait nécessaire »*. Cf. Ph. BLONDEL, « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 170.

[3442] G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *R.T.D. civ.*, 2005, p. 38.

[3443] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 365-366, p. 154-155.

[3444] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 408 et s., p. 176 et s.

[3445] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 433 et s., p. 187 et s.

[3446] C. JARROSSON, « L'expertise équitable », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 22, p. 742.

[3447] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 589 et s., p. 266 et s.

ci ayant une incidence sur les règles applicables au regard de l'opération consistant dans la qualification juridique des faits.

395. La liberté du juge au regard de la qualification juridique des faits issus de la situation litigieuse présentée par les parties – Parmi, les différents moyens que les parties présentent au juge, la question se pose de savoir quel est celui que le juge retiendra car selon la qualification juridique retenue par ce dernier, le résultat sur le fond du droit litigieux est susceptible de varier[3448]. Il semble parfois difficile de répondre à cette question au regard de la délicate distinction entre le fait et le droit[3449]. Il convient de ne pas se contenter d'anticiper le résultat au regard de la qualification juridique susceptible d'être retenue car la mise en œuvre de cette qualification permettant d'obtenir une décision n'est pas dépourvue d'aléa[3450]. En effet, l'on peut imaginer que le juge choisisse d'abord la règle qu'il souhaite appliquer et sélectionne ensuite les éléments de fait susceptibles d'aboutir à la qualification juridique trouvée au départ[3451] mais selon certains auteurs, la qualification juridique n'intervient qu'après la constatation des faits[3452]. Dans les cas dans lesquels les catégories juridiques comprennent des notions faisant l'objet d'un pouvoir souverain d'appréciation par le juge[3453], il est aisé pour ce dernier, selon le résultat à atteindre de qualifier juridiquement les faits de faute, d'erreur, ou de dol[3454], etc. Il n'est cependant pas facile de faire la distinction entre les situations litigieuses qui vont être soumises au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et celles qui vont

---

[3448] Par exemple, en droit économique, dans le cadre d'*« une opération de capital investissement »* qui résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 mai 1986, si selon la jurisprudence constante, le juge qualifie les faits de promesse unilatérale d'achat des actions à prix planchers et non de clause léonine contraire à l'article 1844-1 du Code civil, il favorise la sécurité juridique de l'investisseur. En revanche, selon une analyse substantielle *« qui part du postulat qu'il existe un lien entre le droit et les faits (...) »* et qui fait *« d'une part appel à des notions provenant d'autres disciplines que le droit et confère d'autre part une place importante à des notions standards »*, le magistrat est susceptible de requalifier cette promesse en clause léonine. Cf. P. REIS, « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, Sous la direction de L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, Editions Larcier, Groupe De Boeck s.a., 2008, p. 190, 194-195.

[3449] P. CATALA, « Jurisprudence ou jurisprudence de la Cour ? », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, n° 5, p. 68 ; T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 145 et s., p. 110 et s.

[3450] « Le processus de formation de cette qualification qui aboutit au jugement est long, complexe et aléatoire ». Cf. A. BOLZE, « Codification et procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 111.

[3451] C'est ce qu'énonce Rigaux dans son ouvrage concernant la fonction de cassation. Cf. J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 60.02, p. 248.

[3452] J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 60.03, p. 249.

[3453] Celles-ci se reconnaissent au regard des termes ou expressions de la Cour de cassation qui font état de l'absence de son contrôle en la matière. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt du 24 juin 1986 dans lequel la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en énonçant que *« c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a considéré, par une décision motivée de ce chef, que la mesure sollicitée était urgente »*, montre qu'elle ne contrôle pas la notion d'urgence. Les manifestations de son absence de contrôle résultent également des expressions telles que *« la juridiction du fond « n'a fait qu'user » de la faculté ou du pouvoir que lui reconnaît la loi »*. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 181-182, p. 137.

[3454] Qui permet par exemple de parvenir au même résultat que celui de la lésion notamment par une réduction du prix. Cf. P. SANZ de ALBA, *Sur quelques aspects de l'équité*, th., Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, Mars 1980, n° 127, p. 105.

pouvoir faire l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation[3455]. Souvent, les faits sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Toutefois, en ce qui concerne les faits, il existe un contrôle minimum effectué par la Cour de cassation. Si cette dernière a pour fonction de contrôler les motifs de droit, elle ne se désintéresse pas totalement de certains éléments de fait afin de vérifier notamment *« si les constatations et appréciations de fait de l'arrêt sont intelligibles, si elles sont étayées sur des preuves ou procèdent de simples affirmations, et si elles sont suffisantes pour justifier la qualification juridique adoptée »*[3456]. Ainsi, par le biais du défaut de base légale, la Cour de cassation exerce son contrôle sur des problèmes de fait[3457]. Dès lors que les juges du fond ont l'obligation de motiver, au regard de leur appréciation souveraine, la qualification juridique retenue, la Cour de cassation contrôle les motifs de faits permettant d'aboutir à cette dernière[3458]. Par ailleurs, dans des cas particuliers, la Cour de cassation semble ne pas permettre aux juges du fond de prendre certains faits en considération et empiète, par là même, sur leur fonction[3459]. Ainsi, elle empêche les juges du fond de rechercher les circonstances propres à l'espèce dès lors que certaines conditions sont réunies. Il s'agit notamment de la jurisprudence relative à la faute délictuelle effectuée envers un tiers par un débiteur qui a manqué à une obligation contractuelle[3460], au caractère excusable de l'erreur provoquée par un dol[3461], ou bien encore à l'abus de droit qui n'est pas susceptible de résulter du droit de propriété lorsque celui-ci est utilisé contre un empiètement[3462]. L'avantage de ces solutions est qu'elles permettent d'anticiper le résultat sur le fond du droit litigieux, les circonstances propres à l'espèce n'étant pas prises en compte. Ainsi, *« sous couvert de la reconnaissance de la « jurisprudence », un pouvoir normatif, apparenté à celui du législateur, est reconnu à la Cour de cassation »*[3463]. Si d'une manière générale, l'on énonce que le pouvoir

---

[3455] En effet, selon Monsieur le Professeur Thierry Le BARS, *« la politique de contrôle de la Cour de cassation est à la fois pragmatique, empirique et évolutive »*. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 194, p. 150.

[3456] J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 60.04, p. 250.

[3457] Tel est notamment le cas concernant la procédure, les contrats-types et les contrats d'adhésion. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 203 et s., p. 155 et s. Ainsi, la cassation est encourue pour manque de base légale lorsque *« les constatations de fait de l'arrêt sont équivoques, incomplètes, d'une façon générale lorsqu'elles ne permettent pas à la Cour régulatrice d'exercer son contrôle »*. Cf. E. TOURNON, « Le défaut de motifs, vice de forme des jugements », *J.C.P.*, G., 1946, I, 553.

[3458] Si la qualification de «bref délai » relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, ces derniers doivent en apporter une motivation suffisante au regard des éléments de fait de la situation litigieuse. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 220, p. 167-168.

[3459] C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, Chron., p. 746.

[3460] L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 octobre 2006 énonce en effet que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». Cf. C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, Chron., p. 746.

[3461] C'est ce qui résulte d'un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 21 février 2001 affirmant qu'une « réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée ». En effet, au regard de ce principe, il ne semble pas possible pour les juges du fond de prendre en compte les éléments de faits susceptibles de constituer la faute résultant d'une tromperie. Cf. C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, Chron., p. 746.

[3462] Comme l'exprime l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 7 juin 1990 : « la défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus » C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, Chron., p. 746.

[3463] C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, Chron., p. 746.

souverain des juges du fond ne concerne que l'appréciation des faits, en réalité, il porte aussi sur toutes les qualifications juridiques qui ne font pas l'objet d'un contrôle par les juges de la Cour de cassation[3464].

396. Des exemples faisant état du pouvoir souverain des juges du fond – Il a trait, par exemple, à l'évaluation du caractère permanent et stable du concubinage[3465] ou à la somme allouée à la victime au titre des dommages-intérêts pour la réparation de son préjudice[3466] ou bien au caractère manifestement excessif au regard des arrêts de rejet de la Cour de cassation[3467]. Selon que la notion est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond ou qu'elle relève du droit, la solution est plus ou moins prévisible. Les cas dans lesquels les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation et qui sont donc insusceptibles de faire l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation[3468] engendrent une incertitude en la matière. Par exemple, en cas de manquement par le débiteur à ses obligations, le créancier a la possibilité, conformément au principe de droit commun des contrats, de demander la résolution du contrat. L'article 1184 du Code civil admet cette sanction sans distinguer selon que cette inexécution est totale ou partielle. Toutefois, le juge ayant un pouvoir souverain d'appréciation en la matière, en cas d'inexécution partielle, il pourra juger que cette dernière n'est pas d'une gravité suffisante pour affecter le contrat dans sa totalité et ne pouvant ainsi y mettre fin[3469]. D'où l'incertitude sur le fond du droit litigieux en cas d'inexécution partielle. De plus, on constate une judiciarisation des règles substantielles qui entraîne une imprévisibilité des solutions et qui bouleverse le mécanisme de la motivation de la décision de justice fondée sur le syllogisme. De nombreuses règles de fond font obligation au juge de statuer en application de principes généraux tels que l'égalité, la bonne foi, l'équité, l'intérêt de l'enfant, de la famille, le bon père de famille, la protection de la vie privée, etc. Ainsi, *« au lieu de reposer sur des critères permettant de qualifier les faits, la règle de droit substantiel désigne directement la solution en renvoyant sa détermination à l'appréciation personnelle du juge. Ce n'est plus une règle de droit préexistante et identifiée que le juge désigne dans les conditions de la procédure, c'est une solution qu'il détermine a posteriori, en contemplation des intérêts matériels, particuliers et contradictoires qui sont en jeu dans le procès »*[3470]. Dans ces situations et surtout en matière familiale, le juge ne doit pas seulement statuer en application de la règle de droit mais aussi dans un « esprit »

[3464] J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 60.01, p. 248.
[3465] L. BACH, « Jurisprudence », *Rép. Civ.*, Dalloz, 2000, n° 68, p. 10.
[3466] J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008, n° 60.02, p. 248.
[3467] J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th., Préf. Ph. Le TOURNEAU, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2004, n° 307, p. 307-308.
[3468] Si celle-ci ne contrôle pas « la pertinence des motifs », elle doit néanmoins constater que le juge a bien rempli son devoir de motivation du jugement. Cf. F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 23.
[3469] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 205, p. 119.
[3470] A. BOLZE, « Codification et procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 103-104.

familial[3471]. F. A. Hayek écrit que *« Si le juge constate qu'une règle sur laquelle comptait un plaideur est fausse, alors même qu'elle est largement admise et pourrait même être universellement approuvée si on la formulait, ce sera parce qu'il découvre qu'en certaines circonstances cette règle contredit des anticipations appuyées par d'autres règles »*[3472]. La prévisibilité de la solution semble donc difficile dans ce domaine car propre à chaque cas particulier. Toutefois, la prise en compte du lien d'affection par les juges du fond permet de montrer le pouvoir créateur du juge en la matière[3473]. Selon F. A. Hayek, *« bien qu'aux yeux du juge une position acquise constitue souvent une présomption de bon droit, sa mission est tout autant d'aider au changement que de préserver des situations existantes »*[3474]. De même, en droit du travail, le juge bénéficie d'un grand pouvoir d'appréciation notamment en ce qui concerne la cause réelle et sérieuse du licenciement[3475]. Dans d'autres hypothèses, il est également difficile d'anticiper la solution sur le fond du droit litigieux car le juge est doté d'un pouvoir discrétionnaire[3476].

397. Les manifestations du pouvoir discrétionnaire du juge quant à la possibilité de soulever ou pas des moyens de droit – Dans un litige ayant trait au droit de la consommation, ce dernier peut, en application de l'article L 141-4 du Code de la consommation, soulever d'office toutes les dispositions du même code, mais il n'est pas certain qu'il use de cette possibilité[3477]. Il en résulte une imprévisibilité de la solution en la matière[3478]. Cette remarque peut valoir aussi en ce qui concerne la solution retenue par l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2007 qui donne la possibilité au juge de soulever un moyen de droit qui n'a pas été

[3471] Par ailleurs, c'est au regard de la réunion d'un certain nombre d'éléments de faits tels que la stabilité d'une relation, la présence d'enfants issus d'un couple non marié, la relation d'affection qui s'est nouée envers les enfants que le juge va accorder des droits subjectifs. Cf. V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 2, p. 4 ; n° 652, p. 428. Cf. aussi A. BENABENT, « L'office du juge en droit de la famille », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 81-82.

[3472] F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique,* Volume I, Règles et ordre, PUF, 3ième édition, Paris, 1992, p. 139.

[3473] V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, n° 686, p. 450.

[3474] F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique,* Volume I, Règles et ordre, PUF, 3ième édition, Paris, 1992, p. 144.

[3475] En application de l'article L. 1235-1 du Code du travail. Cf. E. COLLOMP, « L'office du juge en droit du travail », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 95.

[3476] C'est-à-dire qui n'implique pas de motivation à la différence du pouvoir souverain d'appréciation. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 202, p. 155 ; F. BOUCARD, « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 22. Toutefois, dans certains cas, il en va différemment. *« Lorsque la loi laisse au juge la faculté de modifier la situation des parties en présence de circonstances déterminées, ce juge, s'il décide d'exercer cette faculté, doit justifier dans sa décision que les conditions envisagées par la loi sont réunies. Dans le cas contraire où il décide de ne pas exercer la faculté, il n'a pas à s'en expliquer »*. Cf. J. BUFFET, « La sentinelle de la loi », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 44.

[3477] *« Cette faculté reste donc discrétionnaire »*. Cf. E. BAZIN, « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et procéd.*, 2008, n° 20, p. 129.

[3478] Les litiges de consommation pouvant en effet faire l'objet *« d'un traitement différencié et donc inégal selon les juges, entre les juges pro-consommateurs » et les juges « pro-professionnels »*. Cf. E. BAZIN, « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et procéd.*, 2008, n° 20, p. 128.

expressément invoqué par les parties[3479]. Si en application des articles 4[3480] et 5 du CPC[3481], le juge doit statuer en fonction des demandes des parties[3482] et choisir entre les différentes thèses en présence[3483], néanmoins il a la possibilité d'opérer une requalification des faits en application de l'article 12 du même code sauf si les parties l'on lié sur certains points de droit[3484]. Au regard de la recherche de la vérité absolue, il semblerait ainsi que le juge soit doté d'immenses pouvoirs lui permettant de ne pas être lié par les qualifications opérées par les parties ainsi que par les fondements juridiques choisis par ces dernières. Le juge a la possibilité de se fonder sur des faits qui ont été portés à sa connaissance bien que ces derniers ne soient pas ceux sur lesquels les parties ont appuyé leur prétention[3485]. D'où l'attention particulière des parties concernant la description des faits litigieux au juge, ce dernier bénéficiant de certains pouvoirs eu égard à l'objet du litige mais devant aussi respecter certaines contraintes. En application de l'article 5 du CPC, le juge est lié par la détermination de l'objet du litige telle qu'elle est effectuée par les parties. Lorsque le fondement invoqué à l'appui d'une prétention comporte une option comme le prévoit l'article 1184 du Code civil, il n'est pas possible pour le juge, d'office, de « substituer un terme de l'option à l'autre sans méconnaître les termes du litige »[3486]. D'ailleurs, concernant le droit, si eu égard à l'article 12 du CPC, il incombe au juge d'appliquer les règles de droit applicables au litige, il existe des exceptions lorsque les parties en décident autrement. Selon le second alinéa du même article, le juge doit vérifier si les parties ont effectué une juste qualification juridique des faits. En effet, ce dernier peut requalifier les faits litigieux. *« C'est ainsi que, saisie à tort d'une dénonciation de nouvel œuvre, une Cour d'appel a pu ordonner la démolition d'un mur sur la base d'une complainte puisqu'elle avait relevé que le trouble à la possession avait déjà été réalisé et qu'il présentait donc les caractères d'un trouble actuel»*[3487]. Le juge n'est pas lié par le fondement juridique invoqué par les parties hormis le cas de celui qui implique une option qui ne peut faire l'objet d'un changement par le juge comme l'énonce la jurisprudence précitée. En revanche, le juge peut modifier le fondement par exemple en appliquant au litige l'article 1384 alinéa 1er du Code civil plutôt que l'article 1382 du même code dont avait fait état l'une des parties ou bien encore se fonder sur la responsabilité contractuelle

---

[3479] E. BAZIN, « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et procéd.*, 2008, n° 20, p. 129.
[3480] Selon lequel *« l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties »*.
[3481] Qui dispose que le juge *« doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé »*.
[3482] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, Presses universitaires de France, 2001, p. 341.
[3483] Comme l'énonce F. A. HAYEK, *« Etant donné que le point de départ du juge sera de constater les anticipations que les parties ont formées sur la base des règles existantes, il lui faudra souvent désigner, entre des perspectives qui se contrarient bien qu'elles aient été formées de bonne foi et basées sur les règles connues, celle qui doit être tenue pour légitime »*. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique,* Volume I, Règles et ordre, PUF, 3ième édition, Paris, 1992, p. 138. En effet, selon cet auteur, *« lorsque dans une dispute une règle est invoquée, qui a été invariablement observée dans les affaires antérieures dont certains aspects abstraits sont présents dans le cas présent, le seul recours ouvert à l'autre partie est d'invoquer une autre règle également reconnue comme valide aussitôt formulée, et également applicable à l'affaire en cours, règle qui appellerait une modification des conclusions tirées de la première »*. Cf. du même auteur, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Volume 2, Le mirage de la justice sociale, PUF, 1981, p. 17-18.
[3484] Cf. *Supra* n° 212 ; 336.
[3485] M. CARATINI, « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gaz. pal.*, 1986 (2e semestre), p. 405.
[3486] V. MAUGERI, Observations sous Cass. 3ième civ., 25 mars 2009, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2009, n° 3411, p. 13.
[3487] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 130.

plutôt que délictuelle. Il semblerait en effet que l'on ait admis cette éventualité[3488]. On pourrait encourager le juge à agir de la sorte car si jusqu'à l'arrêt du 7 juillet 2006, à l'origine de la jurisprudence *Césaréo*, le fait que le juge n'ait pas l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit se justifie[3489] et ne peut faire l'objet de grandes critiques étant donné que la partie qui n'obtient pas gain de cause sur le fondement juridique qu'elle a choisi ne l'empêche pas de recommencer une action sur un fondement différent qu'elle estimera plus adéquat[3490] ou qui lui permettra d'obtenir satisfaction, désormais, avec la jurisprudence *Césaréo* précitée, il n'est plus possible de recommencer une autre instance pour obtenir satisfaction sur un autre fondement. Il convient donc d'être vigilant dans la rédaction des conclusions si le juge n'a pas l'obligation de rectifier l'erreur des parties sur ce point comme l'énonce un arrêt du 21 décembre 2007. En effet, il semblerait que selon la solution qui résulte de cet arrêt le juge ait *« seulement la faculté d'appliquer la règle de droit adéquate »*[3491]. Cela n'est cependant pas en accord avec ce qu'énonce la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 19 février 2008 dans lequel elle oblige le juge à requalifier une action récursoire en demande reconventionnelle[3492]. Un arrêt d'une Chambre mixte en date du 21 février 2003, avait également imposé au juge de requalifier une demande reconventionnelle en moyen de défense ou inversement[3493]. Certes, le juge connaît le droit selon l'adage *jura novit curia*[3494] mais en changeant le fondement juridique d'une prétention, on peut craindre qu'il ne favorise le sort d'une des parties au détriment de l'autre. Or, la vérité judiciaire n'est pas obligatoirement la

---

[3488] C. PARODI, « L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile », *Defrénois*, 1976, Art. 31120, p. 750-751.

[3489] Car *« en faire une obligation aurait eu pour conséquence l'annulation de toutes les décisions dans lesquelles le juge aurait débouté la partie en restant sur le terrain juridique choisi par elle alors qu'il aurait pu lui donner satisfaction en appliquant une règle de droit différente ; or, il est souvent très délicat de sortir du terrain choisi par une partie pour en rechercher un autre qui permettrait au juge de faire droit à la demande »*. Cf. C. PARODI, « L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile », *Defrénois*, 1976, Art. 31120, p. 752-753.

[3490] C. PARODI, « L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile », *Defrénois*, 1976, Art. 31120, p. 753.

[3491] Ainsi, l'article 12 du CPC ne deviendrait qu'un texte facultatif. Or, si le juge statue en application d'une règle inappropriée aux faits litigieux, il viole la loi. Cf. G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *J.C.P.*, G, 2008, I, 156, n° 17, p. 23.

[3492] Dès lors, en l'espèce, le délai d'un mois concernant les actions récursoires n'était pas applicable. Cf. *J.C.P.*, G, 2008, IV, n° 1569, p. 50 ; G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *J.C.P.*, G, 2008, I, 156, n° 18, p. 23.

[3493] D'autres arrêts ont limité la liberté offerte au juge en obligeant ce dernier, lorsqu'une demande était engagée sur le fondement du défaut de conformité de la chose vendue ou du vice caché de celle-ci, de vérifier si le fondement choisi était adéquat, à défaut de quoi, il devait requalifier la demande en utilisant l'autre fondement.
Dans un arrêt du 12 juillet 2001, la première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi reproché aux juges du fond de ne pas avoir requalifié la demande concernant l'annulation d'une vente d'un véhicule d'occasion sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles en demande en garantie des vices cachés. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 225, p. 141-142. Il en est de même lorsque la demande a trait à l'annulation d'une transaction pour dol ou violence puisque dans cette hypothèse, la première Chambre civile de la Cour de cassation a imposé au juge, dans un arrêt du 9 juillet 2003, de rechercher si cette action *« ne devait pas être requalifiée en annulation pour défaut de concessions réciproques »*. Il ressortait des faits de l'espèce que les parties avaient souhaité soumettre leur transaction aux articles 2044 et suivants du Code civil. Cf. *Bull. civ.*, I, n° 174, p. 136 ; M. CHARRUAULT, Conseiller rapporteur, Rapport sous Ass. plén., 7 juillet 2006, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 46.

[3494] En effet, cet adage « procède de la règle *Nemo censetur ignorare legem* ainsi que de l'objet de la mission du juge qui est de faire observer le commandement de la loi ». Cf. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Editions Litec, 1999, n° 190, p. 363. Cf. L. PENNEC, *L'adage Jura novit curia dans le procès civil. Emergence et évolution contemporaine en droit comparé*, th., Université du Sud Toulon-Var, 2010.

vérité absolue[3495], et l'on peut s'interroger sur la question de savoir si le juge doit avoir un tel pouvoir[3496]. Or, au regard de l'arrêt précité de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 21 décembre 2007 le juge n'a pas l'obligation de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande des parties. En l'espèce, l'acheteur d'un véhicule d'occasion a assigné son vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés, afin d'obtenir « le coût d'une remise en état du véhicule, la réduction du prix de vente et des dommages et intérêts », mais sa demande a été rejetée pour défaut de preuve. L'acquéreur forme un pourvoi en cassation car il reprochait à la Cour d'appel qui l'avait débouté de sa demande de ne pas avoir légalement justifié sa décision au regard de l'article 12 du CPC en ne recherchant pas si sa demande ne pouvait pas prospérer sur le fondement de l'obligation de délivrance incombant au vendeur. Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi en énonçant que : *« Si parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes. Ayant constaté qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef. »* Ainsi, les juges du fond n'ont pas l'obligation de concevoir la demande sur un autre fondement juridique[3497]. En d'autres termes, ils peuvent relever d'office des moyens de droit non invoqués seulement s'ils le souhaitent[3498]. D'ailleurs, la Cour de cassation avait déjà transformé le devoir du juge de *« donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux »*, en simple faculté. Il convient donc de faire la distinction entre le devoir de requalification[3499] imposé au juge en application de l'article 12

[3495] J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 134-135, p. 193-194. *« La vérité judiciaire se situe dans un entre-deux plein de tension entre l'impératif de vérité et ce qui est raisonnablement juste »*. Cf. J-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, p. 259 ; 270.

[3496] H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 11, p. 229. Selon Motulsky, *« si l'on part de l'idée que la cause de la demande réside dans « le fait juridiquement qualifié » et que la qualification fait donc partie du concept, (…) on devrait taxer d'excès de pouvoir tous les cas de « requalification » – laquelle suppose, par hypothèse, qu'une qualification a déjà été fournie par les parties –, alors que, bien au contraire, cette faculté est expressément reconnue au juge »*. Cf. H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, Chron., n° 15, p. 240.

[3497] D'ailleurs, Monsieur Jacques MIGUET dans sa thèse avait énoncé qu'*« hors du domaine de la requalification, l'application d'office de la règle de droit n'est qu'une simple possibilité, non une obligation »*. Cf. J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 573, p. 637.

[3498] L. WEILLER, note sous Cass. 3ième civ., 13 février 2008, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10052, p. 33. Sur l'évolution des pouvoirs du juge en la matière, cf. J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, n° 116, p. 165-167.

[3499] Précisons que cette obligation concerne les faits dont ont expressément fait état les parties et non les faits adventices. Toutefois, ces derniers sont susceptibles d'être relevés par le juge mais à condition qu'il invite les parties à s'expliquer. Cf. G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *J.C.P.*, G, 1993, I, 3693, p. 332.

alinéa 2 du CPC et la simple possibilité pour le juge de relever d'office les moyens de droit[3500] alors que cet article 12 assimile requalification et changement de dénomination juridique[3501]. En effet, *« requalifier juridiquement des faits, c'est nécessairement écarter la règle de droit selon laquelle ils avaient été qualifiés pour lui en substituer une autre »*[3502]. Il en résulte une certaine imprévisibilité et donc des inégalités[3503] en la matière pour les parties qui, selon le juge saisi verront, soit leur fondement juridique modifié leur permettant ainsi d'obtenir gain de cause, soit leur prétention rejetée[3504] car étant considérée comme mal fondée par les magistrats saisis de l'affaire[3505] ou ne pouvant prospérer en raison du défaut de preuve comme en l'espèce. Ainsi, Le fait pour le juge d'avoir la liberté de relever ou pas d'office un moyen de droit semble contraire au principe de l'égalité des armes entre les parties puisqu'il a la possibilité de le soulever ou pas de manière abitraire. Par ailleurs, même si le juge avait le devoir de le soulever d'office, ce principe ne serait pas respecté puisque le juge *« contribuerait au succès de l'une des parties au*

[3500] L. DARGENT, note sous cet arrêt du 21 décembre 2007, *D.* 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 228-229. V. aussi H. CROZE, « Retour sur la qualification », *Procédures*, Juillet 2008, p. 1, n° 7. L'arrêt fait la distinction entre les deux en énonçant que si l'article 12 *« oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux »*, il n'a pas *« l'obligation (...) de changer la dénomination ou le fondement juridique »* des demandes. Cf. G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *J.C.P.*, G, 2008, I, 156, n° 14, p. 22.

[3501] G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *J.C.P.*, G, 2008, I, 156, n° 14, p. 22. Selon Motulsky, *« il n'existe pas de différence de nature entre la requalification et la substitution d'une règle de droit non invoquée ; par conséquent, pour pouvoir admettre que le fait de « relever d'office des moyens de pur droit » obéisse à un autre régime, il faudrait se fonder sur l'idée que cette dernière opération est, elle, spécifiquement différente des autres. Or, ce n'est pas le cas »*. Cf. H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, Chr., p. 102. *« Le système est instable parce que la distinction entre requalification et changement de fondement juridique s'évanouit dès qu'on l'approfondit. On a pu aussi lui reprocher d'être injuste et incohérent »*. Cf. H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 230.

[3502] G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *J.C.P.*, G, 2008, I, 156, n° 18, p. 23. Cf. dans le même sens, les observations sous cet arrêt de S. AMRANI-MEKKI qui énonce qu'il ne semble pas logique d'effectuer une correcte qualification sans appliquer le régime juridique qui convient, in « Droit judiciaire privé, Office du juge et pouvoir de relever d'office », *J.C.P.*, G, 2008, I, 138, n° 9, p. 22.

[3503] R. PERROT, note sous cet arrêt, *Procédures*, Mars 2008, p. 13.

[3504] Motulsky avait envisagé un tel cas de figure et estimé qu'il était inacceptable : *« (...) il n'est pas concevable que si par malheur, une règle ou une qualification sont présentées, le juge puisse se voir enchaîné par cette suggestion et que la partie dont le conseil s'est, selon le juge, trompé dans son appréciation juridique de la situation doive, pour cette seule raison, perdre son procès – quand bien même il suffisait, sans toucher à l'édifice de fait constitué par les allégations des parties, de redresser la qualification ou de substituer une autre règle de droit à celle qui a été invoquée pour que cette même partie obtienne gain de cause… – »* Cf. H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, Chr., p. 99. D'ailleurs, déjà, auparavant, cet auteur avait énoncé que le juge avait un devoir d'appliquer la règle de droit adéquate aux faits litigieux comme il ressort de l'adage *Jura novit curia*. En effet, les parties *« veulent gagner leur procès, peu importe sur la base de quelle règle de droit ; et il s'ensuit que la notion d'allégation implicite devrait, à la vérité, à elle seule, conduire à la liberté totale du juge : en exposant les faits et en formulant sa prétention, le plaideur, si tant est qu'il ait une volonté juridique implicite, peut, toujours et sans excès de pouvoir, être réputé invoquer tacitement toute norme propre à justifier sa thèse »*. Cf. H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, Chron., n° 16, p. 240 ; n° 24, p. 243.

[3505] En conséquence, le juge est « libre d'abandonner le justiciable à son sort ». Cf. S. HOCQUET-BERG, « L'erreur de l'avocat dans le fondement juridique d'une action », Note sous Cass. 1ière civ., 16 sept. 2010, n° 09-14.580, *J.C.P.*, G., 2011, n° 80, p. 164.

détriment de l'autre »[3506]. Pourtant, il semblerait que le choix de le soulever d'office ou pas, ne signifie pas qu'il favorise une partie en ce qui concerne le succès de sa prétention mais qu'il recherche la vérité en application de la mission qui lui incombe[3507]. Toutefois, si comme l'avait énoncé Motulsky[3508], le juge avait une obligation en ce domaine, cela permettrait d'anticiper la réaction de ce dernier et ainsi la solution sur le fond du droit litigieux en garantissant par là même une plus grande sécurité juridique[3509]. Cela paraît cependant utopique car l'ouverture du pourvoi en cassation serait en conséquence illimité et encombrerait la Cour de cassation[3510]. Selon un auteur, si le juge manque à son devoir, il faudrait pouvoir engager la responsabilité de l'avocat qui a fait perdre une chance à son client d'obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux[3511]. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 septembre 2010 dans lequel elle énonce qu'eu égard à l'erreur de l'avocat dans le fondement de la défense de son client, les juges du fond auraient dû en déduire la faute de ce professionnel du droit[3512]. *« Juger, c'est choisir, décider, affirmer un certain rapport entre deux idées, alors qu'il existe d'autres rapports possibles »*[3513]. Ainsi, *« Dans le cas où le juge n'est pas amiable compositeur et où les parties n'ont pas fait usage de la faculté de le lier « par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat » ; il doit qualifier et requalifier exactement les faits et actes ; il peut, mais ne doit pas, changer le fondement juridique des prétentions, donc introduire des moyens de droit nouveaux »*[3514]. La solution qui ressort de l'arrêt du 21 décembre 2007 accroît les charges procédurales des parties au point de

---

[3506] Ainsi, selon un auteur, l'article 12 du Code de procédure civile va à l'encontre de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cf. R. MARTIN, « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile », *D.* 1996, Chron., p. 20.

[3507] D. D'AMBRA, « L'inégalité des armes et le nouveau Code de procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 148.

[3508] Ph. BLONDEL, « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 180.

[3509] L'incertitude naît en effet du doute concernant l'étendue des pouvoirs du juge notamment quant à l'exercice obligatoire ou facultatif de ces derniers au regard de son incidence sur l'évolution du litige. Cf. J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, n° 572, p. 636.

[3510] En effet, le manquement du juge de relever d'office le moyen de droit qui convient conduirait à la cassation de sa décision. L'on peut penser que l'avocat aux Conseils est susceptible de trouver un moyen de droit qui s'applique mieux à l'espèce que celui choisi par le juge du fond. Cf. R. MARTIN, « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile », *D.* 1996, Chron., p. 20.

[3511] Ainsi *« ou bien le juge corrige ces insuffisances et/ou manquements, ce qui est éminemment souhaitable pour le justiciable, ou c'est le professionnel du droit qui doit satisfaire à ses obligations, qui doit, comme le médecin, connaître l'état du droit positif tel qu'il est au jour où il est consulté et qui engage sa responsabilité professionnelle s'il a par sa faute fait perdre une chance réelle de gain à celui qui lui a confié ses intérêts »*. Cf. Ph. BLONDEL, « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 180.

[3512] S. HOCQUET-BERG, « L'erreur de l'avocat dans le fondement juridique d'une action », Note sous Cass. 1ière civ., 16 sept. 2010, n° 09-14.580, *J.C.P.*, G., 2011, n° 80, p. 163.

[3513] P. HUGONET, *La vérité judiciaire*, Préface de Simone Rozes, Editions Litec, 1986, p. 23 ; p. 39.

[3514] H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 13, p. 230.

voir naître un véritable *« office des parties »*[3515]. Selon Monsieur le Professeur Hervé Croze, si l'article 12 du CPC prévoit que le juge doit trancher le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », « cet alinéa a essentiellement pour objet de dire qu'en principe le juge ne peut statuer seulement en équité dès lors qu'il ne lui a pas été confié une mission d'amiable composition. Il ne signifie pas nécessairement que le juge est le maître du droit dans l'instance civile »[3516]. En effet, pour déterminer la règle de droit applicable, le juge se réfère aux faits tels qu'ils sont énoncés par les parties, sauf si ces dernières ont expressément lié le juge en ce qui concerne le droit applicable[3517]. Ainsi, sauf dans les cas où les parties ont utilisé l'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile, la requalification relève du pouvoir et même du devoir du juge[3518]. Par exemple, dans certains cas et notamment dans le cadre de relations d'affaires, les parties souhaitent souvent que leur accord ne soit pas soumis aux règles étatiques afin de préserver une certaine confidentialité. Elles décident parfois non pas de prendre une sûreté mais de se tourner vers la lettre d'intention en vertu de laquelle une personne énonce à un créancier son intention de soutenir son débiteur si celui-ci ne respecte pas son engagement. Or, les juges ne sont pas liés par ces intentions et requalifient ces engagements, eu égard à leurs termes, en véritable obligation juridique qui peut être une obligation de résultat. D'où dans ce cas, l'intérêt d'utiliser l'article 12, alinéa 4 où le juge statue en équité. Toutefois, la portée de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 21 décembre 2007 doit être limitée puisqu'en l'espèce il s'agissait d'un moyen mélangé de fait et de droit[3519]. Selon un président de chambre de la Cour de cassation, il s'agit d'un « arrêt d'étape »[3520]. La solution devrait donc être inchangée en ce qui concerne les moyens de pur droit[3521]. En effet, selon un courant doctrinal et jurisprudentiel, le juge aurait l'obligation de relever d'office ces derniers, alors que selon un autre, sauf exception, il en aurait seulement la faculté. Monsieur le Professeur Thierry LE BARS, dans sa thèse, évoque les partisans des deux théories, mais selon lui, le juge doit relever d'office les moyens de pur

---

[3515] En effet, si en application des articles 6 à 9 du CPC, les parties ont déjà la charge de l'allégation des faits et de la preuve, désormais, elles ont en plus celle d'invoquer tous les moyens de droit de nature à fonder leur demande. Cf. L. WEILLER, note sous Cass. 3ième civ., 13 février 2008, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10052, p. 33. Selon Madame le Professeur Mélina DOUCHY-OUDOT, *« il s'agit avant tout de désemplir les rôles des greffes et de gérer les flux dans le sens d'un allègement des juridictions »*. Cf. M. DOUCHY-OUDOT, « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum*, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 108.

[3516] H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 14, p. 231.

[3517] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 44.

[3518] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 488.11, p. 248.

[3519] Alors que les moyens de pur droit *« s'appuient sur des faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions »*, les moyens mélangés de fait et de droit reposent *« sur des faits qui, sans être spécialement invoqués par les parties ont néanmoins été allégués ou introduits dans le débat »*. Cf. M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 26.

[3520] Or, cette expression est *« antinomique avec un arrêt de principe »*. Cf. H. BERANGER, Entretien avec Ph. BLONDEL, « Motulsky c'est une lumière, celle qui conduit, inspire et illumine », *J.C.P.*, G., 2012, n° 39, p. 75.

[3521] S. AMRANI-MEKKI, « Droit judiciaire privé, Office du juge et pouvoir de relever d'office », *J.C.P.*, G, 2008, I, 138, n° 9, p. 22. Si l'on distingue selon que le moyen nouveau est ou non mélangé de fait et de droit, le juge *« aurait l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit, c'est-à-dire, les moyens reposant sur des faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leur prétention »*, alors qu'*« il bénéficierait d'une simple faculté de relever d'office un moyen mélangé de fait et de droit, c'est-à-dire, impliquant la prise en compte de faits simplement dans le débat »*. Cf. M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 30.

droit[3522]. Parfois, la Cour de cassation précise l'étendue de l'office du juge, mais cette tâche incombe aussi à la règle de droit. Dans certains cas, le CPC impose au juge de relever d'office un moyen de droit comme l'énonce l'article 125 alors que dans d'autres il lui en donne seulement le pouvoir notamment en application des articles 7, 8 et 16 ainsi que du décret du 20 août 2004 concernant la fin de non-recevoir qui résulte de l'exception de chose jugée notamment depuis le 1er janvier 2005, date d'entrée en vigueur de ce décret. Il en est de même, en application de l'article L. 141-4 du Code de la consommation précité, issu de la loi du 3 janvier 2008[3523] ainsi que concernant plus particulièrement la Cour de cassation, l'article 1015 et 620 alinéa 2 du CPC laissant à celle-ci la faculté de soulever ou pas d'office un moyen de pur droit. Dans d'autres cas, il s'agit d'une interdiction car la demande doit émaner de l'une des parties au procès. Tel est le cas de l'article 2223 du Code civil concernant la prescription[3524] et de l'article 92 du CPC concernant les règles de compétence d'attribution qui ne sont pas d'ordre public[3525]. En dehors du cas du pouvoir accordé au juge de statuer en équité, la véritable qualification juridique, si elle est effectuée par le juge en raison de son pouvoir de requalification des faits, a des conséquences importantes puisqu'elle détermine la règle de preuve applicable, la compétence ainsi que la procédure[3526] à suivre. Mais au-delà de son pouvoir de statuer au regard des règles applicables, le juge peut contribuer à l'efficacité du jugement quant à son exécution.

398. La liberté du juge quant à sa contribution à l'efficacité du jugement – En dehors de l'hypothèse de la rectification du jugement en cas d'erreurs ou d'omissions matérielles affectant celui-ci, le juge pouvant se saisir d'office[3527] pour y remédier, conformément à l'article 515 du Code de procédure civile, si il estime qu'il est utile d'ordonner l'exécution provisoire du jugement[3528] et que cette dernière est conciliable avec la nature de l'affaire, il peut la prononcer notamment eu égard au temps nécessaire pour que la cour d'appel rende sa décision. Le juge peut ordonner l'exécution provisoire que pour une partie du paiement d'une créance ordonné par un jugement. En effet, ce dernier ne comporte pas toujours un régime unique et peut donc être

---

[3522] T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 443, p. 318.

[3523] E. BAZIN, « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et procéd.*, 2008, n° 20, p. 129.

[3524] Par exemple, même si le non-usage trentenaire d'une servitude résulte des pièces du dossier, il incombe au propriétaire du fonds servant de faire état de la prescription car le juge ne peut relever d'office ce moyen de droit. Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 438, p. 312.

[3525] M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, note de bas de page n° 11, p. 25. « L'incompétence d'attribution ne peut être relevée d'office en dehors des cas de violation d'une règle de compétence d'ordre public ou d'absence de comparution du défendeur (art. 92, alinéa 1er du CPC). En matière contentieuse, si le défendeur comparaît, le juge ne peut pas non plus relever d'office son incompétence territoriale, sauf dans les litiges relatifs à l'état des personnes ou lorsque la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction (art. 93 du CPC) ». Cf. T. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, n° 438, p. 312.

[3526] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 624.12, p. 365.

[3527] Comme le prévoit l'article 462 alinéa 2 du CPC.

[3528] De même, en matière pénale, ce pouvoir appartient au tribunal correctionnel et au tribunal de police conformément aux articles 464 et 539, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

exécuté de manière différente selon les prescriptions de la loi ou du juge[3529]. Par ailleurs, le juge a la possibilité d'assortir d'office sa condamnation d'une astreinte conformément à l'article 33 de la loi du 9 juillet 1991 ou bien encore de prendre des mesures provisoires qui sont exécutoires à titre provisoire. Dans certains contentieux particuliers tels que celui de la filiation, dès lors que le magistrat juge opportun que le jugement soit rendu commun à tous les intéressés, il a la possibilité de mettre en cause d'office ces derniers comme le prévoit l'article 324 alinéa 2 du Code civil. Parfois, le CPC prévoit qu'il peut substituer un jugement à un autre comme le montre l'article 1246 alinéa 1er du CPC qui énonce, que la cour « peut, même d'office, substituer une décision nouvelle à celle du juge des tutelles ou à la délibération du conseil de famille »[3530].

399. Des exemples révélateurs de la variation de la nature des pouvoirs du juge – La distinction entre les obligations ou la liberté du juge quant à l'exercice de ses pouvoirs permet d'anticiper l'usage de ces derniers mais lorsque le juge bénéficie d'une faculté sur ce point, l'anticipation est plus ou moins prévisible selon que le juge bénéficie d'un pouvoir souverain d'appréciation ou même discrétionnaire ou que la Cour de cassation exerce son contrôle en la matière. Seul, le pouvoir discrétionnaire permet au juge de décider librement sans avoir à motiver ses choix. Tel est le cas par exemple pour les mesures qui ont trait au déroulement du débat judiciaire : *« remises d'audience, sursis à statuer, réouverture des débats, organisation des mesures d'instruction »*[3531], dans la limite toutefois des exigences résultant de l'article 6 §1 de la Conv.EDH ou encore *« dans l'énoncé d'un motif juridiquement erroné »*[3532]. Par ailleurs, toujours dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du juge, on peut faire référence aux décisions qui concernent le fond du droit notamment celles qui ont pour objet de fixer le point de départ des intérêts de l'article 1153-1 du Code civil, celles qui décident de la déchéance totale ou partielle des intérêts, qui fixent le montant des dépens, ainsi que celui des indemnités de l'article 700 du Code de procédure civile[3533]. Comme l'énonce l'article 700 du CPC, le juge peut décider de supprimer ces frais notamment eu égard à l'équité et à la situation économique de la partie perdante. Le lien entre la procédure et le fond du droit semble indissociable tant les mesures procédurales prises par le juge ont une incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux. Cela n'empêche pas de faire état plus spécialement des pouvoirs du juge dans ce domaine dans lequel on retrouve la distinction entre les devoirs et la liberté de ce dernier quant à l'exercice de ses pouvoirs. En effet, toutes ces décisions du juge n'ont pas l'obligation pour être valables d'être

---

[3529] Par exemple, un jugement rendu par le conseil de prud'hommes peut être exécutoire de droit à titre provisoire dans la limite énoncée par la loi et pour une autre partie de la créance, dans celle ordonnée par le juge. Enfin, il peut être dépourvu de l'exécution provisoire pour la somme restante. Cf. J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 443.41, p. 201.

[3530] Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 814.

[3531] A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 15.

[3532] Qui montre que le pouvoir n'est pas fondé. Cf. A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 15.

[3533] A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 15.

soumises au principe de motivation énoncé par l'article 455 du Code de procédure civile[3534]. Par ailleurs, selon que les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation ou que les juges de la Cour de cassation effectuent un contrôle, l'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux est plus ou moins prévisible. Par exemple, l'intérêt à agir est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond mais pas celui d'effectuer une voie de recours[3535]. Les notions laissées à l'appréciation souveraine des juges sont notamment *« la connexité, l'urgence, la cause grave qui permet la révocation de l'ordonnance de clôture, (le motif légitime d'obtenir avant tout procès une mesure d'instruction), le dommage imminent, la vérification des conditions requises par la loi pour qu'une mesure conservatoire puisse être autorisée, la liquidation d'une astreinte »*[3536]. Cependant, il semble difficile d'être certain des matières qui relèvent du pouvoir souverain des juges du fond et celles qui font l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation car il peut y avoir des évolutions. Par exemple, la notion de diligence interruptive de la péremption d'instance a d'abord fait l'objet d'un contrôle pendant plusieurs années, puis a été laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond et est désormais encore à nouveau contrôlée[3537]. Par ailleurs, les articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ne donnant pas d'indication sur ce point, c'est à la jurisprudence qu'il revient de décider si le juge peut d'office ou non accorder des délais de grâce. Mais à l'égard du locataire d'un bail à usage d'habitation, il peut user d'office de son pouvoir d'accorder des délais de grâce[3538]. Il résulte d'un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 9 novembre 2007, que les conditions de recevabilité de l'intervention volontaire en cause d'appel relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[3539]. Ainsi, la question se pose de savoir si la personne qui souhaite intervenir de manière volontaire en appel peut prévoir les chances de succès de la recevabilité de sa demande d'intervention volontaire à l'instance en appel.

400. La faculté du juge découlant de la loi concernant la protection du consommateur – Depuis la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 : *« le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application »*[3540] en application de l'article L. 141-4 du Code de la consommation. L'on avait pu auparavant regretter que dans certains cas et plus spécialement en ce qui concerne le crédit à la consommation, le juge n'ait pas le pouvoir de relever d'office la méconnaissance de certaines exigences d'ordre public**.** En effet, dans ce domaine, les consommateurs ne sont pas toujours disposés à défendre leurs droits en raison

---

[3534] Cela est pourtant critiquable eu égard notamment au montant des indemnités de l'article 700 qui est souvent très élevé et au droit à un procès équitable qui prescrit que le juge doit motiver ses choix lorsqu'il rend une décision ayant trait aux droits des parties. Cf. A. BENABENT, « Le discrétionnaire », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Editions Litec, LexisNexis, 2007, p. 16.

[3535] J. BUFFET, « La sentinelle de la loi », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 40.

[3536] J. BUFFET, « La sentinelle de la loi », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 39.

[3537] J. BUFFET, « La sentinelle de la loi », in *Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle*, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, p. 40.

[3538] Notamment en application de l'article 114, 1° de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 ayant trait à la lutte contre les exclusions qui modifie l'article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Cf. P. KAYSER, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *R.R.J.*, 1999-1, p. 16.

[3539] Y.-M. SERINET, Note sous Cass. ch. mixte, 9 novembre 2007, *J.C.P.*, G, 2008, II, 10070, p. 33.

[3540] Cité par S. AMRANI-MEKKI, « Droit judiciaire privé, Office du juge et pouvoir de relever d'office », *J.C.P.*, G, 2008, I, 138, n° 9, p. 23.

notamment de la méconnaissance des règles juridiques ou de la valeur du litige qui est susceptible d'être inférieure au coût du procès[3541].

401. La stratégie au regard de la prise en compte de la distinction entre le pouvoir souverain et le pouvoir discrétionnaire du juge – Une part d'aléa se manifeste à l'égard de ce qui relève ou pas du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond puisqu'il incombe à la Cour de cassation de décider de l'étendue de son contrôle. Certes, si d'une manière générale, la jurisprudence de la Cour de cassation tend à se maintenir, elle est néanmoins susceptible d'évoluer. En effet, pour ce qui a trait à la distinction entre le fait et le droit, l'avocat aux Conseil ne peut orienter les choix du plaideur qu'avec une « relative certitude »[3542]. Par exemple, lorsque la dernière jurisprudence semble être favorable à l'appelant qui n'a pourtant pas obtenu gain de cause en appel, il semble opportun pour ce dernier de former un pourvoi en cassation[3543]. Il ressort d'un arrêt récent d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 27 février 2009, que les conditions de mise en œuvre du principe selon lequel « une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui » font l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation[3544]. Par ailleurs, la violation de la loi peut consister par exemple dans le non-respect de la règle du non cumul entre le possessoire et le pétitoire. La Cour de cassation a ainsi cassé une décision de la cour d'appel *« qui avait statué dans la même décision à propos du droit de propriété des revendiquants sur un chemin et sur la demande en liquidation de l'astreinte concernant l'action possessoire de l'adversaire, estimant que la reconnaissance du droit de propriété des premiers excluait de prononcer la liquidation d'astreinte réclamée par le second. Ce faisant, la Cour d'appel a tiré du fond du droit le motif de sa décision au possessoire, violant ainsi l'article 1265 du CPC »*[3545]. Concernant l'allocation de dommages et intérêts à l'une des parties en vue de réparer son préjudice, il est difficile de faire des prévisions en la matière, de nombreux paramètres rentrant en ligne de compte. En effet, le juge peut tenir compte du comportement de chacune des parties

---

[3541] Ainsi, l'idée de l'insertion d'une disposition dans le Code de la consommation conférant ce pouvoir d'office au juge avait déjà été évoquée. Cf. G. PAISANT, « Pour le pouvoir d'office du juge dans l'application des dispositions du Code de la consommation », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 66. Par exemple, il avait été envisagé que pourrait être énoncé un article L. 133-3 au sein du Code de la consommation rédigé de la façon suivante : « Le juge peut, à l'occasion d'une procédure engagée devant lui relativement à un contrat de consommation, se saisir d'office du caractère abusif d'une clause contractuelle ainsi que des manquements à des dispositions d'ordre public contenues dans le présent code ». Cf. G. RAYMOND, « Saisine d'office du juge en droit de la consommation », *J.C.P.*, G, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 73. D'ailleurs même dans les contrats entre professionnels, le juge peut sanctionner l'un des contractants qui soumet son partenaire commercial à des obligations créant un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » en application de l'article L. 442-6 , 2° du Code de commerce. Ainsi, le juge peut faire obstacle à l'insertion de clauses abusives dans les contrats entre « partenaires commerciaux ». Cf. X. DELPECH, « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, Actualité législative, p. 2220-2221.

[3542] L. BORE, « La spécificité de la technique de cassation », *J.C.P.* G, 2009, n° 26, 63, p. 58-59.

[3543] En effet, dans une espèce concernant un prêt à usage à durée indéterminée, le prêteur qui souhaitait reprendre l'usage de la chose prêtée n'avait pas obtenu gain de cause en appel, mais s'il avait effectué un pourvoi en cassation, il aurait eu de fortes chances d'obtenir satisfaction étant donné qu'à cette époque, en 1998, la Cour de cassation avait modifié sa jurisprudence qui était désormais plus favorable au prêteur en énonçant qu'il incombait au juge de fixer la durée du prêt. Cf. C. BLERY, « Principe de concentration des moyens : une nouvelle pierre à l'édifice », Note sous Cass. 1ère civ., 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *J.C.P.*, G., 2009, n° 45, 401, p. 16.

[3544] X. DELPECH, Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 724.

[3545] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 124-125.

ainsi que de leur situation économique[3546]. Mais au-delà de la distinction entre le pouvoir souverain et discrétionnaire du juge, le résultat sur le fond du droit litigieux dépend également de la réaction des parties aux injonctions du juge.

b.L'incidence des injonctions du juge sur le résultat sur le fond du droit litigieux

402. La sanction du manquement des parties à l'invitation du juge quant à l'accomplissement des formalités en matière procédurale – Certes si en application de l'article 90 alinéa 1er du CPC, le juge pouvait prononcer la radiation de l'affaire dès lors que les parties n'avaient pas constitué avoué dans le délai requis, avec la réforme de la Cour d'appel cette sanction est obsolète au regard de la suppression des avoués devant celle-ci. La même remarque peut être effectuée dans le cas du contredit en application de l'article 91 alinéa 3 du CPC. Une application similaire peut être faite conformément à l'article 97 alinéa 3 du CPC en cas de renvoi de l'affaire à une autre juridiction, le juge pouvant à cet effet inviter les parties à se faire représenter. En cas de manquement de celle-ci à cette obligation, le juge radie l'affaire.

403. La sanction du manquement des parties aux injonctions du juge – Il y a eu une évolution concernant les pouvoirs du juge en ce qui concerne la marche de l'instance puisque si auparavant, les parties bénéficiaient d'une grande liberté à ce sujet, désormais, il incombe au juge notamment par voie d'injonctions d'établir des délais concernant le dépôt des conclusions, la communication des pièces entre les plaideurs ainsi que pour mettre en œuvre les mesures d'instruction. C'est en cela que l'on peut dire que l'injonction est *« conçue comme un instrument de régulation de la procédure »*[3547]. C'est ainsi que le juge peut ordonner la comparution personnelle de chacune des parties mais qu'il peut aussi avoir recours au serment supplétoire afin de compléter sa conviction[3548]. D'ailleurs, la possibilité de prendre des mesures afin de pallier l'insuffisance des preuves fournies par les parties[3549] est à prendre en compte dans le calcul de la durée de la procédure car cela peut ralentir le procès. Toutefois, il n'est pas certain que le juge use de ses pouvoirs d'investigations en ce qui concerne la recherche de la preuve. Dans certaines hypothèses, le juge va pouvoir user de ses pouvoirs d'office sans que la mesure d'instruction ait au préalable été demandée par l'une des parties au procès. C'est notamment ce qui résulte d'une interprétation extensive des articles ayant trait à l'obtention de la production forcée des pièces qui serait détenue par l'une des parties au procès dans le cadre de la procédure sans représentation obligatoire[3550] et non par un tiers[3551] car en la matière, c'est à la demande de l'une

---

[3546] P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, n° 18, p. 115.

[3547] N. FRICERO, « Les manifestations de l'injonction : éléments de comparaison issus du contentieux civil », in *Les injonctions du juge*, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, n° 2, p. 4.

[3548] E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 134, p. 99.

[3549] L. CREMIEU, *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, p. 121.

[3550] Il s'agit notamment des articles 844, 862, 882 du CPC et 516-23 du Code du travail. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 77, p. 35 ; n° 86, p. 38.

des parties que le juge a la faculté ou pas d'ordonner ladite production en justice des pièces qu'il détient. Il aurait été également souhaitable que le juge bénéficie du même pouvoir d'office devant les juridictions de droit commun afin de faciliter la recherche de la vérité[3552]. Ainsi, le juge bénéficie d'un pouvoir d'injonction à l'égard de la partie récalcitrante qui ne fournit pas les pièces. En application de l'article 134 du CPC, il peut même imposer sous astreinte une telle communication. Or, en cas de non communication des pièces par la partie concernée, le juge peut rejeter ces dernières des débats, ce qui est critiquable d'un point de vue de la recherche de la vérité mais qui permet de garantir la loyauté procédurale[3553]. De même, concernant les pièces qui n'ont pas été communiquées entre les parties dans les délais requis, selon l'article 135 du CPC, le juge peut soit conserver soit rejeter les pièces, alors qu'il aurait été souhaitable de laisser au juge la faculté de prévoir une nouvelle communication des pièces entre les parties avec notamment une réouverture des débats comme le prévoit l'article 444 du CPC[3554]. Le juge a ainsi la possibilité de sanctionner les parties qui ne défèreraient pas à ses injonctions par exemple en n'examinant pas des pièces et des conclusions déposées de manière tardive après l'ordonnance de clôture ou bien encore en prononçant la radiation du rôle[3555]. Dans tous les cas, dans l'hypothèse d'une abstention ou d'un refus de la partie de répondre aux injonctions du juge, ce dernier peut en tirer toute conséquence sur la solution sur le fond du droit litigieux. En effet, d'une manière générale, le fait pour le juge de pouvoir imposer aux parties un devoir de collaboration dans la recherche des preuves lui permet d'en sanctionner leur manquement par le biais du jugement rendu[3556]. Il en est de même en ce qui concerne l'utilisation du serment par le juge afin de l'éclairer sur les faits du litige. L'efficacité du serment déféré d'office dépend de la bonne foi et de la loyauté des parties[3557] qu'il s'agisse du serment supplétoire ayant pour objet d'éclairer la conviction du juge ou le serment estimatoire qui a trait à la fixation de la valeur de la chose, objet du contentieux[3558]. Or, le plaideur qui refuse le serment déféré par le magistrat a

---

[3551] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 80-81, p. 36 ; n° 85, p. 37.

[3552] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 87, p. 39.

[3553] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 43, p. 22.

[3554] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 41, p. 21.

[3555] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 10, p. 19-20.

[3556] E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 397, p. 233.

[3557] Ce qui rend moins fréquent l'utilisation de procédé. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 288, p. 115.

[3558] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 264, p. 106-107.

de faibles chances d'obtenir gain de cause[3559]. D'une manière plus générale, les déclarations des parties, l'absence de réponse ou le refus de celles-ci de répondre aux demandes du juge en matière de preuve ont une incidence sur l'établissement de la preuve, le magistrat pouvant en tirer toute conséquence en droit ou en faire état comme un commencement de preuve par écrit[3560]. L'exercice par le juge de ses pouvoirs à l'égard des parties a une incidence sur le résultat de l'action mais dans selon les cas l'anticipation en la matière est plus ou moins certaine. Une meilleure prévisibilité semble néanmoins concerner la liberté du juge dans la mise en œuvre de ses pouvoirs face au comportement des parties l'une envers l'autre pendant le procès.

§2 : La liberté du juge face au comportement des parties l'une envers l'autre et à la situation litigieuse

404. Il convient d'attacher une importance au comportement des parties avant le procès comme nous l'avons vu plus haut en matière contractuelle puisque l'attitude des parties avant le procès peut avoir une incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux. Mais il convient également de tenir compte de celle-ci pendant le procès et ce tant dans le cadre contractuel (A) qu'en matière procédurale (B).

A.Dans le cadre contractuel

405. L'attitude de l'une des parties pendant l'instance peut influencer la solution sur le fond du droit litigieux et ainsi entraîner un résultat qui n'était pas celui prévu au départ. Selon un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 5 mai 1993, les juges du fond doivent prendre en considération *« toutes les circonstances intervenues jusqu'au jour de la décision »* avant de se prononcer. En l'espèce, ces derniers avaient rejeté la demande d'un vendeur en résolution pour non exécution par l'acquéreur de son obligation d'entretien dont il bénéficiait, sans tenir compte des éléments concernant les soins liés aux besoins du vendeur après l'assignation. Ainsi, le comportement du débiteur au cours du procès a un impact sur le succès ou l'échec de la demande en résolution du contrat[3561]. Or, l'attitude du cocontractant est souvent imprévisible lors de l'instance comme elle l'est déjà, en dehors de tout procès, au sein de la relation contractuelle[3562]. D'où l'importance d'insérer dans la convention des clauses de comportement afin de lier les parties sur l'attitude à adopter pendant le déroulement du contrat[3563]. De même, lorsque l'une des parties souhaite invoquer une clause résolutoire, le juge peut y faire obstacle eu égard notamment à son comportement pendant l'instance laissant augurer sa volonté de renoncer à se prévaloir de cette clause. Dans un arrêt du 22 mai 1991, la première Chambre civile de la Cour de cassation a énoncé qu'un assureur ne pouvait invoquer une clause

---

[3559] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 281, p. 113.

[3560] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 308, p. 123.

[3561] J. MESTRE, observations sous cet arrêt, in *RTD civ*., 1994, p. 353.

[3562] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 484, p. 262.

[3563] *Supra* n° 42.

de limitation de garantie en raison de son comportement consistant à se prévaloir de cette dernière tardivement alors que, tout au long du procès, il avait pris la défense de l'assuré sans manifester de réserves[3564]. D'une manière générale, lorsque le créancier souhaite agir en justice pour sanctionner l'inexécution d'une obligation par le débiteur, le comportement de ce dernier va influencer le juge pour déterminer le montant des dommages et intérêts. En effet, si pour évaluer le montant de la somme accordée au créancier, le juge est tenu de prendre en compte l'étendue du dommage indépendamment de la gravité de la faute, le comportement du débiteur semble exercer aussi une certaine influence sur sa décision[3565]. D'ailleurs, même en présence d'une clause pénale, le comportement du débiteur a également une incidence sur le pouvoir du juge de modérer cette dernière. D'autant qu'en la matière, la volonté des parties ne peut faire obstacle aux pouvoirs du juge. Dans le même ordre d'idées, le juge peut exercer d'office son pouvoir d'accorder des délais au débiteur sans qu'un accord de volonté puisse y faire obstacle. Une anticipation en la matière est néanmoins possible étant donné que le juge exerce ses pouvoirs d'office, uniquement lorsque certaines conditions sont réunies. Ainsi, les articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil qui permettent au juge d'accorder à un débiteur des délais pour le paiement de sa dette ou une réduction de celle-ci, sont mis en œuvre en présence de certaines circonstances concernant notamment le comportement des parties pendant l'instance. En effet, si pour ce faire, le juge prend en compte à la fois les ressources respectives du débiteur et du créancier ainsi que l'utilité de la mesure, il se réfère également au comportement des parties. S'il accorde cet avantage aux *« débiteurs malheureux et de bonne foi »*[3566], il doit aussi analyser le comportement du créancier qui a pu permettre au débiteur de retarder l'échéance de sa dette[3567]. Lorsque les parties ont mis en œuvre une clause de sauvegarde mais que cette dernière ne leur a pas permis de parvenir à un accord, le juge peut, avant de rendre sa décision, leur enjoindre de se comporter en bon contractant en tentant une nouvelle négociation. Ainsi, la stratégie du juge peut consister en ce qui concerne le fond du droit litigieux à maintenir le lien contractuel plutôt qu'à sanctionner sa mauvaise exécution[3568]. De même, dans un cadre purement procédural, le juge tient compte du comportement des parties pendant l'instance, ce dernier n'étant pas sans incidence sur le résultat sur le fond du droit litigieux.

B.Dans le cadre procédural

406. La sanction du non-respect par les parties des obligations procédurales qui leur incombent est issue des pouvoirs du juge et sa prévisibilité dépend de l'utilisation de ces derniers qui soit s'impose à celui-ci, soit est une simple faculté. La sanction de la violation de certains principes directeurs du procès semblent découler de la notion de loyauté procédurale. Nous

---

[3564] J. BIGOT, Note sous cet arrêt, *J.C.P.* 1992, G, II, 21799, 49-50.

[3565] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 796, p. 430-431.

[3566] *« Le débiteur malheureux est celui qui a été victime d'événements qu'il n'a pas su maîtriser, bien qu'ils n'aient pas été imprévisibles ni irrésistibles, et qu'ils ne l'aient pas libéré de sa dette en représentant une force majeure. Le débiteur de bonne foi est celui qui a manifesté de la bonne volonté pour payer sa dette sans pourtant y parvenir »*, cité par P. KAYSER, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *R.R.J.*, 1999-1, p. 21.

[3567] P. KAYSER, « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *R.R.J.*, 1999-1, p. 22.

[3568] B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n° 788, p. 426-427.

n'étudierons pas distinctement la sanction d'un comportement procédural déloyal et les autres comportements mais nous évoquerons différents types de comportements sanctionnables pouvant à certaines conditions être rattachés au non-respect du principe de loyauté procédurale. D'ailleurs cette dernière est à définir tant elle regroupe elle-même d'autres principes qui en découlent indirectement. Un comportement pouvant être constitutif de la violation de l'obligation de loyauté procédurale se manifeste par exemple dans l'abus du droit d'agir ou dans l'exercice d'une voie de recours.

407. La sanction de l'abus du droit d'agir ou de l'exercice d'une voie de recours – L'abus du droit d'agir ayant déjà été évoqué plus haut, il convient ici de faire état de la sanction de l'abus lors de l'exercice d'une voie de recours. Si l'on fait la distinction entre l'appel abusif et l'appel dilatoire, il ressort des arrêts de la Cour de cassation que celle-ci fait souvent état des deux termes en même temps[3569]. Afin de lutter contre les abus liés à l'exercice de la voie d'appel, les juges sont dotés de certains moyens permettant de sanctionner les parties à cette fin[3570]. En cas de demande abusive ou dilatoire en appel, l'appelant est susceptible de se voir appliquer la sanction prévue par l'article 32-1 du CPC[3571]. Il en est de même pour l'intimé en cas de défense abusive ou dilatoire. D'ailleurs, l'abus dans l'exercice de la voie d'appel est sanctionné depuis longtemps. Dans son *Traité sur l'appel*, RIVOIRE énonce que *« comme la considération et l'autorité des décrets de la justice se trouvent un peu compromises par un appel téméraire, la partie est punie de son attaque inconsidérée par le payement d'une amende dont elle ne peut jamais être affranchie »*[3572]. Déjà, dans un arrêt datant de 1924, on retrouve cette notion de dilatoire. Mais concernant l'abus dans l'exercice de l'appel, il convient de se référer plus spécialement à l'article 559 du CPC qui toutefois ne semble concerner que l'appelant au regard des termes de cet article[3573]. En cas de défense abusive ou dilatoire de l'intimé, c'est donc l'article 32-1 du CPC qui est applicable[3574]. Il n'est pas nécessaire pour prononcer la sanction prévue par cet article de constater la mauvaise foi ou le dol de l'appelant[3575] mais à l'inverse, il convient de faire état d'une faute. La Cour d'appel doit donc caractériser cet abus car à défaut, son arrêt risque d'être entâché d'un défaut de base légale comme le montrent des arrêts récents, notamment un arrêt de la 3ième chambre civile de la Cour de cassation du 1er juin 2010, n° 09-65.216 ou bien encore un arrêt de la 2ième chambre civile de la Cour de cassation du 1er juillet 2010, n° 09-66.404. Il convient donc de se référer à la motivation générale de l'arrêt devant faire

[3569] Etant donné que les sanctions de l'appel dilatoire et les dommages intérêts pour abus de procédure sont souvent liés. Cf. M.-S. GUIGOU, *Le droit aux voies de recours hiérarchiques en matière civile*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis COUPET, Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 2005, n° 777, p. 305.

[3570] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 228, p. 130.

[3571] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 80, p. 84.

[3572] M. RIVOIRE, *Traité de l'appel et de l'instruction sur l'appel*, Paris, Joubert, Lyon, Dorier, 1844, n° 2, p. 3.

[3573] Qui dans son alinéa 1 dispose que : « En cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile « d'un maximum de 3000 euros » sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés ».

[3574] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 83, p. 86.

[3575] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 130.

état de l'abus de l'appel ou de son caractère dilatoire[3576]. Toutefois, dans un arrêt récent du 17 mars 2011, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a déclaré que le pourvoi était abusif sans caractériser de faute[3577]. Certes, en l'espèce, il s'agissait d'un pourvoi non admis mais il ne semble pas concevable que l'absence de motivation ne concerne que cette hypothèse. Si d'autres arrêts de la Cour de cassation vont dans le même sens, le nombre d'arrêts rendus sur le fondement de l'abus de procédure sera peut-être plus important. Néanmoins au regard de l'absence de motivation en la matière toute prévisibilité concernant la définition de l'abus est exclue, celle-ci étant laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge.

408. Des exemples de comportements constitutifs d'un abus – En application de l'article 555 du CPC, il est possible de mettre en cause un tiers et de le faire condamner notamment en cas d'évolution du litige. En revanche, à défaut d'évolution du litige, la mise en cause d'un tiers uniquement pour qu'il ne bénéficie pas du double degré de juridiction constitue une attitude déloyale. Il en est de même s'il s'agit d'essayer de parer un manquement « de réparer un oubli, une négligence », lors de la première instance[3578]. Par ailleurs, une sanction a été mise à la charge de l'appelant qui avait manqué de soutenir son appel car ce comportement a été considéré par la cour de cassation comme constitutif d'un appel abusif ou dilatoire. Tel est encore le cas lorsque l'appelant ne tient pas compte de la transaction effectuée en première instance[3579]. L'usage abusif du souhait de faire reconnaître son droit en justice se manifeste dans l'intention de retarder une solution prévisible. De même, si l'appel a pour seule finalité de suspendre l'exécution du jugement de première instance, l'appelant est susceptible d'être condamné à payer diverses indemnités[3580], notamment des dommages et intérêts dont le montant peut être très élevé et dont l'objet est d'indemniser la partie qui avait gagné en première instance[3581]. L'abus consiste dans la volonté de nuire à autrui, « soit en lui occasionnant des frais, soit en tentant d'obtenir indûment des avantages »[3582]. De nombreuses hypothèses qui pouvaient auparavant être constitutives d'un abus n'ont désormais plus lieu d'être au regard de la réforme de la procédure d'appel qui fait obstacle à leur réalisation. Tel est notamment le cas de l'appelant qui a été condamné pour abus de procédure pour avoir conclu des années après. En effet, désormais, l'appelant doit conclure dans le délai de 3 mois sous peine de caducité de l'appel relevé d'office par la cour d'appel. Il s'agit d'une sanction dissuasive car la caducité éteint l'instance à la différence de la radiation qui ne fait que la suspendre. D'ailleurs, la caducité devrait être relevée d'office car sinon le texte perdrait sa raison d'être. Un doute concernant la mise en œuvre de

---

[3576] M.-S. GUIGOU, *Le droit aux voies de recours hiérarchiques en matière civile*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis COUPET, Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 2005, n° 779, p. 306.

[3577] Elle énonce en effet simplement que : « le pourvoi revêt un caractère abusif ». Cf. Ch. ATIAS, « L'abandon d'un principe fondamental », *D*. 2011, p. 1129.

[3578] Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 360-361.

[3579] P. CHAUVEL, « Transaction », *Répertoire civil*, Dalloz, Septembre 2004, n° 436, p. 38.

[3580] P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, p. 146.

[3581] J.-L. BERGEL, « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », in *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, p. 130.

[3582] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 406, p. 238.

cette sanction existe. Tant en ce qui concerne l'appel que le pourvoi en cassation, la volonté de ralentir le procès est susceptible de se manifester. L'appel peut être dilatoire dès lors que l'une des parties interjette appel alors qu'elle sait qu'elle a peu de chance d'obtenir gain de cause. Il s'agit donc d'un « déguisement » pour gagner du temps et ainsi éviter l'exécution des obligations ou du moins en retarder l'exécution[3583]. Mais si l'appel est « la voie royale du dilatoire »[3584], il n'est pas exlu qu'un pourvoi en cassation soit également formé dans le seul but de retarder l'issue du litige[3585]. De plus, le recours peut s'effectuer de manière abusive dans un esprit de chicane. Lorsque le moyen invoqué semble un simple prétexte permettant d'intenter un recours sans toutefois espérer obtenir gain de cause, il s'agit d'un recours formé dans un esprit de chicane. Par ailleurs, au-delà de l'appel intenté dans un but dilatoire ou de chicane, « *l'appel peut être sciemment utilisé comme moyen d'intimidation ou de persuasion, pour forcer la main de l'autre partie. Cela constitue, dans un certain sens, un détournement de but ou de fonction du recours* »[3586]. L'appel est également doté d'un principe qui est de suspendre le jugement attaqué à la différence du pourvoi en cassation dont cet effet est prévu dans de rares hypothèses. Or, dans ces cas de figure, le juge est susceptible de prononcer une sanction. Il y a également certains risques à vouloir effectuer un pourvoi en cassation eu égard notamment à une possible condamnation pour pourvoi abusif ainsi qu'au titre des frais irrépétibles[3587]. Afin d'éviter qu'un pourvoi ne soit formé uniquement dans un but dilatoire, il nécessite au préalable l'exécution de l'arrêt attaqué, conformément à l'article 1009-1 du Code de procédure civile[3588]. Le Premier président peut en effet décider le retrait du rôle de l'affaire si le demandeur au pourvoi ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi[3589]. Cela peut être un avantage pour le créancier[3590]. Ensuite, l'instruction du pourvoi implique qu'il soit articulé autour d'un ou de plusieurs moyens sérieux, car à défaut, la Cour de cassation peut décider d'une non-admission du

---

[3583] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 406, p. 238 ; M.-S. GUIGOU, *Le droit aux voies de recours hiérarchiques en matière civile*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis COUPET, Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 2005, n° 771, p. 303.

[3584] M.-S. GUIGOU, *Le droit aux voies de recours hiérarchiques en matière civile*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis COUPET, Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 2005, n° 773 et s., p. 304 et s.

[3585] Selon Monsieur le Professeur et conseiller honoraire à la Cour de cassation Yves Chartier, « il est incontestable que beaucoup de pourvois n'ont d'autre véritable justification, dans l'esprit des plaideurs, que de gagner du temps, d'avoir un effet dilatoire : s'ils savaient que leur affaire allait être jugée dans un bref délai, ils éviteraient bien plus à s'engager dans une procédure, ils mettraient davantage en balance le coût d'une telle procédure, comparé au « gain de temps » qu'elle leur procure. Cf. Y. CHARTIER, *La Cour de cassation*, Collection Connaissance du droit, Editions Dalloz, 2e édition, 2001, p. 152.

[3586] S. DURFORT, *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1, n° 412, p. 241.

[3587] Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1268.

[3588] J.-P. MENABE, « Plaidoyer pour un bel outil », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 57.

[3589] Mais selon un arrêt Annoni di Gussolac c/ France, du 14 novembre 2000 de la Cour européenne des droits de l'homme, le Premier président doit exercer son pouvoir en veillant à ce que soit établi *« un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »*, et que *« le droit au recours ne soit pas atteint dans sa substance »*. Cité par J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 432.223, p. 187.

[3590] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 381.36, p. 156.

pourvoi ou de son rejet[3591]. En application de l'article L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire, la Cour de cassation ne peut pas connaître du fond des affaires. D'où une limitation des pourvois effectués à mauvais escient en la matière. Ainsi, tant en ce qui concerne la voie d'appel que le recours en cassation, sont instaurés des obstacles à une mauvaise utilisation de ces recours ainsi que des sanctions en cas notamment de recours abusif ou dilatoire. D'ailleurs, dans le mouvement des réformes tendant à éviter les stratégies dilatoires des plaideurs ou l'usage de la procédure à mauvais escient, dans la dernière édition de l'ouvrage sur la procédure d'appel de J.L. Gallet, une nouvelle section intitulée « de l'abus de l'appel » a été insérée alors qu'elle n'apparaissait pas dans l'édition précédente, ce qui est révélateur du souhait d'éradiquer les stratégies dilatoires ou abusives des plaideurs en matière procédurale même si on constate que les conditions de mises en œuvre d'une sanction sont telles qu'elles ne permettent pas toujours de faire obstacle facilement au comportement des plaideurs abusant de leur droit à une voie de recours.

409. La sanction d'un comportement procédural au regard du principe de loyauté – Des arrêts récents témoignent de l'importance du respect de l'obligation de loyauté procédurale, bien que l'émergence d'un nouveau principe directeur en la matière soit controversée en doctrine. Avant d'avoir été énoncé dans un arrêt du 7 juin 2005, le principe de loyauté avait été mis en avant dans le rapport Magendie de 2004 sur la célérité et la qualité de la justice. Par ailleurs, il est inséré de manière implicite en matière procédurale aux articles 3, 9, 15, 16, 132 et suivants, 763 du CPC ainsi qu'à l'article 10, alinéa 1er du Code civil, mais peut également découler d'autres principes tels que celui de bonne foi, de l'interdiction de l'abus de droit ainsi que notamment de l'adage *« Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*[3592]. L'autonomie de la loyauté peut néanmoins se manifester dans la question de l'admissibilité des modes de preuve[3593], ou en cas de contradiction dans l'attitude d'une des parties en ce qui concerne par exemple ses prétentions ou une communication tardive de pièces qui a déjà été reprochée antérieurement ou bien encore par le biais de l'application du principe de concentration préconisée par le Rapport de la commission Magendie[3594]. C'est au nom de ce principe de loyauté que sont effectuées les réformes concernant la procédure civile[3595]. Un arrêt du 11 janvier 2006 de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation montre bien la volonté de cette dernière d'instaurer le principe de loyauté dans notre système juridique[3596]. En effet, dans cet arrêt, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation énonce que *« le juge ne peut écarter des débats des conclusions et pièces communiquées par les parties sans préciser les*

[3591] Ph. BLONDEL, « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », in *Dictionnaire de la justice*, Sous la direction de L. CADIET, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, p. 1268.

[3592] M. DE GOUTTES, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 30.

[3593] Par exemple, en procédure civile, il a été jugé dans un arrêt du 7 octobre 2004 de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation qu'un enregistrement téléphonique effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués était un mode de preuve déloyal et donc irrecevable. En revanche, en matière pénale, la solution est plus nuancée puisque l'efficacité de la procédure dans la recherche de la vérité semble parfois prévaloir sur la loyauté de la preuve comme le montre l'exemple du *testing*. Cf. Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 367-368.

[3594] Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 362.

[3595] J.-C. MAGENDIE, « L'effectivité des droits passe par des procédures adaptées », *J.C.P.*, G, 2008, I, 145, p. 16.

[3596] S. GUINCHARD, « Les prémices d'une démocratie procédurale », *Répertoire de Procédure civile, Cahiers de l'actualité*, Janvier 2007, p. 8.

circonstances particulières qui ont empêché de respecter le principe de la contradiction ou caractériser un comportement de leur part contraire à la loyauté des débats »[3597]. De même, plusieurs arrêts de la Cour EDH font référence au principe de bonne foi et de loyauté[3598]. Selon M. Perrot, *« si principe il doit y avoir, ce ne peut-être tout au plus qu'un principe d'interprétation pour aider le juge à surmonter les défaillances réglementaires, et non un principe directeur ouvert à tous vents par la puissance de son universalisme, au besoin contra legem ». Le risque qui découle de cette notion de loyauté est l'insécurité juridique en raison de « ses connotations morales »*[3599]. Ainsi de nombreux autres procédés, hormis ceux cités ci-dessus, permettent de sanctionner les stratégies de mauvaise foi. On peut, par exemple, faire état de la jurisprudence consacrant d'une part l'obligation de concentration des moyens[3600] et d'autre part l'application de la théorie de l'*estoppel* dans le cadre de l'arbitrage ainsi que dans celui de la procédure civile[3601]. En effet, le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui permet de faire obstacle à « une mauvaise foi procédurale »[3602]. Il peut être considéré comme un moyen de défense[3603].

410. La sanction d'un comportement déloyal par le biais de l'*estoppel* – Si en matière contractuelle, le principe de l'*estoppel* ne semble être qu'une application de l'obligation de bonne foi, il ne paraît donc pas utile de le reconnaître officiellement[3604] et il en est de même en matière procédurale au regard des différents procédés permettant d'aboutir au même résultat[3605]. On peut par exemple citer « l'acquiescement, l'obligation de soulever toutes les exceptions *in limine litis*, les renonciations expresses ou présumées, le pouvoir souverain donné au juge du fond pour apprécier l'intérêt comme condition de recevabilité d'une action ou d'une demande »[3606]. Ainsi, les comportements faisant état, de manière manifeste, d'une contradiction au détriment d'autrui pourraient être sanctionnés par la violation du « principe de cohérence », selon lequel *« nul ne peut inciter un tiers à tirer les conséquences d'un comportement puis adopter brutalement et à son préjudice une attitude objectivement contradictoire »* dont le non-respect entraînerait une fin de non-recevoir[3607]. La question se pose donc de savoir si le principe de la liberté d'action ou de la défense permettant aux parties de modifier leur stratégie procédurale ne doit pas être mis en balance avec le respect d'*« une certaine cohérence*

[3597] *Cité par* S. GUINCHARD, « Les prémices d'une démocratie procédurale », *Répertoire de Procédure civile, Cahiers de l'actualité*, Janvier 2007, p. 8 et par B. TRAVIER, R. CROS, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, Avril 2007, Etudes, p. 12.

[3598] M. DE GOUTTES, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 40.

[3599] Cité par M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 1 ; p. 19.

[3600] *Supra* n° 216.

[3601] X. DELPECH, Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 723-724.

[3602] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 30.

[3603] *Supra* n° 316.

[3604] Sa consécration en droit anglais se justifie puisque celui-ci ne connaît pas le principe de bonne foi. Cf. Ph. LE TOURNEAU, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 719.

[3605] D. HOUTCIEFF, « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », Note sous Cass. ass. plén. 27 février 2009, *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 1247.

[3606] M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 23.

[3607] D. HOUTCIEFF, « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », Note sous Cass. ass. plén. 27 février 2009, *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 1248.

procédurale »[3608]. Selon M. Célice, le *« principe de cohérence »* est *« une exigence absolue du droit, en sorte qu'une ligne de conduite étant choisie, il serait impossible d'en changer »*[3609]. En effet, *« la cohérence impose de ne pas changer trop brusquement d'avis, de ne pas décevoir l'attente que l'on a créée : le comportement doit être suffisamment constant pour être le fait d'un homme raisonnable »*[3610]. Toutefois, l'on peut se demander si le principe de cohérence en matière contractuelle ne se confond pas avec le principe de bonne foi[3611]. Si en matière contractuelle, on peut le distinguer de la mauvaise foi tant le mensonge diffère d'une attitude incohérente[3612], il semblerait qu'il en soit de même en matière procédurale en ce qui concerne par exemple l'abus du droit d'agir en justice mais qu'en revanche, il soit englobé dans des notions plus larges prévues par le CPC. La comparaison a donc des limites. L'avantage toutefois de reconnaître le principe de l'*estoppel* est que ce dernier n'est pas empreint de subjectivité[3613] comme l'est le principe de bonne foi ou de loyauté et qu'il peut faire l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation, d'où une jurisprudence en construction qui va permettre de satisfaire le principe de sécurité juridique[3614]. Le risque de cette objectivité est de ne pas prendre en compte le fait pour l'une des parties de s'être trompée et de changer de stratégie pour rectifier son erreur. C'est peut-être au regard de la question de l'équilibre entre la liberté procédurale des parties et le respect de la situation acquise que la Cour de cassation ne consacre pas de manière large la théorie de l'*estoppel*. En effet, elle n'admet que rarement l'irrecevabilité du moyen au motif du respect de ce principe. Par exemple, dans un arrêt du 20 juin 2006, la première Chambre civile de la Cour de cassation n'a pas fait état de ce principe alors qu'il semblait être constitué en l'espèce puisque le mari qui avait fondé son action en divorce sur la loi française devant les juges du fond avait invoqué l'application d'une loi étrangère devant la Cour de cassation. Par ailleurs, il en a été de même dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 septembre 2007 dans lequel une salariée qui avait été mise à la retraite, avait utilisé son statut de retraitée pour obtenir une hausse de capital attribuée aux retraités de sa société, puis avait formé une action devant la juridiction prud'homale afin de faire valoir qu'elle avait fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[3615]. Ainsi, dans certains cas, l'impossibilité de faire application de l'*estoppel* empêche d'éradiquer certaines contradictions. L'on peut prendre l'exemple du pourvoi 07-12.551. En l'espèce, une défenderesse assignée devant le tribunal d'instance afin de régler un litige ayant trait à l'occupation d'un logement en exécution d'une

---

[3608] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 30.

[3609] B. CELICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1968, cité par D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001, T. 1, n° 2, p. 22.

[3610] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001, T. 1, n° 54, p. 64.

[3611] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001, T. 1, n° 11-13, p. 26-27.

[3612] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001, T. 1, n° 1 D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001, T. 1, n° 60, p. 67.

[3613] M. DE GOUTTES, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 41.

[3614] Bien que la recherche d'une contradiction indue génère une certaine incertitude en la matière. Cf. M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 24.

[3615] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 30.

convention d'occupation, avait relevé l'incompétence de ce tribunal en énonçant que le contrat litigieux devait recevoir la qualification de convention d'indivision. Le tribunal avait fait droit à cette demande en se dessaisissant au profit du tribunal de grande instance sans toutefois statuer sur la qualification du contrat dans le dispositif de son jugement. Le tribunal de grande instance, quant à lui, a ordonné l'expulsion de la défenderesse du logement qu'elle occupait. Or, en appel, afin de s'opposer à l'expulsion, cette dernière a invoqué la qualification de bail qui a d'ailleurs été admise par la Cour d'appel. Ainsi, le demandeur au pourvoi reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir mis en œuvre le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui dont avait fait état l'intimé. Mais l'admission d'un tel principe ne pouvait prospérer dans cette affaire en raison de la jurisprudence de la Cour de cassation *« qui refuse de donner force de chose jugée à de simples motifs d'un jugement statuant sur la compétence »*[3616]. En effet, au regard d'un arrêt du 30 janvier 2008 de la Chambre sociale de la Cour de cassation, l'on peut énoncer que : *« les juges du fond devront donc statuer dans le dispositif de leur décision sur la question de fond dont dépend la compétence, afin que l'autorité de la chose jugée bénéficie aussi à cette question »*[3617]. La question se pose de savoir si la reconnaissance du principe de l'*estoppel* ne permettrait pas dans ce cas de figure de prévaloir sur cette jurisprudence constante afin d'éradiquer la mauvaise foi de l'une des parties. Pour ce faire, il ne faudrait donc pas seulement constater une simple contradiction mais un comportement qui fait état d'une contradiction de mauvaise foi. En effet, la consécration de ce principe n'entraîne pas toujours la sanction de toute contradiction mais uniquement des contradictions manifestes qui ne respectent pas l'obligation de loyauté ou de cohérence[3618]. Mais peut-être est-il plus judicieux de reconnaître un tel principe en lui faisant jouer un rôle subsidiaire qui ne pourrait faire obstacle à la mise en œuvre de la jurisprudence constante énoncée ci-dessus ou d'autres principes déjà existants tels que par exemple l'intérêt à agir[3619] ? D'autres procédés peuvent aboutir au même résultat[3620]. D'ailleurs, dans le sens de l'incertitude ayant trait à la sanction d'un comportement incohérent, on peut faire référence à un arrêt qui induit une objectivité empêchant la rectification d'une erreur dans l'invocation des moyens devant le premier juge. Il ressort ainsi d'un arrêt du 9 septembre 2010 de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, une impossibilité pour le plaideur d'invoquer un moyen contraire aux précédentes écritures même lorsque ce moyen concerne une règle ayant trait à une compétence exclusive[3621]. Dans cette affaire, le demandeur au pourvoi avait soulevé l'incompétence du juge saisi devant la Cour d'appel mais avait de surcroît désigné le juge qu'il pensait être compétent, en l'occurrence le juge administratif. Or, selon la Cour de cassation, il ne pouvait à l'appui de son pourvoi faire état de la compétence exclusive du juge de l'exécution car il était *« irrecevable à soutenir devant la Cour de cassation une position*

[3616] M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 24.
[3617] Cité par M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 24.
[3618] M. DE GOUTTES, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 41.
[3619] M. BOVAL, Note sous Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 28.
[3620] Comme nous l'avons vu plus haut avec notamment « le défaut d'intérêt, l'irrecevabilité devant la Cour de cassation des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit, l'acquiescement à la demande ou au jugement ». Cf. P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 30.
[3621] N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 145-147.

contraire à celle adoptée devant les juges du fond »[3622]. En l'espèce, le plaideur a pu cependant souhaiter obtenir gain de cause devant la Cour de cassation en réparant son oubli de faire état, devant les juges du fond, de la règle qui résulte de l'article 8 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 énonçant qu'en cas de compétence exclusive du juge de l'exécution, tout autre juge saisi doit se déclarer d'office incompétent. Pourtant, dans le but de faire obstacle, de manière implicite, à un « esprit de chicane » du plaideur, la Cour de cassation sanctionne le comportement incohérent de ce dernier au regard de la contradiction dans ses écritures[3623] sans toutefois tenir compte de son éventuelle bonne foi. On constate ainsi des difficultés dans le souhait de combler un oubli ou de remédier à une erreur dans l'invocation des moyens devant les juges de première instance. De plus, si l'exemple précité a trait à la procédure devant la Cour de cassation, il en est de même devant la Cour d'appel, un comportement procédural incohérent étant également sanctionné devant celle-ci.
Par ailleurs, le comportement déloyal des parties peut se manifester dans la production des preuves.

411. La sanction d'un comportement déloyal des parties dans la production des preuves – Si l'aveu judiciaire énoncé à l'article 1356 du Code civil permet d'emporter la conviction du juge, ce dernier peut néanmoins faire obstacle à la stratégie déloyale de celui qui y a recours en faisant exception au principe de l'indivisibilité de l'aveu[3624]. Ainsi, le juge peut écarter des affirmations secondaires pour ne retenir que la déclaration principale au regard notamment de l'inexactitude des éléments accessoires ou d'imprécision de ces derniers[3625]. De plus, les faits permettant d'utiliser certains procédés de preuve font parfois l'objet d'un contrôle par le juge, ce qui permet d'éradiquer certains stratagèmes. Tel est le cas des faits pour lesquels il est recouru au serment décisoire mais l'anticipation du résultat en la matière est difficile puisque ces derniers sont soumis à l'appréciation souveraine du juge en application de l'alinéa 2 de l'article 317 du CPC. Par ailleurs, le comportement déloyal des parties concernant la production des preuves peut faire l'objet d'une sanction pénale en rentrant dans la catégorie juridique de l'escroquerie réprimée à l'article 313-1 du Code pénal. Les pouvoirs du juge dans le procès civil ne sont cependant pas aussi étendus qu'en matière pénale. En effet, dans le procès pénal, Donnedieu de Vabres énonce qu'*« entre la manœuvre frauduleuse et la remise, s'interpose un acte juridique, une décision de l'autorité judiciaire, dont la mission est précisément de réagir contre la trop grande habileté des plaideurs »*[3626]. Il n'y a pas le même rapport à la vérité en matière civile. En dehors de l'utilisation des modes de preuve, le comportement déloyal des parties est susceptible

---

[3622] N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 147.
[3623] N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 147.
[3624] *« En effet, l'auteur d'un aveu qualifié ou complexe peut tenter de faire échec aux moyens adverses en ajoutant à la déclaration principale de son aveu une ou plusieurs restrictions secondaires dans le but d'annihiler les conséquences juridiques de celle-ci »*. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 214, p. 87.
[3625] J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 215 et s., p. 88-89.
[3626] Cité par E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, n° 379, p. 266.

de se manifester à travers une absence de communication des pièces en totalité l'une envers l'autre.

412. La sanction par le juge de la non communication des pièces par les parties entre elles ou à l'égard du juge – Le droit à la communication[3627] en garantissant le droit fondamental à l'information des pièces et des arguments de chacune des parties dont il sera fait état devant le juge doit faire l'objet d'une sanction par le juge en cas de non-respect. Il s'agit de se conformer au principe du contradictoire qui découle des droits de la défense[3628] et qui n'est pas nouveau puisqu'il est mis en lumière dès la Grèce antique. Par exemple, dans *Les Guêpes* d'Aristophane, le personnage Bdélycléon énonce : « *Au nom des dieux, ne condamne pas, mon père, avant du moins d'avoir entendu les deux parties* »[3629]. De même, dans *Les Euménides* d'Eschyle, Athéna énonce : « Je vois là deux parties, mais n'entends qu'une voix »[3630]. Le débat judiciaire peut renvoyer au terme « agon », qui dans cet ouvrage, désigne les joutes oratoires[3631]. Si le principe du contradictoire est ancien, il est considéré comme « le meilleur exemple de l'efficacité de la procédure »[3632]. Il implique un dialogue entre les parties ainsi qu'une attitude qui est susceptible d'être sanctionnée par le juge et d'avoir en conséquence une incidence sur la solution sur le fond du droit litigieux. Dans un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 26 septembre 2006, l'une des parties n'avait pas communiqué l'intégralité des pièces et, pour se défendre, avait énoncé que l'acte litigieux, dont seulement les trois premières pages avaient fait l'objet d'une transmission, était accessible aux tiers puisqu'il figurait sur un registre public. La Cour de cassation ne lui a pas donné gain de cause puisqu'elle a rejeté le pourvoi en affirmant que les juges de la Cour d'appel avaient eu raison de décider que les destinataires de la communication *« n'avaient pas à lever eux-mêmes un document déjà communiqué par le conseil de l'adversaire et qu'aucune faute ne pouvait leur être reprochée »*[3633]. D'où la sanction sous jacente de la violation de l'obligation de loyauté procédurale. Selon un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 6 juin 2007, lorsqu'il manque au dossier des pièces énoncées dans le bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions et dont la communication n'a pas fait l'objet de contestations, le juge a

---

[3627] Qui est consacré également en matière administrative. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 160, p. 145.

[3628] H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de Georges BOLARD, Editions Dalloz, 2010, n° 12, p. 68.

[3629] Cf. Société d'Edition « Les Belles Lettres », Paris, 1985, Tome II, n° 920, p. 57.

[3630] Cf. Société d'édition Les Belles Lettres, Texte établi et traduit par Paul MAZON, 1997, Tome II, Notice générale, Vers 428, p. 148.

[3631] G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, p. 24. Il s'agit du *« débat, qui permet la persuasion »*. Cf. E. PUTMAN, « Mythe, justice et tragédie dans les *Euménides* d'Eschyle, in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, n° 4, p. 46.

[3632] M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, n° 22, p. 12 ; G. WIEDERKEHR, « Les droits de la défense et le principe de la contradiction », *ibid.*, p. 163.

[3633] Cité par Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 365.

l'obligation de demander aux parties d'apporter des explications sur cette absence de pièces[3634]. Toujours en application du respect de la loyauté procédurale, il résulte d'un devoir de déontologie entre avocats une obligation de communiquer la jurisprudence qui ne fait pas l'objet d'une publication ou qui est publiée dans des revues peu utilisées alors qu'aucun texte de droit positif n'impose une telle exigence[3635]. Par ailleurs, le juge devant faire respecter le principe du contradictoire aux parties, il doit notamment veiller à ce que l'une d'elles ne remette pas à l'autre des conclusions et pièces à un moment ne permettant pas à cette dernière d'organiser sa défense. Ainsi, l'une des parties peut retarder la communication des pièces à l'autre partie afin d'entraîner un renvoi de l'affaire à l'audience. De la même façon, cette partie peut intentionnellement ne pas conclure rapidement, ou manquer d'appeler un tiers en intervention forcée. Ainsi, au cours de l'instance entendue au sens large c'est-à-dire qu'il s'agisse de la première instance ou de l'instance d'appel, la stratégie consistant pour les parties à remettre des conclusions « tardives » ou « de dernière heure » est susceptible d'être sanctionnée d'office par le juge. Comme l'énonce un arrêt de la chambre mixte du 3 février 2006 les articles 15 et 135 du Code de procédure civile qui font référence à la notion de « temps utile »[3636] relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond[3637].

413. La sanction de la stratégie consistant à ralentir la procédure par le biais de la remise de conclusions « tardives » ou de « dernière heure » - Selon la Cour de cassation, les conclusions sont qualifiées de « tardives » lorsqu'elles sont postérieures à la clôture[3638] alors qu'elles sont dites de « dernière heure » si elles sont déposées avant celle-ci. Lorsque l'une des parties, dépose ses conclusions de manière tardive, la partie adverse peut demander au juge de les écarter des débats si celles-ci ont porté atteinte au droit de la défense[3639]. Selon la jurisprudence, les conclusions ou productions « tardives » doivent d'office être déclarées irrecevables par le juge[3640]. Toutefois, que ce soit par exemple la Cour d'appel qui les déclare d'office irrecevables ou l'une des parties qui lui en fasse la demande, elle doit, pour ce faire, s'assurer que l'avoué qui les a remises connaissait la date de la clôture et faire état des éléments particuliers qui ont entraîné la violation du principe de la contradiction ou qui ont été constitutifs d'un comportement déloyal[3641]. Par ailleurs, dès lors que l'une des parties est tentée de déposer ses conclusions très peu de temps avant la clôture pour échapper au prononcé d'office de leur irrecevabilité dans le but de rallonger le temps de la procédure, l'adversaire est susceptible de

---

[3634] N. FRICERO, Observations sous Civ. 3ième, 6 juin 2007, *D.*, 2007, Panorama, p. 2428.

[3635] Ch. LIEVREMONT, *Le débat en droit processuel (Contribution à une théorie générale du débat)*, Préface de Hervé CROZE, th., Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2001, n° 330, p. 387.

[3636] Qui est difficile à définir. Cf. Ch. LIEVREMONT, *Le débat en droit processuel (Contribution à une théorie générale du débat)*, Préface de Hervé CROZE, th., Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2001, n° 314 et s., p. 366 et s.

[3637] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 47.

[3638] Sauf dans les cas prévus aux alinéas 2 et 3 de l'article 783 du CPC. Cf. Communications de la Cour de cassation, « Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 5.

[3639] Le fait de déposer en temps utile les conclusions ne signifient donc pas uniquement qu'elles doivent l'avoir été avant l'ordonnance de clôture en application de l'article 783, aliné 1er du CPC ou avant le jour prévu pour cette dernière. Cf. A. PERDRIAU, « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P.*, G, 1991, I, 3479, n° 32, p. 4.

[3640] *Infra* n° 351, 412.

[3641] Communications de la Cour de cassation, « Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 6.

demander un report de l'ordonnance de clôture. Certes, d'une manière générale, les conclusions ou productions antérieures à la clôture des débats sont recevables, mais tel n'est pas le cas lorsque ces dernières sont transmises dans un temps très court avant la clôture, empêchant ainsi l'adversaire de se défendre[3642]. Dans cette hypothèse, les juges du fond peuvent refuser de les examiner puisque selon la Cour de cassation, il s'agit d'une violation des droits de la défense et du principe de la contradiction ou bien encore d'« un comportement contraire à la loyauté des débats ». Par exemple, dans un arrêt, la Cour de cassation a donné raison aux juges de la Cour d'appel d'avoir écarté des débats des pièces produites de manière tardive par l'une des parties alors qu'un premier arrêt lui avait déjà demandé d'en faire état. En effet, l'attitude de cette dernière avait fait obstacle à l'application du principe du contradictoire en empêchant ses adversaires d'organiser leur défense dans les délais requis et pouvait ainsi être considérée comme contraire à *« la loyauté des débats »*[3643]. Ainsi, en application du principe de la loyauté des débats, le juge peut ne pas tenir compte des pièces qui n'ont pas été communiquées « en temps utile » conformément à l'article 135 du CPC à moins qu'il ne décide de renvoyer l'affaire. Selon la jurisprudence, le juge apprécie de manière souveraine l'échange des pièces et des conclusions en « temps utile ». Par exemple, un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 23 mai 2006 énonce *« qu'une cour d'appel peut écarter des débats des conclusions signifiées 14 jours avant la clôture, dès lors qu'il résulte de ses constatations souveraines que ces conclusions n'ont pas été déposées en temps utile au sens de l'article 15 du NCPC »*. Si l'appréciation de la notion de « temps utile » relève du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation exerce son contrôle sur la motivation des juges concernant le rejet du grief relatif à la violation du principe de loyauté[3644] ce qui permet de renforcer l'effectivité de ce dernier principe. Toutefois un doute subsiste quant à la sanction se manifestant par l'irrecevabilité qui n'est pas automatique. En effet, la cour d'appel n'est pas tenue de ne pas les prendre en compte et lorsqu'elle décide justement de les rejeter, la Cour de cassation ne l'oblige pas à inviter les parties à s'exprimer préalablement sur ce point. A l'inverse, si le juge de la Cour d'appel souhaite les examiner, elles ne peuvent être déclarées irrecevables dès lors que les parties n'ont pas fait obstacle à leur recevabilité[3645]. D'où dans ce cas, l'importance pour l'adversaire de demander rapidement au juge qu'elles soient déclarées irrecevables. Or, à défaut de la demande de report d'audience par l'adversaire, la stratégie consistant à ralentir la procédure est inefficace. Par ailleurs, le juge ne fait pas droit automatiquement aux conclusions de l'une des parties tendant à faire rejeter les conclusions de dernière heure ou un report ou bien encore la révocation de l'ordonnance de clôture notamment si les conclusions de dernière heure n'appelaient pas de réponse et laissaient un temps suffisant à son adversaire pour organiser sa défense. En effet, en application d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 11 janvier 2001, *« lorsque les conclusions ne sont qu'une réplique aux écritures adverses et ne soulèvent ni un moyen nouveau ni une prétention nouvelle, il n'y a lieu à irrecevabilité, les conclusions en cause*

[3642] Pour de nombreux exemples, cf. Ch. LIEVREMONT, *Le débat en droit processuel (Contribution à une théorie générale du débat)*, Préface de Hervé CROZE, th., Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2001, n° 320-321, p. 372-374.

[3643] Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 360.

[3644] Y. STRICKLER, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 366.

[3645] Communications de la Cour de cassation, « Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 5.

eussent-elles été signifiées le jour même de la clôture »[3646]. De même, la question s'est posée de savoir si par le biais de l'appel incident qui peut s'effectuer « en tout état de cause » en application de l'article 550 du CPC, il est possible de déposer des conclusions de dernière heure et ainsi de ralentir la procédure en pensant que l'adversaire sollicitera du juge le report de la date de clôture. La réponse semble être négative au regard d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 novembre 2002 qui énonce que dans ce cas, la cour d'appel n'a pas l'obligation de révoquer l'ordonnance de clôture comme dans les hypothèses où les conclusions ou productions interviennent très peu de temps avant la clôture[3647] ne permettant ainsi pas à l'adversaire d'organiser sa défense. Ce qui montre ici encore que la jurisprudence tend à éradiquer les stratégies déloyales. D'où l'examen par le juge, au cas par cas, du comportement de la partie adversaire qui fait cette demande afin de faire obstacle aux stratégies déloyales de l'une des parties qui souhaiterait inutilement ralentir la procédure. Par ailleurs, la demande au juge par l'une des parties de l'examen d'une note en délibéré lui permet de rallonger la procédure. Cependant, il a été jugé qu'en application du principe émergent de loyauté procédurale et notamment de la loyauté des débats, une note en délibéré était recevable même en dehors des cas prévus par l'article 445 du Code de procédure civile[3648]. Ainsi, si le principe de loyauté procédurale permet d'un côté de sanctionner les stratégies de mauvaise foi de l'un des plaideurs, dans d'autres cas, au nom de la garantie d'une bonne justice, il permet au contraire certaines pratiques pouvant dès lors être utilisées à mauvais escient. La difficulté consiste donc à s'interroger sur le juste équilibre entre les deux attitudes possibles et quels sont les moyens permettant de les distinguer. Toutefois il existe des limites au fait que la note en délibéré est susceptible de rallonger la procédure. En effet, si un échange des notes en délibéré a pu être effectué, le principe du contradictoire a été respecté. Ainsi, la réouverture des débats en raison d'une note en délibéré n'est pas automatique et dépend du pouvoir discrétionnaire du président[3649]. De même si l'on raisonne par rapport à l'hypothèse des conclusions qui ne sont pas communiquées en temps utile, il convient de distinguer l'hypothèse dans laquelle l'une des parties procède à des conclusions de dernière heure en espérant que l'adversaire demande un report d'audience. D'une manière générale, en application de l'article 3 du CPC, le juge veille au bon déroulement de l'instance et a le pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires. Ainsi les pouvoirs du juge permettent d'éviter que les parties ralentissent le procès de mauvaise foi. D'ailleurs, comme nous l'avons vu plus haut, en matière de preuve, au-delà du fait que les pièces doivent être communiquées en temps utile, on constate que si le plus souvent, on reproche à la justice d'être trop lente, le fait de raccourcir les délais de la procédure n'est pas toujours favorable aux justiciables[3650]. Le juge a certains pouvoirs en ce qui concerne la gestion du temps dans le procès notamment lorsque la stratégie des parties diverge relativement à cette notion de temps. A l'inverse, si les parties sont d'accord pour ralentir le cours du procès, le juge

---

[3646] Communications de la Cour de cassation, « Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 6.

[3647] Communications de la Cour de cassation, « Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 7.

[3648] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 29.

[3649] Communications de la Cour de cassation, « Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 9.

[3650] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 44.

ne possède pas de grands moyens pour faire obstacle à la volonté de ces dernières même s'il est incité à rechercher rapidement la radiation du rôle[3651].

414. La sanction de la stratégie visant à retarder la procédure dans les modalités de l'action en justice et l'invocation des moyens de défense à mauvais escient – En dehors de l'absence de communication des pièces et conclusions en temps utile, il est parfois possible pour l'une des parties de ralentir le cours du procès dans un but purement dilatoire. Lorsque le demandeur intente une action dans le but de ne pas exécuter ses obligations contractuelles ou d'en retarder l'exécution, il souhaite rallonger la procédure. Dans ce cas, l'action en justice pourra être considérée par le juge comme étant abusive et devant donc être sanctionnée par le paiement de dommages-intérêts. Tel est le cas aussi pour l'une des parties qui engage une action devant le tribunal civil puis qui décide de porter plainte devant la juridiction pénale afin d'invoquer le principe selon lequel *« le criminel tient le civil en état »* dans le but de ralentir le cours de la procédure. Toutefois, si cette éventualité est susceptible de se présenter, elle ne se produit pas fréquemment[3652]. D'ailleurs, d'une manière générale, dans le cadre de la guerre comme dans celui du procès, l'attaque doit éviter « toute dépense inutile de temps » alors que la stratégie de la défense consiste au contraire à gagner du temps[3653]. L'une des parties peut être de mauvaise foi et user de certains moyens ou méthodes dans le but de retarder l'issue du litige[3654]. D'où parfois, l'invocation des moyens de défense à mauvais escient. Si comme nous l'avons vu plus haut, parmi les mesures tendant à rallonger la procédure, on trouve les moyens devant être invoqués *in limine litis*, dès lors qu'une irrégularité n'a pas été soulevée dans ces conditions, il est possible de faire appel à la notion d'inexistence de l'acte[3655]. Mais afin que le plaideur n'ait pas recours à ce subterfuge dans un but dilatoire, les articles du CPC et la jurisprudence d'une manière générale imposent à celui-ci qu'il justifie d'un grief pour que la nullité soit prononcée. En cours d'instance, il convient d'évoquer les moyens dont il peut être fait état tout au long du procès mais qui sont néanmoins susceptible de faire l'objet d'une sanction en raison de la déloyauté. Tel est le cas tant des fins de non-recevoir que des nullités pour irrégularité de fond. Ces moyens peuvent être utilisés de manière habile en excluant toute déloyauté[3656]. En revanche, s'ils sont utilisés par l'un des plaideurs dans un but dilatoire causant ainsi un préjudice à son adversaire, ledit plaideur peut être condamné à verser des dommages-intérêts[3657]. En effet, l'article 123 du CPC prévoit la possibilité pour le juge de sanctionner les parties qui auraient soulevé des fins de non-recevoir dans une intention dilatoire et il en est de même en ce qui

---

[3651] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 44.

[3652] J. BEAUCHARD, « La relativité du dilatoire », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, p. 104.

[3653] C. V. CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, p. 715 ; p. 728.

[3654] En effet, le plus souvent « le temps joue en faveur du plaideur de mauvaise foi au détriment de celui qui est de bonne foi ». Cf. D. SAINT-AVIT, « Le temps et la procédure. Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 94.

[3655] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 165, p. 112 ; n° 169, p. 115-116.

[3656] B. MATHIEU, *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, n° 45, p. 54. Cf. *Supra* n° 310 et s.

[3657] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 146, p. 99.

concerne l'article 118 du même code qui donne au juge le pouvoir de condamner à des dommages-intérêts le plaideur qui aurait invoqué une nullité pour vice de fond tardivement uniquement dans un but dilatoire[3658]. Par ailleurs, concernant la nullité des actes de procédure pour vice de forme qui doit être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement, l'article 114 alinéa 2 du CPC éradique les comportements dilatoires des plaideurs en énonçant que la partie qui invoque la nullité doit être en mesure de rapporter la preuve du grief qui résulte de l'irrégularité. Or, la jurisprudence exige que le grief soit de nature à mettre le plaideur qui se prévaut de l'irrégularité *« dans l'impossibilité de faire valoir ses droits »*[3659]. De même, l'article 113 du CPC qui dispose que *« tous les moyens de nullité contre des actes de procédure déjà faits doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été »* contribue à éviter les stratégies dilatoires. De surcroît, il existe des cas dans lesquels la jurisprudence empêche d'invoquer la nullité pour vice de forme notamment lorsque ce dernier n'est pas expressément prévu par la loi comme devant entraîner la nullité de l'acte. Cela permet en effet d'éviter à l'un des plaideurs de ralentir la procédure inutilement. Si en application de l'article 458 du CPC, l'absence du nom des juges dans le jugement entraîne la nullité de ce dernier, l'article 459 du même code permet de rectifier cette erreur matérielle et ainsi d'éviter que la nullité du jugement soit prononcée. C'est notamment ce qu'a énoncé un arrêt du 11 décembre 2009 d'une chambre mixte de la Cour de cassation dans lequel l'absence de mention du nom des juges a pu être rectifié. Par ailleurs, dans ce même arrêt, la chambre mixte a décidé qu'il devait en aller de même en ce qui concerne la mention du nom du greffier puisque dans cette dernière hypothèse aucun texte ne sanctionne le défaut de mention du nom du greffier par la nullité du jugement. Cet arrêt met ainsi fin à la jurisprudence qui d'une manière générale en décidait différemment même dans le cas où une régularisation était concevable. Cet arrêt de la chambre mixte permet de dissuader les plaideurs qui seraient tentés dans une intention dilatoire de faire annuler le jugement en raison d'une erreur matérielle[3660] et d'une manière plus générale de soulever la nullité d'un acte lorsque les causes de nullité ne résultent pas expressément d'un texte. Il s'agit donc de respecter l'esprit du CPC qui *« contient de nombreuses dispositions susceptibles d'éviter que le formalisme de la procédure conduise à des dénonciations purement opportunistes des irrégularités formelles, afin de compliquer et de retarder la solution du litige »*[3661]. En revanche, la question préjudicielle qui permet de suspendre la procédure afin de laisser le temps à la juridiction compétente de se prononcer est susceptible de ralentir la procédure, à condition toutefois de l'invoquer au bon moment notamment lorsqu'elle concerne le droit interne. Une question préjudicielle est susceptible de se poser au cours de l'instance si le juge saisi n'est pas compétent pour statuer sur un point de droit qui est pourtant nécessaire à la solution du litige. On peut se demander si la question préjudicielle est susceptible d'être un simple prétexte au défendeur lui permettant de retarder la procédure. En effet, en cas de question préjudicielle, le juge doit surseoir à statuer. Pourtant une telle hypothèse ne semble pas concevable étant donné qu'il revient au juge lui-même de poser une question préjudicielle et

---

[3658] N. FRICERO, B. MENUT, « Actes d'huissiers de justice en matière civile », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2007, n° 207, p. 27.

[3659] T. GAMBIER, *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, n° 295, p. 215.

[3660] D. CHOLET, Note sous Cass. ch. Mixte, 11 déc. 2009, n° 08-13.643, *J.C.P.*, G., 2009, n° 52, 582, p. 16.

[3661] L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code*, Editions Dalloz 2009, n° 7, p. 75.

ainsi d'inviter les parties à former une action devant le juge compétent. La question préjudicielle peut concerner le juge administratif ou le juge communautaire[3662]. Il convient également de se demander si l'exception de constitutionnalité peut être un moyen pour l'une des parties d'allonger le procès. Or, concernant l'exception d'inconstitutionnalité, des mesures sont prévues pour éviter les stratégies dilatoires[3663]. Ce moyen doit faire l'objet d'« un écrit distinct et motivé », ce qui signifie que le requérant va élaborer une argumentation et faire état des articles de la Constitution afin de délimiter de manière précise la question et de faire échec par là même à un recours dilatoire[3664]. Par ailleurs, parmi les moyens tendant à gagner du temps, il y a la possibilité d'interjeter appel dans le but d'éviter l'exécution du jugement ou bien encore d'organiser son insolvablité. D'où l'importance de la prise de mesures conservatoires notamment en amont du procès. D'ailleurs concernant la procédure d'appel, pendant longtemps, hormis le délai de quatre mois pour conclure imposé aux parties par l'article 915 du CPC, l'on ne trouvait pas d'autre délai concernant le temps de la procédure lors de l'instance d'appel. La bonne foi permet d'exclure l'abus de droit en cours d'un procès, elle est en quelque sorte garante de la loyauté[3665]. Ainsi, cette notion ne se trouve pas seulement dans le domaine des contrats mais aussi en matière procédurale. Par ailleurs, il peut être fait obstacle à la stratégie de l'une des parties consistant dans le fait de ne pas comparaître à l'audience.

415. Les obstacles à la stratégie consistant à retarder le procès par le biais de la non comparution à l'audience – Lorsque le demandeur ne comparaît pas à l'audience sans invoquer un motif légitime et que le défendeur ne demande pas au juge qu'un jugement soit rendu au fond, le juge a la possibilité d'office, de déclarer la citation caduque et de terminer ainsi le procès avant même qu'il ait commencé. Cependant, si dans un délai de quinze jours, le demandeur fait état d'un « motif légitime » expliquant son absence de comparution, le juge peut faire reprendre son cours au procès, notamment en revenant sur la déclaration de caducité[3666]. D'une manière générale, le juge n'est pas dépourvu de moyens concernant la sanction du non-respect par les parties des délais de procédure.

416. La sanction du non-respect par les parties des délais de procédure – Conformément aux principes énoncés par la Cour EDH et notamment l'article 6-1 de la conv. EDH, le juge a l'obligation de rendre son jugement dans un délai raisonnable. Pour ce faire, il a le pouvoir

---

[3662] Devant celui-ci, la question préjudicielle doit concerner « des litiges dont la solution suppose la résolution d'une difficulté sérieuse d'interprétation du droit communautaire (qu'il s'agisse des traités ou du droit dérivé) ou de validité d'un acte de droit dérivé (règlements et directives communautaires principalement) ». Cf. R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, n° 421.06, p. 520.

[3663] En effet, selon le projet de loi : *« la question ne sera transmise que si la disposition contestée commande l'issue du litige, la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites ; la juridiction devra s'assurer que la disposition dont la constitutionnalité est contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision, sauf changement de circonstances ; la juridiction procèdera à un examen sommaire visant à s'assurer que la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux »*. Cf. E. ROYER, « Un projet de loi organique pour la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité », *D.* 2009, Actualité législative, p. 1006.

[3664] B. MATHIEU, « Question préjudicielle de constitutionnalité », A propos du projet de loi organique, *J.C.P.*, G, 2009, Actualités, 214, p. 3.

[3665] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 113.21, p. 15.

[3666] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 46.

d'impartir des délais conformément à l'article 3 du Code de procédure civile, ou d'établir un calendrier de procédure. Or, en cas de non-respect par les parties des délais de procédure, le juge n'est pas dépourvu de moyens en la matière pour sanctionner ces dernières. Le juge peut par exemple suspendre l'instance par le biais du sursis à statuer[3667] ou de la radiation[3668]. Il s'agit là de la radiation-sanction[3669]. Plus spécialement, de manière similaire, il est prévu que le juge de la mise en état peut prononcer des injonctions à l'égard des avocats en application de l'article 763 du CPC et sanctionner ces derniers qui ne respectent pas les délais quant à l'accomplissement des actes de procédure en ordonnant la clôture à leur égard conformément à l'article 780 alinéa 1er du CPC ou bien en prenant une ordonnance de radiation selon l'article 781 alinéa 1er du même code. D'une manière plus générale, lorsque les parties n'effectuent pas les actes de procédure dans le temps fixé par le juge, ce dernier peut d'office radier l'affaire comme l'énonce l'article 470 du CPC. Parfois, il s'agit même d'une obligation[3670]. Ainsi, d'une manière générale, les réformes visent à réduire les abus quant à l'utilisation du temps de la procédure notamment en accordant plus de pouvoirs au juge[3671]. D'ailleurs, le décret du 20 août 2004 permet que la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée puisse être opposée d'office par le juge. En effet, cette fin de non-recevoir résultant du non-respect du principe de la concentration des moyens de droit permet d'atteindre « un objectif d'économie procédurale »[3672]. Les décrets du 20 août 2004 et du 28 décembre 2005 ont eu pour finalité d'accélérer les procédures et pour satisfaire cet objectif ont ainsi élargi le domaine d'application des fins de non-recevoir pouvant être relevées d'office par le juge[3673]. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu de nombreux arrêts en ce qui concerne la mise en œuvre du principe du « délai raisonnable » énoncé à l'article 6 de la Conv.ESDH. La Cour de Justice de l'Union européenne applique la jurisprudence de la Cour EDH notamment en ce qui concerne le respect du droit au délai raisonnable[3674]. Par ailleurs, il est impossible pour l'une des parties de se prévaloir de la lenteur de la procédure alors qu'elle y a contribué. Les délais tendent à être raccourcis afin de faire respecter le droit au délai raisonnable du jugement. Selon le Rapport Magendie I, il conviendrait *« d'enfermer dans des délais très courts le moment procédural pendant lequel des preuves peuvent être apportées au juge »* de plus *« sauf circonstances exceptionnelles, il serait interdit en cause d'appel de*

[3667] CPC, art.378 à 380-1.

[3668] CPC, art.381 à 383.

[3669] J.-C. WOOG, M.-Ch. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, 2006, n° 381.33, p. 156.

[3670] Comme le prévoit l'article 97 alinéa 3 du CPC qui dispose qu'en cas de renvoi devant une autre juridiction, si les parties ne se sont pas fait représenter dans le délai qui leur est imparti, « l'affaire est d'office radiée ». Il en est de même concernant l'article R. 123-84, alinéa 4 du Code de commerce. Cf. Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 818. Cf. *Supra* n° 365.

[3671] Toutefois, dans l'ancien droit, les rois semblaient être complices de ces abus car s'ils avaient la volonté de raccourcir les délais du procès, dans le même temps, ils souhaitaient *« tirer de la justice de grands profits pour le trésor royal »*. Ainsi, sous prétexte de faire obligation aux parties de ne pas ralentir la procédure, le nombre de condamnation à des amendes avait augmenté, mais avait en réalité pour but d'enrichir la cour. Cf. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 31 ; 67.

[3672] N. FRICERO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 203.

[3673] J.-P. DINTILHAC, « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 47.

[3674] CJCE, 17 déc. 1998, Baustahlgewebe, aff. C-185/95. Cf. J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Thémis, Droit, PUF, 1ère édition, Juillet 2008, n° 294, p. 234.

produire des preuves nouvelles par rapport à celles qui ont été soumises à la sagacité des premiers juges dans un délai strict ».

417. Conclusion de la section 2 –La possibilité pour le juge d'user ou pas de son pouvoir de relever d'office des moyens de droit est une source d'insécurité pour les parties quant à la prévision du résultat sur le fond du droit litigieux. Ces dernières doivent ainsi inclure dans leur stratégie les deux cas de figure selon que le juge soulèvera ou pas d'office certains moyens tant en matière procédurale qu'eu égard à la matière litigieuse afin d'envisager les différents résultats possibles sur le fond du droit litigieux et donc les chances de succès de l'action. Néanmoins, l'existence, dans certains cas, du pouvoir souverain d'appréciation du juge de soulever ou pas d'office certains moyens est liée à la fonction même de juger qui doit laisser libre ce dernier de corriger la loi et de faire appel à son sentiment de justice sans lequel on pourrait avoir recours à des « systèmes experts » éliminant toute utilité de la présence du juge. La liberté d'appréciation du juge doit ainsi être conservée et s'il est souhaitable de laisser aux parties une marge de liberté pouvant donner lieu à une stratégie, on constate que celle-ci peut servir la déloyauté. Or, parfois, le juge ne peut intervenir pour y faire obstacle. Si l'une des parties, malgré son attitude déloyale, parvient à obtenir gain de cause, la justice manque son but. D'où l'importance de la connaissance par le juge du comportement des plaideurs[3675]. Une anticipation quant au résultat sur le fond du droit litigieux est encore envisageable lorsque les plaideurs ne répondent pas aux injonctions du juge puisque la sanction d'un tel comportement se manifeste par le biais du jugement. D'ailleurs, même seulement dans l'hypothèse d'une invitation du juge à effectuer certaines formalités, en cas de manquement des parties en la matière, la sanction est susceptible de se manifester par une irrecevabilité de l'action. Qu'il s'agisse des pouvoirs du juge ayant trait spécialement à la procédure ou touchant directement le fond du droit litigieux, la limite est parfois incertaine entre les obligations du juge ou la faculté de ce dernier quant à l'exercice de ses pouvoirs d'office.

418. Conclusion du chapitre 2 - Le fait que le juge soit parfois lié par la demande des parties ou qu'il ait au contraire un pouvoir d'appréciation à l'égard de celle-ci a une incidence sur l'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux et permet ainsi d'évaluer les chances de succès d'un changement de stratégie en cours d'instance. En effet, selon que le juge est lié par la demande des parties ou qu'il bénéficie d'une certaine liberté face à celle-ci, la solution sur le fond du droit litigieux est plus ou moins prévisible. Alors que dans le premier cas, le résultat est certain, dans le second, il convient de distinguer selon l'étendue des pouvoirs du juge et notamment si ce dernier bénéficie d'un pouvoir souverain d'appréciation ou si la Cour de cassation est susceptible d'exercer son contrôle. Dans cette dernière hypothèse, la solution semble plus prévisible que dans la première étant donné que la Cour de cassation a pour but d'unifier la jurisprudence ce qui n'exclut néanmoins pas toute anticipation lorsque les juges du fond sont dotés d'un pouvoir souverain d'appréciation. On peut s'interroger sur le but poursuivi par l'autorité étatique lorsque ce dernier institue d'une part une interdiction pour le juge de relever d'office le défaut de communication des pièces de l'une des parties à l'égard de son adversaire et d'autre part, à l'inverse, une obligation de relever d'office les demandes nouvelles

[3675] Qui permet de comprendre l'intérêt, en droit anglais, d'effectuer le recrutement des magistrats parmi les avocats au barreau. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 632, p. 283.

en appel. Dans les deux cas, la justice semble manquer son but. En matière de preuve, l'article 133 du CPC encourage les manœuvres déloyales des parties et entrave la recherche de la vérité qui est le but auquel tend la justice. Concernant les demandes nouvelles, le défaut de marge d'appréciation du juge en la matière empêche l'émergence de la vérité. Cette évolution semble aller à l'encontre de la liberté procédurale des parties consistant dans la recherche de la vérité et la volonté de rectifier une erreur de la part de ces dernières. L'incohérence se manifeste également d'une part dans la simple faculté pour le juge de relever d'office la péremption d'instance et dans l'obligation qui incombe à celui-ci de soulever d'office la caducité, ces deux incidents ayant le même effet consistant dans l'extinction de l'instance[3676]. Il en est de même concernant le non-respect d'une règle ayant un caractère d'ordre public, car selon qu'il s'agit de la violation d'une règle de compétence d'attribution ou de celle revêtant la qualité de fin de non-recevoir remplissant certaines conditions, le juge a la faculté ou au contraire l'obligation de la relever d'office conformément respectivement aux articles 92, alinéa 1er et 125 alinéa 1er du CPC[3677]. L'accroissement de l'office du juge permet de *« rationaliser la procédure afin d'accroître l'efficacité du service public de la justice* »[3678]. La limite entre l'obligation et la liberté du juge quant à l'exercice de ses pouvoirs est délicate. Pour déterminer les cas dans lesquels le juge a une obligation ou seulement une faculté dans l'utilisation de ses pouvoirs d'office, d'une manière générale, il convient de se référer aux articles du CPC en faisant la distinction entre les termes employés : le juge « peut » ou le juge « doit » ; pourtant, parfois, il semblerait que ce soit la jurisprudence qui décide de la répartition entre ces différentes hypothèses. Si en application de l'article 1264 du CPC, les actions possessoires doivent être engagées dans l'année du trouble, la jurisprudence énonce que le juge doit déclarer d'office irrecevable de telles actions en cas de non-respect de ce délai[3679]. Pour ce faire, il a l'obligation de contrôler la mise en œuvre de l'action dans le délai requis en mentionnant la date du trouble[3680]. Cependant, on pourrait énoncer qu'il ne s'agit là que d'une illustration de l'article 125 du CPC qui prévoit que « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ». Mais étant donné que cet article fait état du respect des délais quant à l'exercice des voies de recours mais non pas de l'action en justice, le doute en la matière est donc dissipé avec la jurisprudence. Même lorsque les textes ne font pas de doute quant à l'obligation pour le juge de relever d'office la règle de droit, certaines difficultés concernant leur application ne sont pas à exclure. En effet, si l'article 120 du CPC énonce l'obligation de relever d'office les nullités

---

[3676] Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 820.

[3677] Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 820.

[3678] Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 817.

[3679] Ph. FLORES, « Actions possessoires », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2006, n° 4, p. 2.

[3680] T. GUINOT, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, p. 122.

d'ordre public[3681] tel le défaut de pouvoir, il résulte d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 19 septembre 2007 que ce texte a suscité une difficulté d'application. En l'espèce, le défaut de pouvoir concernait celui d'un avocat qui avait intenté un appel sans en avoir informé au préalable son client alors que cet appel tendait à la protection de ce dernier. Or, il ressort de cet arrêt qu'il s'agissait d'une nullité relative puisqu'elle visait à protéger le client et qu'en conséquence, elle ne pouvait être invoquée que par ce dernier[3682]. Par ailleurs, alors qu'il résulte de l'article 8 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 une obligation pour le juge de se dessaisir d'office au profit du juge de l'exécution lorsque le litige concerne la compétence exclusive de ce dernier, un arrêt de la Chambre commerciale du 9 septembre 2010 énonce qu'il peut ne pas être fait application de cette règle dès lors que son invocation par le demandeur au pourvoi est contraire à ses écritures présentées devant les juges du fond[3683]. Une autre difficulté quant à l'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux résulte de la nature des pouvoirs du juge car selon que ces derniers font l'objet ou pas d'un contrôle par la Cour de cassation ou qu'ils sont discrétionnaires, la solution sur le fond du droit litigieux est plus ou moins prévisible.

419. Conclusion du titre 2 – En matière civile, l'existence d'une stratégie varie suivant la phase du procès. Il y a une stratégie chaque fois qu'une option entre plusieurs modalités est envisageable que ce soit du côté des parties ou de celui du juge, par exemple entre l'expertise et la consultation simple, entre les voies brèves ou la voie longue de la mise en état[3684]. Les devoirs ou pouvoirs du juge sont à prendre en considération au regard de l'intérêt de recourir plutôt aux juridictions étatiques qu'aux juridictions arbitrales mais aussi au regard de la prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux. Dans le cadre de l'instance, le juge exerce sa mission définie par le but du droit en matière de droit judiciaire privé. Si quel que soit la nature du contentieux, la mission du juge est de retrouver la paix sociale[3685], tant du point de vue des parties que du juge, la fin du droit n'est pas totalement identique dans ces différentes matières[3686]. Cependant, le même constat doit être fait en matière civile comme en matière administrative, qu'au cours du procès, les parties perdent peu à peu la possibilité d'étendre le

---

[3681] N. FRICERO, B. MENUT, « Actes d'huissiers de justice en matière civile », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2007, n° 207, p. 27.

[3682] Or cela est en contradiction avec le fait qu'habituellement, l'on ne fait pas la différence entre les nullités relative et absolue en ce qui concerne les actes de procédure. Par ailleurs, cette solution n'est pas favorable aux justiciables qui sont susceptibles de ne pas avoir connaissance des mesures de protection dont ils peuvent se prévaloir. Cf. S. AMRANI-MEKKI, « Droit judiciaire privé, Office du juge et pouvoir de relever d'office », *J.C.P.*, G, 2008, I, 138, n° 9, p. 22.

[3683] N. DUPONT, Note sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », *D.* 2011, Etudes et commentaires, p. 147.

[3684] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, n°6, p. 23.

[3685] Il n'en demeure pas moins que l'office du juge s'exerce plus largement en matière administrative au regard notamment de la nature du litige amoindrissant ainsi les prérogatives des parties, ce qui peut avoir une incidence sur la stratégie procédurale. *« La nature des litiges portés devant le juge administratif, si elle ne s'oppose pas à la liberté des parties dans la matière de la fixation du cadre de l'instance, paraît en revanche exiger que des obligations plus lourdes pèsent sur les parties lors de la solution de l'instance »*. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 9, p. 9.

[3686] Le fait que l'administration soit défenderesse à l'action, l'administré introduisant presque toujours l'instance, emporte des conséquences sur les règles procédurales régissant le procès administratif également soumis aux exigences du droit au procès équitable. Cf. B. ODENT, D. TRUCHET, *La justice administrative*, Que sais-je ?, P.U.F., 2004, Deuxième édition 2008, p. 64.

cadre du litige, l'instance devenant *« une limite qui enserre l'activité des parties dans les bornes qu'elles ont déterminées en premier »*[3687]. Or cela semble d'autant plus vrai en matière civile au regard des réformes récentes impliquant la concentration des moyens dès la première instance mais également en matière procédurale concernant par exemple le droit de la preuve. Par ailleurs, l'émergence d'une jurisprudence tendant à la moralisation du procès fait parfois obstacle à l'anticipation de la solution sur le fond du droit litigieux notamment au regard de l'office du juge. Dès lors que le juge a l'obligation de relever d'office certains moyens, il semble possible pour les parties d'envisager le résultat sur le fond du droit litigieux. Or, la jurisprudence tendant à prendre en compte l'attitude des parties, fait parfois obstacle à une telle anticipation en faisant prévaloir celle-là sur celle-ci. D'où un obstacle à la sécurité juridique en la matière. Pourtant, il résulte de l'esprit des réformes ayant accru les pouvoirs du juge, la volonté de charger ce dernier d'assurer le respect du principe de loyauté[3688] et par là même de veiller à la cohérence du procès. En effet, la volonté d'assurer le principe de sécurité juridique implique une certaine stabilité du comportement et tend en conséquence au respect du principe de cohérence en matière procédurale. Cependant ériger un principe de cohérence en matière procédurale à part entière, n'est-ce pas faire courir le risque d'engendrer des effets pervers sur notre système procédural en accroissant le conflit insoluble entre la recherche de la sécurité juridique empêchant tout changement ayant trait au comportement et la liberté individuelle permettant de changer d'avis en rectifiant une erreur et ainsi de stratégie en matière procédurale ? Il convient donc d'être prudent dans l'instauration de principes tels que celui de loyauté ou de cohérence ou bien encore d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Peut-être faut-il faire la distinction entre le changement d'attitude et l'incompatibilité en ce qui concerne deux comportements successifs émanant d'une même personne ? Ainsi, il semblerait que le droit permette « la modification du comportement dans le cadre du raisonnable »[3689]. De même, en matière procédurale, il est possible d'engager une action en justice puis de se désister. D'où peut-être la naissance d'une stratégie particulière lors de l'exercice d'une voie de recours dont l'étude pourrait faire l'objet d'une autre thèse. Il a été fait une proposition aux juges de la mise en état que l'on pourrait étendre au conseiller de la mise en état d'avertir dans des cas déterminés les avocats des parties qu'une sanction est susceptible d'être prononcée pour procédure abusive ou dilatoire afin de dissuader les plaideurs d'utiliser des stratégies procédurales à mauvais escient[3690]. Il reviendrait au juge de déceler ainsi les stratégies dilatoires des parties. Par ailleurs, la Mission Magendie 1 concernant l'effectivité de la sanction prévoyait une augmentation de son montant notamment en cas de pourvoi abusif devant la Cour de cassation mais il semblerait opportun qu'en cas de sanction prononcée par le juge de cet ordre, le débiteur de celle-ci ne puisse former une voie de recours qu'après en avoir payé le montant sauf s'il en résulte des conséquences manifestement

---

[3687] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 12, p. 13.

[3688] J.-M. COULON, « Du rapport Coulon au rapport Magendie », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 88-89.

[3689] En effet, en matière contractuelle, la rétractation, la révocation, la résiliation ou la résolution sont possibles. Cf. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001, T. 1, n° 59-60, p. 66-67.

[3690] M.-S. GUIGOU, *Le droit aux voies de recours hiérarchiques en matière civile*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis COUPET, Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 2005, n° 789, p. 310.

excessives[3691]. Par rapport à la première instance et à celle du second degré, les opportunités d'élaborer des stratégies sont plus réduites voire quasiment inexistantes en ce qui concerne le pourvoi en cassation. D'ailleurs, il en est de même au cours de l'instance de cassation. Si la théorie de l'estoppel est utilisée comme un moyen permettant de faire obstacle aux stratégies procédurales de mauvaise foi peut-elle empêcher le plaideur de bonne foi de changer de stratégie ? En effet, ce dernier n'a-t-il pas le droit de se tromper ? Il s'agit ainsi de trouver un équilibre entre la possiblité de faire évoluer le litige et la protection du plaideur qui considère une situation comme acquise au regard du comportement de son adversaire. On pourrait ne pas empêcher un plaideur de changer d'avis ou d'invoquer un moyen en raison de sa découverte tardive dans les limites toutefois du respect des règles de procédure. En effet, il semblerait que l'on puisse raisonner en matière procédurale de la même façon qu'en matière contractuelle où la liberté individuelle comprend *« la liberté de changer d'avis et d'attitude dans la recherche de ses propres intérêts que le contrat a vocation à satisfaire »*[3692]. Cependant la procédure ne doit pas satisfaire uniquement les intérêts privés, elle doit également garantir le déroulement d'une bonne justice. Par ailleurs, le désir de satisfaire le principe de sécurité juridique est plus fort en matière procédurale, domaine empreint d'ordre public dans une plus grande mesure qu'en droit des contrats car les solutions données par les juges ont vocation à se répéter[3693]. Toutefois, le principe de loyauté procédurale et celui de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui qui en fait partie ou en découle, ne doit pas faire obstacle au changement de stratégie d'un plaideur qui se rendrait compte qu'il s'est trompé d'argumentation devant les premiers juges. En effet, « il y a là un délicat équilibre à trouver entre la liberté d'action et la nécessité d'une certaine cohérence procédurale »[3694]. La stratégie des parties lors de l'exercice d'une voie de recours est limitée par les pouvoirs du juge qui semblent plus importants que dans les autres temps du procès. En effet, si la stratégie du juge consiste dans le respect de l'objectif de la célérité de la procédure et de l'esprit des projets de réforme consistant à la concentration des demandes dès la première instance, l'exercice d'une voie de recours est un facteur de ralentissement du procès. D'où le renforcement de l'existence d'une stratégie des plaideurs dès la première instance ou lors de l'anticipation du litige ou du procès.

420. Conclusion de la partie 2 – La stratégie dépend des buts à atteindre c'est-à-dire des objectifs définis au préalable et ce n'est qu'en fonction de ces finalités que l'on peut conclure à l'existence ou non d'une stratégie. D'où une diversité des types de stratégies envisageables. En matière contractuelle, on constate un lien entre l'anticipation du litige et l'anticipation du procès au regard notamment de l'évaluation des chances de succès d'une action en justice. Les clauses

---

[3691] M.-S. GUIGOU, *Le droit aux voies de recours hiérarchiques en matière civile*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis COUPET, Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 2005, n° 790-791, p. 310-311.

[3692] D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *R.I.D.C.*, 2-2006, p. 365.

[3693] « En revanche, ce qui relève sans doute spécifiquement de l'*estoppel*, c'est le fait que l'argument juridique tend à contredire une représentation adoptée en dehors du prétoire. Que le demandeur à une action contractuelle change son fusil d'épaule pour plaider ensuite sur le terrain délictuel, que celui qui recherche la résolution du contrat finisse par en invoquer la nullité, que la partie qui ne peut obtenir la résolution décide en fin de compte d'en obtenir l'exécution n'engage pas spécifiquement l'*estoppel*, dès lors que l'argumentaire juridique proposé au prétoire n'entre pas en contradiction directe avec une attitude adoptée dans la vie réelle ». Cf. H. MUIR WATT, Note sous Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 605-606.

[3694] P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P.*, G., 2009, II, 10073, p. 30.

insérées dans le contrat, notamment concernant l'office du juge, lient ce dernier et ne sont donc pas dépourvues d'incidence sur la solution du litige. L'accord des parties sur le règlement du litige fait état d'une véritable stratégie en étant révélateur du rôle déterminant de la volonté de celles-ci sur la solution du litige. Néanmoins, en dehors de la matière contractuelle, une manifestation unilatérale de volonté en matière procédurale montre également son impact sur la stratégie au regard de son influence sur la solution sur le fond du droit litigieux. Le choix de la juridiction compétente une fois le litige né en cas d'option de compétence ou la prise de certaines mesures tendant à l'efficacité de l'action en témoignent. Etant donné que la stratégie tend à un but, il peut y avoir autant de stratégies possibles qu'il y a de buts à atteindre. Néanmoins la prise en compte de certains éléments nous permet de dégager un type de stratégie pour un domaine spécifique comme c'est le cas en matière de divorce ou bien encore de faire état de constantes en dehors de toute particularité, par exemple dans la façon de rédiger des conclusions pour se réserver la possibilité de former un pourvoi en cassation. Toutefois, concernant l'évaluation des chances de succès d'une action en justice, la stratégie est moins certaine car le fait d'obtenir satisfaction sur le fond du droit litigieux ne dépend pas seulement de l'établissement de son bon droit et de la jurisprudence mais aussi du comportement de l'adversaire. L'accroissement des pouvoirs du juge dans le domaine de la procédure n'exclut pas toute stratégie de la part des parties. Dans les cas dans lesquels le juge n'a pas le devoir ou surtout le pouvoir de relever d'office des moyens de droit, les parties peuvent passer outre une irrégularité ou une prescription ou bien encore une incompétence du juge qui n'est pas d'ordre public, l'action en justice devant dès lors se poursuivre devant ce dernier sans qu'il puisse y faire obstacle. L'incidence de la volonté des parties sur la procédure est manifeste même si elle est plus apparente encore dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité, le choix du droit applicable à ce dernier ayant une influence sur le fond du droit litigieux. En cas de souhait de l'un des litigants d'agir en justice, si une grande liberté d'action concernant ce dernier semble se manifester avant l'instance notamment pour fixer le cadre de celle-ci[3695], en revanche, une fois le procès engagé, la volonté individuelle s'amoindrit. Le but de l'instance étant *« un remède à un trouble social »*[3696], le juge est doté de pouvoirs qui limitent ceux des parties et dont ces dernières doivent donc tenir compte pour évaluer l'efficacité de leurs moyens d'action. Selon que l'on agit sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou sur celui de la responsabilité délictuelle, sur le terrain des vices du consentement ou sur celui de la garantie des vices cachés ou bien encore sur celui de la formation du contrat plutôt que sur celui de son exécution, le temps et le coût de la procédure peuvent varier ainsi que le résultat sur le fond du droit litigieux notamment au regard du principe de la concentration des moyens. Néanmoins, il est difficile de faire une analyse prospective, le futur étant difficilement prévisible ainsi que d'envisager toutes les hypothèses sans en oublier aucune[3697]. La stratégie comprend *« l'évaluation des intentions et des capacités de*

[3695] En matière administrative, il convient de se référer au litige fixé par le demandeur lorsque celui-ci provoque la décision préalable de l'administration. Cf. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 28, p. 25.

[3696] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 9, p. 8.

[3697] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 157, p. 291.

l'adversaire »[3698], ce qui inclut un facteur psychologique. Il est possible d'aboutir à de multiples solutions différentes en fonction de la réaction de l'autre partie. Si lors de la stratégie d'attente aucun accord ne semble possible entre les litigants, une évolution de l'état d'esprit des parties les amenant par exemple à une transaction au cours du procès est néanmoins envisageable. Il y a une part imprévisible en la matière eu égard à l'évolution des circonstances relevant de l'ordre de la volonté des parties ou concernant la survenance d'événements extérieurs à cette dernière. Comme lors d'une bataille, la stratégie doit faire preuve d'adaptabilité[3699]. Elle peut se transformer en tactique une fois le procès engagé en raison des multiples changements qui n'avaient pu faire l'objet d'une prévision. Il convient donc toujours d'élaborer une stratégie d'anticipation dans le cadre de l'instance afin d'organiser au mieux l'attitude à adopter face à la riposte de l'adversaire[3700]. Au sein de la stratégie générale, quel que soit la spécificité du contentieux, la stratégie se singularise au fur et à mesure des étapes de la procédure. Il semblerait qu'il y ait ainsi une incohérence car alors que l'on prône l'accès à la justice pour tous ainsi que le droit à un procès équitable, dans le même temps, on devient très exigeant à l'égard du justiciable qui doit tout prévoir dès la première instance. Cette réflexion a d'ailleurs été faite à propos de l'interdiction des demandes nouvelles en appel qui selon un auteur n'est pas justifiée[3701]. Selon cet auteur, il devrait revenir au juge de faire respecter le cadre du litige et de sanctionner les abus[3702]. Cette façon d'envisager le procès devrait donc être accompagnée d'une représentation obligatoire quelle que soit la procédure applicable, les petits litiges pouvant également avoir d'importantes répercussions sur la vie sociale des justiciables. De plus, concernant l'anticipation du résultat sur le fond du droit litigieux si en matière d'exercice d'une voie de recours on peut adopter le même raisonnement qu'au moment d'intenter un procès pour évaluer les chances de succès de l'action, il n'en demeure pas moins que les plaideurs ne bénéficient pas de la même liberté pour prendre des mesures préventives tendant à l'efficacité de l'action. D'où l'impossibilité d'effectuer la même démonstration lors des différentes instances, chacune étant de dotée de spécificités qui lui est propre. Si les parties ont la liberté de fixer l'instance par le biais du principe dispositif, une fois celle-ci déterminée, la liberté des parties s'amoindrit avec néanmoins la possibilité d'interrompre l'instance à tout moment ou de transiger, ce qui renforce l'importance de la stratégie procédurale des parties avant le procès par rapport à celle qui existe pendant le procès. Selon le sociologue Robert Merton, « pour être féconde, la théorie doit être assez *précise* pour être *définitive* »[3703]. Appliquée à notre sujet, on peut en conclure que plus les

---

[3698] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 45, p. 101.

[3699] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 183, p. 336.

[3700] H. COUTAU-BEGARIE, *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, n° 186, p. 346.

[3701] En effet, il est difficile de tout prévoir lorsque le litige survient. Ainsi, il conviendrait de permettre au justiciable « de corriger ses erreurs, de remettre le litige sur la bonne voie, d'attraire à la cause les intéressés qu'il a omis d'assigner ». Cf. J. BEAUCHARD, *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, th., Université de Poitiers, Faculté de Droit et des Science sociales, 1979, p. 430.

[3702] J. BEAUCHARD, *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, th., Université de Poitiers, Faculté de Droit et des Science sociales, 1979, p. 431.

[3703] Ainsi, *« les théories qui comportent des prévisions précises confirmées par l'observation, prennent une importance stratégique, puisqu'elles fournissent une base de départ pour un choix entre des hypothèses concurrentes »*. Cf. R. K. MERTON, *Eléments de théorie et de méthode sociologique*, Traduits de l'américain et adaptés par H. Mendras, Paris, Librairie Plon, 1965, p. 41-42.

parties s'appuient sur des éléments précis, plus la stratégie est susceptible d'être efficace. L'anticipation du procès est d'autant plus importante en matière de droit judiciaire privé qu'elle détermine le cadre de l'instance, alors que lors de celle-ci, la liberté des plaideurs est encadrée par les pouvoirs du juge. D'ailleurs, en matière pénale, tout le déroulement du procès semble découler du choix de la stratégie de défense avant le procès. En matière administrative, le plus souvent, il revient aux parties « de prendre l'initiative d'un procès » et de fixer le cadre de l'instance[3704] mais celui-ci ne peut s'effectuer avant l'instance elle-même. Le moment est donc déplacé dans le temps. Il convient d'énoncer que la stratégie procédurale est bien réelle car en fonction du choix effectué par les parties la solution sur le fond du droit litigieux est susceptible de varier. La stratégie est limitée lorsque le juge a la possibilité de relever d'office certains moyens de droit. Quand il s'agit pour ce dernier d'une obligation, la solution en la matière est prévisible. En revanche, quand il en a seulement la faculté, les plaideurs sont face à un risque qu'elles peuvent néanmoins anticiper. Il relève d'ailleurs de la stratégie elle-même d'anticiper la réaction tant du juge que de l'adversaire. Parfois, le juge ne peut soulever d'office certains moyens que si le plaideur lui en donne les moyens. D'où là aussi une anticipation au regard de la faible probabilité que le juge soulève le moyen dans ce cas là. Selon certaines juridictions, il est même possible d'anticiper la jurisprudence sur cette question. Il existe bien une stratégie laissée aux plaideurs au regard du respect du principe dispositif par le juge et dans la façon de rédiger les conclusions concernant par exemple l'invocation de la demande principale qui est examinée en priorité par rapport à la demande subsidiaire, ou l'énonciation de tous les moyens de droit de nature à fonder la demande.

[3704] Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, n° 10, p. 12.

CONCLUSION GENERALE

421. L'existence d'une stratégie procédurale générale – L'étude de la stratégie procédurale en matière civile nous a permis de montrer que s'il existe autant de stratégies qu'il y a de plaideurs en raison du but poursuivi qui peut varier d'un justiciable à l'autre, dès lors que l'on s'accorde sur le but recherché, se dégage une stratégie générale applicable quel que soit le contentieux concerné. Ayant consacré notre étude à la matière civile, on constate que dans ce domaine, lorsque l'intérêt privé domine c'est-à-dire notamment dans le cadre du choix des modes alternatifs de règlement des conflits, la liberté procédurale des parties domine également mais comporte des limites lors de l'exécution de la solution issue de ces derniers, celle-ci pouvant être soumise au contrôle du juge. Il en est de même en ce qui concerne le recours à l'arbitrage bien qu'en cette matière, les contraintes procédurales se rapprochent de plus en plus de celles ayant trait à la procédure se déroulant devant les juridictions étatiques. Lorsque le litige est réglé par les juges relevant des juridictions judiciaires, la liberté accordée aux parties est plus ou moins grande selon le moment du procès. On a constaté qu'en dehors du choix du mode de règlement du litige, alors que les litigants bénéficient d'une grande liberté avant le procès que ce soit dans l'insertion de clauses contractuelles permettant d'anticiper le déroulement de ce dernier ou bien dans la fixation du cadre de l'instance, au fur et à mesure de l'avancement des différentes étapes de la procédure, la liberté de ces derniers s'amoindrit. La stratégie procédurale générale fait ainsi état de l'enjeu de la liberté individuelle des parties à tous les stades du procès. Parallèlement découlent de celle-ci des stratégies particulières propres à chaque matière.

422. L'existence de stratégies procédurales particulières – En dehors de la spécificité de la matière pénale et administrative, les différents droits substantiels ont une incidence sur la procédure en donnant lieu à des contentieux particuliers tels que par exemple celui du divorce ou celui de l'immobilier impliquant pour ce dernier la mise en œuvre d'actions particulières comme les actions possessoire et pétitoire. Par ailleurs, il semble que l'on puisse concevoir des types de stratégie en fonction des catégories de plaideurs, de la nature des litiges et des buts poursuivis. D'où finalement l'existence d'une stratégie générale au sein même de contentieux spécifiques. Il demeure néanmoins des stratégies propres à chaque cas particulier au regard notamment du comportement des parties pendant l'instance qui est une variable dont le changement peut faire échouer la stratégie de départ et imposer d'en concevoir une nouvelle. La finalité des règles de procédure étant la réalisation des droits substantiels, il convient de se demander, notamment au regard de la multiplication des procès, si les réformes actuelles tendant à l'efficacité de la procédure et si la jurisprudence visant à éradiquer les stratégies dilatoires des plaideurs ne vont pas parfois à l'encontre de principes supérieurs qui sont inhérents à la Justice[3705] tels que par exemple celui consistant à rendre à chacun ce qui lui appartient[3706] comme l'énonce la définition

[3705] Ce qui revient à se poser la question de savoir si le droit doit s'adapter à la réalité ou si à l'opposé la réalité doit résulter de la norme fixée a priori. Cf. J.-J. GALLI, « La table des catégories kantiennes et la méthodologie de la recherche juridique, *R.R.J.*, 1996, p. 1155.

[3706] *« Car le justiciable n'attend pas de la justice ce que l'administré exige de tout service public, l'égalité ; il exige bien davantage du juge : une décision qui lui donne ce qui lui est dû »*. Cf. J-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, p. 251.

romaine de la justice *suum cuique tribuere* qui devrait inspirer le droit positif[3707] ou prévaloir en cas de conflit avec ce dernier. D'ailleurs, *« La définition est déjà chez Platon. Elle est reprise par Saint Augustin, Saint Thomas d'Aquin, et Spinoza chez qui on lit : « La justice est une disposition constante de l'âme à attribuer à chacun ce qui d'après le droit civil lui revient ». Cette définition ne réduit pas le droit à l'application de la loi »*[3708].

423. Les nouveaux objectifs liés à l'efficacité de la justice et leur conciliation avec la fonction de juger – La volonté d'éradiquer les stratégies dilatoires et le souhait de tendre à l'efficacité de la justice se manifestant par la réduction du temps et du coût du procès est parfois incompatible avec la mission du juge de rechercher la vérité[3709] et de rendre à chacun ce qui lui revient. D'éventuelles dérives risquent de découler des objectifs d'économie et de rentabilité. On ne peut considérer la modernité et la célérité comme des fins en soi. Dans le même ordre d'idées, alors que le principe de cohérence se montre de plus en plus prégnant au regard des décisions des juges sanctionnant le comportement incohérent des parties, le résultat apparaissant en contradiction avec le but fixé par une norme semble parallèlement affaiblir ce principe. Par exemple, on peut s'interroger sur la question de savoir si la sanction d'un comportement déloyal par le biais de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui tendant à garantir une meilleure justice ne va pas à l'encontre du but même de la justice en ce qu'elle fait obstacle à la rectification par l'un des plaideurs d'une erreur dans la démonstration de son bon droit effectuée devant le juge. Si le but de la procédure est certes de retrouver la paix sociale[3710] en mettant fin aux litiges, les procès ne pouvant être recommencés indéfiniment, la limite à cette volonté de faire cesser ces derniers devrait s'effectuer dans le respect du devoir de la Justice qui est de rechercher la vérité[3711]. La bonne administration de la justice est liée à l'exigence de justice[3712].

[3707] *« Peut-on en effet définir un état de droit sans référence à des valeurs morales et spirituelles, sans une certaine conception de l'homme, sans une anthropologie juridique ? »*. Cf. J. GARELLO, « Economie, droit et religion : Christian Mouly, libéral et croyant », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome I, Editions Litec, 1998, p. 32.

[3708] J-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, p. 280. Néanmoins, *« la Loi domine la justice et la première question à se poser, si la Justice souffre de malaise, est celle de savoir si le législateur met à la disposition des juges de bonnes lois fixant les droits des justiciables, déterminant clairement ce qui est permis et défendu, garantissant une protection contre l'arbitraire, en un mot assurant l'ordre social »*. Cf. M. GARCON, *Lettre ouverte à la Justice*, Editions Albin Michel, Paris, 1966, p. 16.

[3709] Impliquant nécessairement pour ce dernier certaines exigences notamment *« un état d'esprit serein et patient lui permettant d'avoir du contentieux judiciaire une approche qualitative en se libérant des contraintes liées aux résultats statistiques des affaires inscrites au rôle de la juridiction »*. Cf. J.-J. GALLI, *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, n° 634, p. 284.

[3710] *« Le lien procédural n'évoque-t-il pas, en effet, une relation, un point commun et, au fond, des éléments de rapprochement que l'on pourrait mettre en œuvre pour retisser, recoudre et, finalement, apaiser la relation entre les parties, préservant ainsi le tissu social. Car si la première fonction du juge est certes de trancher le litige, elle est aussi, ensuite, d'apporter l'apaisement social »*. Cf. G. CANIVET, « Avant-propos, De l'intelligence en procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. XXXIV. Ainsi, l'on peut dire que le principal objet de la procédure « est d'être un instrument d'apaisement et de pacification des rapports sociaux ». Cf. J.-L. NADAL et P. GHALEH-MARZBAN, « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 288.

[3711] M. CARATINI, « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gaz. pal.*, 1986 (2e semestre), p. 405 ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, Chron., n° 1, p. 195.

Parmi les résultats auxquels tend l'efficacité de la Justice, on peut citer en matière procédurale celui consistant à *« limiter les comportement stratégiques ou opportunistes »*[3713]. Que ce soit par le biais des réformes récentes ou par la jurisprudence, les plaideurs n'ont pas une totale liberté en ce qui concerne l'utilisation des règles de procédure. Lorsque ces dernières sont le moyen pour l'une des parties d'obtenir gain de cause, l'étude des chances de succès de l'action permet de rendre compte de leur efficacité et plus largement de celle de la justice. En revanche, lorsqu'elles sont utilisées à mauvais escient, on remarque que le juge a le pouvoir de faire obstacle à ces stratégies de mauvaise foi. Toutefois, pour ce faire, le comportement des plaideurs s'objectivise et par là même ne permet plus au magistrat de distinguer les plaideurs qui ont des comportements malveillants de ceux qui, de manière légitime, oeuvrent pour rectifier une erreur résultant du jugement. Or, s'il n'est plus possible de faire la distinction entre ces deux catégories de comportements animant l'esprit des plaideurs, la justice semble manquer son but. Tel est le cas du principe de la concentration des moyens issu de la jurisprudence qui participe du souhait de satisfaire le principe de célérité de la Justice ou bien de celui de la concentration des demandes appliquée à la procédure d'arbitrage[3714]. Il convient d'*« éviter que le droit conduise à des situations injustes tout en assurant aux justiciables une prévisibilité quant au contenu de la règle de droit »*[3715]. Par ailleurs, selon la jurisprudence, le juge n'a pas l'obligation de modifier le fondement juridique des prétentions des parties. Peut-être est-ce dans le but de procéder à la conciliation des principes de liberté et de sécurité qui sont considérés par la doctrine classique comme *« les mamelles du droit français des contrats »*[3716] mais que l'on pourrait aussi appliquer au droit de manière plus générale ? Ce faisant, le juge est susceptible de satisfaire *« à la fois l'analyse économique du contrat et celle du procès »*[3717], mais au regard de cette façon d'appréhender le droit, on peut s'interroger sur la finalité de la justice. Celle-ci doit-elle désormais uniquement se concevoir sous l'angle économique ? L'analyse économique du procès n'est-elle pas en train de prévaloir sur les autres principes ?

424. Vers une redéfinition de la finalité de la Justice ? – L'on ne peut parler au sujet de la Justice de rendement comme on le ferait pour évaluer la qualité d'une entreprise. L'efficacité de la justice se définit par rapport à un but, or si ce dernier change de nature, la fonction de juger s'en trouve renouvelée. Le but de l'efficacité ne doit-il pas être défini différemment selon qu'il concerne la Justice ou l'économie ? Si l'efficacité d'une entreprise peut se concevoir dans la rentabilité d'un point de vue de la gestion, concernant la Justice, elle désigne la paix[3718] et la

---

[3712] Ph. BLONDEL, « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, p. 176.

[3713] E. PUTMAN, « L'introuvable contrat complet », *R.R.J.* 2008-5, Cahiers de méthodologie juridique, p. 2483.

[3714] Par exemple, l'interdiction de présenter une demande nouvelle après un premier procès arbitral devrait avoir lieu dans le cas où cette dernière est *« constitutive d'un abus de procédure ou lorsqu'elle n'a été rendue nécessaire qu'en raison d'une négligence »*. Cf. I. VEILLARD, « Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 43.

[3715] V. LAFARGE-SARKOZY, G. ANSALONI, « Estoppel. Un principe de droit venu d'ailleurs », *J.C.P.*, G., 2012, n° 780, p. 1298.

[3716] D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *R.I.D.C.*, 2-2006, p. 363.

[3717] E. PUTMAN, « L'introuvable contrat complet », *R.R.J.* 2008-5, Cahiers de méthodologie juridique, p. 2483.

[3718] N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, Chron., n° 1, p. 195.

recherche de la vérité en rendant à chacun ce qui lui revient[3719]. A l'inverse, si le principe d'économie de la justice devient le but de la justice, la fonction de juger en ressort modifiée[3720]. Certes, le juge prend en compte les considérations économiques de la décision qui ont des conséquences sur les particuliers[3721] mais concernant plus spécialement la dimension économique du fonctionnement de l'institution, le souhait excessif d'efficacité peut conduire à faire prévaloir celle-ci sur les fins du droit. Or, l'efficacité *« doit rester une directive d'interprétation et non pas ce qui justifie la violation de la loi »*[3722]. Toute société s'interroge sur ce qui est « juste » ou « injuste »[3723]. Le juste est une notion difficile à définir[3724], mais l'on peut énoncer que les recours au juste, à l'équité permettent *« de corriger les injustices du droit positif »*[3725]. Si on doit se soumettre au droit positif[3726], il convient de laisser une part de liberté au juge afin de réduire les injustices créées par les règles positives[3727]. Il est difficile pour la partie perdante d'admettre sa défaite[3728] mais la justice permet de rétablir l'ordre[3729]. En effet, *« le rêve d'une justice parfaite est hors de portée »*[3730]. La vérité juridique ne se confond pas

---

[3719] *« Le droit n'est pas soluble dans l'économie »*. Cf. H. BOUCARD, « La compétition internationale des systèmes juridiques », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique BREILLAT, Les voyages du droit*, Université de Poitiers, L.G.D.J., p. 85.

[3720] D'ailleurs, en matière pénale, on a énoncé que la mise en concurrence des procédures permettait « de donner aux parquets des outils souples de gestion des flux en vue d'aboutir à un « taux de réponse pénale » maximal ». Cf. J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Postface d'Antoine GARAPON, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2010, p. 115 ; 259 ; 261-262.

[3721] J.-Y. CARO, *Les dimensions économiques de la décision judiciaire : perceptions et pratiques des magistrats*, Collection « Essais et recherches judiciaires », 1990, p. 23.

[3722] Ainsi, *« il est important que le droit conserve sa part dans le souci politique, économique, d'efficacité, c'est-à-dire que les décisions soient essentiellement pragmatiques mais qu'elles demeurent dans le même temps essentiellement juridiques »*. Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *R.C.C*, 2000, n° 118, p. 12.

[3723] Ph. FONTAINE, *La justice*, Ellipses Editions Marketing S.A., 2005, p. 138. Cf. aussi J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Traduit de l'anglais par Catherine Audard, 1971, Editions Points, 2009, p. 31-32.

[3724] L'on pourrait penser qu'il s'agit d'*« une idée directrice par rapport au règne des règles, des normes, des lois, qui est celui du droit positif »*. Cf. P. RICOEUR, *Le juste, la justice et son échec*, Carnets de l'Herne, Editions de l'Herne, 2005, p. 12.

[3725] R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Editions Dalloz, 9ième édition, 2011, n° 17, p. 17.

[3726] Comme l'énoncent les tenants du positivisme étatique tels que par exemple Montaigne qui écrit : « Nos lois se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois ». Cf. *Les essais*, III, 13, « De l'expérience », cité par R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Editions Dalloz, 9ième édition, 2011, n° 23, p. 20.

[3727] N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, Chron., n° 15, p. 198.

[3728] B. VATIER, « Rapport introductif », in *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, p. 10.

[3729] J.-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, p. 197. « La justice suppose l'ordre ». Cependant, dans certains cas, une injustice peut être acceptée si elle permet d'éviter une injustice d'une plus grande ampleur : *« loin de l'utopie, il est sage d'accepter, avec vigilance, certains infléchissements de la justice pour éviter un fléau plus grand, une injustice plus grande. Ces sacrifices perdront leur caractère injuste par le grand et injuste désordre qu'ils auront épargné »*. Cf. F. VUILLEMIN, *La robe et l'épée*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 48-50.

[3730] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 336.
Selon Pascal, l'on ne peut séparer la Justice et Dieu puisque la Justice est Dieu. Cf. J.-L. A. CHARTIER, « L'esprit de justice selon Pascal », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 105. « Juger en démocratie exige donc de faire l'expérience permanente du deuil d'une justice parfaite ». Cf. A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, « Opus 1997 », Septembre 2001, p. 317.

toujours avec la justice[3731]. Si la Justice est une institution, elle est aussi une valeur[3732]. Il semble d'autant plus difficile pour un justiciable d'accepter sa défaite lorsque celle-ci résulte de l'application des règles de procédure, les règles substantielles, à l'inverse, lui donnant gain de cause sur le fond du droit litigieux. N'est-ce pas là un résultat contraire à la fonction même de juger qui est de rendre à chacun son dû ? Ainsi, lorsque le juge a la faculté de ne pas soulever d'office certains moyens, peut-être est-ce dans le but de ne pas empêcher que le justiciable triomphe sur le fond du droit litigieux ? La difficile mission du juge de juger l'homme explique la raison pour laquelle elle a longtemps été liée au sacré. La désacralisation n'en doit pas moins désolidariser la notion de justice de tout principe de droit naturel[3733]. Quels que soient les textes de loi, il restera toujours une liberté d'appréciation pour le juge. Il ne peut y avoir d'uniformité en matière de justice comme le montre l'échec des « systèmes experts » dont le but était de remplacer les magistrats par un système informatique donnant une solution à chaque espèce qui leur était soumise. Seul le juge a le pouvoir de la mesure[3734]. De même qu'il corrige les excès de la loi, il lui incombe de corriger les abus des plaideurs dans l'utilisation des règles de procédure à mauvais escient. S'il a pour mission de rendre la justice, il exerce cette mission en fonction du but de celle-ci. Dès lors qu'il est obligé de soulever des moyens d'office, il perd sa liberté d'appréciation de faire usage de cette faculté en ce qu'elle permet ou pas de satisfaire le but de la justice. Selon que l'office du juge est renforcé ou au contraire affaibli, la liberté procédurale des plaideurs change de nature. Un très strict encadrement des pouvoirs du magistrat tend certes à satisfaire le principe de sécurité juridique mais est susceptible d'aboutir à des injustices. Nous avons pu montrer à travers cette étude que la stratégie n'était pas immuable et que son existence dépendait du système juridique dans lequel elle était mise en oeuvre.

425. Vers un autre système judiciaire ? – La stratégie étant liée à une époque donnée, avec l'évolution du droit, elle peut perdre sa raison d'être. En témoignent les réformes en matière européenne concernant tant le fond du droit que la procédure excluant tout intérêt pour les litigants quant au choix de la loi applicable ou quant à celui du lieu de la juridiction compétente dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité. Par ailleurs, concernant plus spécifiquement le droit interne, l'évolution du droit entraîne aussi des changements dans la façon

---

[3731] Face à l'incapacité des tribunaux terrestres à réparer tous les outrages subis par les hommes, reste l'espérance d'un futur tribunal céleste où un Dieu « fera sécher les larmes sur tout visage » (Is. 25.8) et mettra fin à toute détresse. Cf. C. CHALIER, « Tribunal terrestre et tribunal céleste », in *La justice, L'obligation impossible, op. cit.*, p. 76. Le temps de la justice viendra « après ». Cf. A. SERIAUX, « Les paraboles évangéliques sur la justice », in *Etudes offertes à Jacques DUPICHOT, Liber amicorum*, Bruylant, Bruxelles, 2004, n° 1, p. 456. En revanche, dans la tradition bouddhiste ou indienne, *« l'individu n'aura jamais à rendre compte de l'emploi des grâces accordées lors d'un unique passage sur la terre ; on ne peut pas non plus imaginer d'intercession ; le symbolisme judiciaire : balance, grand livre, juge, avocat, procureur, ne peut s'appliquer aux conceptions eschatologiques »*. Cf. J. Varenne, *Le Jugement des morts*, Paris Seuil, 1961, p. 226, cité par A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, « Opus 1997 », Septembre 2001, p. 317.

[3732] J.-J. DAIGRE, « La doctrine et la réforme de la procédure civile », *J.C.P., G.*, 1981, 3020, n° 12.

[3733] « Le droit ne peut parvenir à la justice et trouver sa vigueur que dans la vérité et il n'y a de vérité que dans l'humilité : elle seule permet de dépasser la prétention naturelle des hommes de loi à la recherche de la gloire et la résignation de son déclin ; elle seule permet de donner son vrai sens à la règle ». Cf. Ph. MALAURIE, « Le déclin du droit », *J.C.P., G.*, 2010, 1292, p. 2422.

[3734] Il en est de même concernant le temps de juger. *« C'est la lenteur injustifiée qui reste critiquable »*. Cf. J. BRAUD, « Un juge des procès civils : le temps », *J.C.P., G.*, 1968, 2143, n° 13.

de concevoir la stratégie procédurale. Si l'esprit de chicane existe toujours[3735], les décisions des juges révèlent la volonté d'empêcher que les règles de procédure soient utilisées à mauvais escient[3736]. De plus, la stratégie des parties n'est pas obligatoirement considérée comme déloyale même si elle ne se confond pas toujours avec le but de l'institution. Certes, la Justice conformément à la façon dont elle est représentée par Raphaël est désormais une justice qui a les yeux ouverts et qui doit continuer à tenir la balance sans le poids, celle-ci faisant référence à l'équité, en évitant d'y rajouter un attribut qui désignerait la rentabilité telle qu'elle existe en économie. Mais si l'image de la *Justicia* de Raphaël nous éloigne de la vision de la procédure utilisée dans un esprit de chicane, le résultat de notre étude ne concerne qu'une époque donnée et pourra se modifier à l'avenir. Nous pouvons dès lors par exemple nous interroger sur la nature d'un système juridique dans lequel la liberté procédurale des parties dominerait. Si l'on dénonce un tel danger en matière de procédure pénale, en matière civile, même si les intérêts en jeu ne concernent pas une privation de liberté, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent avoir des répercussions considérables sur les personnes et plus particulièrement la famille[3737]. A l'inverse, l'absence totale de liberté rappellerait les périodes de dictature. Il convient d'éviter l'arbitraire à la fois des parties et du juge. La difficulté réside dans la question du degré de la liberté offerte à ces derniers qui est révélatrice de la culture d'un pays[3738]. Ainsi le rôle du juge eu égard notamment à la notion de la fin de non-recevoir permet d'énoncer que celle-ci est un *« instrument procédural entre les mains du juge qui lui permet de gérer le fonctionnement de ce qu'on pourrait appeler l'ordre processuel »*[3739]. D'où l'intérêt de la recherche d'un juste équilibre en la matière, le minimum devant être déterminé par la loi[3740]. Il convient ainsi de

---

[3735] P. MAYNIAL, « Principes de justice et suppression de la profession d'avoué près la cour d'appel », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN*, Editions Dalloz, 2008, p. 269.

[3736] N. FRICERO, Observations sous Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, *Droit et procédures*, nov.-déc. 2006, n° 5, p. 350.

[3737] *« Il y a des procès de divorce, de filiation, d'autorité parentale qui peuvent détruire des vies, des affaires de faillite ou de cautionnement qui peuvent, à proprement parler, les ruiner »*. Cf. H. CROZE, *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, p. 1.

[3738] *« Au vrai, une société démocratique ne peut pas attribuer le procès exclusivement aux parties ou au juge car il véhicule tant les intérêts privés que l'intérêt général sous-jacent, même en procédure civile »*. Cf. S. AMRANI-MEKKI, « Les catégories de *common law* et de *civil law* à l'épreuve de l'office du juge et des parties », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Editions Dalloz, 2010, n° 10, p. 161.

[3739] JAHEL, « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 725. Néanmoins, selon Monsieur Christophe Lefort, *« la consécration du pouvoir d'office répond plus à la nécessité de confier certaines prérogatives au juge en raison de sa fonction qu'elle ne participe d'un mouvement organisé tendant à une redistribution de l'office du juge et des prérogatives des parties, du moins pas de manière aussi ostensible que ce qui a pu être décrit en doctrine (...). Il reste toutefois qu'en certaines circonstances, on songe naturellement aux dispositions les plus récentes, on peut constater, de manière indirecte, que le développement de ce pouvoir d'office, peut être relié à ce mouvement d'accroissement des pouvoirs du juge »*. Cf. Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Editions Dalloz, 2010, p. 820.

[3740] En effet, cette dernière *« doit toujours fixer un minimum de règles précises, de façon à maintenir au moins l'arbitraire des plaideurs et l'arbitraire du juge dans les limites nécessaires pour la garantie des intérêts généraux et particuliers »*. Cf. R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, n° 6, p. 8.

trouver *« le degré de généralité convenable qui permet de conduire sans contraindre »*[3741]. Par définition, la stratégie s'appuyant sur la politique qui se situe au-dessus d'elle[3742], en cas de modification de celle-ci, celle-là n'a plus de raison d'être et doit évoluer. S'il a pu être fait état d'une nouvelle politique en matière pénale[3743], qu'en est-il en matière civile ? En cas de changement de « politique », si toutefois l'on peut employer ce terme en la matière[3744] c'est peut-être vers un autre système que l'on se dirige[3745]. Puisse dès lors un autre chercheur tenter d'en dresser les contours.

[3741] Cette remarque qui a été effectuée à propos d'une éventuelle élaboration d'un nouveau code civil peut s'appliquer de manière plus générale à la rédaction des textes de loi. Cf. C. ATIAS, « La code civil nouveau », *D.* 1999, Chron., n° 6, p. 200.

[3742] Cf. *Supra* n° 5.

[3743] J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, Postface d'Antoine GARAPON, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2010.

[3744] Un auteur en fait état en invoquant la « tendance de la Cour de cassation et plus généralement des juges à agir non plus en juristes mais en acteurs *d'une politique judiciaire*, avec pour objectif essentiel la limitation du contentieux ». Cf. F. GRANDSARD, « Le regard du praticien », *Procédures*, 2007, Etudes, 15, n° 13, p. 22.

[3745] C'est ce que semble avoir prédit Monsieur Pierre SARGOS lorsqu'il énonce dans son allocution du 23 février 2009 adressée aux auditeurs de justice de la promotion 2007 qu'ils seront *« en charge de faire face au défi de continuer l'œuvre de justice dans cette phase d'effondrement généralisé non seulement de nos structures économiques, mais de l'ensemble de notre système politique, juridique et social »*. Il ajoute qu'il leur appartiendra, *« notamment, de lutter pour que les valeurs fondamentales du procès équitable soient préservées, et de ne pas céder aux vociférations – traduisant elles aussi une forme de désespérance – de tous les partisans d'une justice expéditive, sinon d'exception »*. Cf. P. SARGOS, « Les défis des nouveaux juges », *J.C.P.*, G., 2009, n° 10-11, Actualités, 114, p. 5.

BIBLIOGRAPHIE

I - TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX DE PROCEDURE

AMBROISE-CASTEROT (Coralie), *La procédure pénale*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, Paris, 2009, ISBN : 978-2-297-01250-8

AMBROISE-CASTERO (Coralie), BONFILS (Philippe), *Procédure pénale*, PUF, 2011, 416 p., ISBN : 978-2-13-057346-3

BOITARD, COLMET-DAAGE (G.-F.), *Leçons de procédure civile*, 14e édition par E. GLASSON, Tome II, Librairie Cotillon, Pichon, Successeur, Editeur, 1885, 772 p.

BONFILS (Philippe), VERGES (Etienne), *Travaux dirigés de droit pénal et de procédure pénale*, Litec, LexisNexis, 2ième édition, 2006.

BOULOC (Bernard), MATSOPOULOU (Haritini), *Droit pénal général et procédure pénale*, Editions Dalloz, 18e édition, 2011, 639 p., ISBN : 978-2-247-11005-6

CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, Editions LexisNexis Litec, 7ième édition, 2011, 838 p., ISBN : 978-2-7110-1530-6

CADIET (Loïc), NORMAND (Jacques), AMRANI MEKKI (Soraya), *Théorie générale du procès*, Thémis droit, P.U.F., 2010, 993 p., ISBN : 978-2-13-051735-1

CORNU (Gérard), FOYER (Jean), *Procédure civile*, Thémis Droit privé, Presses universitaires de France, 1996, 780 p.

COUCHEZ (Gérard), LAGARDE (Xavier), *Procédure civile*, Editions Dalloz, 1978, 2011, 541 p., ISBN : 978-2-247-08971-0

CREMIEU (Louis), *Traité élémentaire de procédure civile et voies d'exécution*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1956, 317 p.

CROZE (Hervé), LAPORTE (Christian), *Guide pratique de procédure civile*, Editions LexisNexis, 4ième édition, 2012, 342 p., ISBN : 978-2-7110-1281-7

CROZE (Hervé), MOREL (Christian), *Procédure civile*, PUF, 1988, 444 p., ISBN : 2 13 041728 0

CROZE (Hervé), FRADIN (Olivier), MOREL (Christian), *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique*, Editions LexisNexis, Litec, 4ième édition, 2008, 396 p., ISBN : 978-2-7110-1038-7

DEBOVE (Frédéric), FALLETTI (François) et JANVILLE (Thomas), *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Collection Major service public, P.U.F., 2001, 4ième édition, 2012, 911 p., ISBN : 978-2-13-059129-0

DESPORTES (Frédéric), LAZERGES-COUSQUER (Laurence), *Traité de procédure pénale*, Editions Economica, 2012, 2349 p., ISBN : 978-2-7178-5967-6

DOUCHY-OUDOT, *Procédure civile*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, Paris, 5ième édition, 2012, 404 p., ISBN : 978-2-297-02475-4

FOURMENT (François), *Procédure pénale*, Editions Paradigme, 2012, 354 p., ISBN : 978-2-3502-0092-7

FRICERO (Natalie), *L'essentiel de la procédure civile*, 2011-2012, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2011, 8ième édition, 130 p., ISBN : 978-2-297-01874-6

GARSONNET (E.), CEZAR-BRU (Ch.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, Tome 2, Recueil Sirey, 3ième édition, 1912, 804 p.

GLASSON (Ernest), *Les sources de la procédure civile française*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, 114 p.

GLASSON (Ernest), *Histoire du droit et des Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au droit et aux Institutions de la France depuis leur origine*

jusqu'à nos jours, T. 6ième, Le droit actuel, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, Librairie de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats, G. Pedone-Lauriel, Successeur, Paris, 1883, 927 p.

GLASSON (Ernest) avec le concours au point de vue pratique de P. COLMET-DAAGE, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2ième édition mise au courant de la législation et de la jurisprudence par A. TISSIER, Tome 10, Paris L.G.D.J., 1908, 997 p.

GLASSON (Ernest), MOREL (René), TISSIER (Albert), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Tome 2, Recueil Sirey, 3ième édition, 1926, 904 p.

GUINCHARD (Serge), BUISSON (Jacques), *Procédure pénale*, LexisNexis, Litec, 7ième édition, 2011, 1584 p., ISBN : 978-2-7110-1532-0

GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. et I. S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Editions Dalloz, 6ième édition, 2011, 1401 p., ISBN : 978-2-247-10558-8

GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André), DEBARD (Thierry), *Institutions juridictionnelles*, Editions Dalloz, 2011, 1159 p., ISBN : 978-2-247-11011-7

GUINCHARD (Serge), CHAINAIS (Cécile), FERRAND (Frédérique), *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 31ième édition, 2012, 1541 p., ISBN : 978-2-247-12058-1

GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, HyperCours, Editions Dalloz, 2011, 771 p., ISBN : 978-2-247-10941-8

HERON (Jacques), LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, 1016 p., ISBN : 978-2-7076-1656-2 ; ISSN : 0767-4309

JAPIOT (René), *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1916, 736 p.

JEULAND (Emmanuel), *Droit processuel*, Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, 2ième édition, 648 p., ISBN : 978-2-7076-1745-3

JULIEN (Pierre), FRICERO (Natalie), *Procédure civile*, Lextenso éditions, LGDJ, 2011, 544 p., ISBN : 978-2-275-03648-9

LARGUIER (Jean), *La procédure pénale*, P.U.F., Collection « Que sais-je ? », 1963, 12e édition, 2005, 126 p., ISBN : 2-13-054670-6

LARGUIER (Jean), CONTE (Philippe), BLANCHARD (Christophe), *Droit judiciaire privé, Procédure civile*, Dalloz, 20e édition, 2010, 186 p., ISBN : 978-2-247-08899-7

LARGUIER (Jean), CONTE (Philippe), *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 22ième édition, 2010, 366 p., ISBN : 978-2-247-08441-8

LEBORGNE (Anne), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Editions Dalloz, 1ère édition, 2009, 1002 p., ISBN : 978-2-247-08164-6

LEFORT (Christophe), *Procédure civile*, Editions Dalloz, 4ième édition, 2011, 553 p., ISBN : 978-2-247-11617-1

LOBE FOUDA (Madeleine), *Procédure pénale*, Panorama du droit, Collection dirigée par G. BERNARD, Groupe Studyrama-Vocatis, 2010, 490 p., ISBN : 978-2-7590-0953-4

MOREL (René), *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1949, 606 p.

PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, 15ième édition, 2012, 532 p., ISBN : 978-2-7076-1757-6

PIGEAU (Eustache-Nicolas), *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les Jurisdictions ordinaires du royaume, Démontrée par principes et mise en action par des Formules*, Paris, Veuve Desaint, 1779, 884 p.

POTHIER, *Œuvres de Pothier, Traité de procédure civile, Traité de la procédure criminelle*, T. X, Cosse et N. Delamotte imprimeurs-éditeurs, Paris, 1848, 520 p.

RIVOIRE (M.), *Traité de l'appel et de l'instruction sur l'appel*, Paris, Joubert, Lyon, Dorier, 1844, 645 p.

ROBIN (Cécile), *Procédure civile*, Editions Magnard-Vuibert, Août 2012, 378 p., ISBN : 978-2-311-00931-6

ROUQUETTE (Rémi), *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2010, 1144 p., ISBN : 978-2-247-08210-0

ROUSSEAU (Rodolphe) et LAISNEY, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile commerciale criminelle et administrative avec formules de tous les actes*, Tome I, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau éditeur, Paris, 812 p.

SCARANO (Jean-Pierre), *Institutions juridictionnelles*, Collection Universités-Droit, 10e édition, Ellipses, 2007, 239 p.

SOLUS (Henry), PERROT (Roger), *Droit judiciaire privé*, Editions Sirey, 1991, 1358 p.

SOYER (Jean-Claude), *Droit pénal et procédure pénale*, Lextenso éditions, L.G.D.J., 2012, 506 p., ISBN : 978-2-275-03499-7

STAES (Olivier), *Droit judiciaire privé*, Ellipses, 2006, 256 p., ISBN : 2-7298-2485-5

STEFANI (Gaston), LEVASSEUR (Geroges), BOULOC (Bernard), *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 23e édition, 2012, 1102 p., ISBN : 978-2-247-11681-2

STOLOWY (Nicole), *Institutions judiciaires*, Vuibert, 2006, 269 p., ISBN 10 : 2-7117-7775-8 ; ISBN 13 : 978-2-7117-7775-4

STRICKLER (Yves), *Procédure civile*, Editions Paradigme, 2010, 294 p., ISBN : 978-2-35020-075-0

TALANDIER (M.), *Traité de l'appel en matière civile*, Cotillon Librairie, Videcoq Librairie, Paris, 1839, 516 p.

VERGES, *Procédure civile*, PUG, 2007, 298 p., ISBN : 978-2-7061-1408-3

VERNY (Edouard), *Procédure pénale*, Editions Dalloz, 3e édition, 2012, 302 p., ISBN : 978-2-247-10520-5

II - AUTRES OUVRAGES GENERAUX

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, T. I, 3ième édition, Librairie du Recueil J.-B. SIREY et du journal du Palais, L. LAROSE et L. TENIN, 1906, 797 p.

BENABENT (Alain), *Droit civil, Les obligations*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 13e édition, Lextenso éditions, 2012, 725 p., ISBN : 978-2-7076-1767-5 ; ISSN : 0767-4309

BERGE (J.S.), ROBIN-OLIVIER (S.), *Introduction au droit européen*, Thémis, Droit, PUF, 1ère édition, Juillet 2008, 551 p., ISBN : 978-2-13-051639-2

BERGEL (Jean-Louis), *Méthodologie juridique*, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, 408 p., ISBN : 2 13 051656 4

BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit, Méthodes du droit*, Editions Dalloz, 5ième édition, 2012, 399 p., ISBN : 978-2-247-11001-8

BEUDANT (Ch.), avec la collaboration de G. LAGARDE, *Cours de droit civil français. Les contrats et les obligations*, T. VIII, 2ième édition, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1936, 698 p.

BUFFELAN-LANORE (Yvaine), LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), *Droit civil : introduction, biens, personnes, famille*, Editions Dalloz, 1969, 2011, 17ième édition, 988 p., ISBN : 978-2-247-11032-2

CABRILLAC (Rémy), *Introduction générale au droit*, Editions Dalloz, 9ième édition, 2011, 272 p., ISBN : 978-2-247-10895-4

CACHARD (Olivier), *Droit du commerce international*, Lextenso éditions, LGDJ, 2011, 614 p., ISBN : 978-2-275-03645-8

CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, Volume II, « Quadrige », PUF, 2004, 2574 p., ISBN : 2-13-054739-7

COLIN (Ambroise), CAPITANT (Henri), *Traité de droit civil, Obligations, Théorie générale, Droits réels principaux*, Tome II, Ouvrage refondu par Léon JULLIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Librairie Dalloz, 1959, 1006 p.

CORNU (Gérard), *Droit civil, Introduction au droit*, Domat droit privé, Montchrestien, L.G.D.J., 13ième édition, 2007, 277 p., ISBN : 978-2-7076-1551-0

DELEBECQUE (Philippe), PANSIER (Frédéric-Jérôme), *Droit des obligations, 1. Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis SA, Litec, 4e édition, 2006, 331 p., ISBN : 978-2-71-100831-5

DEMOGUE (René), *Traité des obligations en général – Effet des obligations*, T. VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931, 756 p.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code civil, De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, T. 1, Paris, Auguste Durand, 1845, 498 p.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon XXV, Livre troisième, Titre troisième, Traité des contrats ou des obligations*, T. II, Durand et Pédone Lauriel, Hachette et Cie, Cosse, Marchal, Billard, Paris, 1877, 675 p.

DOUCHY-OUDOT (Mélina), *Droit civil 1ère année, introduction, personnes, famille*, HyperCours Dalloz, Editions Dalloz, 2011, 6ième édition, 443 p., ISBN : 978-2-247-10982-1

FABRE-MAGNAN (Muriel), *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, Droit, 2004, 993 p., ISBN : 2-13-050-392-6

FAGES (Bertrand), *Droit des obligations*, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, 3e édition, 628 p., ISBN : 978-2-275-03647-2 ; ISSN : 0990-3909

FAVOREU (Louis), GAIA (Patrick), GHEVONTIAN (Richard), MESTRE (Jean-Louis), PFERSMANN (Otto), ROUX (André), SCOFFONI (Guy), *Droit constitutionnel*, Editions Dalloz, 14e édition, 2011, 1077 p., ISBN : 978-2-247-10977-7

FAVOREU (Louis), GAIA (Patrick), GHEVONTIAN (Richard), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), PENA-SOLER (Annabelle), PFERSMANN (Otto), PINI (Joseph), ROUX (André), SCOFFONI (Guy), TREMEAU (Jérôme), *Droit des libertés fondamentales*, Editions Dalloz, 6ième édition, 2012, 701 p., ISBN : 978-2-247-12062-8

FENET (P. A.), *Recueil complet des Travaux préparatoires de Code civil*, T. XIII, Paris, Au dépôt, rue Saint-André-des-Arcs, n° 51, MDCCCXXVII, 832 p.

FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc), SAVAUX (Eric), *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, Editions Dalloz, 2012, 15e édition, 524 p., ISBN : 978-2-247-12087-1

GHESTIN (Jacques), JAMIN (Christophe), BILLIAU (Marc), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3e édition, 2001, 1340 p., ISBN : 2-275-00159-X

HUC (Théophile), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome VII, Paris, Librairie Cotillon, 1894, 530 p.

JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, T. II, Librairie du Recueil Sirey, 3ième édition, Paris, 1939, 1215 p.

LABBEE (Xavier), *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Préface J.-J. TAISNE, Presses Universitaires du Septentrion, 2002, 223 p., ISBN : 2-85939-757-4

LACHIEZE (Christophe), *Droit des contrats*, 3e édition, Ellipses Editions Marketing S.A., 2012, 237 p., ISBN : 978-2-7298-7513-8

LAMBOLEY (Annie), LAURENS-LAMBOLEY (Marie-Hélène), *Droit des régimes matrimoniaux*, Objectif droit, LexisNexis SA, Paris, 2011, 253 p., ISBN : 978-2-7110-1173-9

LAROMBIERE (M. L.), *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, Livre III du Code civil, Art. 1101 à 1386, T. II, Art. 1146 à 1182*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, Librairies de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats, G. Pedone-Lauriel, Successeur, Paris, 1885, 510 p.

LE TOURNEAU (Philippe), avec la participation de BLOCH (Cyril), GUETTIER (Christophe), GIUDICELLI (André), JULIEN (Jérôme), KRAJESKI (Didier), POUMAREDE (Matthieu), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, Editions Dalloz, 9e édition, Paris, 2012, 2162 p., ISBN : 978-2-247-11680-5

LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, T. XII, Treutel et Würtz, Librairies, Paris, 1828, 600 p.

MAINGUY (Daniel), RESPAUD (Jean-Louis), *Droit des obligations, Cours magistral*, Editions Ellipses, 2008, 429 p., ISBN : 978-2-7298-3994-9

MALINVAUD (Philippe), FENOUILLET (Dominique), *Droit des obligations*, LexisNexis SA, Litec, 12e édition, 2012, 760 p., ISBN : 978-2-7110-1742-3

MALINVAUD (Philippe), *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13e édition, 2011, 505 p., ISBN : 978-2-7110-1537-5

MARAIS (Astrid), *Introduction au droit*, Collection Dyna'Sup droit, Editions Magnard-Vuibert, 2ième édition, septembre 2009, 266 p., ISBN : 978-2-7117-7517-0

MARCADE (V.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. IV, Delamotte et Fils, Editeurs, 7ième édition, Paris, 1873, 715 p.

MAZEAUD (Henri et Léon), MAZEAUD (Jean), CHABAS (François), *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9e édition, Montchrestien, 1998, 1353 p., ISBN : 2-7076-0620-0

MOUSSERON (Jean-Marc), RAYNARD (Jacques), FABRE (Régis), PIERRE (Jean-Luc), *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, LexisNexis SA, 2012, 4ième édition, 527 p., ISBN : 978-2-7110-0533-8

NIBOYET (Marie-Laure), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (Géraud), *Droit international privé*, 3ième édition, Lextenso éditions, L.G.D.J., 2011, 882 p., ISBN : 978-2-275-03650-2, ISSN 0990-3909

PEDAMON (Michel), KENFACK (Hugues), *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Editions Dalloz, 2011, 3ième édition, 859 p., ISBN : 978-2-247-11008-7 ; 978-2-247-11029-2

PETIT (Bruno), *Introduction générale au droit*, Presses universitaires de Grenoble, 5ième édition, 2001, 159 p.

PORCHY-SIMON (Stéphanie), Droit civil, 2e année, *Les obligations*, HyperCours Dalloz, 7e édition, Editions Dalloz, 2012, 577 p., ISBN : 978-2-247-12021-5

RACINE (Jean-Baptiste), SIIRIAINEN (Fabrice), *Droit du commerce international*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2011, 529 p., ISBN : 978-2-247-08961

RENAULT-BRAHINSKY (Corinne), *Droit des obligations*, Gualino éditeur, EJA, Paris, 2e édition, 2007, 592 p., ISBN : 978-2-297-00391-9

REVILLARD (Mariel), *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Préface de Paul LAGARDE, Defrénois, Lextenso éditions, 2010, 910 p., ISBN : 978-2-85623-177-7

RIPERT (Georges), BOULANGER (Jean), *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, Obligations, Contrat – Responsabilité, Droits réels, Biens – Propriété*, Tome II, Paris, L.G.D.J., 1957, 1150 p.

ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, Editions du Juris-Classeur, Juin 2003, 664 p., ISBN : 2-7110-0212-8

ROUBIER (Paul), *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Librairie du Recueil Sirey, 2ième édition, 1951, 337 p.

SANDEVOIR (Pierre), *Introduction au droit*, Dunod, Paris, 1991, 244 p.

SERIAUX (Alain), *Le Droit : une introduction*, ellipses / édition marketing S.A., 1997, 335 p.

SERIAUX (Alain), *Manuel de droit des obligations*, Collection Droit fondamental, P.U.F., 2006, 257 p., ISBN : 2-13-055032-0

SOURIOUX (Jean-Louis), *Introduction au droit*, Editions PUF, 1987, 243 p.

TERRE (François), *Le droit*, Dominos, Flammarion, 1999, 126 p.

TERRE (François), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9ième édition, 2012, 652 p., ISBN : 972-2-247-12060-4

TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves), *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 10e édition, 2009, 1542 p., ISBN : 978-2-247-08042-7

TOULET (Valérie), *Droit civil, Les obligations*, Editions Paradigme, 2006, 405 p., ISBN : 2-35020-022-1 ; 978-2-35020-022-4

WEILL (Alex), TERRE (François), *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 3ième édition, Dalloz, 1980, 1200 p., ISBN : 2-247-00198-X

ZACHARIAE (M. C. S.), AUBRY (M. C.), RAU (M. C.), *Cours de droit civil français*, T. II, F. LAGIER, Librairie-Editeur, Strasbourg, 1839, 584 p.

III - OUVRAGES PRATIQUES

BOUT (Roger), BRUSCHI (Marc), LUBY (Monique), POILLOT-PERUZZETTO (Sylvaine), Lamy, *Droit économique, Concurrence, Distribution, Consommation*, Editions Lamy, SA, 2005.

La nouvelle procédure d'appel, Sous la direction de C. BRENNER et de N. FRICERO, Editions Lamy, Collection Axe Droit, 2010, 275 p., ISBN : 978-2-7212-1292-4 :

- BRENNER (Claude), « Préambule à la procédure », p. 11 à 45.

CLAUX ((Pierre-Michel), DAVID (Stéphane), avec la collaboration de BOICHE (Alexandre), BUGNA (Stéphanie), JAULT (Alexis), TOUGNE (Sophie), VIVIEN (Georges), *Droit et pratique du divorce*, Editions Dalloz, Paris, 2010, 934 p., ISBN : 978-2-247-06111-2

Droit du contrat, Lamy, Sous la direction de B. FAGES et de V. MAUGERI, Collection Lamy dirigée par J. MESTRE :

- FAGES (Bertrand), « La lettre du contrat », Novembre 2007, n° 325-3 à 325-65.
- FAGES (Bertrand), « L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes », Novembre 2007, n° 368-5 à 368-35.
- FAGES (Bertrand), « L'exécution du contrat – Le comportement des parties », Mai 2008, n° 365-3 à 365-96.

- FAGES (Bertrand), « L'inexécution du contrat – Exception d'inexécution et droit de rétention », Novembre 2008, n° 370-3 à 370-89.
- FAGES (Bertrand), « La disparition du lien contractuel fondée sur la gravité du comportement – La résolution extrajudiciaire », Novembre 2008, n° 462-5 à 462-70.
- MALEVILLE (Marie-Hélène), « L'interprétation du contrat », Novembre 2008, n° 331-3 à 331-88.
- PUTMAN (Emmanuel), « Le contentieux contractuel – Solutions amiables », Novembre 2007, n° 396-4 à 396-64.

Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne, Sous la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action, 2012/2013, Editions Dalloz, 7ième édition, Paris, 2012, 1713 p., ISBN : 978-2-247-10396-6

- D'AMBRA (Dominique), « Conciliation et médiation – droit interne », p. 760 à 777.
- D'AMBRA (Dominique), « Procédure participative de négociation assistée par avocat », p. 786-788.
- FATTACCINI (Carole), « Pourvoi en cassation », p. 1449 à 1508.
- FERRAND (Frédérique), « Médiation – droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe », p. 778 à 785.
- FERRAND (Frédérique), « Titre exécutoire européen (Règl. CE n° 805/2004, 21 avr. 2004) », p. 1216 à 1229.
- FRICERO (Natalie), « Conditions relatives à la rédaction », p. 1042 à 1062.
- FRICERO (Natalie), « Autorité du jugement », p. 1069 à 1088.
- HOONAKKER (Philippe), « Actes introductifs d'instance », p. 478 à 516.
- HOONAKKER (Philippe), « Exécution provisoire des jugements au regard de la situation du débiteur », p. 1141 à 1166.
- JUNILLON (Jacques), « Appel », p. 1293 à 1404.
- LACROIX-ANDRIVET (Jean-Paul), « Preuves à conserver », p. 49 à 61.

Droit patrimonial de la famille, Sous la direction de M.GRIMALDI, Editions Dalloz, Paris, 4ième édition, 2011, 1382 p., ISBN : 978-2-247-08642-9 :

- GORE (Marie), « Changement de la loi applicable au régime matrimonial », p. 1269 à 1271.

Patrimoine 2011-2012, Memento Pratique Francis LEVEBVRE, Editions Francis Levebvre, 2011, 1515 p., ISBN : 978-2-85115-901-4 :

- JULIEN SAINT AMAD-HASSANI (Sylvie), Les régimes matrimoniaux, p. 13 à 81.

IV - OUVRAGES SPECIAUX

AYDALOT (Maurice), *Magistrat*, Editions Robert Laffont, 1976, Paris, 345 p., n° d'éditeur : 6170 (13895), n° d'impression : 76-I-490.980-3920

BADINTER (Robert), *L'exécution*, Editions Grasset, 1973, Nouvelle édition, Librairie Arthème Fayard, 1998, 230 p., ISBN : 2-213-59544-5

BAMBERG (Anne), *Procédures matrimoniales en droit canonique*, Editions Ellipses, 2011, 127 p., ISBN : 978-2-7298-6566-5

CARPANO (Eric) et MAZUYER (Emmanuelle), *Les grands systèmes juridiques étrangers*, Gualino, Lextenso éditions, Paris, 2009, 207 p., ISBN : 978-2-297-01008-5

BENYEKHLEF (Karim), GELINAS (Fabien), *Le règlement en ligne des conflits, Enjeux de la cyberjustice*, Préface de Guy CANIVET, Collection Droit et Technologie, Editions Romillat, 2003, 237 p., ISBN : 2-87894-083-0

BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière civile*, Dalloz, Quatrième édition, Juin 2008,798 p., ISBN : 978-2-247-07478-5

BOULISSET (Philippe), COUCHET (Christian), avec la participation de MOUTET (Eric), *Guide de la conciliation*, Mars 2011, Editions Edilaix, 309 p., ISBN : 978-2-9153-3499-9

BREGI (Jean-François), *Introduction historique au droit*, 2ième édition, Editions Ellipses, 2009, 395 p., ISBN : 978-2-7298-5146-0

BUFFET (Jean) (sous la dir.), *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2e édition, 2003, 430 p., ISBN : 2-7110-0268-3

CARBASSE (Jean-Marie), *Histoire du droit*, Que sais-je ?, PUF, 2008, 2ième édition, 2010, 127 p., ISBN : 978-2-13-058516-9

CARBONNIER (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs essais, Editions Flammarion, 1996, 276 p., ISBN : 978-2-0812-1886-4

CARBONNIER (Jean), *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, L.G.D.J., 2001, 493 p., ISBN : 2-275-02008-X

CARDAHI (Choucri), *Sentiment et droit, Nos sentiments et nos passions devant la justice et la loi, Etude juridique et sociologique*, Beyrouth, 1951, 196 p.

CARO (Jean-Yves), *Les dimensions économiques de la décision judiciaire : perceptions et pratiques des magistrats*, Collection « Essais et recherches judiciaires », 1990, 118 p., ISBN : 2-904825-73-8

CASTALDO (André), *Introduction historique au droit*, Editions Dalloz, 3e édition, 2006, 459 p.

CHAMBERLAND (Luc), *Techniques et stratégies d'un procès civil,* Manuel de plaidoirie, Les éditions Yvon Blais Inc., 2000, 161 p., ISBN : 2-89451-440-9

CHAMPAUD (Claude) et DANET (Didier), *Stratégies judiciaires des entreprises*, Regards sur la justice, Sous la direction de L. CADIET, Editions Dalloz, 2006, 212 p.

CHAMPION (Jean), *Patrimoine du couple*, 2011/2012, Editions Delmas, 13e édition, Editions Dalloz, 2010, 427 p., ISBN : 978-2-247-10118-4 ; ISSN 0750 3431.

CHARNAY (Jean-Paul), *La stratégie*, Que sais-je ?, PUF, 1ère édition 1995, 127 p., ISBN : 2-13-046869-1

CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation*, Collection Connaissance du droit, Editions Dalloz, 2e édition, 2001, 157 p., ISBN : 2-24704526 X

CHATILLON (Stéphane), *Le contrat international*, Editions Magnard-Vuibert, 2011, 392 p., ISBN : 978-2-7117-4350-6

CLOSSET-MARCHAL (Gilberte), VAN DROOGHENBROECK (Jean-François), *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 602 p., ISBN : 978-2-8027-2782-8

CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Editions Dalloz, 2010, 67 p., ISBN : 978-2-247 09037-2

CORNU (Gérard), *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, D.E.A. de Droit privé, Les Cours de Droit*, Paris, 1977, 215 p.

COUTAU-BEGARIE (Hervé), *Traité de stratégie*, Paris, Bibliothèque Stratégique, Economica, 4ième édition, 2003, 1020 p.

CREHANGE (Pascal), *Introduction à l'art de la plaidoirie*, Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2012, 145 p., ISBN : 978-2-35971-047-2

CROZE (Hervé), *Le procès civil*, Editions Dalloz, 2ième édition, 2004, 137 p., ISBN : 2-247-05692-X

DANET (Jean), *La justice pénale entre rituel et management*, Postface d'Antoine GARAPON, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'Univers des Normes », 2010, 280 p., ISBN : 978-2-7535-1172-9

DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Editions Dalloz, 11e édition, 2002, 553 p.

DEL VECCHIO (Georges), *La Justice-La Vérité, Essais de philosophie juridique et morale*, Collection « Philosophie du droit », Editions Dalloz, Paris, 1955, 244 p.

DENIEUL (Jean-Marie), *Petit traité de l'écrit judiciaire*, Praxis Dalloz 2011, Editions Dalloz, Paris, 2010, 9ième édition, Préf. de J.-D. BREDIN, 468 p., ISBN : 978-2-247-10110-8

DESPORTES (Vincent) et PHELIZON (Jean-François), *Introduction à la stratégie*, Collection Stratégies & Doctrines, Editions Economica, 2007, 282 p.

DI BELLA (Maria Pia), *Essai sur les supplices. L'état de victime*, Hermann éditeurs, Paris, 2011, 336 p., ISBN : 978-2-7056-8037-4

DION (Nathalie), *De la médiation. Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, Avant-dire de Jean-Louis Sourioux, Editions mare & martin, 2011, 266 p., ISBN : 978-2-84934-081-3

DROSS (William), *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Editions Litec, LexisNexis SA, 2ième édition, 2011, 745 p., ISBN : 978-2-7110-1463-7

DUBOUCHET (Paul), *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Editions L'Hermès, 4ième édition, 1998, 473 p., ISBN : 2-85934-468-3

DURAND (Bernard), CHENE (Christian), LECA (Antoine), *Introduction historique au droit*, Montchrestien, EJA, 2004, ISBN : 2-7076-1395-9

FAIRGRIEVE (Duncan), MUIR WATT (Horatia), *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, PUF, 2006, 62 p., ISBN : 2-13-055558-6

FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte) et MAZEAUD (Denis) (Sous la dir. de), *Principes contractuels communs*, Association Henri CAPITANT, Société de législation comparée, Vol. 7.

FAUVARQUE-COSSON (B) et MAZEAUD (D) (Avant-propos), Introduction de G. WICKER et J.-B. RACINE, *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Société de Législation Comparée, Editions Société de législation comparée, Droit privé comparé et européen, Vol. 7, 2008, 853 p., ISBN : 978-2-908-199-62-8, ISSN : 1761-2632

FORSYTH (Elliott), *La tragédie française de Jodelle à Corneille (1553-1640). Le thème de la vengeance*, Editeur Honoré Champion, Paris, 1962, édition revue et augmentée, 1994, 484 p., ISBN : 2-85203-346-1, ISSN : 1164-6152

FOYER (Jean), *Histoire de la justice*, Que sais-je ?, PUF, 1996, 127 p., ISBN : 2 13 047802 6

FROMONT (Michel), *Grands systèmes de droit étrangers*, Editions Dalloz, 2009, 6e édition, 256 p., ISBN : 978-2-247-08366-4 ; ISBN : 978-2-247-08514-9

FULCHIRON (Hugues), NOURISSAT (Cyril), TREPPOZ (Edouard), *Travaux dirigés de droit international privé*, 4ième édition, Litec, LexisNexis SA, 2009, 495 p., ISBN : 978-2-7110-1192-6

GALLET (Jean-Louis), *La procédure civile devant la cour d'appel*, Préf. de L. CADIET, LexisNexis, Litec, 2010, 266 p., ISBN : 978-2-7110-0966-4

GAMBARO (Antonio), SACCO (Rodolpho), VOGEL (Louis), *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Lextenso éditions, LGDJ, 2011, 455 p., ISBN : 978-2-275-03671

GARAPON (Antoine), *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, « Opus 1997 », Septembre 2001, 351 p., ISBN : 2-7381-1049-5

GARAPON (Antoine), PAPADOPOULOS (Ioannis), *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, Novembre 2003, 322 p., ISBN : 2-7381-1353-2

GARAPON (A), ALLARD (J), GROS (F) (Textes réunis et présentés par), *Les vertus du juge*, Editions Dalloz, 2008, 184 p., ISBN : 978-2-2470-6609-4

GARÇON (Maurice), *Tableau de l'éloquence judiciaire*, Editions Corrêa, 3ième édition, Paris, 1943, 396 p.

GARÇON Maurice), *Lettre ouverte à la Justice*, Editions Albin Michel, Paris, 1966, 142 p.

GARNOT (B) (Ouvrage dirigé par), Avec la collaboration de BASTIEN (Pascal), PIANT (Hervé), WENZEL (Eric), *La justice et l'histoire, Sources judiciaires à l'époque moderne (XVIe, XVIIe, XVIIIe siècles)*, Collection dirigée par N. Vivier, Editions Bréal, 2006, 288 p., ISBN : 978 2 7495 0628 9

GARNOT (Benoît), *Histoire de la justice, France, XVIe-XXIe siècle*, Editions Gallimard, 2009, 789 p., ISBN : 978-2-07-039668-9

GAUDEMET (Jean), *Le droit privé romain*, Armand Colin, Paris, 1974, 416 p., Imprimerie Floch, Mayenne : 12287, N° Armand Colin : 6502.

GAUDEMET (Jean), *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, 341 p., ISBN : 2 13 051141 4

GAUDU (François), *Les 100 mots du droit*, Que sais-je ?, P.U.F., 2010, 127 p., ISBN : 978-2-13-058294-6

GENDREY (Patricia) avec la collaboration de FINON (Françoise), de LE GALL (Paul) et MESELLEM (Ouarda), *Agir en justice*, Editions Prat, 2007, 329 p.

GENY (François), *Science et Technique en droit privé positif, Première partie – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, T. I, Recueil Sirey, 1914, 212 p.

GENY (François), *Science et Technique en droit privé positif, Deuxième partie – Elaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, T. II, Recueil Sirey, 1915, Deuxième tirage, 1927,422 p.

GENY (François), *Science et Technique en droit privé positif, Troisième partie – Elaboration technique du droit positif*, T. III, 1921, 522 p.

GENY (François), *Science et Technique en droit privé positif, Quatrième partie – Rapport entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif. (Le conflit du droit naturel et de la loi positive)*, T. IV, 1924, Nouveau tirage 1930, 265 p.

GENY (François), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Préface de Raymond Saleilles, Tome II, Seconde édition, LGDJ, Paris, 1954, 422 p.

GERKENS (Jean-François), *Droit privé comparé*, Editions Larcier, 2007, 251 p., ISBN : 978-2-8044-2472-5

GILISSEN (John), *Introduction historique au droit, Esquisse d'une histoire universelle du droit, Les sources du droit depuis le XIIIe siècle, Eléments d'histoire du droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 1979, 754 p., ISBN : 2-8027-0221-1

GIRARD (Paul Frédéric), *Manuel élémentaire de droit romain*, Edition revue et mise à jour par Félix Senn, Réédition présentée par Jean-Philippe Lévy, Editions Dalloz, 2003, 8e édition, 1223 p., ISBN : 2-247-05239-8

GUERY (Christian), *Les avocats au cinéma*, Préface de Maître François SAINT-PIERRE, Presses Universitaires de France, 2011, 241 p., ISBN : 978-2-13-0585561-9

GUILLAUME-HOFNUNG (Michèle), *La médiation*, « Que sais-je ? », PUF, 1995, 2009, 127 p., ISBN : 978-2-13-057558-0

GUINOT (Thierry), *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Collection Droit et Procédures, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2009, 148 p., ISBN : 978-2-910326-68-5

HALPERIN (Jean-Louis), *Profils des mondialisations du droit*, Méthodes du droit, Editions Dalloz, 2009, 433 p., ISBN : 978-2-247-08274-2

HAYEK (Friedrich A.), *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique* :

- Volume 1, *Règles et ordre*, PUF, 3ième édition, Paris, 1992, 208 p., ISBN : 2 13 044772 4
- Volume 2, *Le mirage de la justice sociale*, PUF, 1ère édition, 1981, 221 p., ISBN : 2 13 037152 3

HUGONET, *La vérité judiciaire*, Préface de Simone Rozes, Editions Litec, 1986, 156 p., ISBN : 2-7111-0680-2

HURON (David), *Décisions et stratégies Marketing*, Gualino éditeur, EJA, Paris, 2007, 449 p., ISBN : 978-2-297-00030-7

JACOB (Robert), *Images de la justice*, Préface de P.TRUCHE et M. EZRATTY, Editions Le Léopard d'Or, Paris, 1994.

JESTAZ (Philippe), *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Editions Dalloz, 2005,157 p., ISBN : 2 247 06348 9

JHERING (Rudolf von), *La lutte pour le droit*, 1890, réédition aux éditions Dalloz, 2006, 113 p., ISBN : 2-247-06845-6

JHERING (Rudolf von), *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, Du rôle de la volonté dans la possession*, T. III, Traduit par O. de Meulenaere, Marescq, Paris, 1891, 418 p.

JHERING (Rudolf von), *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, Mélanges*, T. IV, Traduit par O. de Meulenaere, Marescq, Paris, 1902, 424 p.

JHERING (Rudolf von), *L'évolution du droit*, Traduit par O. de Meulenaere, Marescq, Paris, 1902, 400 p.

JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle), BACHELLIER (Xavier), *La technique de cassation*, Préf. A. Ponsard, Collection Méthodes du droit, Editions Dalloz, 7e édition, 2010, 208 p., ISBN : 978-2-247-08683-2

JOSSERAND (Louis), *De l'abus des droits*, Paris, Arthur Rousseau, éditeur, 1905, 89 p.

JOSSERAND (Louis), *Evolutions et Actualités, Conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, 1936, 182 p.

KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduit par C. EISENMANN, Editions Bruylant, L.G.D.J., E.J.A., 1999, 367 p., ISBN BRUYLANT ; 2-8027-1244-6 ; ISBN LGDJ : 2-275-01776-3

KERCHOVE (Michel van de) et OST (François), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, 254 p., ISBN : 2 13 041939 9

KERCHOVE (Michel van de), OST François), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992, 268 p., ISBN : 2 13 044885 2

KOURILSKY-AUGEVEN (Chantal) en collaboration avec ARUTIUNYAN (Marina) et ZDRAVOMYSLOVA (Olga), *Socialisation juridique et modèle culturel, L'image du droit en Russie et en France*, Préf. de J. Commaille, Droit et Société, L.G.D.J., 1996, 261 p., ISBN : 2.275.01521.3

LACABARATS (Alain), MATHIEU (Bruno), *Les procédures d'urgence en droit des affaires*, Préf. de Jacques NORMAND, Joly éditions, Lextenso éditions, 2010, 275 p., ISBN : 978-2-306-00006-9 ; ISSN : 1-248-77-59

LOPEZ (Gérard), PORTELLI (Serge), CLEMENT (Sophie), *Les droits des victimes*, Editions Dalloz, 2e édition, 2007, 411 p., ISBN : 978-2-247-07408-2

LOVISI (Claire), *Introduction historique au droit*, Editions Dalloz, 4ième édition, 2011, 360 p., ISBN : 978-2-247-10993-7

LECA (Antoine), *La fabrique du droit français, Naissance, précellence et décadence d'un système juridique*, PUAM, 2007, 377 p., N° d'imprimeur : 707042

LEGEAIS (Raymond), *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix Le Dissez

de Penanrun 2005, Editions LexisNexis Litec, 2ième édition, 2008, 493 p., ISBN : 978-2-7110-1034-9

LE ROY (Frédéric), *Stratégie militaire et management stratégique des entreprises, Une autre approche de la concurrence*, Editions Economica, 1999, 250 p., ISBN : 2-7178-3846-5

LEUWERS (Hervé), *La justice dans la France moderne*, Editions Ellipses, 2010, 254 p., ISBN : 978-2-7298-5364-8

LINANT DE BELLEFONDS (Xavier), HOLLANDE (Alain), *L'arbitrage et la médiation*, Que sais-je ?, PUF, 2003, 127 p., ISBN : 2-13-053351-5

MALAURIE (Philippe), *Droit et littérature*, Editions Cujas, 1997, 342 p.

MESTRE (Jacques), RODA (Jean-Christophe) (Sous la dir.), « Clause d'imprévision », *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, ISBN : 978-2-35971-020-5, ISSN : 2110-9680

MONTANIER (Jean-Claude), *Le contrat*, Presses universitaires de Grenoble, 4ième édition, 2005, 231 p., ISBN : 2-7061-1299-9

MOR (Gisèle), HEURTON (Blandine), *Evaluation du préjudice corporel*, Collection Editions Delmas, Editions Dalloz, 2010, 659 p., ISBN : 978-2-247-08843-0, ISSN : 0750 3431

MOREAU (Bertrand) et BERNARD (Thierry), *Droit interne et droit international de l'arbitrage*, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Editions Masson, Paris, 1985.

MOTULSKY (Henri), *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974.

MOTULSKY (Henri), *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de Georges BOLARD, Editions Dalloz, 2010, 392 p., ISBN : 978-2-247-07648-2

MOUSSERON (Jean-Marc), MOUSSERON (Pierre), RAYNARD (Jacques), SEUBE (Jean-Baptiste), *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4ième édition, 2010, 732 p., ISBN : 978-2-85115-856-7

NOUGEIN (Henri-Jacques), REINHARD (Yves), ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire), BOYER (André), GENIN (Philippe), *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Editions du Juris-Classeur, 2004, 273 p., ISBN : 2-7110-0269-1

ODENT (Bruno), TRUCHET (Didier), *La justice administrative*, Que sais-je ?, P.U.F., 2004, Deuxième édition 2008, 127 p., ISBN : 978-2-13-056419-5

PAPIN (Robert), *L'art de diriger*, Dunod, Paris, 1995, 431 p., ISBN : 2-10-002745-X

PERELMAN (Charles), *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Editions Dalloz, 2ième édition, 1999, 193 p., ISBN : 2-247-03764-X

RASSAT (Michèle-Laure), *La justice en France*, Que sais-je ?, PUF, 8ième édition, 2007, 127 p.

RIPERT (Georges), *Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., Paris, 1949, 225 p., ISBN : 2.275.01667.8

RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4ième édition, Paris, 1949, 421 p.

ROULAND (Norbert), *Anthropologie juridique*, Collection Droit fondamental, PUF, 1988, 496 p., ISBN : 2 13 042131 8

ROULAND (Norbert), *L'anthropologie juridique*, Que sais-je ?, PUF, 1990, 1ère édition, 127 p., ISBN : 2 13 042995 5

ROULAND (Norbert), *Aux confins du droit*, Editions Odile Jacob, 1991, 318 p., ISBN : 2-7381-0143-7

ROULAND (Norbert), *Introduction historique au droit*, Collection Droit fondamental, Droit politique et théorique, PUF, 1998, 722 p., ISBN : 2 13 049622 9

SAINT-PIERRE (François), *Avocat de la défense*, Editions Odile Jacob, septembre 2009, 236 p., ISBN : 978-2-7381-2343-5

SAINT-PIERRE (François), *Le guide de la défense pénale*, Editions Dalloz, Paris, 6ième édition, 2011, 1064 p., ISBN : 978-2-247-08687-0

SCHNAPPER (Bernard), *Voies nouvelles en histoire du droit, La justice, la famille, la répression pénale (XVIème – XXème siècles)*, PUF, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1991, 680 p., ISBN : 2-13-044153

SERIAUX (Alain), *Le droit naturel*, Que sais-je ?, PUF, 2ième édition, 1999, 126 p., ISBN : 2 13 045842 4

SEROUSSI (Roland), *Introduction aux droits anglais et américain*, Editions Dunod, Paris, 2011, 220 p., ISBN : 978-2-10-055851-3

SOURIS (Pascal), *Tactiques et stratégies judiciaires*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 269 p., ISBN : 978-2-8027-2761-3

SOURIS (Pascal), *Les belles phrases, Citations d'intérêt judiciaire*, Créadif, Bruxelles, 2010, 240 p., ISBN : 978-2-8027-0107-6

SOUYRIS (Jean-Jacques Alexandre), CHETRITE (Guy), *Guide pratique de l'arbitrage en droit interne*, Gualino éditeur, Lextenso éditions 2012, 205 p., ISBN : 978-2-297-02590-4

TERRE (François), *Dialogue des siècles, Une conversation entre Portalis et un juriste d'aujourd'hui*, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2004, 59 p.

TRAVERSI (Alessandro), *La défense pénale, Technique de l'argumentation et de l'art oratoire*, Traduction de Michèle FANTOLI, Bruylant, Bruxelles, 2ième édition, 1999, ISBN : 2-8027-1223-3

TREVES (Renato), *Sociologie du droit*, Traduit de l'italien par W. BARANES et O. SIMSEK, Préface J. CARBONNIER, Droit, Ethique, Société, PUF, 1995, 281 p., ISBN : 2 13 046399 1

VARAUT (Jean-Marc), *Faut-il avoir peur des juges ?*, Plon, 2000, 302 p., ISBN : 2.259.19278.5

VERDUN (Franck), *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, Groupe Eyrolles, 2006, 174 p.

VERGES (Jacques), *Justice et Littérature*, Collection Questions judiciaires, P.U.F., Paris, 2011, 227 p., ISBN : 978-2-13-057538-2

VIDAL (Dominique), *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2012, 330 p., ISBN : 978-2-297-02481-5

VILLEY (Michel), *Le droit romain. Son actualité*, Que sais-je ?, PUF, 10e édition, 2002, 127 p., ISBN : 2-13-052456-7

VIZIOZ (Henry), *Etudes de procédure*, Préface de Serge GUINCHARD, Editions Dalloz, 2011, 667 p., ISBN : 978-2-247-10619-6

VUILLEMIN (Francis), *La robe et l'épée*, L'Harmattan, Paris, 2011, 203 p., ISBN : 978-2-296-54317-1

WEBER (Jean-François), *La Cour de cassation*, Préface de Vincent LAMANDA, Premier président de la Cour de cassation, La documentation Française, Paris, 2010, 223 p., ISSN : 1763-6191

ZAOUI (Michel), HERRENSCHMIDT (Noëlle), GARAPON (Antoine), *Mémoires de justice*, Editions du Seuil, mars 2009, 190 p., ISBN : 978-2-02-096236-0

ZAVARO (Michel), *La réforme de la procédure civile devant la Cour d'appel*, Editions Edilaix, 2011, 94 p., ISBN : 978-2-9153-3498-2

WOOG (Jean-Claude), SARI (Marie-Christine), WOOG (Stéphane), GOUDINEAU (Claire), *Pratique professionnelle de l'avocat*, Editions Litec, 4ième édition, 2001, 1042 p.

WOOG (Jean-Claude), SARI (Marie-Christine), WOOG (Stéphane), *Stratégie contentieuse du créancier*, Dalloz référence, Deuxième édition, Novembre 2006, 600 p.

V - RECUEILS DE GRANDS ARRETS

CAPITANT (Henri), TERRE (François), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, 12e édition, 2008, Dalloz, 941 p., ISBN : 978-2-247-07534-8

FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Editions Dalloz, 15ième édition, 2009, 863 p., ISBN : 978-2-247-08476-0

SUDRE (frédéric), MARGUENAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline), LEVINET (Michel), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, 2003, 5e édition, 2009, 854 p., ISBN : 978-2-13-057417-0

VI - THESES ET MEMOIRES

AKAOUI (Robert), *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, th., Sous la direction de Monsieur Jean-Denis BREDIN, Université de Paris I, 1989, 441 p.

ALAPHILIPPE (François), *L'option entre la voie civile et la voie pénale pour l'exercice de l'action civile. Contribution à la théorie de l'action civile*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 1972, 519 p.

ALBIGES (Christophe), *De l'équité en droit privé*, Préf. de Rémy CABRILLAC, Bibliothèque de droit privé, T. 329, L.G.D.J., E.J.A., 2000, 383 p., ISBN : 2-275-01894-8

AMEILHAUD (Gilbert), *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Imprimerie F. Boisseau, 1942, 225 p.

ASSELIN (Louis), *Le double degré de juridiction*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit, Paris, Editions A. PEDONE, 1934, 112 p.

AUBIJOUX-IMARD (Patricia), *Le dialogue dans le procès*, th., Sous la dir. de Serge Guinchard, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1999, 433 p.

BEAUCHARD (Jean), *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, th., Université de Poitiers, Faculté de Droit et des Science sociales, 1979, 467 p.

BERTHIAU (Denis), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th., Préf. de J.-L. SOURIOUX, Bibliothèque de droit privé, T. 320, L.G.D.J., Paris, 1999, 475 p., ISBN : 2-275-01820-4, ISSN : 0520.0261

BILLEMON (Jean), *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, th., Université Lille 2, Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe JAMIN, 2009, 676 p.

BOURSIER (Marie-Emma), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2003, 527 p., ISBN : 2-247-05194-4

CHABAS (Cécile), *L'inexécution licite du contrat*, th., Avant-propos de D. MAZEAUD, Bibliothèque de droit privé, T. 380, L.G.D.J., Paris, 2002, 548 p., ISBN : 2-275-02193-0, ISSN : 0520-0261

CHEKROUN (David), *L'imperium de l'arbitre*, th., Université de Paris I, Sous la direction de Monsieur le Professeur Emmanuel JEULAND, 2008, 446 p.

CHOLET (Didier), *La célérité de la procédure en droit processuel*, th., Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 2003.

CLAY (Thomas), *L'arbitre*, th., Préf. de Philippe FOUCHARD, Nouvelle bibliothèque de thèses, Editions Dalloz, 2001, 930 p., ISBN : 2-247-04373-9

CREMIEU (Louis), *La justice privée, son évolution dans la procédure romaine*, th. Paris, Librairie de la société du recueil Sirey et du Journal du palais, 1908, 324 p.

D'AMBRA (Dominique), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th., Préf. de Georges WIEDERKEHR, Bibliothèque de droit privé, Tome 236, L.G.D.J., Paris, 1994, 339 p., ISBN : 2-275-00454-8

DEBBASCH (Charles), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Contribution à l'étude de l'instance*, th., Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, L.G.D.J., Paris, 1961, 467 p.

DEREUX (Georges), *De l'interprétation des actes juridiques privés*, th., Université de Paris, Faculté de Droit, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1905, 491 p.

DESPREZ (François), *Rituel judiciaire et procès pénal*, th., L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009, 577 p., ISBN : 978-2-245-03439-3

DEVEZE (Jean), *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Université des sciences sociales de Toulouse, 1980, 753 p.

DOUCHY (Mélina), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Préf. A. SERIAUX, Collection Droit civil, Série Etudes et Recherches, Economica, 1997, 297 p., ISBN : 2-7178-3404-4

DURFORT (Sylvie), *L'appel : notion et fonctions, Analyse socio-juridique*, th., Université de Rennes I, Faculté de Droit et de Science Politique, 1990, Tome 1 et 2, 719 p.

EGEA (Vincent), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th., Sous la direction d'A. Leborgne, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, 552 p.

FABRE-DUBOUT, *La localisation du contrat : entre lieux et espace*, th., Préf. J. Mestre, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, PUAM, 2007, 544 p., ISBN : 978-2-7314-0578-1

FAGES (Bertrand), *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, 519 p., ISBN : 2-7314-0132-X

FEREY (Samuel), *Une histoire de l'analyse économique du droit, Calcul rationnel et interprétation du droit*, Collection Droit et Economie dirigée par Thierry KIRAT et Laurent VIDAL, Bruylant, Bruxelles, 2008, 317 p., ISBN : 978-2-8027-2601-2

FISCHER (Jérôme), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th., Préf. Ph. Le TOURNEAU, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2004, 442 p.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), *Généralités sur le principe du contradictoire*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean FOYER, Université de Droit, d'Economie et des Sciences sociales de Paris, Paris II, 1988, 387 p.

GALLI (Jean-Jacques), *Le rôle du juge civil dans la recherche de la vérité*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur L. COUPET, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1995, 323 p.

GAMBIER (Thérèse), *Les nullités de procédure en matière civile*, th., Sous la direction de G. Bolard, Université de Dijon, Faculté de Droit et de Science Politique, 1984, 331 p.

GAUDIN DE LAGRANGE (Emérentienne de), *L'intervention du juge dans le contrat*, th., Université de Montpellier, Faculté de Droit, Recueil Sirey, 1935, 244 p.

GELOT (Bertrand), *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, th., Préf. de Yvonne Flour, Bibliothèque de droit privé, Tome 403, L.G.D.J., 2003, 377 p., ISBN : 2-275-02413-1

GHOZI (Alain), *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Etude de Droit civil français*, th., Préf. D. TALLON, Bibliothèque de droit privé, T. CLXVI, L.G.D.J., Paris, 1980, 274 p., ISBN : 2-275-01123-4

GUIGOU (Marie Sophie), *Le droit aux voies de recours hiérarchiques en matière civile*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis COUPET, Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 2005, 449 p.

HOUTCIEFF (Dimitri), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001, T. 1(565 p.) et 2, 1134 p., ISBN : 2-7314-0238-5

HUET (André), *Les conflits de lois en matière de preuve*, th., Université de Strasbourg, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques, Editions Dalloz, Paris, 1965, 395 p.

IVAINER (Théodore), *L'interprétation des faits en droit*, th., Préf. de J. CARBONNIER, Bibliothèque de philosophie du droit, T. 30, L.G.D.J., 1988, 361 p., ISBN : 2-275-00839-X

JALUZOT (Béatrice), *La bonne foi dans les contrats*, Etude comparative de droit français, allemand et japonais, th., Préf. F. Ferrand, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Editions Dalloz, 2001, 605 p., ISBN : 2-247-04375-5

JOLY-HURARD (Julie), *Conciliation et médiation judiciaires*, th., Préf. de Serge GUINCHARD, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2003, 476 p., ISBN : 2-7314-0337-3

KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Juristische Fakultät der Universität Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1980, 227 p., ISBN : 3-7190-0763-4

KERHUEL (Anne-Julie), *L'efficience stratégique du contrat, Un champ d'action de la liberté contractuelle*, th., Sous la direction de J. Mestre, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2008, 668 p.

KOHL (Alphonse), *Procès civil et sincérité*, Collection scientifique de la faculté de droit de l'université de Liège, 1971, 191 p.

KRID (Adam), *La stratégie de défense pénale devant le Tribunal correctionnel*, Mémoire dans le cadre du Master II Professionnel « Expertise dans le procès pénal », Sous la direction de Geneviève CASILE-HUGUES, Institut de Sciences Pénales et de criminologie, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006, 56 p.

LABARTHE (Françoise), *La notion de document contractuel*, th., Préf. de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, Tome 241, Paris, L.G.D.J., 1994, 407 p., ISBN : 2-275-00428-9

LAJARTE (Camille de), *La médiation conventionnelle en droit privé français*, th., Sous la direction de Monsieur le Professeur E. PUTMAN, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique, 2007, 476 p.

LAUDE (Anne), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th., Préf. de Jacques Mestre, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 1992, 597 p., ISBN : 2-7314-0051-X

LAVEFVE LABORDERIE (Anne-Sophie), *La pérennité contractuelle*, th., Préf. de Catherine Thibierge, Bibliothèque de droit privé, Tome 447, Paris, L.G.D.J., 2005, 661 p., ISBN : 2-275-02695-9 ; ISSN : 0520-0261

LE BARS (Thierry), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th., Préf. de J. Héron, Bibliothèque de droit privé, T. 270, Paris, L.G.D.J., 1997, 357 p., ISBN : 2-275-01509-4

LEFORT (Christophe), *Théorie générale de la voie d'appel*, th., Université d'Angers, 2000, 1004 p.

LE GALL (Erwan), *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés*, Th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1967, 299 p.

LEQUESNE (Bernard), *De l'action civile devant les tribunaux répressifs et l'article 1384 du Code civil*, th., Faculté de Droit de l'Université de Paris, Jouve & Cie, Editeurs, 1943, 192 p.

LIEVREMONT (Christophe), *Le débat en droit processuel (Contribution à une théorie générale du débat),* Préface de Hervé CROZE, th., Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, P.U.A.M., 2001, 624 p., ISBN : 2-7314-0267-9

LOISEAU (Grégoire), *Le nom, objet d'un contrat,* th., Préface de J. Ghestin, Bibliothèque de droit privé, Tome 274, Paris, L.G.D.J., 1997, 542 p., ISBN : 2.275.01566.3

LOPEZ SANTA MARIA (Jorge), *Les systèmes d'interprétation des contrats*, th., Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques, 1968, 272 p.

LOQUIN (Eric), *L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial,* Librairie Techniques, Paris, 1980.

MALECKI (Catherine), *L'exception d'inexécution*, th., Préf. de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1999, 588 p., ISBN : 2-275-01838-7

MALEVILLE (Marie-Hélène), *Pratique de l'interprétation des contrats. Etude jurisprudentielle*, th., Avant-propos de Barthélémy MERCADAL, Publication de l'Université de Rouen n° 164, 1991, 319 p., ISBN : 2-87775-022-1

MARRAUD (Catherine), *La notion de dénaturation en droit privé français*, th., Préf. de Paul LAGARDE, Université de Nancy II, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Presses Universitaires de Grenoble, 1974, 420 p., ISBN : 2-7061-0045-1

MARTY (Gabriel), *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait,* th., Université de Toulouse, Faculté de Droit, Recueil Sirey, 1929, 388 p.

MATHIEU (Bruno), *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, th., Tome 1 et 2, Université de Droit d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1994, 541 p.

MEKKI (Mustapha), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th., Préf. de Jacques Ghestin, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, Paris, L.G.D.J., 2004, 910 p., ISBN : 2-275-02464-6

MICHAUX (H.), *De la procédure d'enquête en matière civile*, th., Faculté de Droit de l'Université de Paris, Pédone, Paris, 1910, 113 p.

MIGUET (Jacques), *Immutabilité et évolution du litige*, Préface de P. HEBRAUD, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1977, 703 p., ISBN : 2- 275-01258-3

MOURALIS (Denis), *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, th., Sous la direction de J. Mestre, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, 2008, 704 p.

MULLER (Yvonne), *Le contrat judiciaire en droit privé*, th., Sous la direction de G. VINEY, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, Sciences économiques-Sciences humaines-Sciences juridiques, 1995, 454 p.

MYOUNG (Soon-Koo), *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français,* th., Préf. de Jacques GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, T. 255, L.G.D.J., 1996, 287 p., ISBN : 2-275-00202-2, ISSN : 0520-0261

OUSMANOU (Sadjo), *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, th., Sous la dir. de L. CADIET, Université de Rennes 1, 1996, 364 p.

PAYAN (Guillaume), *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Préf. J. NORMAND, Collection Droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Edition Bruylant, 2012, 993 p., ISBN : 978-2-8027-3606-6

PIAZZON (Thomas), *La sécurité juridique*, th., Préf. L. Leveneur, Collection Doctorat & Notariat, t. 35, Editions Defrénois, Lextenso éditions, 630 p., ISBN : 978-2-85623-148-7

PICOD (Yves), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* th., Préf. G.Couturier, Bibliothèque de droit privé, Tome 208, L.G.D.J., 1989, 254 p., ISBN : 2-275-00781-4

PAULIN (Christophe), *La clause résolutoire*, th., Préf. J. DEVEZE, Bibliothèque de droit privé, T. 258, L.G.D.J., Paris, 1996,329 p., ISBN : 2-275-00-195-6 ; ISSN : 0520-0261

PENNEC (Laurent), *L'adage Jura novit curia dans le procès civil. Emergence et évolution contemporaine en droit comparé*, th., Université du Sud Toulon-Var, 2010, 715 p.

RACINE (Jean-Baptiste), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public,* th., Avant-propos de Laurence BOY et Préface de Philippe FOUCHARD, Bibliothèque de droit privé, T. 309, L.G.D.J., Paris, 1999, 623 p., ISBN : 2-275-01742-9, ISSN : 0520-0261

ROLLAND-JACOB (Marie-Odile), *La jurisprudence d'appel source de droit*, th., Université de Rennes I, Faculté des Sciences Juridiques, 1985, 228 p.

ROULAND (Norbert), *Essai de lecture anthropologique des systèmes juridiques : les Inuit et l'Antiquité romaine,* th., Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1984, 924 p.

SALHI (Karim), *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th., Sous la direction de Thierry LE BARS, Caen, 2004, 635 p.

SALUDEN (Marianne), *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, th., sous la dir. de Jean CARBONNIER, Université de Droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), 816 p.

SANTOLINI (Thierry), *Les parties dans le procès constitutionnel*, th., Préf. de F. DELPEREE, Collection de droit public comparé et européen, Bruylant Bruxelles, 2010, 436 p., ISBN : 978-2-8027-2929-7

SANZ DE ALBA (Pierre), *in Satire, caricature et parodie judiciaires, Anthologie du XIIe siècle à la fin du XVIIe siècle*, T. 1, 223 p.

SANZ DE ALBA (Pierre), *Sur quelques aspects de l'équité*, Th., Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, Mars 1980, 386 p.

STANG (André), *La notions de la loi dans Saint Thomas d'Aquin*, th., Université de Paris, Faculté de droit, 1926, 139 p.

TALAMON (Christian), *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats,* th., Université de Paris, Faculté de droit, 1926, 94 p.

TZARANO, *Etude sur la règle : « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, Th., Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926, 121 p.

VALLIMARESCO (Alexandre), *La justice privée en droit moderne*, th., Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926, 472 p.

WEILLER (Laura), *La liberté procédurale du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2004, 582 p.

WOOG (Jean-Claude), *La résistance injustifiée à l'exercice d'un droit*, th., Préface de Roger Perrot, Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris, 1971, 177 p.

VII - ENCYCLOPEDIES, DICTIONNAIRES

MERLIN (M.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Chez Garnery, Librairie, Hotel Mirabeau, Rue de Seine, Paris, 4ième édition, 1812 (Tome 2, 905 p).

Dictionnaire historique de la langue française, Sous la direction de A. REY, Langage et Culture, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1992, ISBN : 2-85036-187-9

Encyclopaedia Universalis, Paris, S.A., 2002 :

- DABIN (Jean), « Droit, Théorie et philosophie », p. 600 à 611.
- DAVID (René), « Droit comparé », p. 611 à 615.
- GAUDEMET (Jean), « Romain (Droit) », p. 54 à 57.
- RICOEUR (Paul), « Liberté », p. 566 à 572.
- TUNC (André), « Droit », p. 599-600.

Encyclopédie du monde actuel, Collection dirigée par Charles-Henri FAVROD, Livre de Poche, 1975, 236 p., ISBN : 2-253-00943-1

ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), (Publié sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-Puf, 2003, 1649 p., ISBN : 978-2-13-053936-0

- ALLAND (Denis), « Justice privée (Droit de se faire justice à soi-même) », p. 907 à 910.
- ANCEL (Bertrand), « Droit international privé », p. 491 à 497.
- ANDRIEUX (Jean-Paul), « Formes et procédures », p. 747 à 752.
- BOURNAZEL (Eric), « Guerre privée », p. 775.
- BURDEAU (François), « Procédure administrative », p.1222 et s.
- CADIET (Loïc), « Procédure », p.1216 et s.
- CADIET (Loïc), « Procédure civile », p.1226 et s.
- COMMAILLE (Jacques), « Formes de justice », p. 745 à 747.
- JARROSSON (Charles), « Médiation », p. 1009 à 1012.
- MAISTRE DU CHAMBON (Patrick), « Procédure pénale », p.1230 et s.
- PRADEL (Jean), « Duel », p. 558-559.
- ROULAND (Norbert), « Sociétés traditionnelles », p. 1419 à 1423.
- THUILLIER (Guy), « Probabilisme et art de juger », p.1215 et s.

ARNAUD (André-Jean), BELLEY (J.-G), CHIBA (M), COMMAILLE (J.), DEVILLE (A.), LANDOWSKI (E.), OST (F.), PERRIN (J.-F.), VAN DE KERCHOVE (M.), WROBLEWSKI (J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., E.J.A., 2ième édition, Paris, 1993, 758 p., ISBN : 2-275-00601-X

BARAQUIN (Noëlla), BAUDART (Anne), DUGUE (Jean), LAFFITTE (Jacqueline), RIBES (François), WILFERT (Joël), *Dictionnaire de philosophie*, Armand Colin, Paris, 1995.

BERTAUD DU CHAZEAUD (Henri), *Dictionnaire de synonymes et contraires*, Dictionnaires LE ROBERT, 1996.

BLIN (Arnaud), CHALIAND (Gérard), *Dictionnaire de stratégie militaire des origines à nos jours*, Librairie Académique Perrin, 1998.

BROMBERGER (Jacqueline), « Procédure », in Nul n'est censé ignorer la loi, *Petit dictionnaire juridique*, Litec, Librairies Techniques, 3ième édition, 487 p., ISBN : 2-7111-0058-8

CADIET (Loïc) (Sous la direction de), *Dictionnaire de la justice*, Presses Universitaires de France, Octobre 2004, 1362 p.

- AMRANI-MEKKI (Soraya), « Procès », p. 1081 à 1089.
- BLONDEL (Philippe), « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) », p. 1264 à 1269.

- CHAMPAUD (Claude), « Stratégie judiciaire (Droit des affaires) », p. 1256 à 1260.
- CHAZAL (Jean-Pascal), « Justice contractuelle », p. 743 à 747.
- CHEVALLIER (Jacques), « Autorités administratives indépendantes », p. 94 à 98.
- CLAY (Thomas), « Arbitre », p. 58 à 61.
- DEFFAINS (Bruno), « Economie de la justice », p. 398 à 405.
- DEFFAINS (Bruno), « Jeux (théorie des) », p. 666 à 668.
- DUPRET (Baudoin), « Sociologie pragmatique », p. 1245 à 1248.
- IDOT (Laurence), « Autorités de régulation de marché », p. 98 à 103.
- KITAMURA (Ichiro), « Japon », p. 659 à 666.
- LAINGUI (André), « Duels et ordalies », p. 380 à 383.
- LEBLOIS-HAPPE (Jocelyne), « Procédure pénale », p. 1074 à 1081.
- LE ROY (Etienne), « Afrique », p. 9 à 15.
- LOQUIN (Eric), « Equité », p. 425 à 431.
- MARIE-SCHWARTZENBERG (Nadine), « Russie », p. 1183 à 1188.
- RAY (Jean-Emmanuel), « Stratégie judiciaire (Droit du travail) », p. 1260 à 1264.
- RENOUX-ZAGAME (Marie-France), « Justice divine », p. 751 à 754.
- RIVIER (Marie-Claire), « Arbitrage », p. 52 à 58.
- ROBERT (Christian-Nils), « Bandeau, Glaive et Balance », p. 121 à 124.
- ROYER (Jean-Pierre), « Histoire de la justice (France), p. 584 à 592.
- ROYER (Jean-Pierre), « Révolution française », p. 1158 à 1161.
- WIEDERKEHR (Georges), « Action en justice », p. 6-7.

CHEVALLIER (Jean), GHEERBRANT (Alain), *Dictionnaire des symboles, Mythes, Rêves, Coutumes, Gestes, Formes, Figures, Couleurs, Nombres*, Edition revue et augmentée, Editions Robert Laffont S.A. et Editions Jupiter, Paris, 1982, Dixième édition, 1989, 1060 p., ISBN : 2.221.50319.8

COLIN (Jean-Paul), *Dictionnaire des difficultés du français*, Dictionnaires LE ROBERT, 1995.

CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 8ième édition, 2007, 986 p.

Grand Larousse Universel, Editions Larousse, 1995, ISBN : 2-03-106050-3 (édition complète), ISBN : 2-03-106062-7 (volume 12) et : ISBN : 2-03-106064-3 (volume 14)

ROBERT (Paul), *Le petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, rédaction dirigée par A. REY et J. REY-DEBOVE, Tome 1, Dictionnaires LE ROBERT, 1992, 2171 p.

ROBERT (Paul), *LE GRAND ROBERT DE LA LANGUE FRANCAISE*, Deuxième édition entièrement revue et enrichie par A. REY, Tome VIII, Dictionnaires LE ROBERT, 1992.

ROBERT (Paul), *Le Nouveau Petit Robert*, texte remanié et amplifié sous la direction de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Dictionnaires LE ROBERT, Paris, 2000.

ROLAND (Henri), *Lexique juridique, Expressions latines*, Deuxième édition, Litec, 2002, 255 p.

ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Editions Litec, 1999, 1021 p., ISBN : 2-7111-3003-7

VERGES (Jacques), *Dictionnaire amoureux de la justice*, Editions Plon, 2002, 780 p., ISBN : 2-259-19556-3

VIII - MELANGES

Etudes offertes à Pierre BELLET, Editions Litec, 1991, 534 p., ISBN : 2-7111-2050-3 :

- BOLARD (Georges), « Les juges et les droits de la défense », p. 49 à 70.
- CORNU (Gérard), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », p. 83 à 100.

Mélanges dédiés à Louis BOYER, Université des sciences sociales de Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, ISBN : 2-909628-21-3 :

- BEIGNIER (Bernard), « Ordre public et compétence », p. 99 à 122.

Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique BREILLAT, Les voyages du droit, Université de Poitiers, L.G.D.J., ISBN : 978-2-275-02853-8 :

- BOUCARD (Hélène), « La compétition internationale des systèmes juridiques », p. 81 à 86.
- MAUS (Didier), « La protection des droits fondamentaux en Europe : complémentarité ou concurrence ? », p. 457 à 476.

Mélanges en l'honneur de Jean-François BURGELIN, Principes de justice, Editions Dalloz, 2008, 411 p., ISBN : 978-2-247-07911-7 :

- CHARTIER (Jean-Luc A.), « L'esprit de justice selon Pascal », p. 103 à 107.
- DEUMIER, « Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, Etude des travaux préparatoires », p. 125 à 180.
- FRICERO (Natalie), « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », p. 200 à 208.
- MAYNIAL (Patrice), « Principes de justice et suppression de la profession d'avoué près la cour d'appel », p. 267 à 277.
- NADAL (Jean-Louis) et GHALEH-MARZBAN (Peimane), « Regards sur l'évolution de la formation des magistrats », p. 279 à 293.
- PIWNICA (Emmanuel), « A propos des divergences de jurisprudence en matière judiciaire », p. 295 à 306.
- SAINTE-ROSE (Jerry), « Le juge face à la science », p. 345 à 354.
- STRICKLER (Yves), « La loyauté processuelle », p. 355 à 370.

Mélanges René CHAPUS, Droit administratif, Editions Montchrestien, E.J.A., 1992, ISBN : 2-7076-0513-1 :

- ODENT (Bruno), « L'avocat, le juge et les délais », p. 483 à 492.

Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Libertés, Justice, Tolérance, Bruylant, Bruxelles, 2004, 864 p., ISBN : 2-8027-1860-6 :

- FRICERO (Natalie), « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », p. 839 à 853.

Ecrits en hommage à Gérard CORNU, Droit civil, procédure, linguistique juridique, Presses Universitaires de France, 1994, 473 p. :

- CADIET (Loïc), « Le spectre de la société contentieuse », p. 29 à 50.

Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE, Les droit entre tradition et modernité, Editions Dalloz 2012, 552 p., ISBN : 978-2-247-11850-2 :

- FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), « La nouvelle édition des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », p. 179 à 190.

Mélanges offerts à Pierre DRAI, Le juge entre deux millénaires, Editions Dalloz 2000.

- WOOG (Jean-Claude), « Portrait d'un juge », p. 149 à 158.

Etudes offertes à Jacques DUPICHOT, Liber amicorum, Bruylant, Bruxelles, 2004, 521 p., ISBN : 2-8027-1903-3 :

- BOLZE (Antoine), « La notion de litige juridique », p. 41 à 59.
- GHESTIN (Jacques), « Essai sur le droit, la morale et la religion », p. 155 à 167.
- SERIAUX (Alain), « Les paraboles évangéliques sur la justice », p. 455 à 463.

Etudes en l'honneur de Georges DUPUIS, Droit public, L.G.D.J., E.J.A., 1997, ISBN : 2-275-01543-4 :

- GEORGEL (Jacques), « Le juge et la montre », p. 115 à 124.

Etudes offertes à Jacques FLOUR, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, 439 p. :

- DENIS (Dominique), « La clause de style », p. 117 à 137.
- DUPICHOT (Jacques), « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », p. 179 à 206.

Jean FOYER, In Memoriam, Textes rassemblés par Catherine Puigelier et François Terré, Académie des sciences morales et politiques, Litec, LexisNexis SA, 2010, 476 p., ISBN : 978-2-7110-1388-3 :

- BEIGNIER (Bernard), PUIGELIER (Catherine), « Vetera et nova. Existe-t-il une « idéologie de la magistrature » ?, p. 33 à 50.
- FRICERO (Natalie), « Stratégie probatoire et perspective d'un procès », p. 113 à 123.
- LAMANDA (Vincent), « Jean Foyer, les magistrats et la Cour de cassation », p. 153 à 162.
- PUIGELIER (Catherine), « William Shakespeare et le droit élisabéthain », p. 341 à 366.
- PUIGELIER (Catherine), « Pierre Corneille à l'épreuve du temps et du droit », p. 367 à 406.

Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Editions Dalloz, 2008, 839 p. :

- ANCEL (Jean-Pierre), « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », p. 3 à 10.

Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Le dialogue des juges, Editions Dalloz, 2009, 1166 p., ISBN : 978-2-247-07911-7 :

- BADINTER (Robert), « L'exception d'inconstitutionnalité », p. 39 à 49.
- CANIVET (Guy), « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation, Pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », p. 149 à 165.

Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle, L.G.D.J., 2001, 992 p., ISBN : 2-275-01979-0

- ALPA (Guido), « Les nouvelles frontières du droit des contrats », p. 1 à 18.
- CADIET (Loïc), « Une justice contractuelle, l'autre », p. 177 à 199.
- FLECHEUX (Georges), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », p. 341 à 345.
- FONTAINE (Marcel), « Fertilisations croisées du droit des contrats », p. 347 à 361.
- JAMIN (Christophe), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », p. 441 à 472.
- MAZEAUD (Denis), « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », p. 637 à 659.

Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX, Liber amicorum, Dalloz, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 617 p., ISBN Dalloz : 978-2-247-08138-7 : ISBN LGDJ, Lextenso éditions : 978-2-275-03353-2 :

- BERGEL (Jean-Louis), « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », p. 17 à 27.
- DOUCHY-OUDOT (Mélina), « L'office du juge », p. 99 à 108.
- WIEDERKEHR (Georges), « Le doit et le sens des mots », p. 571 à 578.

Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Editions Dalloz, 2010, 1105 p., ISBN : 978-2-247-08525-5 :

- AMRANI-MEKKI (Soraya), « Les catégories de common law et de civil law à l'épreuve de l'office du juge et des parties », p. 157 à 173.
- BRENNER (Claude), « Pour un humanisme respectueux de l'autonomie processuelle », p. 175 à 187.
- CROZE (Hervé), « Le juge doit-il dire le droit ? », p. 225 à 232.
- DESPRES (Isabelle), « Retour vers le futur (L'article 145 du Code de procédure civile) », p. 693 à 707.
- FOYER (Jacques), « L'ordre public international est-il toujours français ? », p. 267 à 280.
- FRICERO (Natalie), « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement… », p. 145 à 154.
- GILLET (Jean-Louis), « Faut-il sauver l'oralité », p. 709 à 712.
- HOONAKKER (Philippe), « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », p. 713 à 722.
- JAHEL (Sélim), « Fin de non-recevoir et ordre processuel », p. 723 à 730.
- JARROSSON (Charles), « L'expertise équitable », p. 731 à 748.
- JULIEN (Pierre), « Propos sur le serment : un chrétien peut-il jurer ? », p. 281 et s.
- LEFORT (Christophe), « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », p. 807 à 820.
- LEVIN (Shlomo), « Interprétation des règles de procédure civile », p. 821 à 826.
- MAGENDIE (Jean-Claude), « Loyauté, dialogue, célérité : trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice… », p. 329 à 339.
- MENUT (Bernard), « Les technologies de l'information et de la communication au service du procès équitable, Défis processuels et technologiques », p. 341 à 354.

- PUTMAN (Emmanuel), « Mythe, justice et tragédie dans les Euménides d'Eschyle, p. 43 à 51.
- SALAS (Denis), « La justice saisie par la littérature dans l'œuvre de Jean Carbonnier », p. 53 à 64.
- THERY (Philippe), « Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire », p. 853 à 867.
- VAN COMPERNOLLE (Jacques), « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », p. 413 à 424.

Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, 961 p. :

- BOLARD (Georges), « De la déception à l'espoir : la conciliation », p. 47 à 57.
- BRIMO (Albert), « Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'Etat », p. 145 à 164.
- MIGUET (Jacques), « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », p. 567 à 594.
- PERROT (Roger), « L'évolution du référé », p. 645 à 663.

Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON, Liber amicorum, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008, 497 p., ISBN : 978-2-275-03328-0 :

- BACACHE (Mireille), « Office du juge et responsabilité civile », p. 23 à 45.
- BEAUCHARD (Jean), « La relativité du dilatoire », p. 101 à 109.
- BLERY (Corinne), « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès), p. 111 à 124.
- CADIET (Loïc), « La sanction et le procès », p. 125 à 154.
- DESDEVISES (Yvon), « Le général et le spécial en procédure civile », p. 213 à 219.
- FLEURY-LE GROS (Pierre), « De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps : le paradoxe de l'échelle de verre », p. 221 à 233.
- GAUTIER (Pierre-Yves), « Pour la rétroactivité in mitius en matière civile », p. 235 à 246.
- LE BARS (Thierry), « Positivisme, dogmatisme, réalisme et dérive de la Cour de cassation », p. 297 à 308.
- MAYER (Pierre), « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée », p. 331 à 346.
- STORM (Marcel), « Le juge et son panier », p. 473 à 476.
- WIEDERKEHR (Georges), « De la légitimité de la justice », p. 485 à 492.

Etudes offertes à Alfred JAUFFRET, 1974, p. 681 p. :

- SEUBE (Alain), « Les conditions générales des contrats », 621 à 633.

Mélanges Pierre JULIEN, La Justice civile au vingt et unième siècle, Préf. N. Fricéro, G. Taormina, M. Zavaro, Editions Edilaix, Annales des Loyers, 2003, 432 p., ISBN : 2-914618-17-4 :

- BUFFET (Jean), « La sentinelle de la loi », p. 37 à 48.
- CADIET (Loïc), « L'exécution des jugements, entre tensions et tendances », p. 49 à 70.
- CHARLES (Hubert), « L'avenir du procès civil en droit de l'urbanisme », p. 71 à 80.

- COLLOMB (Pierre), « Le sportif a ses M.A.R.C. La conciliation sportive », p. 85 à 102.
- COSTA (Jean-Paul), « Les droits et obligations de caractère civil selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », p. 103 à 113.
- MARTIN (Raymond), « L'avocat, auxiliaire de justice », p. 268 à 274.

Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD, Editions Litec, LexisNexis, 2007, 750 p. :

- BENABENT (Alain), « Le discrétionnaire », p. 11 à 16.
- BLONDEL, « De nouvelles perspectives pour le droit des obligations, notamment l'apport du droit européen (à partir de quelques exemples) », p. 43 à 78.
- JESTAZ (Philippe), « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », p. 293 à 302.
- JOURDAIN (Patrice), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », p. 303 à 315.
- MALAURIE (Philippe), « L'homme, le temps et le droit, la prescription civile », p. 393 à 396.
- RAJSKI (Jerzy), « La résolution des litiges commerciaux internationaux par la voie de la médiation », p. 499 à 508.
- TERRE (François), « Proximité, Espace, Espace-Temps », p. 587 à 595.
- WALD (Arnoldo), « L'arbitrage : entre efficacité et éthique », p. 715 à 728.

Mélanges Christian Mouly, Tome I, Editions Litec, 1998, 455 p., ISBN: 2-7111-2898-9:

- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le juge et son objet », p. 21 à 27.
- GARELLO (Jacques), « Economie, droit et religion : Christian Mouly, libéral et croyant », p. 29 à 35.
- LEGRAND (Pierre), « Pour le common law (bis)», p. 85 à 88.
- SERIAUX (Alain), « Le juge au miroir, l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », p. 171 à 181.

Mélanges Christian Mouly, Tome II, Editions Litec, 1998, 459 p.

- DAGOT (Michel), « La notion de privilège », p. 335 à 348.
- DE VAREILLES-SOMMIERES (Pascal), « Le créancier et l'Europe : pour une simplification du recouvrement international de l'impayé », p. 407 à 451.
- CROCQ (Pierre), « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », p. 317 à 334.
- GRIGNON (Philippe), « L'obligation de ne pas agir en justice », p. 115 à 130.

Etudes offertes à Jacques NORMAND, Justice et Droits fondamentaux, Editions du Juris-Classeur, Litec, 2003, 523 p., ISBN : 2-7110-0259-4 :

- PERROT (Roger), « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », p. 387 à 399.

Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Editions Dalloz, 1985, 854 p. :

- ROUHETTE (Georges), « L'ordre juridique processuel, Réflexions sur le droit du procès », p. 687 à 718.

Mélanges offerts à Claude REYMOND, Autour de l'arbitrage, Editions du Juris-Classeur, Litec, 2004 :

- DE BOISSESON (Matthieu), « L'arbitre international et le problème de la qualification », p.29 et s.

Etudes offertes à René RODIERE, Editions Dalloz, 1981, 540 p., ISBN : 2-247-00311-7 :

- BELLET (Pierre), « Le juge et l'équité », p. 9 à 15.

Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER, Editions Dalloz, 2006, 930 p., ISBN : 2-7110-0803-7 :

- DELEBECQUE (Philippe), « Les renonciations à recours », p. 563 à 573.

Mélanges Jean-Pierre SORTAIS, Université de Lausanne, Faculté de Droit, Bruylant, Bruxelles, 2002, 615 p., ISBN : 2-8027-1599-2 :

- JULIEN (Pierre), « Courtoisie, délicatesse, bienveillance... Et droit judiciaire », p. 363 à 383.

Mélanges en hommage à François TERRE, L'avenir du droit, PUF, 1999, ISBN : 2-13-050142-7, Editions Dalloz, 1999, ISBN : 2-247-03642-2, Editions du Juris-Classeur, 1999, ISBN : 2-7110 0037-0, 868 p. :

- FOYER (Jean), « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens », p. 749 à 759.
- KITAMURA (Ichiro), « L'avenir de la justice conciliationnelle », p. 801 à 818.
- LECUYER (Hervé), « Le contrat, acte de prévision », p. 643 à 659.
- MAZEAUD (Denis), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », p. 603 à 634.

Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr, De code en code, Editions Dalloz 2009, 879 p., ISBN : 978-2-247-08353-4 :

- D'AMBRA (Dominique), « Du déclin des codes », p. 147 à 175.
- BEGUIN (Jacques), « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », p. 1 à 16.
- BOLARD (Georges), « Notre belle action en justice », p. 17 à 25.
- BOUTON (Jacqueline), « Le code de déontologie médicale, un code singulier pour un « colloque singulier », p. 27 à 40.
- CABRILLAC (Rémy), « D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification », p. 53 à 63.
- CADIET (Loïc), « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », p. 65 à 87.
- CAYROL (Nicolas), « La saisine du juge », p. 99 à 110.
- CONSTANTINESCO (Vlad), « La « codification » communautaire du droit privé, future constitution civile de l'Europe ? », p. 111 à 132.
- DESDEVISES (Yvon), « Equité et conciliation », p. 209 à 216.
- DE QUENAUDON (René), « Histoire prédictive et droit du travail », p. 197 à 208.
- GUINCHARD (Serge), « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de « changer le fondement juridique des demandes », p. 379 à 395.
- STRICKLER (Yves), « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », p. 809 à 819.
- TERRE (François), « Note sur une métaprocédure », p. 821 à 827.
- TISSERAND-MARTIN (Alice), « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », p. 829 à 846.
- WACHSMANN (Patrick), « Le juriste dans les codes de l'opéra », p. 847 à 859.

IX - RAPPORTS OFFICIELS

La commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, 342 p., ISBN : 978-2-11-007277-1

MAGENDIE (Jean-Claude), *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel,* Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, Collection des rapports officiels, Paris, 2008, 85 p., ISBN : 978-2-11-007337-2

X - TRAVAUX, RAPPORTS ET COLLOQUES

Etudes sur le rôle du juge, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, T. V, Dalloz, 1950 :

- MARTY (Gabriel), « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », p. 84 à 98.

Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. XVII, 1964, Editions Dalloz, Paris 1968 :

- POSTACIOGLU (Ilhan E.), « Rapport général », p. 7 à 27.

« Nul ne peut se faire justice à soi-même », Le principe et ses limites en droit privé, Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française, T. XVIII, Dalloz, 1969 :

- ANCEL (Marc), Rapport général sur le principe « Nul ne peut se faire justice à soi-même », le principe et ses limites en droit pénal et en droit du travail, p. 147 à 158.
- BEGUIN (Jacques), Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, p. 41 à 100.
- NERSON (R), Rapport introductif sur le principe « Nul ne peut se faire justice à soi-même », le principe et ses limites en droit privé, p. 7 à 10.
- NERSON (R), Rapport de synthèse sur le principe « Nul ne peut se faire justice à soi-même », le principe et ses limites en droit privé, p. 135 à141.

Livre du centenaire de la société de législation comparée, Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé, LGDJ, Paris, 1971, 622 p. :

- DAVID (René), « Droit comparé et systèmes socio-politiques », p. 145 à 156.
- NODA (Yosiyuki), « Droit comparé et systèmes socio-politiques », p. 161 à 164.

L'innocence, Travaux de l'Institut de Criminologie de Paris, Dirigés par J. LEAUTE, Editions Néret, 1977, 123 p. :

- ZOLLINGER (Louis), « L'intime conviction du juge », p. 33 à 44.

Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, 1990, 242 p. :

- CADIET (Loïc), « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », p. 193 à 223.

- JARROSSON (Charles), « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », p. 141 à 160.

Justice, médiation et équité, Colloque Droit et Démocratie, La Documentation Française, Paris, 1992, 66 p., ISBN : 2-11-002701-0 :

- MARTZLOFF (M.), « L'équité devant le juge civil français », p. 57 à 64.
- PETTITI (Louis-Edmond), « Le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des Droits de l'homme », p. 35 à 45.
- RIBS (Jacques), « Introduction », p. 7-8.

Le jeu : un paradigme pour le droit, sous la direction de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Collection Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1992, 300 p. :

- ACKERMANN (Werner) et BASTARD (Benoît), « Les jeux organisationnels dans l'activité de justice », p. 66 à 77.
- ANDRINI (Simona), « Huizinga et le droit : le procès et le jeu en Italie », p. 49 à 65.
- ARNAUD (André-Jean), « Du jeu fini au jeu ouvert : vers un Droit post-moderne », p. 111 à 131.
- FERRARI (Gianfranco), « Le droit dans la forme praxéologique du jeu », p. 190 à 205.
- GARAPON (Antoine), « Espace du droit, espace de jeu », p. 35 à 48.
- MACKAAY (Ejan), « Le droit saisi par le jeu », p. 81 à 110.
- SOULIER (Gérard), « Le théâtre et le procès », p. 17 à 34.

Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993, Avant-propos de J. MESTRE, P.U.A.M., 1993, 140 p., ISBN : 2-7314-0065-X :

- MESTRE (Jacques), LAUDE (Anne), « L'interprétation « active » du contrat par le juge », p. 9 à 22.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, Colloque des 11 et 12 décembre 1992, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1994, 140 p. :

- BERGEL (Jean-Louis), « De la première instance à l'appel, La décision d'interjeter appel », p. 119 à 130.
- BREDEAU (Pierre), « Rapport de synthèse », p. 131 à 138.
- CADIET (Loïc), « La fonction d'une cour d'appel, Réflexion sur le second degré de juridiction », p. 27 à 58.
- CATALA (Pierre), « Jurisprudence ou jurisprudence de la cour ? », p. 65 à 76.
- DUREUIL (Christian), « La motivation des arrêts de la cour », p. 109 à 115.
- GAZZANIGA (Jean-Louis), « La jurisprudence de la cour d'appel d'Aix-en-Provence au XIXième siècle, (Contribution à son histoire) », p. 17 à 26.
- HUGUES (André), « La motivation des arrêts de la cour », p. 101 à 108.
- LIBERAS (Pierre), « Jurisprudence de la cour d'appel », p. 77 à 86.
- MOULY (Christian), « La motivation des arrêts d'appel », p. 87 à 99.

La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, 1992, Editions Litec, 1994, 585 p., ISBN : 2-7111-2385-5 :

- BENABENT (Alain), « Rapport français », p. 292 à 300.
- LOUSSOUARN (Yvon), « Rapport de synthèse », p. 7 à 22.

Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté, sous la direction de Jean-Louis THIREAU, Colloque organisé par le Centre d'Histoire du Droit et de Recherches internormatives de l'Université de Picardie, Presses Universitaires de France, 1995, 143 p. :

- VINDREAU (Jean-Claude), « Le justiciable face aux stratégies d'appel », p. 77 à 85.

La Justice, L'obligation impossible, Sous la direction de William BARANES et Marie-Anne FRISON-ROCHE, Editions Autrement, Mai 1995 :

- BARANES (William) et FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Préface », p.7 et s.
- BARANES (William), « Le droit naturel », p.82 et s.
- CHALIER (Catherine), « Tribunal terrestre et tribunal céleste », p.65 et s.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « 2+1= la procédure », p.214 et s.
- LECLERC (Henri), « Justice et exclusion », p.158 et s.
- LEVY (Thierry), « Vaut-il mieux subir l'injustice que la commettre ? », p.42 et s.
- TERRE (François), « Au cœur du droit, le conflit », p.108 et s.
- WEBER (Alain), « Pratiques : danse avec les juges », p.207 et s.
- ZENATI (Frédéric), « Le citoyen plaideur », p.190 et s.

La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon, sous l'égide de la Revue juridique d'Ile-de-France, Editions Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1997, 254 p. :

- CADIET (Loïc), « Aide juridictionnelle et modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse », p. 167 à 177.
- CAPRON (Yves), « Problème de la motivation », p. 43 à 45.
- CHAIN (Bruno), « Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate », p. 109 à 113.
- COULON (Jean-Marie), « Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées », p. 15 à 21.
- DAMIEN (André), « Conclusion », p. 198 à 201.
- GUINCHARD (Serge), « Synthèse », p. 83 à 91.
- LATOURNERIE (Pierre), « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p. 145 à 149.
- LISSARRAGUE (Bertrand), « Les modes alternatifs », p. 150-151.
- MASSE-DESSEN (Hélène), « La procédure d'appel sur renvoi de cassation », p. 78-79.
- NORMAND (Jacques), « Ecritures, représentation et motivation », p. 53 à 63.
- RICOUR (Christophe), « Editorial, Mobilisation pour la justice civile », p. 6-7.
- SAINT-AVIT (Didier), « Le temps et la procédure. Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate », p. 93 à 97.
- VATIER (Bernard), « Rapport introductif », p. 9 à 13.
- ZAKINE (Yvan), « Conclusion », p. 191 à 197.

La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome III, Limoges, 1998, L.G.D.J., 2000, 121 p., ISBN : 2-275-01859-X :

- NORMAND (Jacques), « Le domaine du principe de motivation », p. 17 à 34.

L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?, Etudes rassemblées par Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAME, Publications de l'Université de Rouen n° 298, Bruylant, L.G.D.J., 2001, 239 p., ISBN LGDJ : 2-275-02176-0, ISBN pur : 2-87775-304-2, ISBN Bruylant : 2-8027-1571-2 :

- HALPERIN (Jean-Louis), « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », p. 151 à 163.

- JACOB, « Judicium et le jugement, L'acte de juger dans l'histoire du lexique », p. 35 à 71.
- RAYNAUD (Philippe), « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », p. 5 à 16.

Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, sous la direction de P.ANCEL et M.-C. RIVIER, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Economica, 2001, 154 p.

- ANCEL (Pascal), « L'encadrement de la juridiction par le contrat », p.6 à 22.
- BEROUJON (Christiane), « L'exemple du traitement de la dette locative », p. 128 à 132.
- BLANC (Gérard), « Le cas de la justice pénale », p.94 à 96.
- CADIET (Loïc), « Les accords sur la juridiction dans le procès », p.34 à 55.
- COULON (Jean-Marie), « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », p. 133 à 138.
- JARROSSON (Charles), « La transaction comme modèle », p. 58 à 69.
- JEAMMAUD (Antoine), « Propos introductifs », p.1 à 4.
- NORMAND (Jacques), « Conclusions », p. 139 à 150.
- PAISANT (Gilles), « Les activités de règlement sans le juge : le cas du surendettement des particuliers », p.70 à 82.
- RIVIER (Marie-Claire), « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », p.23 à 33.
- SERVERIN (Evelyne), « Le règlement des conséquences des accidents corporels de la circulation, entre transaction et juridiction », p. 98 à 113.

Droit et Musique, Colloque de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, 23 juin 2000, Collection Iségoria, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2001, 207 p., ISBN : 2-7314-0254-7
PUTMAN (Emmanuel), « Les juristes vus par l'opéra », p. 193 à 199.

Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, Sous la direction de Marcel FONTAINE et de Geneviève VINEY, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, XXXII, Bruylant, Bruxelles, ISBN : 2-8027-1465-1, L.G.D.J., Paris, 2001, 1127 p., ISBN : 2-275-02088-8 :

- GHESTIN (Jacques), « L'exception d'inexécution, Rapport français », p. 3 à 55.

Stratégies, Actualité et futurs de la recherche, Coordonné par Alain-Charles Martinet et Raymond-Alain Thiétart, Librairie Vuibert, août 2001, 439 p., ISBN : 2-7117-7999-8 :

- MARTINET (Alain-Charles) et THIETART (Raymond-Alain), « Les trois phases de la stratégie », p. 1 à 4.

Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, Pluralisme du droit, Sous la coordination de J.-B. RACINE, L'Hermès, Lyon, 2002, 317 p., ISBN : 2-85934-639-2 :

- RUSSO (Chantal), « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le domaine des assurances : l'exemple de la médiation », p. 99 à 129.

Médiation et diversité culturelle, Pour quelle société ?, Sous la direction de C. Younes et E. Le Roy, Editions Karthala, 2002, 311 p., ISBN : 2-84586-331- 4 :

- GARAPON (Antoine), « La médiation, un nouveau mode de socialisation », p. 203 à 208.

- LE ROY (Etienne), « La médiation comme « dialogie » entre les ordonnancements de régulation sociale », p. 77 à 100.

Droit et Théâtre, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées Nationales, Tome VI, Aix-en-Provence 2001, Collection Iségoria, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2003, 186 p., ISBN : 2-7314-0343-8

- FLOUR (Yvonne), « Droit et théâtre, Rapport de synthèse », p. 159 à 167.
- LEGIER, (Gérard), « Shakespeare, les juristes et le droit », p. 95 à 124.
- MESTRE (Jean-Louis), « Corneille et le droit », p. 125 à 158.

Institut de Recherche en droit privé de Nantes, *L'arbitrage : une question d'actualité : Petites affiches*, 2 octobre 2003, n°197, p. 3 et s.

- CLAY (Thomas), « L'efficacité de l'arbitrage », p .4 à 12.
- PERROT (Roger), « Introduction », p. 3.
- PERROT (Roger), « L'arbitrage, une autre justice ? », p. 32 à 39.
- RIVIER (Marie-Claire), « La réforme de la clause compromissoire », p. 26 à 32.

Procédure(s) et effectivité des droits, Bruylant, 2003, 267 p., ISBN : 2-8027-1810-X :

- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », p. 1 à 23.
- GREWE (Constance), « L'accès au juge : le droit processuel d'action », p. 29 à 42.
- PUECH (Marc), « Une décision motivée », p. 235 à 240.
- WIEDERKEHR (Georges), « Les droits de la défense et le principe de la contradiction », p. 159 à 169.

Résolution des conflits. Jalons pour une anthropologie historique du droit, C.I.A.J. n° 7, Textes réunis par J. Hoareau-Dodinau et P. Textier, Presses universitaires de Limoges, Mars 2003, 369 p. :

- VERDIER (Raymond), « Justices de la Nature et rituels ordaliques. Le verdict du feu chez les montagnards Kabyè du Togo, p. 227 à 234.

Les pièges des procédures, Editions Jeune Barreau, Bruxelles, 2005, 365 p. :

- ENGLEBERT (Jacques), « Les pièges de la procédure civile », p. 7 à 68.

Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005), Sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica, 2006, 490 p., ISBN : 2-7178-5222-0 :

- BLONDEL (Philippe), « Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou le décryptage d'un songe procédural », p. 159 à 182.
- BOLZE (Antoine), « Codification et procédure civile », p. 95 à 113.
- CANIVET (Guy), « Avant-propos, De l'intelligence en procédure civile », p. XXIII à XLI.
- COULON (Jean-Marie), « Du rapport Coulon au rapport Magendie », p. 87 à 91.
- D'AMBRA (Dominique), « L'inégalité des armes et le nouveau Code de procédure civile », p. 143 à 158.
- JEULAND (Emmanuel), « Transformation et pérennité du nouveau Code de procédure civile », p. 75 à 85.
- JUNILLON (Jacques), « Le nouveau Code de procédure civile : une philosophie en danger », p. 59 à 64.

- LACABARATS (Alain), « La réception du nouveau Code de procédure civile par la jurisprudence », p. 41 à 45.
- LECOMTE (Catherine), « Le nouveau Code de procédure civile : rupture et continuité », p. 5 à 16.
- MENABE (Jean-Pierre), « Plaidoyer pour un bel outil », p. 47 à 58.
- TERRE (François), « La réception du nouveau Code de procédure civile par la doctrine », p. 27 à 40.

Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés, Sous la direction de Emmanuel DOKES, Actes du colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social » organisé à Dijon les 11 et 12 mai 2006 par le CREDIMI (UMR 5598), le CNRS et l'Université de Bourgogne, Editions Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2007, 509 p., ISBN : 978-2-247-06986-6 :

- JACOTOT (David), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », p. 277 à 286.

Coutumes, doctrine et droit savant, Colloque des 20 et 21 octobre 2006, organisé par l'Institut d'Histoire du droit, Sous la responsabilité de J.-M. Augustin et V. Gazeau, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, L.G.D.J., 2007, 349 p., ISBN : 978 2 275.02785 2 :

- LECOMTE (Catherine), « De l'immobilisme en procédure civile, du Code de 1806 au XXième siècle », p. 251 à 268.

Interpréter & Traduire, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Faculté de Droit de Toulon, Sous la direction de Jean-Jacques SUEUR, Bruylant, Bruxelles, 2007, 366 p., ISBN : 978-2-8027-2400-1 :

- RUFFIER-MERAY, « Lire la partition juridique, Interprétation en droit et en musique », p. 233 à 272.

Michel Villey, Le juste partage, Sous la direction de C. Delsol et S. Bauzon, Collection L'esprit du droit, Editions Dalloz, 2007, 199 p., ISBN : 978-2-247-07415-0 :

- BAUZON (Stéphane), Dire le droit, p. 17 à 22.

Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité, Sous la direction de Edwige Rude-Antoine, Presses Universitaires de France, 2007, 406 p. :

- LEFEBVRE (José), « La déontologie du procès », p. 57 à 84.
- LE ROY (Etienne), Le déroulement de la figure du procès, « Cérémonie de reconstitution du lien social », p. 13 à 30.

Le procès : la justice mise à l'épreuve, Esprit, 2007, p. 131 à 217 :

- DUMONT (Jean-Noël), « Le procès, un travail inachevable », p. 131 à 133.
- DUMONT (Jean-Noël), « Jeanne d'Arc au tribunal », p. 166 à 177.
- GARAPON (Antoine), « Le droit mis à l'épreuve », p. 208 à 217.
- GIBERT (Pierre), « Le procès dans la Bible », p. 137 à 146.
- OST (François), « L'invention du tiers, Eschyle et Kafka », p. 147 à 165.

L'erreur, Sous la direction de J. FOYER, F. TERRE, C. PUIGELIER, Colloque organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, le Centre de recherches en théorie générale du droit et l'Association française de philosophie du droit, qui s'est déroulé les 25 et 26 ocotbre 2006, Presses Universitaires de France, Juin 2007, 296 p. :

- PUIGELIER (Catherine), SAINTE-ROSE (Jerry), « Le revirement de jurisprudence est-il une erreur ? », p. 205 à 231.

A propos de la sanction, Etudes réunies et présentées par C. MASCALA, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n° 6, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2007, ISBN : 978-2-915699-49-4 :

- CABANIS (André), MARTIN (Michel Louis), « La sanction et le temps : l'ombre de Némésis », p. 63 à 77.
- RAKOTOVAHINY (Marie-Andrée), « La sanction unilatérale dans le contrat », p. 172 à 178.

Le renouveau des sanctions contractuelles, Sous la direction de F. COLLART DUTILLEUL et de C. COULON, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. MOLFESSIS, Editions Economica, Paris, 2007, 159 p. :

- ANCEL (Pascal), « Le juge et l'inexécution du contrat », p. 103 à 119.
- STOFFEL-MUNCK (Philippe), « Le juge et la stabilité du contrat », p. 121 à 145.

Les injonctions du juge, Actes du 24e Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires des 23 et 24 mars 2007, Sous la direction de C. MARIE, Bruylant, Bruxelles, 2009, 157 p., ISBN : 978-2-8027-2827-6 :

- FRICERO (Natalie), « Les manifestations de l'injonction : éléments de comparaison issus du contentieux civil », p. 3 à 12.
- THERY (Philippe), « Rapport de synthèse », p. 143 à 157.

Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre ?, Sous la dir. de Guillaume WICKER, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Editions Litec, LexisNexis, 2008, 92 p., ISBN : 978-2-7110-1100-1 :

- MAZEAUD, « Rapport de synthèse », p. 77 à 92.

Sécurité juridique et droit économique, Sous la direction de L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, Editions Larcier, Groupe De Boeck s.a., 2008, 586 p., ISBN :978-2-8044-2854-9 :

- GUINCHARD (Audrey), « Sécurité juridique en *Common Law* », p. 101 à 149.
- RACINE (Jean-Baptiste), SIIRIAINEN (Fabrice), « Sécurité juridique et droit économique, Propos introductifs », p. 5 à 21.
- REIS (Patrice), « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », p. 189 à 205.
- ULLRICH (Hanns), « La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste », p. 73 à 100.

Hommage à Gérard CORNU, Droit et sagesse, Actes du colloque organisé le 7 mars 2008 par l'association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Français et l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Thèmes et commentaires, Association Henri Capitant, Editions Dalloz, 2009, 80 p., ISBN : 978-2-247-08566-8 :

- LEQUETTE (Yves), « La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats », p. 35 à 45.
- THERY (Philippe), « L'art de la procédure civile », p. 47 à 57.

Comparer les droits, résolument, sous la direction de Pierre LEGRAND, Collection « Les voies du droit », PUF, 1ère édition, Juin 2009, 630 p., ISBN : 978-2-13-055564-3 :

- BELL (John), « De la culture », p. 247 à 278.

Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique, Actes du colloque du 22 octobre 2009, R.D.C., janvier 2010 :

- AYNES (Laurent), « Rapport introductif », p. 380 à 382.
- GENICON (Thomas), « Les traitements légaux : mesures préventives », p. 456 à 466.

Les objectifs dans le droit, Sous la dir. de B. FAURE, Colloque organisé les 25 et 26 septembre 2009 par le Centre d'études juridiques de La Rochelle (CEJLR), Editions Dalloz, 2010, 214 p., ISBN : 978-2-247-08904-8 :

- BRISSON (Jean-François), « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », p. 29 à 46.
- GRYNBAUM (Luc), « Les objectifs en droit civil », p. 163 à 178.
- MARIE (Catherine), « Les objectifs dans le droit processuel », p. 191 à 206.
- TRUCHET (Didier), « Rapport de synthèse », p. 207 à 214.

La chronique judiciaire, Mille ans d'histoire, Sous la dir. de Sylvie HUMBERT et Denis SALAS, Collection histoire de la justice, La documentation française, 2010, 212 p., ISBN : 978-2-11-008206-0 :

- JEAN (Jean-Paul), « Jean-Marc Théolleyre, l'observateur engagé (1945-1965) », p. 119 à 137.

Droit et économie du procès civil, Sous la direction de Dany Cohen, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2010, 279 p., ISBN : 978-2-275-03596-3, ISSN : 1774-2765 :

- DEFFAINS (Bruno), « Le risque de la preuve. Le point de vue de l'économiste », p. 181 à 193.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Légitimité, opportunité et efficacité de l'analyse économique des procès civils », p. 3 à 22.
- MEKKI (Mustapha), « Le risque de la preuve. Le point de vue du juriste », p. 195 à 216.
- THERY (Philippe), « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Le point de vue du juriste », p. 145 à 153.

La prescription extinctive. Etudes de droit comparé, Sous la dir. de Patrice Jourdain et Patrick Wéry, Bruylant, Bruxelles, 2010, 1033 p., ISBN : 978-2-8027-3018-7 :

- BEHAR-TOUCHAIS (Martine), « Quel délais pour la prescription ? Rapport français », p. 86 à 104.
- ROUSSILLE (Myriam), « La prescription en droit des affaires », p. 553 à 592.

La vengeance, Sous la dir. de C. PUIGELIER et F. TERRE, Editions Panthéon-Assas, 2011, 317 p., ISBN : 979-10-90429-00-0 ; ISSN : 1765-0305

- CANTEGREIL (Julien), « Remarques sur la vengeance et le droit. Homère, Eschyle, Kadaré », p. 27 à 50.

L'efficacité du contrat, Sous la dir. de G. LARDEUX, Editions Dalloz, 2011, ISBN : 978-2-247-10526-7

- LARDEUX (Gwendoline), « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », p. 1 à 20.

Le nouveau droit français de l'arbitrage, Sous la dir. de T. CLAY, Lextenso éditions, 2011, 266 p., ISBN :978-2-35971-036-6 :

- CHEVALIER (Pierre), « Le nouveau juge d'appui », p. 143 à 161.
- CLAY (Thomas), « Avant-propos », p. 7 à 14.
- DE BOISSESON (Matthieu), « La nouvelle convention d'arbitrage », p. 81 à 89.
- DEGOS (Laurent), « L'histoire du nouveau décret, dix ans de gestation », p. 25 à 55.
- DERAINS (Yves), « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », p. 91 à 104.
- GAILLARD (Emmanuel), « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », p. 57 à 69.
- MAYER (Pierre), « Rapport de synthèse », p. 219 à 230.
- ORTSCHEIDT (Jérôme), SERAGLINI (Christophe), « La nouvelle articulation des recours en arbitrage international », p. 189 à 209.
- PELLERIN (Jacques), « La nouvelle articulation des recours en arbitrage interne », p. 175 à 187.
- RACINE (Jean-Baptiste), « Le nouvel arbitre », p. 117 à 142.
- VALLEE (Laurent), « Ouverture », p. 15- 16.

Preuve scientifique, preuve juridique, Sous la dir. de E. TRUILHE-MARENGO, Editions Larcier, 2012, 358 p., ISBN : 978-2-8044-4631-4 :

- GODARD (Olivier), « Les transmutations de la preuve sous l'égide du principe de précaution », p. 259 à 298.
- TRUILHE-MARENGO (Eve), « La preuve entre science et droit », p. 8 à 29.

« La Norme : déclin ou renouveau », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation,* Editions Dalloz, 2012, 350 p. :

- CARPENTIER (Anne-Claire), « Les effets du changement de circonstances économiques sur les contrats à exécution successive », p. 275 à 289.

XI - COMMUNICATIONS DE LA COUR DE CASSATION

« Le principe de la contradiction », *Bull. d'information*, 15 mars 2005, n° 615, p. 5 à 9.

« L'Observatoire du droit européen de la Cour de cassation », *Bull. d'information*, 15 mai 2005, n° 619, p. 3-4.

Le groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME), « La médiation », *Bull. d'information*, 2006, Hors-série n° 4, p. 3 à 51.

XII - AUTRES OUVRAGES

ARISTOPHANE, *Les Guêpes*, Société d'Edition « Les Belles Lettres », Texte établi pr Victor COULON et traduit par Hilaire VAN DAELE, Paris, 1985, Tome II, 156 p.

ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, Traduction, préface et notes par Jean Voilquin, Flammarion, Paris, 1992, 346 p., ISBN : 978-2-0807-0043-8

ARISTOTE, *Rhétorique*, Introduction, traduction, notes, bibliographie et index par P. CHIRON, Editions Flammarion, 2007, 570 p.

ARON (Raymond), *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962, édition de 2004, imprimé en juillet 2008, 794 p., ISBN : 2-7021-3469-6

ATIAS (Christian), *Philosophie du droit*, Thémis, PUF, 1999, 3ième édition, 2012, 398 p., ISBN : 978-2-13-057768-3

BORIAUD (Jean-Yves), Machiavel et l'« humanisme militaire », *Revue des deux Mondes*, Mars 2011, p. 87 à 94.

BESSONE (Magali), *La justice*, Flammarion, Paris, 2000, 238 p., ISBN : 2-08-073050-9

BREDIN (Jean-Denis), *Mots et Pas Perdus, Images du Palais*, Plon, 2005, 211 p.

CLAUSEWITZ (Carl Von), *De la guerre*, Les Editions de Minuit, 1955, 755 p.

ESCHYLE, *Les Euménides*, Société d'édition Les Belles Lettres, Texte établi et traduit par Paul MAZON, 1997, Tome II, 171 p.

FAYARD (Pierre), *Comprendre et appliquer Sun Tzu*, Dunod, Paris, 2011, 3ième édition, 251 p., ISBN : 978-2-10-055765-3

FONTAINE (Philippe), *La justice*, Ellipses Editions Marketing S.A., 2005, 144 p., ISBN : 2-7298-2423-5

GIRARD (René), *La violence et le sacré*, Editions Grasset et Fasquelle, 1972, rééd. Hachette Littérature, 1998, 486 p.

GIRARD (René), *Achever Clausewitz*, Entretiens avec B. CHANTRE, Editions Flammarion, 2011, 411 p., ISBN : 978-2-0812-2639-5

GUINERET (Hervé), *Clausewitz et la guerre*, P.U.F., 1999, 124 p., ISBN : 2-13-04-9827-2 ; ISSN : 0766-1398

HEGEL, *Phénoménologie de l'Esprit*, Traduction de Jean HYPPOLITE, Tome 1, AUBIER, Editions Montaigne, Paris, 1970, 358 p. et traduction et notes par Gwendoline JARCZYK et Pierre-Jean LABARRIERE, Tome 1, Editions Gallimard, Folio, 1993, pour la traduction française, 2010, 799 p., ISBN : 978-2-07-042117-6

IMBERT (Jean), *Le procès de Jésus*, Que sais-je ?, PUF, 3ième édition, 1999, 126 p., ISBN : 2-13-038490-0

JOMINI (Antoine-Henri), *Précis de l'art de la guerre*, Présentation de Bruno COLSON, Editions Perrin, 2001, 294 p., ISBN : 978-2-262-01530-5

LIVET (Georges), *Guerre et paix de Machiavel à Hobbes*, Librairie Armand Colin, Paris, 1972, 395 p.

MACHIAVEL (Nicolas), *Le Prince et autres textes*, Editions Gallimard, Folio classique, 1980, 473 p., ISBN : 978-2-07-034483-3

MERTON (Robert K.), *Eléments de théorie et de méthode sociologique*, Traduits de l'américain et adaptés par H. Mendras, Paris, Librairie Plon, 1965, 514 p.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome 1, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, 507 p., ISBN : 2-08-070325-0

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome 2, Garnier-Flammarion, 1979, 638 p., ISBN : 2-08-070326-9

PHELIZON (Jean-François), *L'action stratégique*, Editions Economica, 1998, 323 p., ISBN : 2-7178-3555-5

RACINE (Jean), *Les Plaideurs*, Librairie Générale Française, 1997, 92 p.

RAWLS (John), *Théorie de la justice*, Traduit de l'anglais par Catherine Audard, 1971, Editions Points, 2009, 665 p., ISBN : 978-2-7578-1416-1

RICOEUR (Paul), *Le juste, la justice et son échec*, Carnets de l'Herne, Editions de l'Herne, 2005, 76 p., ISBN : 2-85197-642-7

SAINT AUGUSTIN, *Confessions*, Edition présentée par Philippe Sellier, Traduction d'Arnauld d'Andilly établie par Odette Barenne, Collection Folio Classique, Editions Gallimard, 1993, 599 p., ISBN : 2-07-038606-6 A 38606

SEVE (René), *Philosophie et théorie du droit*, Editions Dalloz, 2007, 389 p., ISBN : 978-2-247-05551-7

SUN TZU, *L'art de la guerre*, Flammarion 1972, Edition revue, 2008, 338 p., ISBN : 978-2-0812-1301-2

TOURET (Denis), *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit*, Objectif Droit, Editions du Juris-Classeur, 2ième édition, 2003, 316 p., ISBN : 2-7110-0334-5

TROPER (Michel), *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, PUF, 2ième édition, 2008, 127 p., ISBN : 978-2-13-055102-7

VERGES (Jacques), *De la stratégie judiciaire*, Préface d'Amar Bentoumi, Editions de Minuit, 1968, 217 p.

VILLEY (Michel), *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les carnets de Michel VILLEY*, Textes préparés et indexés par Marie-Anne Frison-Roche et Christophe Jamin, PUF, 1995, 541 p., ISBN : 2 13 046591 9

VILLEY (Michel), *Critique de la pensée juridique moderne, Douze autres essais*, Préface de Michel Bastit, Editions Dalloz, 1976, réédition, 2009, 274 p., ISBN : 978-2-247-07902-5

XIII - ARTICLES, CHRONIQUES, DOCTRINE, ENTRETIENS

AGOSTINI (Frédérique), « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », *Rapport de la Cour de cassation 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, p. 181 à 212.

AMRANI-MEKKI (Soraya), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois*, 2002, 37688, p. 369 à 397.

AMRANI-MEKKI (Soraya), Droit judiciaire privé, « Office du juge et pouvoir de relever d'office », Observations ayant trait à la distinction entre l'obligation pour le juge de qualifier ou de requalifier juridiquement les faits et la simple faculté de relever d'office une règle de droit, Sous Cass.ass.plén., 21 décembre 2007, *J.C.P., G*, 2008, I, 138, n° 9, p. 22.

ANCEL (Pascal), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. civ.*, 1999, p. 771 à 810.

ATIAS (Christian) :

- « La code civil nouveau », *D.* 1999, Chron., p. 200.
- « Nul ne peut se prévaloir… », *D.* 1999, Chron., p. 218 à 220.
- Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.*, 2003, Chron., p. 1103 à 1105.
- « L'exception d'illégalité d'une clause contractuelle, Inexécution du contrat ou respect de la loi ? », *D.* 2008, Chron., p. 1013-1014.
- « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, Chron., p. 744 à 746.
- « L'abandon d'un principe fondamental », *D.* 2011, p. 1128-1129.

AYED (Wafa), « Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité », *J.C.P., G*, 2011, 96, p. 190-191.

AYNES (Laurent), « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 64 à 68.

AYNES (Laurent), « L'authenticité », in Dossier : Authenticité et sécurité juridique, *Droit et patr.*, 2010, n° 188, p. 54 à 56.

BACH (Louis), « Jurisprudence », *Rép. Civ., Dalloz*, 2000, 34 p.

BANDRAC (Monique), « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile », *J.C.P., G*, 1976, I, 2799, 8 p.

BARBIER (Hugo), « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 71, 2010, 3827, p. 5 à 11.

BAZIN (Eric), « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et procéd.*, 2008, p. 125 à 130.

BAZIN (Eric), « Le renforcement du rôle de l'huissier de justice en droit de la famille et en droit des baux d'habitation », *Dr. et procéd.*, 2012, p. 7 à 15.

BECQUE-ICKOWICZ (Solange), « La condition suspensive de non-préemption, faculté de repentir pour le vendeur ? », *Defrénois*, n° 19, 15 nov. 2011, 40176, p. 1519 à 1524.

BEGUIN (Jacques), Entretien avec Monsieur Marco DARMON, « La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges », *J.C.P., G.*, 1996, I, 3976, p. 437-438.

BEGUIN (Jacques), ORTSCHEIDT (Jérôme), SERAGLINI (Christophe), « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage interne – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P., G.*, 2011, n° 11-12, 322, p. 545 et s.

BEGUIN (Jacques), ORTSCHEIDT (Jérôme), SERAGLINI (Christophe), « Un second souffle pour l'arbitrage, Arbitrage international – A propos du décret du 13 janvier 2011 », *J.C.P., G.*, 2011, n° 16, p. 765 et s.

BEHAR-TOUCHAIS (Martine), « Libres propos sur la période de formation du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 19 à 24.

BENABENT (Alain), « L'office du juge en droit de la famille », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 80-82.

BERANGER (Hélène), Entretien avec H. POIVEY LECLERCQ, « La convention de procédure participative », *J.C.P., G.*, 2011, n° 70, p. 154-155.

BERANGER (Hélène), Entretien avec Ph. BLONDEL, « Motulsky c'est une lumière, celle qui conduit, inspire et illumine », *J.C.P., G.*, 2012, n° 39, p. 73 à 75.

BERGEL (Jean-Louis), Pour la suppression du principe du « non-cumul du possessoire et du pétitoire », *J.C.P., G*, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 10.

BERNHEIM-DESVAUX (Sabine), « La clause de tacite reconduction », *C.C.C.*, 2012, 6, Formule, p. 71-72.

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (Laure), « Présentation du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Rev. de dr. intern. et de dr. comp.*, 2011, n° 2, p. 387 à 398.

BESSIERE (Céline), MILLE (Muriel), MINOC (Julie), « Face au contentieux de masse : les stratégies professionnelles des JAF », *J.C.P., G.*, 2011, n° 26, p. 1286.

BITBOL (Catherine), « Le choix du régime matrimonial : une liberté encadrée », *Act. Jur. famille*, Février 2008, p. 72 à 74.

BLATTER (Jean-Pierre), « Baux commerciaux et usages locaux », *J.C.P., G*, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 11.

BLERY (Corinne), « Plaidoyer pour une simplification des règles internes de compétence en matière judiciaire », *Procédures*, Mars 2008, p. 7 à 10.

BLERY (Corinne), « Conciliation et procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *J.C.P., G*, 2010, n° 1044, p. 1982-1985.

BOICHE (Alexandre), « Le divorce en droit international privé », in Dossier « Internationalité du litige familial », *Act. Jur. famille*, Juillet-août 2008, p. 88.

BOICHE (Alexandre), « Les règles protectrices du domicile conjugal en droit international privé », *Act. Jur. famille*, Oct. 2008, p. 391.

BOLARD (Georges), « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *J.C.P., G*, 1993, I, 3693, p. 329 à 333.

BOLARD (Georges) et DRAI (Pierre), Justice hâtive, justice rapide, « Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès », *J.C.P., G*, 1997, I, 4061, p. 459.

BOLARD (Georges), « Les écritures qualificatives », *J.C.P., G.*, 2000, I, 214, p. 515 à 519.

BOLARD (Georges), « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *J.C.P., G*, 2008, I, 156, p. 19 à 24.

BOLLEE (Sylvain), « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP*, 100 (3) juillet-septembre 2011, p. 553 et s

BORE (Jacques), « La rédaction des conclusions en prévision du pourvoi en cassation », *Gaz. Pal.*, 19 septembre 1974, p. 803 à 807.

BORE (Louis), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P., G.*, 2002, I, 104, p. 121 à 127.

BORE (Louis), « La spécificité de la technique de cassation », *J.C.P. G*, 2009, n° 26, 63, p. 58-59.

BORE (Jacques), BORE (Louis), « Pourvoi en cassation », *Rép. Proc. Civ.*, Sept. 2008, Mise à jour Juin 2010.

BORRICAND (Jean), « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1957, p. 433 à 470.

BOUCARD (François), « Pourvoi en cassation. Contrôle de la conformité du jugement. Cas d'ouverture et moyens de cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 755, Juin 2009, n° 1 à 79, 38 p.

BOUCARD (François), « « Pourvoi en cassation. Le renvoi après cassation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 762, Mai 2010, n° 1 à 31, 11 p.

BOULANGER (Jean), « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *R.T.D. civ.* 1961, n° 6, p. 417 à 441.

BRAUD (Jacques), « Un juge des procès civils : le temps », *J.C.P., G.*, 1968, 2143.

BRENNER (Claude), « Comment protéger le patrimoine conjugal contre les dettes de l'entreprise ? », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 18, p. 1-2.

BRIGANT (Jean-Marie), « Vers un bail conjugal d'habitation ? », *Dr. de la famille*, 2011, 3, p. 13 à 18.

BUCHMAN (Louis B.), LOQUIN (Eric), « Préférez l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008, Doctrine, p. 2893 à 2900.

BUISSON (Jacques), « Equilibre de la procédure pénale », *Procédures*, Avril 2007, Etudes, p. 5 à 7.

BUREAU (Dominique) et MOLFESSIS (Nicolas), « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA*, 27 décembre 1995, n° 155, p. 11 à 21.

BUS (Jean-Pascal), « Le fléchissement du consentement dans les promesses unilatérales de vente : analyse critique », *Actualité Juridique de droit immobilier*, Avril 2012, p. 249 à 252.

CACHARD (Olivier), « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, 4721, p. 73 à 77.

CADIET (Loïc), « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices, R.G.D.P.*, n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 87 à 107.

CADIET (Loïc), « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *LPA*, 5 mai 2000, n°90, p. 30 à 39.

CADIET (Loïc), « Autorité de chose jugée : de la jurisprudence vers les codes », *J.C.P., G*, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 17.

CADIET (Loïc), « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 190, 2003, 24 p.

CADIET (Loïc), Le TOURNEAU (Philippe), « Abus de droit », *Rép. Civ., Dalloz*, avril 2008, 38 p.

CALDERON-BRUNEAU (Delphine), « La médiation familiale », *Dr. de la famille*, 2011, Fiche pratique, n° 1, p. 5 à 12.

CAMOUS (Eric), « Droit des délais et modes alternatifs de règlement des conflits », *Gaz. Pal.*, 12-14 oct. 2003, Doctrine, p. 2781 à 2789.

CANIVET (Guy), « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *R.T.D. civ.*, 2005, p. 33 à 46.

CARATINI (Marcel), « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gaz. pal.*, 1986 (2e semestre), p. 405-406.

CARTIER (Marie-Elisabeth), « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale », in *Revue générale des procédures*, n°1, Janvier/Mars 1998, p.1 à 15.

CHAINAIS (Cécile), « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, p. 3 à 44.

CHARRUAULT (Christian), « Compléter l'article 5 du Code civil ? », *J.C.P., G,* Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 21.

CHATILLON (Stéphane), « Droit et langue », *R.I.D.C.*, 2002, p. 687 à 715.

CHAUVEL (Patrick), « Transaction », *Rép. Civ., Dalloz*, Septembre 2004, 42 p.

CHAZAL (Jean-Pascal), « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 265 à 283.

CHEVALLIER (Pierre), « Expériences de téléprocédure dans les juridictions françaises », *Droit et patr.*, 2002, p. 69 à 74.

CLERMON (Marceau), CENAC (Pierre), « Aménagements volontaires des régimes matrimoniaux (ou adapter son régime) : les aménagements directs », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-mai-Juin 2008, 9, p. 25 à 39.

COLLOMP (Evelyne), « L'office du juge en droit du travail », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 83 à 96.

COMBARNOUS (Michel), « L'équité et le juge administratif », *Justices, R.G.D.P.*, n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 77 à 85.

CONTE (Philippe), « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *J.C.P., éd. G,* 1988, I., 3343.

COTTE (Bruno) et SEROUSSI (Julien), « La manifestation de la vérité en droit pénal international », *Arch. phil. dr.*, 2010, p. 87 à 95.

COULON (Jean-Marie), « Les évolutions possibles de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 1996, 2, p. 1000 à 1003.

COUVRAT (Pierre), GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève), « Conciliation et médiation », *J.-Cl., Procédure civile*, fasc. 160, 2003, 26 p.

CREDOT (Françis-J.), « L'actualité des garanties autonomes », *LPA*, 17 juin 1998, n° 72, p. 68 à 74.

CREUX-THOMAS (Florence), « La médiation : opportunité ou « gadget » ? », *J.C.P., G.*, 2009, n° 51, 558, p. 9 à 13.

CROZE (Hervé), « Assignation », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 10, 2002, 15 p.

CROZE (Hervé), « L'invitation à la médiation », *Procédures*, juillet 2006, n° 7, p. 1.

CROZE (Hervé), « Pour en finir avec la procédure orale », *J.C.P., G,* Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 24.

CROZE (Hervé), « Retour sur la qualification », *Procédures*, Juillet 2008, p. 1, n° 7.

CROZE (Hervé), « Le progrès technique de la procédure civile », *J.C.P., G.*, 2009, I, 108, p. 13 à 17.

CROZE (Hervé), « Médiation : entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la directive Médiation », *Procédures*, 2012, Repère, n° 2.

DAIGRE (Jean-Jacques), « La doctrine et la réforme de la procédure civile », *J.C.P., G.*, 1981, 3020.

DAILLE-DUCLOS (Brigitte), « Le décret du 28 décembre 1998 : une véritable réforme de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., p. 822 à 826.

DANTI-JUAN (Michel), « Action civile », *Rép. Civ., Dalloz*, Janvier 2009, 41 p.

DAOUD (Emmanuel), « Juge et avocat : le désamour », *Act. Jur. pénal*, 2007, p. 310 à 313.

DARGENT (L.), « Déploiement des nouvelles technologies dans les juridictions », *D.* 2008, Actualité législative, p. 215.

DEGOUY (R.), « La réforme de la procédure civile », *J.C.P.*, 1949, I, 790, 2 p.

DELEBECQUE (Philippe), « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 56 à 63.

DELPECH (Xavier), « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, Actualité législative, p. 2220-2221.

DELVOVE (Guillaume), « Le jugement à l'épreuve du temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 32 à 38.

DELZANNO (Clémentine), « Nous sommes très attachés à une procédure qui soit une vraie voie d'achèvement du procès », Actualité, Entretien avec E. JULLIEN, *Droit et patr.*, 2010, n° 192, p. 12-14.

DEMOGUE (René), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *R.T.D. civ.*, 1907, p. 245 à 310.

DESDEVISES (Yvon), « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.*, 2000, Chron., p. 284-286.

DEVERS (Alain), « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II bis et Rome III) et des conventions franco-marocaines (de 1957 et 1981) », *Dr. de la famille*, 2012, Etudes n° 1, p. 8 à 12.

DEVERS (Alain), FARGE (Michel), « Le nouveau droit international privé du divorce », *Dr. de la famille*, 2012, Etudes n° 13, p. 7 à 16.

DINTILHAC (Jean-Pierre), « La gestion des procédures civiles dans le temps », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2007, p. 44 à 47.

DION (Nathalie), « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, Chron., n° 15, p. 195 à 199.

DOUCHY (Mélina), « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile : l'adoption partielle des propositions du rapport de J.-M. Coulon », *Gaz. Pal.*, 15 juin 1999, Doctr., p. 831 à 838.

DOUCHY-OUDOT (Mélina), « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.*, 15-17 nov. 2009, p. 3 à 8.

DRAGO (Vincent), « L'office du juge d'appel », in « L'office du juge », *Justice et Cassation, Revue annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Editions Dalloz, 2010, p. 125 à 131.

DUBISSON (Michel), « La négociation d'une clause de règlement des litiges », *D.P.C.I.*, 1981, p. 77 à 100.

DUCAMP-MONOD (Sophie), « Couples présentant un élément d'extranéité : ou comment désamorcer la bombe à retardement », *Gaz. pal.*, 2-3 Oct. 2009, p. 3-5.

DUPICHOT (Philippe), « La fiducie en pleine lumière », A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, *J.C.P., G*, 2009, I, 132, p. 23 à 27.

EL KOSHERI (Ahmed S.) et LEBOULANGER (Philippe), « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. de l'arbitrage*, 1984, p. 3 à 18.

ENDREO (Gilles), « L'habitude », *D.* 1981, Chron., p. 313 à 318.

ESTOUP (Pierre), « Réflexions sur l'Art de Conclure », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, Doctrine, p. 237 à 242.

ESTOUP (Pierre), « Du nécessaire rappel de principes élémentaires en matière de rédaction des jugements civils », *Gaz. pal.*, 5 mai 1990, p. 242 à 246.

FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *R.T.D. civ.*, 1983, p. 1 à 30.

FAGES (Bertrand), « L'art et la manière de rédiger le contrat », *Droit et patr.*, n° 72, 1999, p. 82 à 94.

FAGES (Bertrand) et MESTRE (Jacques), « Le contrat : jurisprudence et principales questions d'actualité », *Revue Lamy Droit Civil*, Février 2007, p. 29 à 34.

FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), « Droit des contrats, septembre 2007- septembre 2008 », *D.* 2008, Etudes et commentaires, Actualité législative, p. 2965 à 2969.

FLORES (Philippe), « Actions possessoires », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2006, 10 p.

FOULON (Marcel), STRICKLER (Yves), « Le constat sur requête avant tout procès », *Dr. et procéd.*, 2010, p. 307 à 318.

FREMONT (Elodie), « Le choix du régime matrimonial. A chacun son mariage, à chacun son contrat », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-mai-Juin 2008, 8, n° 2, p. 4 à 24.

FRICERO (Natalie), MENUT (Bernard), « Actes d'huissiers de justice en matière civile », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2007, 29 p.

FRICERO (Natalie), « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *J.C.P.*, 2008, I, 162, p. 15 à 23.

FRICERO (Natalie), « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », Rev. jur. Personnes & Famille, n° 1, 2010, p. 8 à 12.

FRICERO (Natalie), « Le décret du 1er octobre 2010 : une justice conciliatoire modernisée », *Dr. et procéd.*, 2011, Chron., n° 7, p. 2 à 7.

FRICERO (Natalie), « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *Act. Jur. famille*, 2012, p. 66-67.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « La philosophie du procès, propos introductifs », *Arch. phil. dr.*, Tome 39, Le procès, 1995, p. 19 à 23.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), BORIES (Serge), « La jurisprudence massive », *D.* 1993, Chron., p. 287 à 290.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », *R.C.C*, 2000, n° 118, p. 7 à 12.

GAILLARD (Emmanuel), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. de l'arbitrage*, 1985, p. 241 à 258.

GAILLARD (Emmanuel), de LAPASSE (Pierre), « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, Chron., n° 11, p. 175 à 192.

GAILLARD (Emmanuel), « Faveur à l'arbitrage », *Droit et patr.*, Février 2011, n° 200, p. 18.

GAILLARD (Emmanuel), DE LAPASSE (Pierre), « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *LCA*, 2011-2, n° 6, p. 263 à 329.

GALLI (Jean-Jacques), « La table des catégories kantiennes et la méthodologie de la recherche juridique, *R.R.J.*, 1996, p. 1153 à 1163.

GALLOIS (Alexandre), « Le discrédit jeté sur une sentence arbitrale », *J.C.P., G.*, 2008, Actualités, 593, p. 5-6.

GARE (Thierry), « L'ordonnance portant réforme de la filiation », *J.C.P., G.*, 2006, I, 144, p. 1103 à 1110.

GASSIN (Raymond), « Une méthode de la thèse de doctorat en droit », *R.R.J.*, 1996, p. 1167 à 1199.

GELINAS (Paul-A.), « Les activités arbitrales en ligne de l'ICC », *Droit et patr*., 2002, p. 78 à 82.

GHESTIN (Jacques), « L'existence de concessions réciproques, condition de validité de la transaction », *J.C.P., G,* Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 34.

GILLET (Jean-Louis), « Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée », *Gaz. Pal*., 1996, 2, p. 996 à 999.

GIRARDET (Alain), « L'équité du juge : et si on levait le voile ? », *Justices, R.G.D.P*., n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 1 à 5.

GORCHS (Béatrice), « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *R.T.D.civ*., 2003, p. 409 à 425.

GORCHS (Béatrice), « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Rev. de l'arbitrage,* 2008, p. 33 à 67.

GORCHS-GELZER (Béatrice), « Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation », *Dr. et procéd*., 2012, n° 1, Chron., p. 2 à 6.

GORE (Marie), « La rédaction du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, p. 30-31.

GRANDSARD (François), « Le regard du praticien », *Procédures*, 2007, Etudes, 15, n° 12, p. 21-22.

GRIDEL (Jean-Pierre), « La rupture unilatérale aux risques et périls », *Rev. Lamy dr. civ*., 2007/41, 2678, p. 53 à 55.

GRIDEL (Jean-Pierre), LAITHIER (Yves-Marie), « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *J.C.P., G.*, 2008, n° 21, I, 143, p. 13 à 21.

GUINCHARD (Serge), « Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain », *Gaz. Pal.*, 1996, 2, p. 1004 à 1012.

GUINCHARD (Serge), « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D*. 1999, Chron., p. 65 à 70.

GUINCHARD (Serge), « Les prémices d'une démocratie procédurale », *Répertoire de Procédure civile, Cahiers de l'actualité,* Janvier 2007, p. 3 à 9.

HAMMJE (Petra), « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 291 à 338.

HANNOUN (Charley), « Observations sur les nouvelles exigences de forme dans les écritures des parties (à propos du décret du 28 décembre 1998), *Gaz. Pal*., 15 juin 1999, Doctr., n° 6, p. 827 à 830.

HILAIRE (Jean), « Grandeur ou servitude de la justice consulaire : la controverse de l'équité », *Justices, R.G.D.P*., n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 39 à 52.

IVAINER (Théodore), « L'ambiguïté dans les contrats », *D*. 1976, Chron., p. 153 à 158.

IVAINER (Théodore), « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *J.C.P., G*, 1981, I, 3023.

JAMIN (Christophe), « Pour en finir avec la formation du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, p. 25 à 27.

JEHL (Joseph), « Efficacité de la justice : les petits pas de l'Europe des 47 », *J.C.P., G.*, 2011, n° 51, 1428, p. 2558.

JEULAND (Emmanuel), « L'énigme du lien de droit », *R.T.D. civ*., 2003, p. 455 à 474.

JOURDAIN (Patrice), « Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond », *Gaz. Pal*., 22 octobre 1983, Doctrine, p. 415 à 418.

JUNILLON (Jacques), « La constitution de partie civile et l'autorité de chose jugée : une prudence nécessaire dans le choix de l'argumentation », *Procédures*, 2008, Fiches pratiques, n° 2, p. 39-40.

KAYSER, « La loi portant réforme de la prescription en matière civile et les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits », *J.C.P., E.*, 2008, 1938, p. 21 à 24.

KAYSER (Pierre), « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *R.R.J.*, 1999-1, p. 13 à 36.

KOERING-JOULIN (Mme), « Note relative au droit d'accès à un tribunal », *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 47 à 50.

LABBEE (Xavier), « PACS : l'injustice de la dissolution conventionnelle », *J.C.P., G.*, 2012, n° 1-2, p. 6-7.

LACHKAR (Jean-Daniel), « Le projet EJE poursuit l'objectif d'améliorer l'exécution des décisions de justice en Europe », Entretien, Propos recueillis par T. TAILLER, *J.C.P., G.*, 2012, 852, p. 1428-1429.

LAFARGE-SARKOZY (Valérie), ANSALONI (Guillaume), « Estoppel. Un principe de droit venu d'ailleurs », *J.C.P., G.*, 2012, n° 780, p. 1298.

LAGARDE (Xavier), « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. de l'arbitrage*, 2000, p. 377 à 401.

LAGARDE (Paul), « Vers plus de sécurité juridique pour les couples internationaux », Entretien, Propos recueillis par C. LAREE, *J.C.P., G.*, 2012, n° 43-44, 1281, p. 24-25.

LAMANDA (Vincente) et Le PRADO (Didier), « Une gestion plus dynamique des pourvois », Dématérialisation de la procédure devant la Cour de cassation, *J.C.P., G.*, 2009, I, 115, p. 11 à 13.

LAMOUREUX (Marie), « La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007, n° 2478, p. 75 à 86.

LANDRY (Daniel), « Le tarif de postulation en première instance », *J.C.P., G*, 2010, n° 1069, p. 2030-2031.

LARDEUX (Gwendoline), « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.* 2011, Chron., p. 1835 à 1841.

LAURENT (Nicolas), ASSANT (Olivier), « Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ? », *J.C.P., G.*, 2008, I, 157, p. 25 à 28.

Le BARS (Benoît), « La réforme de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *J.C.P., G.*, 2011, n° 4, p. 142 à 145.

LEBORGNE (Anne), « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 535 à 550.

LEBORGNE (Anne), « Saisie immobilière et logement familial », *Act. Jur. famille*, Oct. 2008, p. 380 à 384.

LE CLEC'H (Jules), « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », *J.C.P., G.*, 1951, I, 939.

LEGRAND (Véronique), VALLANSAN (Jocelyne), « Déclaration notariée d'insaisissabilité ou/et statut d'EIRL. Quelle technique choisir après l'arrêt du 28 juin 2011 ? », *J.C.P., N.*, 2012, n° 2, 1015, p. 31 à 39.

LESOURD (Noëlle), « Acquiescement », *J.-Cl., Procédures Formulaire*, fasc. 20, 2003, 6 p.

LEVADE (Anne), « La « guerre des trois » n'aura pas lieu ! Sur l'improbabilité des conflits », *J.C.P., G*, 2011, Supplément au n° 26, n° 7, p. 16 à 22.

LEVY (Jean-Philippe), « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », *Droits* - 23, 1996, p. 3 à 11.

LETELLIER (Huges), « Stratégie patrimoniale du couple », *Act. Jur. Famille*, février 2008, p. 52 à 59.

LE TOURNEAU (Philippe), « De l'art et de la manière de négocier et conclure des contrats internationaux », *Gaz. Pal.*, 1996 (1er sem.), Doctr., p. 8 à 13.

LE TOURNEAU (Philippe), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 717 à 719.

LOQUIN (Eric), « Clauses dissuasives des litiges », *J.-Cl., Contrats-Distribution*, fasc. 135, 2006, 32 p.

LOQUIN (Eric), « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, p. 201 à 233.

LUCAS (Jean-Vincent), « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 30 à 41.

LUCHAIRE (François), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », in « Le principe de sécurité juridique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 67 à 69.

MAURO (Jacques), « Au carrefour des droits et des langues : la langue applicable au contrat, les risques linguistiques », *Gaz. Pal.*, 1988 (1er sem.), Doctrine, p. 214-216.

MAGENDIE (Jean-Claude), « L'effectivité des droits passe par des procédures adaptées », *J.C.P., G*, 2008, I, 145, p. 15 à 18.

MAIROT (Adrien), « Plaidoyer pour une harmonisation internationale de la réserve de propriété », *LPA*, 13 oct. 2011, n° 204, p. 3 à 5.

MALAURIE (Philippe), « Le déclin du droit », *J.C.P., G.*, 2010, 1292, p. 2422.

MALEVILLE-COSTEDOAT (Marie-Hélène), « L'interprétation et la rédaction des contrats : dix ans de jurisprudence », *Rev. Lamy dr. civ*., 2007/n° 42, p. 63 à 77.

MARTIN (Raymond), « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile », *D.* 1996, Chron., p. 20-21.

MARTIN, « Quand le grain ne meurt … de conciliation en médiation », *J.C.P., G.*, 1996, I, 3977, p. 439 à 442.

MARTIN (Raymond), « Les détournements de la procédure judiciaire », *R.T.D. civ*. 2007, p. 723 à 725.

MATHIEU (Bertrand), « Question préjudicielle de constitutionnalité », A propos du projet de loi organique, *J.C.P., G*, 2009, Actualités, 214, p. 3 à 5.

MATHIEU (Bertrand), « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit, A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *J.C.P., G*., 2009, n° 52, 602, p. 54 à 69.

MAYER (Pierre), « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Droit et patr.*, Mai 2011, n° 203, p. 30 à 34.

MAZEAUD (Denis), « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 8 à 13.

MAZEAUD (Denis), « La confiance légitime et l'estoppel », *R.I.D.C*., 2-2006, p. 363 à 392.

MECARELLI (Gabriele), « Chroniques, Droit des procédures internationales, Actualité législative », *Droit et procédures*, Sept.-oct. 2008, n° 1, p. 19.

MESTRE (Jacques), « Au cœur de la défense…de la révision des contrats », *Rev. Lamy dr. civ*., 2011, p. 3.

MISTRAL (Jean-Claude), « Action publique. Action civile », *J.-Cl., Formulaire analytique de procédure*, fasc. 20, 1994, 20 p.

MOLLA (Alain), « L'avocat face à son client », in « L'avocat et l'investigation du fait : quelle stratégie pour la défense ? », *Act. Jur. pénal*, 2007, p. 308-309.

MONGIN (Philippe), « Retour à Waterloo, Histoire militaire et théorie des jeux », *Annales HSS*, janvier-février 2008, n° 1, p. 39 à 69.

MOTULSKY (Henri), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. de Georges BOLARD, Editions Dalloz, 2010, p. 60 à 84.

MOTULSKY (Henri), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, Chron., p. 235 à 246.

MOTULSKY (Henri), « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1968, Chron., p. 1 à 14.

MOTULSKY (Henri), « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, Chr., p. 91 à 102.

MOUSSERON (Jean-Marc), « La gestion des risques par le contrat », *R.T.D. civ*., 1987, p. 481 à 504.

MULLER (Yvonne), « Contrat judiciaire », in *Rép. Pr. Civ., Dalloz*, 1996, 10 p.

NEVEJANS (Nathalie), « L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation ? », *J.C.P., G.*, 2012, 148, n° 1, p. 264 à 273.

NOTTE (Gérard), « Réforme de l'arbitrage », *J.C.P., E.*, 2011, Actualités, 26, p. 17 à 19.

ORTSCHEIDT (Jérôme), « Supprimer l'appel de la sentence en matière d'arbitrage interne », *J.C.P., G*, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 65.

OSMAN (Filali), « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois*, 1993, Art. 35433, p. 65 à 81.

OST (François), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *Arch. phil. dr.*, Tome 31, 1986, p. 133 à 162.

OUDIN (Martin), « Contractualisation du divorce international : le règlement (UE) du 20 décembre 2010 », *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 3, Mars 2011, p. 8 à 13.

PAISANT (Gilles), « Pour le pouvoir d'office du juge dans l'application des dispositions du Code de la consommation », *J.C.P., G*, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 66.

PANSIER (Frédéric-Jérôme) et PANSIER (Jean-Marie), « Abus de procédure, article 700 du Code de procédure civile et référé », *J.C.P., G*, 1983, I, 3105.

PARODI (Claude), « L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile », *Defrénois*, 1976, Art. 31120, p. 737 à 779.

PAULINO PEREIRA (Fernando), « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 1 à 36.

PELISSIER (Anne-Catherine), « La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives), *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, p. 5 à 8.

PERDRIAU (André), « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation, *J.C.P., G*, 1991, I, 3479, n° 13, p. 1 à 6.

PERDRIAU (André), « Un pourvoi défectueux peut-il être corrigé ou … remplacé ? », *Gaz. Pal.*, 25 juin 1996, Doctr., p. 672 à 677.

PEULVE (Catherine), « La dimension processuelle de la procédure participative », *LPA*, 16 avril 2012, n° 76, p. 6 à 10.

PICOD (Yves), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *J.C.P., Ed. G*, 1988, I, 3318.

PICOD (Yves), « La clause résolutoire et la règle morale », *J.C.P., G.*, 1990, I, 3447.

PIEDELIEVRE (Stéphane), « Le nouvel article 2286, 4e, du code civil », *D.* 2008, Etudes et commentaires, p. 2950-2951.

PIEDELIEVRE (Stéphane), « Vers un nouveau droit européen de la vente », *Gaz. pal.*, Mercredi 11, jeudi 12 janv. 2012, Doctrine, p. 7 à 10.

PRIEUR (Jean), NAUDIN (Estelle), COTREL (Régis), « Couples et situations de crise », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Janvier-février-mars 2012, p. 42 à 48.

PUTMAN (Emmanuel), « Remarques sur la demande subsidiaire », *J.C.P., G*, 1991, I, 3493, p. 84-86.

PUTMAN (Emmanuel), « L'introuvable contrat complet », *R.R.J.* 2008-5, Cahiers de méthodologie juridique, p. 2477 à 2483.

RAWACH (Eid), « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D.* 2001, Doctr., p. 223 à 226.

RAYMOND (Guy), « Saisine d'office du juge en droit de la consommation », *J.C.P., G*, Hors série, 2007, Quatre-vingts ans de La Semaine Juridique, p. 73.

REIN-LESCASTEREYRES (Isabelle), « Le divorce international : les bons réflexes face à un élément d'extranéité », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 28, p. 47 à 54.

REIN-LESCASTEREYRES (Isabelle), « Les repères pour une meilleure sécurité juridique dans le divorce international », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-Août-Septembre 2011, n° 29, p. 55 à 59.

REMERY (Jean-Pierre), « Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises », *J.C.P., G*, 2009, I, 129, p. 15 à 20.

RENARD (Marie-Reine), « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 23-24 Mai 2007, Doctr., p. 1522 à 1525.

ROBBE-PHAN (Charlotte), « L'anticipation contractuelle en amont du divorce », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 20, p. 5 à 10.

ROBERT (Christian-Nils), « Naissance d'une image : la balance de l'équité », Justices, *R.G.D.P.*, n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 53 à 64.

ROBERT (Jacques-Antoine), CHARLUTEAU (Quentin), « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2010, n° 68, p. 7 à 12.

RODIERE (René), « Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité, Première partie : la réalité de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle », *J.C.P.*, I, 861.

ROMAN (Brigitte), « La nature juridique de l'action paulienne », *Defrénois*, 2005, art. 38146, p. 655 à 675.

RONGEAT-OUDIN (Federica), « La médiation familiale : aspects juridiques et politiques », *Rev. jur. Personnes & Famille*, 2010, p. 8 à 13.

RONGEAT-OUDIN (Federica), « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *J.C.P., G.*, 2012, 157, p. 290 à 293.

ROYER (E.), « Un projet de loi organique pour la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité », *D.* 2009, Actualité législative, p. 1006.

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « Procréations assistées et stratégies en matière de filiations », *J.C.P., G.*, 1991, I, 3505, p. 181 à 187.

RUDDEN (Bernard), JUILHARD (Philippe), « La théorie de la violation efficace », *R.I.D.C.*, 1986, p. 1015 à 1041.

RUSQUEC (Emmanuel du), « A propos du contrat de procédure », *J.C.P., G.*, 1994, I, 3774, p. 315-316.

SALATI (Olivier), « Présentation des principales dispositions du décret du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », *Dr. et procéd.*, 2010, Chr., p. 3 à 6.

SAMPIERI-MARCEAU (Jean-François), « Les significations d'actes judiciaires et extrajudiciaires dans la Communauté européenne », *D.*, 2006, Chronique, p. 1009 à 1012.

SAINT-PIERRE (François), « L'avocat face au dossier de la procédure », in « L'avocat et l'investigation du fait : quelle stratégie pour la défense ? », *Act. Jur. pénal*, 2007, p. 304 à 307.

SARGOS (Pierre), « Les défis des nouveaux juges », *J.C.P., G.*, 2009, n° 10-11, Actualités, 114, p. 3 à 5.

SARGOS (Pierre), « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *J.C.P., G.*, 2009, 442, p. 60 à 66.

SEGUR (Louis), « L'inexistence en procédure civile », *J.C.P.*, 1968, I, 2129.

SERMET (Laurent), « La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, entre ombre et lumière », *J.C.P., G*, 2008, Actualité, 281, p. 5-6.

SIMLER (Philippe), « Interprétation des contrats. L'instrument : Notion, normes, champ d'application », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164*, fasc. 10, 2009, 23 p.

SIMLER (Philippe), « Interprétation des contrats. La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », *J.-Cl., Civil code, Art. 1156 à 1164*, fasc. 20, 2009, 26 p.

SIMON (Denis-Pierre), « Le Centre notarial de droit européen a tenu son premier colloque à Lyon : L'union conjugale en Europe : quelle place pour la volonté ? », *Dr. de la famille*, 2012, Alertes n° 30, p. 2.

SINAY (H.), « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958, Chr., p. 85 à 88.

STOFFEL-MUNCK (Philippe), « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », in Dossier : « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et patr.*, 2004, n° 126, p. 70 à 77.

STRICKLER (Yves), « La concentration des moyens et la nouvelle procédure d'appel », *Dr. et procéd.*, 2011, p. 166 à 172.

TERRE (François), « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008, Entretien, p. 2992.

THIBIERGE-GUELFUCCI (Catherine), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D. civ.*, 1997, p. 357 à 385.

TOURNON (Edm.), « Le défaut de motifs, vice de forme des jugements », *J.C.P., G.*, 1946, I, 553.

TRAVIER (Bernard), CROS (Romain), « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, Avril 2007, Etudes, p. 9 à 14.

TRICOIT (Jean-Philippe), « La transposition de la directive médiation en droit français », *LPA*, 2 avril 2012, n° 66, p. 6 à 12.

VALOIS (Yves), SOUDEY (Guillaume), « Le traitement civil des successions internationales », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 7, p. 11-15.

VAN STEENLANDT (Philippe), « Optimisation successorale : les aménagements possibles », in Dossier « Successions internationales. De l'anticipation au règlement », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Avril-Mai-Juin 2010, n° 9, p. 33-39.

VAUGON (Isabelle), DARY (Matthieu), « Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises », *LCA*, 2010-1, p. 65 à 69.

VEILLARD (Isabelle), « Le domaine de l'autorité de la chose arbitrée », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 15 à 43.

VERGES (Etienne), « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.*, 2007, Chronique, p. 1441 à 1447.

VIAL-PEDROLETTI (Béatrice), « Quel avenir pour la clause résolutoire en matière de bail d'habitation ? », *Loyers et copr.*, 1999, Chron., 4, p. 4 à 6.

VIZIOZ (Henry), « Observations sur l'étude de la procédure civile », in *Etudes de procédure*, Préface de Serge GUINCHARD, Editions Dalloz, 2011, p. 3 à 52.

VOULAND (Philippe), « La défense pénale est un métier », in « L'avocat et l'investigation du fait : quelle stratégie pour la défense ? », *Act. Jur. pénal*, 2007, p. 301 à 304.

VOULET (Jacques), « Le défaut de réponse à conclusions », *J.C.P., G.*, 1965, I, 1912.

VOULET (Jacques), « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *J.C.P., G*, 1971, I, 2410.

VUITTON (Jacques), « Pourvoi en cassation. Décisions susceptibles de pourvoi », *fasc. 752*, Juin 2009, n° 1 à 61, p. 1 à 23.

WEISS-GOUT (Béatrice), « La diversité des modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 26, p. 39 à 42.

WEISS-GOUT (Béatrice), ROBBE-PHAN (Charlotte), « L'anticipation, pendant la procédure de divorce, de la future liquidation du régime matrimonial », *Actes pratiques & Stratégie patrimoniale*, Juillet-août-septembre 2011, 21, p. 11 à 16.

ZAVARO (Michel) avec la collaboration de ZAVARO (Julien), *Guide de l'expertise judiciaire, Ann. des Loyers*, Mai-Juin 2012, p. 625 à 959.

XIV - NOTES, OBSERVATIONS

ABADIE (Laurent), « Absence d'effet rétroactif de la mutabilité automatique du rattachement en application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *Dr. de la famille*, 2012, Commentaires n° 109, p. 29-30.

AUBERT (Jean-Luc), Note relative à la prise en compte par les juges de la bonne foi du débiteur de l'obligation inexécutée pour faire obstacle à la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit insérée dans un contrat de bail, sous Cass. civ. 3e, 13 avril 1988, *D.* 1989, Jurisprudence, p. 334-335.

AUBERT (Jean-Luc), Note relative à la portée de l'obligation de bonne foi lors de l'exécution du contrat en cas de survenance d'un profond déséquilibre, sous Cass. com., 3 nov. 1992, Soc. Françaises des pétroles BP c. M. Huard, *Defrénois*, 1993, Art. 35663, n° 131, p. 1377-1378.

AVENA-ROBARDET (V.), Note relative à l'impossibilité de déclarer irrecevable une demande qui concerne un litige qui a déjà fait l'objet d'une autre demande concernant les mêmes faits dans le cadre d'un procès antérieur, sous Cass. civ. 2e, 26 mai 2011, n° 10-16.735, *D.* 2011, Actualités, p. 1566.

AVOUT (d') (Louis), Note relative à la réforme de l'arbitrage, sous le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, *D.* 2011, n° 35, Pan., p. 2439.

AVOUT (d') (Louis), Note relative à l'absence de contrôle à tort par l'arbitre de la conformité du droit national d'un Etat membre de l'Union à la législation européenne, sous Cass. civ. 1ière, 29 juin 2011, n° 10-16.680, *D.* 2011, n° 35, Pan., p. 2439-2440.

BARBIERI (Jean-Jacques), « La chose jugée est à la mesure de la chose demandée », Note sous Cass. civ. 2e, 10 nov. 2010, n° 09-14.948, *J.C.P., G.*, 2010, n° 1270, p. 2380-2381.

BARRET (Emma), Note relative à l'inefficacité d'une reconnaissance prénatale effectuée par un tiers à l'égard d'un enfant qui bénéficie d'une possession d'état conforme à son titre de naissance d'enfant légitime, sous Cass. civ. 1ière, 14 février 2006, *Gaz. Pal.*, 28 fev.-1er mars 2007, Jurisprudence, p. 1017 à 1020.

BEGUIN (Jacques), Note relative à la possibilité pour un arbitre international d'évaluer un dommage « en équité » alors qu'il n'a pas été désigné par les parties comme devant

statuer en amiable compositeur, sous CA Paris, 1ère ch., sect. C, 17 janvier 2008, *J.C.P., G*, 2008, I, 164, p. 31-32.

BEGUIN (Jacques), Note relative à l'application du principe de la concentration des demandes en première instance à la procédure arbitrale, sous Cour de cassation, Cass. civ. 1ière, 28 mai 2008, *J.C.P., G*, 2008, I, 164, p. 30.

BEGUIN (Jacques), Note relative à l'inefficacité d'une injonction anti-suit faisant obstacle à une action en justice dans un autre Etat membre dès lors que le règlement (CE) 44/2001 est mis en œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire, sous CJCE, gr. ch, 10 fév. 2009, aff. C-185/7, Allianz C/ West Tankers (navire Front-Comor), *J.C.P., G*, 2009, n° 47, 462, p. 38.

BEGUIN (Jacques), Note relative à l'impossibilité de former une demande devant un tribunal d'Etat alors qu'une autre demande entre les même parties tendant au même objet a antérieurement déjà été tranchée par un tribunal arbitral, sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 11-14.123, Prodim, *J.C.P., G.*, 2012, 843, Chron. « Droit de l'arbitrage », p. 1409-1410.

BENMAKHLOUF (M.), Premier avocat général, Avis concernant le pourvoi effectué contre un arrêt du 29 avril 2003 de la cour d'appel d'Agen concernant la question de la détermination de la chose jugée en matière civile, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 79 à 84.

BERNAUD (Valérie), Note relative à l'inconstitutionnalité des dispositions législatives ayant trait à la garde à vue, sous Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1714-1716.

BERNAUD (Valérie), Note relative à l'effet différé de l'inconventionnalité des dispositions ayant trait à la garde à vue, sous Cass. crim, 19 oct. 2010, n° 10-82.902, n° 10-82.306, n° 10-85.051, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1715-1716.

BERNAUD (Valérie), Commentaires concernant la condition d'indépendance des magistrats permettant de déterminer l'appartenance à l'autorité judiciaire, sous les arrêts Medvedyev c/France, CEDH 10 juillet 2008, n° 3394/03 et Moulin c/ France, CEDH 23 novembre 2010, n° 37104/06, *D.* 2011, Pan., Droit constitutionnel, n° 25, p. 1714-1716.

BERNAUD (Valérie), Note relative à la condition d'indépendance des magistrats pour relever de l'autorité judiciaire, sous Cass. crim. 15 déc. 2010, n° 10-83.674, *D.* 2011, Panorama, Droit constitutionnel, n° 25, p. 1714-1715.

BERNAUD (Valérie), note relative à l'application immédiate de la loi réformant la garde à vue, sous Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316 et n° 10-30.242, *D.* 2011, Pan., Droit constitutionnel, n° 25, p. 1715-1716.

BERNAUD (Valérie), Note relative au souhait de faire produire ses effets à une loi avant son entrée en vigueur afin de permettre la contestation de situations réalisées en violation des dispositions de ladite loi nouvelle, sous Cass. crim., 31 mai 2011, n° 10-88.809, 10-80.034, 10-88.293, 11-81.412, *D.* 2011, Pan., Droit constitutionnel, n° 25, p. 1716.

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (Laure), Note relative à l'impossibilité pour l'arbitre de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel, sous Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40030, A. c/ F., *LPA*, 11-14 novembre 2011, n° 225-226, p. 18-20.

BIGOT (Jean), Note concernant la prise en compte du comportement d'une partie au procès par les juges afin de faire obstacle à l'invocation par cette dernière d'une clause de limitation de garantie, sous Cass. civ. 1ière, 22 mai 1994, *J.C.P., G.*, 1992, II, 21799, 49-50.

BLERY (Corinne), « Principe de concentration des moyens : une nouvelle pierre à l'édifice », Note relative à l'application du principe de concentration des moyens même dans le cas de la survenance d'un élément nouveau, notamment un revirement de

jurisprudence, entre l'arrêt devenu irrévocable et la nouvelle demande, sous Cass. civ. 1ière, 24 sept. 2009, n° 08-10.517, *J.C.P., G.*, 2009, n° 45, 401, p. 15-17.

BOICHE (Alexandre), note relative à l'impossibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leur litige dans les matières où elles n'ont pas la libre disposition de leur droit, sous Cass. civ. 1ière, 19 septembre 2007, *Act. jur. famille*, Jurisprudence, Mars 2008, p. 125-126.

BOVAL (M.), Note relative au contrôle par la Cour de cassation des conditions d'application de l'estoppel en matière procédurale, sous Cass. Ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 13 à 29.

BRENNER (C.), Observations concernant les conditions de non caducité d'une mesure conservatoire quant au respect des délais requis en cas d'introduction devant une juridiction incompétente d'une procédure permettant d'obtenir un titre exécutoire, sous Cass. civ. 2ième, 3 avril 2003, *D.* 2003, IR, p. 1138.

BRETON (André), Note relative à la possibilité de former un second pourvoi en cassation contre l'arrêt qui a déjà fait l'objet d'une cassation mais sur des moyens différents de ceux sur lesquels s'est fondé le premier pourvoi, sous Cass. civ. 1ère, 25 nov. 1975, n° 71-11.807, *D.* 1976, Jurisprudence, p. 169 à 172.

BRETZNER (Jean-Daniel), Note relative à la consécration d'un droit « à la preuve » pouvant prévaloir sur le droit au respect de l'intimité de la vie privée, sous Cass. civ. 1ière, 5 avr. 2012, *D.* 2012, Pan., p. 2826-2827.

BRIERE DE L'ISLE (Georges), DERRUPPE (Jean), Note ayant trait à la possibilité pour le créancier de chercher d'abord à obtenir l'exécution forcée du contrat puis en cas d'échec, de demander ultérieurement la résiliation du contrat avec l'octroi de dommages-intérêts, sous Cass. com., 24 novembre 1993, *Rev.dr.imm.* janv.-mars 1994, p. 112-113.

BUGADA (alexis), « La Commission arbitrale des journalistes professionnels : une juridiction conforme à la Constitution ? », Note sous Cass. soc., 9 mars 2012, n° 11.40.109, *Procédures*, 2012, Commentaires, n° 149, p. 17-18.

BUREAU (Dominique), D'AVOUT (Louis), « Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », Note relative à la possibilité pour le juge de donner effet en France à une loi de police étrangère dès lors que l'un des plaideurs a fait état de celle-ci lors du procès, sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, *J.C.P., G*, 2010, n° 530, p. 996 à 999.

CABANNES (Premier Avocat général), Conclusions ayant trait aux conséquences de la caducité d'une assignation sur la prescription de l'action, sous Cass. Ass. plén., 3 avril 1987, *J.C.P., G*, 1987, II, 20792.

CACHARD (Olivier), Note relative à l'incitation des parties par les juges à renégocier le contrat, sous CA Nancy, 2e ch. Com., 26 sept. 2007, n° 2073/07, « L'ombre de la révision judiciaire du contrat », *Rev. Lamy dr. Civ.*, 2008, 2969, p. 6 à 11.

CADIET (Loïc), Observations concernant l'effet d'ordre procédural du non-respect d'une clause de conciliation préalable obligatoire, sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, Poiré c/ Tripier, *J.C.P., G.*, 2003, I, 128, n° 17, p. 720.

CALLE (Pierre), Note relative à l'attitude contradictoire d'une partie ainsi qu'au contrôle de l'exercice par les arbitres de leur mission consistant à statuer en amiable composition, sous CA Paris (1ère Ch. C), 3 juin 2004, SA Exodis c/ SA Ricoh France, *Rev. de l'arbitrage*, 2004, p. 683 à 694.

CALLE (Pierre), « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », Note sous Cass., Ass. plén., 27 février 2009, *J.C.P., G.*, 2009, II, 10073, p. 28 à 30.

CAPITANT (Henri), TERRE (François), LEQUETTE (Yves) :

- Observations ayant trait au pouvoir souverain des juges concernant l'interprétation des clauses d'un contrat, sous Cass. sect. Réun., 2 février 1808, Lubert c/ Wancareghem, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, n° 160, p. 153 à 156.
- Observations concernant le contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation, sous Civ., 15 avril 1872, Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit.*, n° 161, p. 156 à 161.
- Observations concernant l'impossibilité pour le juge de modifier le contrat même en présence d'un changement de circonstances, sous Civ., 6 mars 1876, De Galliffet c. Commune de Pélissanne, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, n° 165, p. 183 à 194.
- Note relative à l'étendue des pouvoirs du juge en ce qui concerne la résolution du contrat en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, sous Civ., 14 avril 1891, Ceccaldi c. Albertini, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, n° 179, p. 261 à 266.
- Note relative aux conditions d'exercice du droit de rétention, sous Civ., 1ère sect. Civ., 22 mai 1962, Van Elverdinghe c. Boucher, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, n° 300, p. 872 à 876.
- Note relative au droit pour l'une des parties de résoudre le contrat de manière unilatérale, sous Civ. 1ère, 13 octobre 1998, Tocqueville c. Clinique des Ormeaux, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, n° 180, p. 266 à 278.

CHARRUAULT (M.), Conseiller rapporteur, Rapport sur la question de savoir si un justiciable peut, après une première décision devenue irrévocable, introduire de nouveau une demande tendant aux mêmes fins que la première, sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006, *Bull. d'information*, 15 octobre 2006, p. 38 à 46.

CHAUVIN (Pascal), « Vers un abandon de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ? », Note sous Cass. Ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *J.C.P., G*, 2007, II, 10204.

CHENEDE (François), Note relative à l'incidence d'une reconnaissance prénatale sur la recevabilité d'une action en établissement de paternité naturelle, sous Cass. civ. 1ière,, 8 octobre 2008, *Act. jur. Famille*, Janvier 2009, p. 35-36.

CHOLET (Didier) :
- Note relative à la différence de régime des exceptions de procédure selon que la demande de sursis à statuer pour poser une question préjudicielle concerne le droit interne ou le droit communautaire, sous Cass. civ. 2ième, 18 décembre 2008, *J.C.P., G*, 2009, II, 10049, p. 55 à 58.
- Note concernant l'impossibilité de soulever la nullité d'un jugement pour défaut de mention du nom des juges lorsqu'une régularisation est possible ou pour absence de mention du nom du greffier dès lors qu'aucun texte ne sanctionne cette dernière par la nullité, sous Cass. Ch. Mixte, 11 déc. 2009, n° 08-13.643, *J.C.P., G.*, 2009, n° 52, 582, p. 16.

CLAY (Thomas) :
- Observations concernant la force obligatoire de la clause de médiation, la violation de cette dernière constituant une fin de non-recevoir en application de l'article 122 du CPC, sous Cass. civ. 1ère, 8 avril 2009, n° 08-10.866, *D.* 2009, Pan., p. 2970.
- Observations ayant trait à l'invocation de la règle de l'estoppel pour faire obstacle à la mauvaise foi de l'une des parties dans le cadre de l'arbitrage et dont la sanction apparaît par le biais de l'article 700 du CPC, sous Cass. civ. 1ère, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *D.* 2009, Pan., p. 2966.

COULON (Cédric), Note relative à l'incidence de l'inaction prolongée du créancier en cas de défaut de paiement de son débiteur sur l'étendue du recouvrement de sa créance, sous CA de Paris, 25e ch. A, *D.* 2002, Jurisprudence, p. 843 et s.

CORRIGNAN-CARSIN (Danielle), « Lettres piégées, irrecevabilité de la preuve », Note sous Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11.30-266, *J.C.P., G.*, 2012, 904, p. 1505-1506.

CRETON (Claude) :

- Note relative à l'effet d'une reconnaissance de dette effectuée par le débiteur sur la preuve de l'existence de l'obligation de restitution de l'emprunteur, sous Cass. civ. 1ère, 14 janvier 2010 pourvoi n° 08-18581, *D.* 2010, Etudes et commentaires, n° 5, p. 2097.
- Note relative à l'insuffisance de la preuve de la remise des fonds par le prêteur pour établir l'existence de l'obligation de restitution de l'emprunteur, sous Cass. civ. 1ère, 8 avr. 2010, pourvoi n° 09-10.977, *D.* 2010, Etudes et commentaires, n° 5, p. 2098.
- Note relative au principe de concentration des moyens et de la fin de non-recevoir qui résulte de l'autorité de la chose jugée dans le cas où la nouvelle demande comporte un objet distinct de la précédente, sous Cass. civ. 1ère, 1er juill. 2010, pourvoi n° 09-10.364, *D.* 2010, Etudes et commentaires, n° 8, p. 2100-2101.

CROZE (Hervé), Note relative à la notion d'« évolution du litige » au sens de l'article 555 du CPC concernant la mise en œuvre de l'intervention forcée en cause d'appel, sous Cass. civ. 2ième, 23 nov. 2006, Procédures, Avril 2007, Commentaires, n° 89, p. 22-23.

CUPERLIER (Olivier), « Une nouvelle avancée de la médiation ? », note relative à l'effet d'une clause de médiation dont il n'est pas énoncé dans l'acte qu'elle est un préalable obligatoire et qu'elle désigne un médiateur, sous Cass. civ. 1ière, 8 avril 2009, *J.C.P. G*, 2009, n° 26, 43, p. 20-22.

DARGENT (L.), Note relative à l'office du juge en ce qui concerne le fondement juridique des prétentions des parties, sous Cass. Ass. plén., 21 décembre 2007, *D.* 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 228-229.

DE GOUTTES (M.), Note relative aux conditions de recevabilité de la théorie de l'estoppel en matière procédurale, sous Cass. Ass. plén., 27 février 2009, *Bull. d'information*, 15 avril 2009, p. 30 à 42.

DEHARO (Gaëlle), « Nature juridique du paiement : la Cour de cassation tranche en faveur de la qualification de fait juridique », Note sous Cass. civ. 1ière, 16 sept. 2010, n° 09-13.947, *J.C.P., G*, 2010, n° 940, p. 1776.

DE JUGLART (Michel), Note relative à la possible mise en œuvre d'une action civile devant la juridiction pénale faisant obstacle à l'application de dispositions contractuelles prévoyant un délai de déchéance de deux ans pour effectuer une action en responsabilité, sous Cass. crim., 17 mai 1966, *J.C.P., G.*, 1996, II, 14703.

DELPECH (Xavier), Note relative aux conditions dans lesquelles l'établissement du principe suivant lequel « une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'estoppel) » n'entraîne pas obligatoirement une fin de non-recevoir, sous Cass., Ass. plén., 27 février 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 723-724.

DELPECH (Xavier), Note relative à la compétence territoriale dans le cadre d'un litige international soumis au droit communautaire et concernant une action en contrefaçon, sous Cass. civ. 1ère, 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1014-1015.

DELPECH (Xavier), Note ayant trait aux conditions permettant à l'arbitre d'examiner une demande incidente, sous Cass. civ. 1ière, 25 mars 2009, *D.* 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1025-1026.

DELPECH (Xavier), Note relative à l'application par la Cour de cassation du principe de l'estoppel sans le citer expressément, sous Cass. civ. 1ère, 8 juillet 2010, *D.* 2010, Actualités, p. 1886.

DELPECH (Xavier), Note ayant trait à la nature juridique du paiement et à ses conséquences sur les modalités de la preuve, sous Cass civ. 1ère, 16 septembre 2010 (n° 09-13.947), *D.* 2010, Act., p. 2156.

DELPECH (Xavier), Note relative à la déclaration implicite de la compétence de l'arbitre pour vérifier la conformité d'une décision administrative ou nationale au droit européen, sous Cass. civ. 1ière, 29 juin 2011, n° 10-16.680, *D.* 2011, Actualités, p. 1910.

DELPECH (Xavier), Note relative à l'office de l'arbitre subordonné au respect du principe de la contradiction quant au changement de fondement juridique de la demande, sous Cass. civ. 1ière, 29 juin 2011, n° 10-23.321, *D.* 2011, Actualités, p. 1911.

DESCORPS DECLERE (Frédéric), Note relative à la nature de l'obligation résultant de l'expression « faire en sorte que les besoins de la trésorerie de la société soient assurés au mieux », sous Cass. com., 20 févr. 2007, « L'engagement des actionnaires peut conduire à une obligation de résultat », *J.C.P., G*, 2007, II, 10082, p. 37 à 40.

DOUCHY-OUDOT (Mélina), Note ayant trait aux conditions de recevabilité d'un second pourvoi alors qu'un premier pourvoi a été formé sur un moyen identique contre le même arrêt, sous Cass. Ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *Procédures*, 2008, Commentaires n°15.

DOUCHY-OUDOT (Mélina), Observations concernant l'obligation pour le défendeur d'invoquer lors de l'instance initiale l'ensemble des moyens susceptibles de justifier le rejet de la demande, sous Cass. civ. 3e, 13 février 2008, *Droit et procédures*, Juillet-août 2008, p. 214-216.

DOUCHY-OUDOT (Mélina), « Aménagement des règles procédurales », Observations concernant notamment la loi n° 2011-1862, 13 déc. 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *Procédures*, 2012, n° 43, Commentaires, p. 20-21.

DUPONT (Nicolas), Note ayant trait à l'impossibilité pour le demandeur au pourvoi d'invoquer un moyen contraire à celui présenté devant les juges du fond même lorsqu'il concerne une règle de compétence exclusive, sous Cass. civ. 2ième, 9 septembre 2010, *D.* 2011, « Le moyen contraire aux précédentes écritures ou comment éluder les règles de compétence exclusive », Etudes et commentaires, p. 145 à 147.

FABRE (Alexandre), Note relative aux conditions d'application des dispositions de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile et à la mise en œuvre d'une mesure d'instruction ordonnée sur requête, Sous Cass. sociale, 23 mai 2007, *D.*, 2007, Actualité jurisprudentielle, p. 1590-1591.

FAGES (Bertrand), « Invitation judiciaire à adapter le contrat », Note sous CA Nancy, 2e ch. Com., 26 sept. 2007, *R.T.D. civ*., 2008, n° 4, p. 295 à 297.

FAGES (Bertrand), Note relative au caractère indirect des concessions réciproques en matière de transaction, sous Cass. com., 25 oct. 2011, *R.T.D. civ*., 2012, Chron., p. 113.

FAGES (Bertrand), Note relative à un contrat de courtage matrimonial n'ayant pas une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs alors que l'une des parties est déjà engagée dans les liens du mariage, sous Cass. civ. 1ière, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *R.T.D. civ*., 2012, Chron., p. 114.

FISCHER (Eva), Note relative à la notion d'évolution du litige en considérant qu'une majoration importante du montant d'une somme résultant d'une deuxième expertise effectuée en appel en comparaison avec celle effectuée en première instance ne constitue pas un élément nouveau susceptible de permettre l'intervention forcée en appel, sous Cass. Ass. plén., 11 mars 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 2368 à 2372.

FRICERO (Natalie) :

- Note relative d'une part à l'obligation de motivation des décisions de justice par les juges qui fait partie intégrante du droit à un procès équitable au sens de l'article 6, §1 de la Conv. EDH et d'autre part aux critères pris en compte par la Cour EDH pour sanctionner un manquement à cette obligation, sous CEDH, 9 déc. 1994, aff. 46-1993-441-520 (Hiron C/ Espagne) et CEDH, 9 déc. 1994, aff. 39-1993-434-513 (Ruiz Torija c/ Espagne), *D.* 1996, Sommaires commentés, p. 202-203.
- Observations concernant la spécificité du renvoi devant une juridiction limitrophe prévu par l'article 47 du nouveau Code de procédure civile qui n'est pas soumis au régime des exceptions d'incompétence, sous Cass. civ. 2ième, 13 février 2003, *D.*, 2007, Pan., p. 2431.
- Observations concernant l'émergence d'un nouveau principe fondamental relatif à la concentration des moyens dès la première instance, sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006, *D.*, 2007, Pan., p. 2430. Sous cet arrêt voir aussi *Dr. et procéd.*, nov.-déc. 2006, p. 348-351.
- Observations concernant la conservation des effets d'un aveu judiciaire inséré dans des conclusions de première instance mais non repris dans les dernières conclusions lors de l'instance d'appel, sous Cass. civ. 1ière, 13 février 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2432.
- Observations ayant trait au point de départ du délai pour introduire une demande en justice en cas de saisine du bureau d'aide juridictionnelle, sous Cass. civ. 2ième, 15 février 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2428.
- Observations concernant le champ d'application des incidents mettant fin à l'instance, sous Cour de cassation, Avis du 13 novembre 2006, *D.*, 2007, Pan., p. 2431.
- Observations ayant trait à l'étendue de la compétence du conseiller de la mise en état, sous Cour de cassation, Avis n° 0070007P, 2 avril 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2432.
- Observations concernant la sanction du non-respect de la formalité de la signification prévue par la loi en matière de convocation à comparaître, sous Cass. com., 24 avril 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2430.
- Observations ayant trait aux recours relatifs à la décision d'homologation d'une transaction par le président du tribunal de grande instance, sous Cass. civ. 2ième, 24 mai 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2430.
- Observations concernant l'obligation faite au juge de demander aux parties, en appel, des explications sur le manque au dossier de pièces énoncées dans le bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions et dont la communication n'a pas fait l'objet de contestations, sous Cass. civ. 3ième, 6 juin 2007, *D.*, 2007, Pan., p. 2428.
- Note relative aux conséquences de l'insertion d'une clause de médiation dans un contrat sur la saisine du juge étatique avant le constat d'échec de la médiation, sous Cass. civ.1ère, 8 avril 2009, n° 08-10.866, *D.* 2010, n°3, Panorama, p. 171.
- Note relative aux conditions permettant d'énoncer que le jugement a autorité de la chose jugée, sous Cass. civ. 2ième, 5 février 2009, n° 08-10.679, *D.* 2010, n° 3, Pan., p. 173.
- Note relative à l'absence de conséquences d'une demande subsidiaire sur la demande principale concernant le fond du droit litigieux au regard du devoir du juge de respecter l'ordre de l'examen des demandes requis par le demandeur, sous Cass. Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *D.* 2010, n° 3, Pan., p. 172.

- Observations concernant la définition du principe de l'*estoppel* susceptible de donner lieu à une irrecevabilité, sous Cass. civ. 1ière, 3 févr. 2010, n° 08-21.288, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 271.
- Note relative à la volonté de la Cour de justice de l'Union européenne d'encourager les modes amiables de résolution des litiges, sous CJUE, 18 mars 2010, aff. C-317/08, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 268.
- Observations relatives à la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 269.
- Observations ayant trait au décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire, *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 269-270.
- Observations concernant la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 270.
- Note relative à l'application de l'article 6 de la Conv. EDH à l'arbitrage, sous Cass. civ. 1ière, 6 oct. 2010, n° 09-10.530, « Procédure civile janvier 2010 – décembre 2010 », *D.* 2011, Etudes et commentaires / Panorama, p. 270.
- Note relative à l'efficacité d'une clause de conciliation préalable, celle-ci étant opposable à un tiers agissant par subrogation qui n'en a cependant pas eu connaissance, sous Cass. civ. 3e, 28 avril 2011, n° 10-30.721, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 246.
- Note relative au respect par le juge de la hiérarchie des demandes effectuée par les parties entre la demande principale et la demande subsidiaire, sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, n° 10-14.651, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 250.
- Note relative à l'étendue des pouvoirs du juge homologant un accord amiable, sous Cass. civ. 2e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 245.
- Note relative à la conformité du principe de concentration des moyens à la Convention européenne des droits de l'Homme, sous Cour EDH, 26 mai 2011, *Legrand c./ France*, n° 23228/08, « Droits de l'Homme », Droit des procédures internationales, *Dr. et procéd.*, 2012, p. 3.
- Note relative à la recevabilité d'une action déclaratoire, sous Cass. civ. 1e, 9 juin 2011, n° 10-10.348, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 250.
- Note relative aux conditions auxquelles est soumis le rapport issu d'une expertise amiable afin de pouvoir forger la conviction du juge lors d'un procès ultérieur, sous Cass. civ. 2e, 7 juillet 2011, n° 10-22.749, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 251-252.
- Note relative à la possibilité pour les huissiers de justice d'exercer une activité de médiation conventionnelle ou judiciaire, sous le décret n° 2011-1173 du 23 septembre 2011, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 246.
- Note relative à la possibilité de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC portant sur l'interprétation de la loi donnée par la Cour de cassation, sous Cass. civ. 1ière, 27 septembre 2011, n° 11-13.488, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 249.

- Note ayant trait à la modification de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 concernant la médiation, sous l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 244-245.
- Note relative à l'instauration à titre expérimental de la médiation familiale préalable à la saisine du juge, sous la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, Pan. « Procédure civile janvier 2011 – décembre 2011 », *D.* 2012, n° 4, p. 246.

GARE (Thierry), Note relative à la prévalence du règlement Bruxelles II bis sur le privilège de juridiction issu de l'article 15 du Code civil, sous Cass. civ. 1ière, 1er décembre 2010, n° 09-70.132, *Rev. jur. Personnes & Famille*, n° 3, 2011, p. 24-25.

GAUTIER (Pierre-Yves), « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial », Note sous Cass. com., 24 nov. 1998, *R.T.D. civ.*, 1999, p. 646.

GAUTIER (Pierre-Yves), observations sous Cass. civ.1ère, 13 février 2007, arrêt ayant trait à l'inapplication de l'adage selon lequel l'action est temporaire, l'exception, perpétuelle : Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum, *R.T.D. Civ*. 2007, p. 585 à 587.

GENICON (Thomas), « Théorie de l'imprévision… ou de l'imprévoyance ? », Note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010, p. 2485.

GERARD, Conseiller rapporteur, Rapport effectué à l'occasion de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009 ayant trait à une demande subsidiaire non considérée comme non constitutive d'un aveu de non paiement alors que celle-ci tend à contester une créance dont la demande principale vise à établir la prescription, *Bull. d'information*, 15 septembre 2009, p. 12 à 12.

GIUDICELLI (André), Note relative à l'incompétence du juge pénal pour statuer sur les intérêts civils après une relaxe en application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale dès lors que le dommage a été causé par un agent public dont la faute est liée à ses fonctions, sous Cass. crim., 4 juin 2002, Chroniques de jurisprudence, *RSC*, 2003, p. 127-128.

GIUDICELLI (André), Note relative à la possibilité pour une victime d'obtenir réparation d'un dommage devant le juge pénal, à la suite d'une relaxe du prévenu du chef du délit de blessures involontaires, en application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale sur le fondement des règles de droit civil et notamment de l'article 1891 du Code civil, sous Cass. crim., 11 septembre 2002, Chroniques de jurisprudence, *RSC*, 2003, p. 128-129

HEBRAUD (Pierre) et RAYNAUD (Pierre), Note sous Cass. civ. 2ième, 16 juin 1955, arrêt relatif à l'impossibilité, en application de l'article 5 du Code civil, de trancher par une décision unique plusieurs litiges concernant des personnes différentes alors même que ces derniers portent sur une question identique, *R.T.D. civ*. 1955, p. 697-699.

HOCQUET-BERG (Sophie), « L'erreur de l'avocat dans le fondement juridique d'une action », Note sous Cass. civ. 1ière, 16 sept. 2010, n° 09-14.580, *J.C.P., G.*, 2011, n° 80, p. 163-165.

HOUTCIEFF (Dimitri), « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », Note sous Cass. Ass. plén. 27 février 2009, *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 1245 à 1248.

HOUTCIEFF (Dimitri), « De l'invocation déloyale de régularisation de charges de loyer », Note sous Cass. civ. 3ième, 21 mars 2012, *Gaz. pal*., 4-5 Juill. 2012, Chron., p. 18-19.

INES (B.), Note sous Cass. soc., 18 mars 2008, relatif à la mise en œuvre d'un procédé déloyal par un employeur pour obtenir une preuve, *D.* 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 992-993.

JAEGER (Laurent), RAMBAUD MARTEL (Orrick), « La preuve de la prorogation du délai d'arbitrage », Note sous Cass. civ. 1ière, 22 septembre 2010, n° 08-21.313 et n° 09-17.410, n° 793, Banque Delubac & Cie c/ CFCMNE, *LCA*, 2011-2, p. 453 à 459.

JAMIN (Christophe), Note relative aux conditions permettant de constituer la mauvaise foi du créancier dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause résolutoire de plein droit, sous Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1995, *D.* 1995, Jurisprudence, p. 389-390.

JAMIN (Christophe), Note relative au contenu de l'obligation de loyauté du mandant à l'égard de son mandataire, sous Cass. com, 24 nov. 1998, *J.C.P., G.* 1999, I, 143, n° 2, p. 1078-1079.

JAULT-SESEKE (Fabienne), Note ayant trait à l'application d'office par le juge de la règle de conflit de lois en cas de droits indisponibles des parties, sous Cass. civ. 1ière, 3 mars 2010, n° 09-13.723, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1374.

JAULT-SESEKE (Fabienne), Note relative aux pouvoirs du juge concernant l'éventuelle application d'une loi de police étrangère dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité, sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1375.

JAULT-SESEKE (Fabienne), Note relative à la définition de la loi de police par la Cour de cassation, sous Cass. com., 13 juillet 2010, n° 08-12.154, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1375.

JAULT-SESEKE (Fabienne), Note concernant la règle de conflit de lois en matière de divorce, sous le règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010, dit Rome III, Droit international privé, février 2010 – février 2011, *D.* 2011, Pan., p. 1376.

JEULAND (Emmanuel), « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation », Note sous Cass. civ. 1ière, 1er juill. 2010 et Cass. 2ième civ., 23 sept. 2010, *J.C.P., G*, 2010, n° 1052, p. 1993-1996.

JOSEPH-RATINEAU (Yannick), « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », note sous Cass. crim. 20 novembre 2007, arrêt relatif aux conséquences résultant de l'accord de l'auteur des faits de recourir à la composition pénale sur la liberté procédurale du parquet, in *D.* 2008, Notes, p. 1035 à 1039.

JOURDAIN (Patrice), Note relative à l'application des règles de la responsabilité contractuelle plutôt que de celles de la responsabilité délictuelle, sous Cass. civ. 3e, 8 juillet 1998, *R.T.D. civ*., 1998, p. 909.

JOURDAIN (Patrice), Note relative à la prévalence de l'application des règles de la responsabilité contractuelle sur celle des règles de la responsabilité délictuelle lorsque le dommage est causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat, sous Cass. com., 24 septembre 2003, *R.T.D. civ*., 2004, n° 1, p. 94 à 96.

JOURDAN-MARQUES (Jérémy), « Le refus des arbitres de contrôler la conventionalité du droit français », Note sous Cass. civ. 1ière, 29 juin 2011, n° 10-16.680, Sté Smeg, *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 9-11.

KENFACK (Hugues), Note relative à la définition de la loi de police par la Cour de cassation, sous Cass. com., 13 juillet 2010, n° 08-12.154, Droit des transports, Janvier 2009 – décembre 2010, *D.* 2011, Pan., p. 1453.

LAMOUREUX (Marie), « L'obligation de renégociation en cas de changement de circonstances », Note sous CA Nancy, 2e ch. Com., 26 sept. 2007, *J.C.P., G.*, 2008, II, 10091, p. 29 à 32

LEFEBVRE (Francis), « Résolution amiable des litiges : mode d'emploi des différentes solutions », Note sous Décret 2012-66 du 20 janvier 2012, *B.R.D.A.*, 15 février 2012, n° 3, p. 17 à 20.

LE GAC-PECH (Sophie), « L'équilibre du contrat au travers de la cause : un substitut à la théorie de l'imprévision ? », Note sous Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *J.C.P., E*, 2010, n° 50, 2108.

LE GALLOU (Cécile), Observations sous Cass. civ. 3ième, 19 mars 2008, arrêt ayant trait à un fait, tel que l'écoulement du temps, qui à lui seul, ne peut être constitutif d'une renonciation tacite à la mise en œuvre de la clause résolutoire, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008, Actualité, n° 3014, p. 16.

LE GALLOU (Cécile), Observations sous Cass. civ. 3ième, 2 avril 2008, arrêt illustrant le fait pour le demandeur de fonder sa demande en appel sur un moyen différent de celui dont il a fait état lors de la première instance, in *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008, Actualité, n° 3011, p. 13-14.

LEROY-GISSINGER (Lise), RENAULT-MALIGNAC (Fabienne), Note relative à la détermination de la notion de mesures légalement admissibles au sens de l'article 145 du CPC, sous Cass. civ. 2ième, 16 mai 2012, n° 11-17.229, *D.* 2012, « Deuxième chambre civile », Etudes et commentaires, p. 2066-2067.

LEROY-GISSINGER (Lise), RENAULT-MALIGNAC (Fabienne), Note relative à l'effectivité d'une décision certifiée en tant que titre exécutoire européen par l'Etat membre d'origine eu égard à l'absence de réexamen au fond de celle-ci par l'Etat membre dans lequel s'effectue son exécution, sous Cass. civ. 2ième, 22 févr. 2012, n° 10-28.379, *D.* 2012, « Deuxième chambre civile », Etudes et commentaires, p. 2069-2070.

LEROYER (Anne-Marie), Note sous la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *R.T.D. civ.*, 2012, Chron., p. 159-162.

LEVENEUR (Laurent), Observations sous Cass. com., 17 mars 1992, arrêt ayant trait aux conséquences de l'absence, dans un contrat, d'une clause résolutoire de plein droit, et à la prise en considération par les juges du comportement du demandeur en résolution du contrat pour se prononcer sur cette demande, *C.C.C.*, Mai 1992, n° 93, p. 2-3.

LOQUIN (Eric), « La consécration de l'estoppel par le droit français de l'arbitrage », sous Cass. civ. 1ière, 6 juillet 2005, *R.T.D. com*, 2006, p. 309-310.

LOQUIN (Eric), « Le principe de la renonciation au grief non invoqué devant le tribunal arbitral », Sous Cass. civ. 1ière, 6 juill. 2005, Sté AIC, El Amiouny International Contracting and Trading c/ Sté Skanska ; CA Paris, 8 sept. 2005, Sté Agromed c/ Sté Seastar Shipping Consulting, CA Paris, 27 oct. 2005, Sté Uzbon Open Joint Stock Company c/ Sté Romak, Cass. civ. 1ière, 31 janv. 2006, Sté Intercafco c/ Sté Dafci, *R.T.D. com*, 2006, p. 310-312.

MARGUENAUD (Jean-Pierre), RAYNARD (Jacques), note relative au contenu de l'obligation de motivation des décisions par les juges, sous CEDH, 19 avril 1994, Van de Hurk c/ Pays-Bas (A. 228), *R.T.D. civ.*, 1998, n° 4, « L'obligation de motiver les décisions juridictionnelles dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », p. 516-517.

MARTIN (Didier R.), SYNVET (Hervé), Note relative à l'efficacité de la saisie-attribution effectuée au siège d'une banque française qui emporte un effet attributif immédiat au profit du créancier saisissant concernant une créance issue d'un compte bancaire situé dans une succursale étrangère, sous Cass. civ. 2ième, 14 février 2008, *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 1049-1051.

MATHEY (Nicolas), Note sous Cass. com., 14 févr. 2012, n° 11-10.346, « Mise en œuvre d'une clause résolutoire dans un contrat de distribution », *C.C.C.*, 2012, Commentaires, n° 150, p. 54-55.

MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel) :

- Note relative à la réaffirmation par le Conseil constitutionnel de sa jurisprudence concernant les validations législatives, sous la décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, *J.C.P., G.*, 2009, n° 52, 601, p. 49-50.
- Note relative au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, qui est assimilé à une liberté fondamentale, sous CE, ord. réf., 30 juin 2009, n° 328879, *J.C.P.*, G., 2009, n° 52, 601, p. 53

MAUGERI (Véronique), Note relative aux conditions de mise en œuvre de la résiliation unilatérale du contrat « à ses risques et périls », sous Cass. com., 10 févr. 2008, *Rev. Lamy, dr. civ.*, 2009, 3373, p. 15-16.

MAUGERI (Véronique), Observations ayant trait à la possibilité offerte à la victime d'une inexécution de modifier sa stratégie en cours d'instance, sous Cass. civ. 3ième, 25 mars 2009, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2009, n° 3411, p. 13.

MAZEAUD (Denis), Note relative aux conditions de mise en œuvre de l'obligation de renégociation du contrat en cas de déséquilibre de ce dernier, sous Cass. civ. 1ère, 16 mars 2004, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.* 2004, Jurisprudence, p. 1754 à1758.

MAZEAUD (Denis), « L'arrêt Canal « moins » ? », Note sous Cass. com, 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010, p. 2481 et s.

MELLOTTEE, Premier avocat général, Avis émis à l'occasion de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009 ayant trait à une demande subsidiaire non constitutive d'un aveu de non paiement alors que celle-ci tend à contester une créance dont la demande principale vise à établir la prescription, *Bull. d'information*, 15 septembre 2009, p. 21 à 29.

MESTRE (Jacques) :

- Note concernant la possibilité pour le juge de combler les lacunes du contrat, sous Cass. civ. 3ième, 4 décembre 1985, *R.T.D. civ.*, 1987, n° 5, p. 98-100.
- Note relative à la prise en compte par les juges de la bonne foi du débiteur susceptible de faire obstacle à l'efficacité de la clause résolutoire, sous Cass. civ.1e, 22 juillet 1986, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 121-122.
- Note concernant l'impossibilité de mettre en œuvre la clause résolutoire pour des manquements contractuels que celle-ci n'énonce pas expressément, sous Cass. civ. 1ière, 16 déc. 1986, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 120-121.
- Note relative à l'invocation de mauvaise foi de la clause résolutoire par le créancier, sous Cass. civ. 3e, 8 avril 1987, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 122.
- Note relative à la mauvaise foi du créancier qui fait obstacle à la mise en œuvre de la clause résolutoire, sous Cass. civ. 3ième, 27 mai 1987, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 121.
- Note relative à l'inefficacité d'une demande subsidiaire faisant état de l'action subsidiaire de l'enrichissement sans cause dès lors que cette dernière aboutit à « tourner » les règles invoquées à titre principal, sous Cass. civ. 1ère, 8 déc. 1987, « Du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause », *R.T.D. civ.*, 1988, n° 8, p. 74

- Observations sous C.A. de Paris, 6e ch. A, 19 juin 1990, arrêt relatif aux conséquences d'un changement dans le choix habituel de la juridiction compétente effectué par l'une des parties dans le cadre d'une demande en résolution d'un contrat, *R.T.D. civ*. 1992, p. 92.
- Note relative à l'impossibilité pour un contractant d'invoquer l'exception de nullité d'un contrat frauduleux lorsque ce dernier a bénéficié de l'exécution de celui-ci, sous Cass. com., 6 nov. 1990, *R.T.D. civ.*, 1991, p. 734.
- Observations sous Cass. civ. 3ième, 5 mai 1993, arrêt concernant le devoir des juges du fond de prendre en considération l'attitude du débiteur au cours de l'instance pour admettre ou rejeter une demande en résolution du contrat, *R.T.D. civ*., 1994, p. 353-354.
- Note relative au principe de cohérence faisant obstacle à une demande en exécution d'une obligation alors qu'antérieurement une demande en indemnisation pour inexécution de celle-ci avait été introduite et avait permis au demandeur d'obtenir gain de cause, sous Cass. com., 21 févr. 1995, *R.T.D. civ.*, 1995, p. 618.
- Note relative à l'appréciation du comportement du créancier à l'égard de son débiteur en présence d'incidents de paiement dans le cas où la créance est garantie par un tiers, sous Cass. com., 17 octobre 1995, *R.T.D. civ.*, 1996, p. 398.
- Note relative à la sanction du comportement du créancier consistant à ne pas résilier le contrat en laissant s'accumuler les dettes de son débiteur et en demandant au tiers chargé de garantir le paiement de la créance le montant intégral des dettes impayées, sous Cass. com., 5 décembre 1995, *R.T.D. civ.*, 1996, p. 899.
- Note relative à la prise en compte par les juges du comportement des contractants pour interpréter le contrat, sous Cass. com, 23 juin 1998, *R.T.D. civ.*, 1999, n° 10, p. 389.
- Note relative à la possibilité pour les juges de ne pas s'en tenir à la lettre du contrat en cas de manquement à l'obligation de bonne foi par l'un des contractants, sous Cass. com., 20 octobre 1998, *R.T.D. civ.*, 1999, n° 11, p. 390-391.

MESTRE (Jacques), FAGES (Bertrand) :

- Note relative à l'application des usages professionnels à des contractants ayant la qualité de professionnels et n'ayant pas expressément intégré ces derniers dans l'acte, sous Cass. com., 9 janv. 2001, 2 arrêts, *R.T.D. civ.*, 2001, n° 1, p. 870-872.
- Note relative à l'interprétation d'un contrat concernant l'accomplissement d'une obligation d'information par le professionnel alors même que l'acte litigieux est dépourvu d'ambiguïté, sous Cass. civ. 1ière, 22 mai 2001, *R.T.D. civ.*, 2001, n° 4, p. 875-877.
- Note relative à la prise en compte par les juges du comportement des parties pendant l'exécution du contrat pour interpréter celui-ci, sous Cass. com, 3 juill. 2001, *R.T.D. civ.*, 2002, n° 6, p. 293-294
- Note relative au caractère impératif de l'article L. 113-2, alinéa 2 du Code de la consommation, sous Cass. civ. 1ière, 23 janv. 2003, *R.T.D. civ.*, 2003, n° 8, p. 292-294.
- « Conciliation au plus haut niveau en faveur… des clauses de conciliation », Observations concernant l'effet d'ordre procédural du non-respect d'une clause de conciliation préalable obligatoire, sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *R.T.D. civ.*, 2003, n° 9, p. 294-295.

- Note relative à l'efficacité d'une clause d'intégralité, sous Paris, 15 juin 2005, 5e ch. A, *SA Thomson Télévision Angers c/ SAS française de restauration Sodexho, R.T.D. civ.*, 2006, p. 111-112.
- Note relative à la nécessité d'insérer une clause de référence aux conditions générales dans le contrat afin de s'assurer de leur force obligatoire, sous Cass. civ.1ère, 18 oct. 2005, *R.T.D. civ.*, 2006, p. 107-108.

MOLFESSIS (Nicolas), « La prétendue liberté des juges du fond dans le choix des méthodes d'interprétation de la loi », Note sous Cass. civ. 1ière, 29 janv. 2002, Société France 2 c/ Société Emi records limited UK, *R.T.D. civ.*, 2003, p. 154 et s.

MONEGER (Joël), « Activité professionnelle des parties et clause compromissoire », Note sous Cass. civ. 1ière, 29 février 2012, n° 11-12.782, *J.C.P., G.*, 2012, n° 405, p. 663-664.

MOUSSERON (Pierre), « Des transactions en général et des transactions post-acquisition en particulier », Note sous Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-23.538, *Bull. Joly Sociétés*, Février 2012, p. 101 à 103.

MUIR WATT (Horatia), Note relative à l'application de la théorie de l'estoppel en droit français, sous Cass. civ. 1ère, 6 juillet 2005, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 602 à 606.

NORMAND (Jacques), Note relative à une demande reconventionnelle en divorce pour faute qui a prévalu alors que celle-ci était invoquée dans des conclusions subsidiaires et sous réserve que soient réunies les conditions d'application d'un divorce pour altération des facultés mentales, sous TGI de Lyon, 15 déc. 1977, *R.T.D. civ*. 1978, n° 5, p. 703-705.

NOURISSAT (Cyril), Note relative à l'appréciation par l'arbitre de la conformité d'un droit issu d'un Etat membre de l'Union avec la législation européenne, sous Cass. civ. 1ière, 29 juin 2011, n° 10-16.680, *J.C.P., G.*, 2011, n° 40, 1064, n° 8, p. 1778.

ORTSCHEIDT (Jérôme), Note relative aux conditions de validité d'une sentence rendue par défaut, sous Cass. civ. 1ière, 5 mars 2008, *J.C.P., G*, 2008, I, 164, p. 31.

PARLEANI (Gilbert), note sous Cour d'appel de Paris, 25e Ch., sect. A, 1er mars 1983, Société industrielle des enduits et revêtements, dite SIDER, et autre c. société anonyme des Ciments français, arrêt relatif à l'impossibilité pour le demandeur d'obtenir gain de cause en justice en raison de son attitude, qui plus est, est constitutive d'un abus de procédure, *J.C.P., Ed. G.*, 1984, II, 20314.

PARANCE (Béatrice), « Nouvelles turbulences autour des antennes relais de téléphonie mobile et du principe de précaution, vers une application horizontale du principe de précaution ? », Note sous Cour d'appel de Montpellier (5e ch. A), 15 sept. 2011, *D.* 2012, n° 4, Etudes et commentaires, p. 267 à 271.

PAUL-LOUBIERE (Christian), Note relative à la sécurité juridique qui découle de l'autorité de la chose jugée, sous Cass. civ. 2ième, 5 février 2009, *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 1060-1061.

PERDRIAU (André), Note relative au contrôle de la Cour EDH de l'obligation de motivation des décisions par les juges et à l'impossibilité de considérer comme un défaut de réponse à conclusions le fait de ne pas répondre à un simple argument, sous CEDH, 29 août 2000, req. n° 40490/98, Jahnke et Lenobe c/ France, *J.C.P., G.*, 2000, II, 10435, p. 2242-1244.

PEROZ (Hélène), « Changement automatique de loi applicable au régime matrimonial », Note sous Cass. civ. 1ière, 12 avr. 2012, n° 10-27.016, JurisData n° 2012-007105, *J.C.P., N.*, 2012, n° 176, p. 87 à 89.

PERROT (Roger), Note relative à la possibilité pour la Cour d'appel de statuer sur le fond sans tenir compte de l'éventuelle irrégularité de la citation alors que l'examen de celle-ci était invoqué à titre principal et la possibilité de statuer sur le fond de l'affaire

seulement à titre subsidiaire dans le cas où le moyen de nullité serait rejeté, sous Cass.com., 18 avr. 1989, *R.T.D. civ*., 1990, n° 11, p. 149-150.

PERROT (Roger), Note relative à la non-application d'une loi interprétative à une instance en cours en raison de l'inexistence de motifs d'intérêt général, sous Cass. Ass. plén., 23 janvier 2004, *Procédures*, Mars 2004, n° 49, p. 9-10.

PERROT (Roger), Note relative à une notification inexacte de la décision attaquée entraînant un non-lieu à statuer et ainsi une possible réitération du pourvoi en cassation, sous Cass. civ. 1ère, 24 févr. 2004, *R.T.D. civ*., 2004, n° 7, p. 351-352.

PERROT (Roger), Note relative à l'effet d'une clause de conciliation préalable obligatoire sur la prescription de l'action, sous Cass. civ. 1ière, 27 janv. 2004, *Procédures*, 2004, n° 47, p. 7-8.

PERROT (Roger), Note relative aux conséquences de l'absence de l'invocation de tous les moyens de nature à fonder la demande lors de la première instance, sous Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006, Procédures, Octobre 2006, n° 201, p. 10.

PERROT (Roger), Note sous le même arrêt, *R.T.D. civ*., 2006, p. 825-827.

PERROT (Roger), Note ayant trait à l'application, en matière prud'homale, des dispositions de l'article 555 du CPC concernant les conditions de recevabilité de l'intervention forcée en appel, sous Cass. soc., 20 déc. 2006, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 75, p. 15-16.

PERROT (Roger), « La portée d'un subsidiaire », Note relative à la possibilité pour une demande subsidiaire de faire obstacle à une demande principale dès lors que cette dernière fait état d'une prescription reposant sur une présomption de paiement et que la demande subsidiaire vise à contester le paiement, sous Cass. civ. 2ième, 21 déc. 2006, n° 05-20.613, *Procédures*, 2007, Commentaires, n° 57, p. 13.

PERROT (Roger), Note relative à la prééminence de l'exécution en nature de l'obligation contractuelle à moins qu'elle ne soit pas possible, sous Cass. civ. 1ière, 16 janv. 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 84, p. 19-20.

PERROT (Roger), Note relative aux caractéristiques d'une demande de renvoi de nature à constituer une diligence interruptive de péremption, sous Cass. civ. 2ième, 18 janvier 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 80, p. 18.

PERROT (Roger), Observations ayant trait aux devoirs du juge en cas de preuve incomplète qui ne résulte pas de la carence de la partie qui en a la charge mais d'un rapport d'expertise, sous Cass. civ. 1ière, 30 janv. 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 79, p. 17-18.

PERROT (Roger), Note concernant l'application de la jurisprudence ayant trait au principe de concentration des moyens résultant de l'arrêt rendu le 7 juillet 2006 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, sous Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.322, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 12-13.

PERROT (Roger), Note relative à la question de savoir si le juge a l'obligation ou seulement la faculté de modifier la dénomination ou le fondement juridique des prétentions des parties, sous Cass. Ass. plén., 21 décembre 2007, *Procédures*, Mars 2008, p. 12-13.

PERROT (Roger), Observations concernant les effets juridiques d'une clause imposant aux parties de choisir le mode de règlement du litige avant de saisir la juridiction étatique, sous Cass. civ. 1ière, 6 févr. 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 76, p. 16.

PERROT (Roger), Observations concernant les effets d'un aveu énoncé dans les écritures de première instance mais non repris dans les dernières conclusions d'appel, sous Cass. civ. 1ière, 13 février 2007, *Procédures*, Avril 2007, Commentaires, n° 78, p. 17.

PERROT (Roger), Note relative à l'application du principe de concentration des demandes à la juridiction pénale, sous Cass. civ. 2ième, 25 oct. 2007, *Procédures*, 2007, Commentaires, « Autorité de chose jugée et principe de concentration », n° 274.

PERROT (Roger), Note ayant trait aux conditions de recevabilité d'un second pourvoi alors qu'un premier pourvoi a été formé sur un moyen identique contre le même arrêt, sous Cass. Ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *Procédures*, 2008, Commentaires n° 35 et *R.T.D. civ.*, 2008, p. 160.

PERROT (Roger), Note relative à l'impossibilité pour des conclusions subsidiaires contestant l'existence ou le montant d'un paiement de valoir aveu de non-paiement alors que la demande principale évoque la prescription, sous Cass. Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, « Conclusions subsidiaires », *Procédures*, 2009, Commentaires, n° 223, p. 11-12.

PERROT (Roger), Note relative au principe de concentration faisant obstacle à ce qu'une caution puisse invoquer lors d'une seconde demande la limitation de l'assiette de son engagement alors qu'un précédent jugement avait décidé de la fixation du montant de son obligation, sous Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671, *Procédures*, Octobre 2010, Commentaires, n° 335, p. 10.

PERROT (Roger), Note relative à l'impossibilité de revêtir le caractère d'aveu judiciaire pour un aveu effectué au cours d'une instance précédente même concernant les mêmes parties, sous Cass. civ. 3ième, 29 mars 2011, n° 10-11.916, F-D, SA Calasys c/ SAS Clinique du Millénaire et a. : JurisData n° 2011-005315, *Procédures*, 2011, Commentaires, n° 194, p. 13.

PICOD (Yves), « Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat », Note sous Cass. com, 24 nov. 1998, *J.C.P., G*, 1999, II, 10210, p. 2151-2153.

PIEDELIEVRE (Alain), Note sous Cass. com., 1er juillet 1980, arrêt relatif au rejet d'une demande en résolution d'une vente en raison du comportement du contractant pendant l'exécution du contrat, *Gaz. Pal*. 1980, 2, pan. jurisp., p. 581.

PUTMAN (Emmanuel), Note relative à l'impossibilité de déduire un aveu d'une demande subsidiaire qui serait susceptible de faire obstacle à la recevabilité de la demande principale invoquant la prescription, sous Cass. Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *Dr. et procéd*., 2009, p. 277-278.

PUTMAN (Emmanuel), « Article 9 du Code civil ou loi sur la presse : quel fondement choisir ? », Note sous Cass. civ. 1ière, 24 sept. 2009, n° 08-15.336, *Rev. jur. Personnes & Famille*, 2010, n° 1, p. 19.

PUTMAN (Emmanuel), Observations ayant trait à la possibilité pour une transaction rédigée sous seing privé déposée aux minutes d'un notaire d'obtenir la qualité de titre exécutoire, sous Cass. civ. 2e, 21 octobre 2010, *Dr. et procéd*., 2011, p. 19-21.

RACINE (Jean-Baptiste), Note relative à l'application du principe de l'estoppel à l'arbitrage interne, sous CA Paris, 7 février 2008, Société française de rentes et de financement Crédirente c/ Compagnie générale de garantie SA, *Rev. de l'arbitrage*, 2008, p. 501 à 517.

SALATI (Olivier), « L'aveu et la demande subsidiaire strictement entendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation », Note sous Cass. Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *J.C.P., G.*, 15 juin 2009, n° 9, p. 19.

SERINET (Yves-Marie), Note sous Cass. Ch. mixte, 9 novembre 2007, arrêt concernant l'appréciation des conditions de recevabilité de l'intervention volontaire en appel, *J.C.P., G*, 2008, II, 10070, p. 30-33.

SERRA (Yves), Note relative à l'interprétation d'un contrat faisant produire un effet utile à une clause pénale et faisant état du caractère supplétif de l'article 1162 du Code civil, sous Cass. soc., 20 février 1975, *D.* 1976, Jurisprudence, p. 142-144.

SEUBE (Jean-Baptiste), « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », Note sous Cass. civ. 3ième, 15 sept. 2010, n° 09-10339, *RDC*, 2011, p. 173 à 175.

SIMLER (Philippe), Note relative à la qualification juridique d'obligation de résultat l'engagement souscrit par une société mère envers sa filiale, sous Cass. com, 17 mai 2011, n° 09-16.186 : JurisData n° 2011-009082, *J.C.P., N.*, 2011, n° 43-44, 1285, Chron., Droit des sûretés, n° 7, p. 43.

SMATT (Stéphanie), Note relative au strict respect par l'arbitre du principe du contradictoire, sous Cass. civ. 1ière, 29 juin 2011, n° 10-23321, Commercial Caribbean Niquel, *LPA*, 15 novembre 2011, n° 227, p. 13-15.

THERY (Philippe), Observations sous Cass. com. 22 mai 2007, arrêt ayant trait aux conséquences d'une renonciation du droit à agir sur le droit substantiel, *R.T.D. civ*. 2007, p. 805 à 807.

THOUVENIN (Dominique), Note sous Tribunal administratif de Versailles, 28 juillet 2005, jugement relatif à la procédure de règlement amiable des accidents médicaux, *D.*, 2005, Jurisprudence, p. 2364 à 2368.

VASSEUR (Thomas), Note relative à l'impossibilité pour une demande subsidiaire de valoir aveu tacite alors même que cette dernière serait incompatible avec la demande principale, sous Cass. Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *D.* 2009, n° 40, Panorama, n° 4, p. 2718.

VIANGALLI (François), Note relative à des faits ne relevant pas des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 mais pouvant donner lieu à une action en réparation sur le fondement de l'article 9 du Code civil, sous Cass. civ. 1ière, 5 juillet 2005, *D.*, 2006, Jurisprudence, p. 1020 à 1024.

VIGNEAU (Daniel), « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », Note sous Cass. civ. 1ière, 7 juin 2012 (n° 11-30.261 et n° 11-30.262), *D.* 2012, Etudes et commentaires, p. 1992 à 1996.

VIGNEAU (Vincent), note sous Cass. civ. 2ième, 8 mars 2007, arrêt relatif à l'interdiction pour une partie, en raison du défaut d'intérêt, de critiquer, devant le Cour de cassation, la décision qui a admis sa demande, *D.*, 2007, Chronique de la Cour de cassation, p. 2337-2338.

WEILLER (Laura), note relative à l'obligation pour le défendeur à une action en régularisation forcée d'une vente de faire état dès cette instance de tous les moyens susceptibles de fonder son rejet, sous Cass. civ. 3ième, 13 février 2008, *J.C.P., G*, 2008, II, 10052, p. 31-34.

WEILLER (Laura), « Réaffirmation de la conception « minimaliste » dans le contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public international », Note sous Cass. civ. 1ière, 29 juin 2011, n° 10-16.680, *Procédures*, 2011, 306, p. 18-20.

WEILLER (Laura), « Office de l'arbitre et principe de la contradiction », Note sous Cass. civ. 1ière, 29 juin 2011, n° 10-23.321, *Procédures*, 2011, n° 307, p. 20-21.

WITZ (Claude), Observations concernant la consécration, dans le cadre de la Convention de Vienne, d'une obligation de renégociation du contrat en cas de survenance de circonstances imprévisibles entraînant un grave déséquilibre du contrat, sous Cass. Belgique, ch. Néerlandophone, 19 juin 2009, *D.*, 2010, Pan., p. 932-933.

WITZ (Claude), Observations concernant les conditions permettant aux parties d'exclure l'application de la Convention de Vienne, sous Cass. com., 3 nov. 2009, *D.*, 2010, Pan., p. 924-925.

XV - JURISPRUDENCE

Cass. soc., 10 juillet 1959, arrêt relatif à l'impossibilité pour le juge de rejeter une offre de délation de serment effectuée par une partie même à titre subsidiaire dès lors qu'il

s'agit de son seul moyen de défense contre une exception de prescription soulevée par l'adversaire s'opposant à une demande en paiement, *Bull. civ.*, IV, n° 913, p. 729.

Cass. civ. 1ère, 7 mai 1962, arrêt concernant l'impossibilité pour la victime d'invoquer les règles de la responsabilité délictuelle dès lors que la faute à l'origine du dommage résulte de l'inexécution d'obligations contractuelles mais que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle ne sont pas réunies pour lui permettre d'obtenir réparation du préjudice subi, *Bull. civ.*, I, n° 227, p. 204-205.

Cass. civ. 1ière, 13 mars 1963, Arrêt relatif à la dénaturation des conclusions des parties par le juge lorsque ce dernier fait prévaloir la demande subsidiaire sur la demande principale, *Bull. civ.*, I, n° 157, p. 46.

Cass. com., 16 juillet 1964, arrêt concernant la possibilité pour l'une des parties de demander la nullité du compromis d'arbitrage dès lors que la personne désignée comme arbitre est l'avocat de la partie adversaire, *Gaz. Pal.*, 1964, 2, p. 371-372.

Cass. soc., 6 déc. 1967, Arrêt relatif à la courte prescription de l'action en paiement des salaires à laquelle il est possible d'opposer un aveu de non-paiement, ce dernier pouvant résulter d'une action en contestation du montant de la créance, *Bull. civ.*, IV, n° 763, p. 649.

Cass. civ. 1ère, 31 janv. 1968, arrêt relatif à l'obligation faite au juge d'examiner le moyen du défendeur consistant à faire déclarer la demande irrecevable pour le non-respect du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, *Bull. civ.*, I, n° 45, p. 35.

Cass. civ. 1ière, 25 juin 1968, arrêt relatif à l'interprétation souveraine des juges du fond d'une clause contractuelle considérée par ces derniers comme claire et précise, *Bull. civ.*, I, n° 183, p. 138-139.

Cass. crim, 10 oct. 1968, arrêt interprétant l'article 418 alinéa 3 du Code de procédure pénale comme ne faisant pas une obligation à la victime de la possibilité de demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi en se constituant partie civile devant la juridiction répressive, *Bull. crim.*, n° 248, p. 601-602.

Cass. civ. 3ième, 5 mai 1970, arrêt relatif à la possibilité pour le juge de se fonder sur des faits qui sont dans le débat mais qui n'ont pas été spécialement invoqués au soutien des prétentions des parties, *Bull. civ.*, III, n° 312, p. 228.

Cass. civ. 1ère, 28 octobre 1970, arrêt relatif à l'interprétation souveraine des juges du fond d'une clause contractuelle ambiguë, *Bull. civ.*, I, n° 285, p. 233-234.

Cass. civ. 3ième, 19 octobre 1971, arrêt concernant la dénaturation par les juges du fond d'une clause claire et précise, *Bull. civ.*, III, n° 498, p. 355.

Cass. com., 15 nov. 1971, arrêt concernant un moyen inopérant consistant pour un vendeur à invoquer le fait qu'il ne pouvait déceler le vice de la chose alors qu'en tant que professionnel il était censé connaître ce dernier, *Bull. civ.*, IV, n° 276 .

Cass. civ. 3ième, 1er février 1972, Arrêt ayant trait à l'impossibilité pour le demandeur d'invoquer les règles de la responsabilité délictuelle dès lors que la faute à l'origine du dommage résulte de l'inexécution d'obligations contractuelles, *Bull. civ.*, III, n° 74, p. 54-55.

Cass. civ. 2ième, 15 juin 1973, arrêt concernant la recevabilité d'une demande subsidiaire en dommages-intérêts en cause d'appel formée par un contractant afin d'obtenir réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle bien qu'une demande en exécution de la convention ait été effectuée en première instance par ce dernier, *Bull. civ.*, II, n° 192, p. 152-153.

Cass. com., 15 octobre 1973, arrêt concernant la dénaturation par les juges du fond d'une clause d'un contrat claire et précise, *Bull.civ.*, IV, n° 278, p. 252.

Cass. com., 13 mai 1974, Arrêt qui censure les juges du fond pour avoir effectué une dénaturation de l'acte en équité, *Bull. civ.*, IV, n° 152, p. 122.

Cass. civ. 1ère, 12 juin 1974, arrêt relatif à l'invocation d'une irrégularité de forme à laquelle les juges ne sont pas tenus de répondre, le concluant n'en ayant tiré aucune conséquence juridique, *Bull. civ.*, I, n° 180, p. 156-157.

C.A. Lyon (1ère Ch.), 27 mai 1975, arrêt concernant l'interprétation du contrat dont la solution satisfait un certain sentiment de justice, *D.* 1976, Jurisprudence, p. 637- 640.

Cass. civ., 3ième, 12 novembre 1975, arrêt concernant une clause d'un contrat de bail dont les termes clairs devaient faire obstacle à une condamnation des bailleurs à l'exécution de travaux de remise en état, *D.* 1976, I.R., p. 13.

Cass. com, 9 déc. 1975, Arrêt relatif aux termes d'une clause qui ont été déclarés ambigus par les juges du fond, *D.* 1976, Somm., p. 28.

Cass. civ. 2ième, 11 février 1976, Arrêt concernant l'appréciation par le juge des troubles de voisinage, *Bull. civ.*, II, n° 51, p. 40.

Cass. civ. 3ième, 18 février 1976, Arrêt relatif à l'ambiguïté des termes d'une clause devant être laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond, *Bull. civ*. III, n° 70, p. 55.

Cass. com., 16 novembre 1976, arrêt ayant trait à l'incidence du comportement du demandeur sur le succès de sa prétention tendant à obtenir la résolution du contrat, *Gaz. Pal*. 1977, 1, pan. jurispr., p. 43.

Cass. com., 11 janvier 1977, arrêt relatif à l'imprécision d'une clause permettant aux juges du fond d'effectuer une interprétation souveraine des termes de celle-ci, *Bull. civ.*, IV, n° 12, p. 9-10.

Cass. com., 15 nov. 1978, arrêt dans lequel a été considérée comme claire et précise une clause d'un contrat énonçant qu'un engagement d'une caution ne peut s'éteindre que par lettre recommandée avec accusé de réception, *Bull. civ.*, IV, n° 264, p. 218-219.

Cass. civ. 3ième, 6 décembre 1978, arrêt relatif à l'appréciation par le juge des troubles de voisinage, *Gaz. Pal*., 1979, Pan. jurispr., p. 122-123.

Cass. civ. 3ième, 14 mars 1979, arrêt relatif à l'appréciation par le juge des troubles de voisinage, *Gaz. Pal*., 1979, Pan. jurispr., p. 336.

Cass. civ. 3ième, 2 mai 1979, arrêt concernant la possibilité pour l'une des parties d'effectuer en appel une demande tendant à la résiliation d'une vente immobilière alors même que celle-ci a invoqué en première instance le bénéfice de l'exécution forcée de ladite vente, *Bull. civ*., III, n° 94, p. 71-72.

Cass. com., 12 février 1980, arrêt concernant l'incidence de l'attitude d'un contractant avant le procès sur le résultat de sa demande en résolution du contrat de vente, *Bull. civ*., IV, n° 80, p. 61-62.

Cass. civ. 2ième, 11 juin 1981, arrêt sanctionnant les juges d'avoir modifié les termes du litige en tenant compte de la demande subsidiaire tendant à l'acceptation de prêter serment sans avoir examiné préalablement la demande principale visant à rejeter la demande des adversaires, *Bull. civ*., II, n° 130, p. 84.

Cass. com., 2 mars 1982, arrêt ayant trait à la requalification d'un contrat par le juge au regard du comportement des parties avant et après la conclusion de l'acte, *Bull. civ*., IV, n° 85, p. 76-77.

Cass. civ. 1ière, 25 mai 1982, arrêt concernant la réponse des juges aux conclusions de l'une des parties par le biais de motifs de pur droit, *Bull. civ*., I, n° 187.

Cass. civ. 3ième, 31 mai 1983, n° 80-13453, P, Arrêt relatif à l'irrecevabilité d'un second pourvoi dès lors qu'un premier pourvoi a été formé antérieurement contre la même décision, même si la déclaration du second pourvoi intervient avant la décision constatant la déchéance du premier, site *Internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr)*.

Cass. com., 6 novembre 1984, arrêt relatif aux conséquences juridiques du comportement d'une banque consistant à accepter des paiements effectués par son client alors que ce dernier a dépassé le montant du découvert admis par son organisme bancaire, *D.* 1985, Somm., p. 340.

Cass. com., 26 février 1985, arrêt ayant trait à l'obligation faite au juge de rechercher si la responsabilité n'est pas de nature contractuelle dès lors que le demandeur s'est fondé sur les règles de la responsabilité délictuelle et contractuelle, *Bull. civ.*, IV, n° 78, p. 67-68.

Cass. com., 6 janv. 1987, n° 84-12006, P, arrêt relatif à l'irrecevabilité d'un second pourvoi lorsqu'un premier pourvoi a été formé antérieurement par la même personne agissant en la même qualité contre le même arrêt, site *Internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr).*

Cass. civ. 3e, 11 mars 1987, arrêt relatif à l'invocation d'un fait non explicité entraînant le rejet du moyen tiré du défaut de réponse à conclusions, *Bull. civ.*, III, n° 44 .

Cass. com., 20 déc. 1988, n° 87-16490, P, arrêt concernant l'irrecevabilité d'un second pourvoi lorsqu'un premier pourvoi a été formé antérieurement par la même personne agissant en la même qualité contre le même arrêt, site *Internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr).*

Cass. civ. 3ième, 22 mars 1989, arrêt ayant trait à l'application d'une loi nouvelle à des faits antérieurs à son entrée en vigueur, *Bull. civ.* III, n° 69, p. 39.

Cass. com., 6 mars 1990, arrêt relatif à l'admission de la substitution d'une rente viagère à un bail à nourriture, *Bull. civ.* IV, n° 69, p. 47.

Cass. civ., 2ième, 16 mai 1990, arrêt relatif à l'incidence de la saisine d'une juridiction incompétente sur le respect du délai requis pour l'efficacité d'une mesure conservatoire, *Bull. civ.* II, n° 101.

Cass. soc., 31 mai 1990, arrêt concernant un moyen auquel les juges sont tenus de répondre, ce dernier faisant état de faits précis de nature à entraîner des conséquences juridiques, *Bull. civ.*, V, n° 261.

Cass. civ. 2ième, 27 juin 1990, n° 89-13296, P, arrêt relatif à l'irrecevabilité d'un second pourvoi qui a été formé avant qu'une décision de rejet intervienne sur le premier pourvoi concernant le même arrêt, site *Internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr).*

Cass. civ. 1ère, 18 décembre 1990, arrêt relatif à l'énonciation d'un fait dépourvu de conséquences juridiques dans les conclusions de l'une des parties qui ne doit pas ainsi donner lieu à une réponse de la part des magistrats, *Bull. civ.*, I, n° 291, p. 204.

Cass. com., 28 janv.1992, Arrêt ayant trait à la possibilité pour l'une des parties de demander lors de l'instance d'appel la résiliation du contrat alors qu'elle a souhaité en première instance que l'exécution forcée de celui-ci soit prononcée, *Bull. civ.*, IV, n° 34, p. 27-28.

Cass. civ. 3ième, C, 28 nov. 1992, Le Bon C/ Foly, Arrêt concernant la prise en compte par les juges du comportement des contractants pendant l'exécution du contrat pour l'évaluation du préjudice subi par chacun d'eux, *Loyers et copr.*, Février 1993, n° 55, 4-5.

Cass. crim., 3 mars 1993, arrêt relatif à la condamnation d'un médecin anesthésiste sur le fondement des règles de droit civil par la juridiction répressive en cas de relaxe de ce dernier du chef de blessures involontaires, en application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale, *Bull. crim.*, n° 96, p. 231-232.

Cass. com., 15 mars 1994, arrêt relatif à des allégations, considérées comme de simples hypothèses insérées dans les conclusions des parties, n'impliquant pas une réponse de la part des magistrats, *Bull. civ.*, IV, n° 107, p. 82-83.

Cass. com., 31 mai 1994, Sté BP France c/ Loubeyre, Arrêt concernant les conséquences du comportement du créancier consistant à laisser s'écouler les dettes de son cocontractant alors que la créance est garantie par un tiers, *R.J.D.A.*, 1994, n° 1129, p. 871-872.

Cass. civ. 1ière, 28 mars 1995, arrêt concernant un moyen auquel les juges sont tenus de répondre au regard de la nature des faits ayant une incidence sur l'intérêt de l'enfant

qui doit être pris en compte notamment en matière de garde de ce dernier, *Bull. civ.*, I, n° 141.

Cass. civ. 1ière, 16 janvier 1996, arrêt relatif à une ouverture de crédit résultant du comportement d'une banque à l'égard de son client dont le compte est à découvert depuis plus de trois mois, *J.C.P., E*, 1996, Pan., 249.

Cass. crim., 29 janv. 1997, arrêt relatif à l'impossibilité pour la partie civile d'invoquer pour la première fois en appel le bénéfice de l'article 470-1 du Code de procédure pénale lui permettant de faire état des règles de droit civil, *Bull. crim.*, n° 38, p. 112-113.

Cass. crim., 12 févr. 1997, arrêt relatif aux conditions de mise en œuvre de l'article 470-1 du Code de procédure pénale, *Bull. crim.*, n° 56, p. 185-186.

Cass. crim., 1er juill. 1997, arrêt relatif à la condamnation par la juridiction répressive d'un prévenu, en application de l'article 470-1 du Code de procédure pénale, sur le fondement des règles de droit civil et notamment de l'obligation contractuelle de sécurité après la relaxe de celui-ci du chef de blessures involontaires, *Bull. crim.*, n° 259, p. 881-886.

Cass. civ. 1ère, 3 févr. 1998, n° 96-16029, arrêt relatif à l'impossibilité de former un second pourvoi qui ne respecte pas le délai légal de production du mémoire même si l'ordonnance constatant la déchéance du premier pourvoi formé contre le même arrêt est intervenue après la déclaration du second pourvoi, P, site *Internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr)*.

Cass. civ. 3ième, 8 déc. 1999, arrêt relatif à la modification par les juges du fond de l'objet du litige, ces derniers ayant prononcé la révocation de l'ordonnance de clôture alors que celle-ci était demandée par l'une des parties à titre subsidiaire, la demande principale tendant au rejet des pièces et conclusions communiquées après l'ordonnance de clôture, *Bull. civ.*, III, n° 238, p. 167.

Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2001, arrêt relatif à l'obligation faite au juge de requalifier une demande engagée sur le fondement de l'erreur sur les qualités substantielles en action en garantie des vices cachés, *Bull. civ.*, I, n° 225, p. 141-142.

Cass. civ., 2ième, 3 avril 2003, Arrêt relatif aux conditions d'efficacité d'une mesure conservatoire en cas d'introduction d'une procédure nécessaire à l'obtention d'un titre exécutoire dans les délais requis même devant un juge incompétent, *Bull. civ.*, II, n° 97, p. 84.

Cass. com., 17 juin 2003, arrêt relatif à l'efficacité de l'insertion d'une clause de conciliation préalable obligatoire, *Bull. civ.*, IV, n° 101, p. 112.

Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, arrêt relatif à l'obligation pour le juge de requalifier une demande en annulations pour dol ou violence en action en annulation pour défaut de concessions réciproques dès lors qu'il avait été constaté en l'espèce que les parties avaient souhaité soumettre leur accord aux articles 2044 et suivants du Code civil, *Bull. civ.*, I, n° 174, p. 136.

Cass. civ. 2ième, 4 décembre 2003, n° 01-17269, P, Arrêt relatif à l'irrecevabilité d'un second pourvoi formé avant la déclaration de déchéance d'un premier pourvoi formé contre la même décision, site *Internet de Legifrance (legifrance.gouv.fr)*.

Cass. civ. 2ième, arrêt relatif à un élément nouveau, tel que la modification de l'âge des enfants, permettant de rendre recevable une nouvelle demande tendant comme la précédente à faire reconnaître un droit de visite et d'hébergement, 6 mai 2004, *Bull. civ.*, II, n° 208, p. 177-178.

Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006, arrêt relatif à l'obligation pour le demandeur d'énoncer dès la première instance l'ensemble des moyens de nature à fonder sa demande, *Gaz. Pal*. 2006, 2, p. 2515-2516.

Cass. civ. 1ière, 20 février 2007, relatif aux conditions de recevabilité de l'appel-nullité, *D.*, 2007, Actualité jurisprudentielle, p. 803.

Cass. crim., 3 avril 2007, illustrant le principe electa una via selon lequel si une partie choisit d'agir devant la juridiction civile pour obtenir réparation de son préjudice résultant d'une infraction, elle ne peut plus ensuite revenir sur son choix et effectuer la même action devant la juridiction pénale, *D.*, 2007, Actualité jurisprudentielle, p. 1424.

Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, Arrêt relatif aux pouvoirs du juge en cas d'exécution de mauvaise foi du contrat par les parties, « Cour de cassation: le Rapport 2007 », *Rev. Lamy dr. Civ*., 2008, n° 49, p. 19.

Cass. civ. 1ère, 30 octobre 2007, Arrêt relatif à la sanction du non-respect d'une clause de conciliation préalable obligatoire avant la saisine d'une juridiction, *Bull. civ*., I, n° 329, p. 290-291.

Cass. com, 19 févr. 2008, arrêt relatif à l'obligation pour le juge de requalifier une action récursoire en demande reconventionnelle, *J.C.P., G*, 2008, IV, n° 1569, p. 50.

Cass. soc., 18 mars 2008, arrêt relatif à l'illicéité d'un stratagème mis en œuvre par un huissier de justice dans le but d'obtenir une preuve, *D.* 2008, Actualité jurisprudentielle, p. 993.

Cass. civ. 1ière, 11 juin 2009, « La consécration juridique fondée sur le droit à un procès équitable ne consacre pas un droit acquis à une jurisprudence figée », *J.C.P. G.*, 2009, n° 26, 41, p. 16.

Cass. civ. 2e, 23 sept. 2010, arrêt relatif à la possibilité d'effectuer une seconde demande dès lors que l'objet de celle-ci est distinct de la précédente ayant conduit à un jugement devenu irrévocable, *D.* 2010, n° 35, Act., p. 2300.

Cass. civ. 1ère, 30 sept. 2010, arrêt concernant la recevabilité d'une seconde demande dont l'objet est distinct d'une précédente condamnation prononcée par un tribunal, *D.* 2010, n° 36, Act., p. 2372.

XVI - SITES INTERNET

www.abes.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.premier-ministre.gouv.fr

www.justice.gouv.fr

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres correspondent aux numéros des paragraphes)

A

Abdication : 10, 187, 306, 503
Abus :
- clause abusive : 381, 400
- comportement des plaideurs : 408
- désistement d'instance : 326
- droit à l'exercice d'une voie de recours : 407
- droit d'agir en justice : 169, 198, 223
- droit de la défense : 318, 407
- sanction : 407

Accord :
- entre les parties pendant le procès : 321, 325, 379
- issu d'un mode alternatif de règlement du litige :
  ° conciliation : 86
  ° médiation : 86
  ° transaction : 86
  ° homologation par le juge : 86
- procédural : 10 cf. sous *juge*

Acte :
- ambigu : 27, 29
- authentique : 43
- clair et précis : 28, 29
- dénaturation : 28
- de procédure :
  ° choix de l' : cf sous *choix*
  ° inertie : 308, 402
- de règlement du litige : 105 et s.
- judiciaire non juridictionnel : 86
- obscur : 27
- sous-seing privé : 106

Acquiescement : 306
Action :
- abusive : cf. sous *abus*
- aménagement : 10
- but de l' : 199
- choix de l' : cf sous *choix*
- déclaratoire : 9, 164
- dilatoire : 198
- en diffamation : 222
- évaluation des chances de succès : 36, 43, 163, 193
  ° recours aux modes alternatifs de règlement du litige : 83
- irrecevabilité de l' : 364
- liberté : 10, 197
- limites au droit d' : 197
- pétitoire : cf. sous *choix*
- possessoire : cf sous *choix*
- préventive : 164, 165
- subsidiaire : cf. sous *demande*
  ° *de in rem verso* : 219

Adage :
- *« Nemo auditur propriam turpitudinem »* : 197
- « Nul ne peut se faire justice à soi-même » : 10

Aléa :
- de la décision de justice : 271, 336, 401

Amiable composition : cf. sous *arbitrage, juge*
Anticipation :
- dans la prévention du litige : 25 et s.
- de l'aléa du jugement : 36
- des conflits d'interprétation du contrat : 39 et s.
- des modalités de règlement du litige : 71 et s.
- des chances de succès
  ° de l'action : cf. sous *action*
  ° d'une instance renouvelée : 328
  ° de l'appel : 330 et s.,
  ° du pourvoi en cassation : 338 et s.
- du déroulement du procès : 163 et s.
- du règlement d'un divorce : cf sous *choix*

- du risque de la preuve : 212
  ° réduction : 241
- interprétation du contrat : cf. sous *contrat*

Appel :
- abusif : 198
- dilatoire : 198
- effet dévolutif : 331
- évaluation des chances de succès de l' : cf. sous *anticipation*

Appréciation du juge : cf. *office du juge*

Arbitrage : 76
- aménagement des règles de procédure : 132
- amiable composition : 123, 138, 139
- clause d'arbitrage : cf. sous *clause*
- conditions de validité : 114
- confidentialité : 135
- convention d' :157
- délais de procédure : 154
- différents types d' : 112
- économie d'argent : 136
- évaluation des chances de succès du recours à l': 146 et s.
- utilisation à mauvais escient : 125 et s.

Arbitre : 137
- pouvoirs de l' : 138
  ° application de la hiérarchie des normes : 142
  ° application des règles substantielles : 138
- spécificités : 137

Astreinte : 7, 351, 357, 375, 377, 398, 399
- arbitrage : 137, 140, 157

Audience :
- présence à l' : 299

Autonomie de la volonté : 10, 36, 55, 157

Autorité de la chose jugée :
- éléments constitutifs : 216
- exception de l' : 218
  ° application à la matière pénale : 224
- décision issue d'une juridiction pénale : 224
- effet positif : 224,

Aveu :
- extrajudiciaire : 188
- judiciaire : 220, 336, 411

B

Bonne foi :
- clause de : 42
- mise en œuvre de la clause résolutoire : 62, 67
- incidence sur le résultat de l'action en justice : cf. sous *comportement*
- interprétation du contrat : cf. sous *contrat*
- pendant l'exécution du contrat : 32, 36, 42
- présomption de : 213
- principe de : 36, 182, 409, 410

C

Caducité : 363

Cassation :
- cas d'ouverture à : 340

Cause de la demande : 216

Choix : 166
- de l'acte de procédure introductif d'instance : 293
- de l'acte de règlement du litige : 105 et s.
- de la loi applicable au litige :
  ° arbitrage : 133
  ° contrat comportant un élément d'extranéité : 44
  ° divorce : cf sous *extranéité*
- du règlement arbitral du litige : 111
- du mode de règlement du litige : 72, 73
  ° absence de : 74

- du tiers dans le cadre des modes alternatifs de règlement du litige : 101 et s.
- entre différentes actions :
  ° action estimatoire/rédhibitoire : 219
  ° action en exécution ou résolution du contrat : 219
  ° action en référé/au fond : 229, 254
  ° action civile/pénale : 223
  ° action possessoire/pétitoire : 251
  ° action possessoire/référé possessoire : 253
  ° référé-provision/Injonction de payer : 7, 228
- entre différentes procédures: 7
  ° Procédure orale/écrite : 250
- entre différentes juridictions : cf sous *compétence*
- de la saisine d'un fonds d'indemnisation : 225
- absence de :
  ° requête sur le fondement de l'article 145 du CPC

Chose jugée :
autorité de la chose jugée

Clause :
- abusive : cf. sous *abus*
- attributive de juridiction : 243
- claire et précise : 29, 44, 45, 46, 47
- compromissoire : 9
- conflit de : 50
- d'adaptation : 44
- d'arbitrage : 115
- d'arrangement amiable : 42, 47, 76, 240
- d'astreinte : 43
- de bonne foi : cf. sous *bonne foi*
- de conciliation : 47
- de dédit : 54
- de définition : 48
- d'évitement du litige : 42 et s.
- d'expertise : 83
- de hardship : 44
- de priorité : 50
- de prix à dire d'expert : 43
- d'imprévision : 43
- d'intégralité : 51
- d'interprétation : 49
- de garantie à première demande : 55
- de *material adverse change* : 43
- de médiation : 47
- de *mini-trial* : 240,
- de non-reconduction tacite : 43
- de non-recours : 43
- de règlement des différends : 47
- de renégociation : cf. sous *renégociation*
- de révision : cf. *clause de renégociation*
- pénale : 43
- relatives à l'instance : 245
- résolutoire : 62

Cohérence : 144, 220, 270, 276, 279, 292, 334, 348, 351, 381, 390, 410, 419, 423

Collaboration des parties et du juge :
- dans la recherche de la vérité : 403

***Common Law* :** cf. *droit anglo-saxon, systèmes juridiques*

Compétence :
- clauses attributives de : cf. sous *clause*
- doute sur la : 300
- option de :
  ° entre le tribunal administratif/civil : 226
  ° entre le tribunal de commerce/TI ou TGI : 227
  ° entre le tribunal d'exception/de droit commun : 250, 259
  ° territoriale : 230
- litige comportant un élément d'extranéité :
  ° choix de la juridiction compétente : 232, 235, 236, 244

Comportement :
- abusif : cf. sous *abus*
- appréciation par le juge : cf. sous *office du juge*

° Incidence sur l'interprétation du contrat : 37, 43, 67
° Incidence sur le résultat de l'action : 180, 182, 185, 203, 405
° Incidence sur le coût du procès : 256
- de mauvaise foi : 67
- procédural déloyal : 409, 410, 411
- dilatoire : 88, 127, 130, 185, 414, 415
- incohérent : 127, 316, 335, 344
- rupture unilatérale pour comportement grave : 61
- tolérant : 180, 181
° risques : 182

Compromis : 114

Concentration :
- des demandes : 217
- des moyens : 216

Conciliateur : 103

Conciliation : 76

Conclusions : cf. *écritures*
- défaut de réponse à : 296
- « tardives » ou de « dernière heure » : 413

Confidentialité :
- arbitrage : 113, 133
° limites : 155, 155
- modes de règlement alternatifs du litige : 93
- principe de : 83

Contractualisation : cf. sous *accord*

Contrat :
- acte de prévision : 38
- incomplétude : 43, 123
- interprétation de l'arbitre : 138
- interprétation du juge :
° anticipation : 211 et s.
° méthodes d'interprétation : cf. sous *interprétation*
° notion de bonne foi et d'équité : 36
° protection de la partie faible : 34, 36
° Statut du conctractant : 169
- loyauté : 32
- rupture unilatérale : 59, 61

Convention de procédure participative : 76 et s.

Coût :
- de l'arbitrage : 136
- des modes alternatifs de règlement du litige : 81
- du procès **:** 256
° évaluation : 256, 257, 258, 259

D

Défaut de comparution : 298, 307

Défense :
- abusive ou dilatoire : cf. sous *abus*
- droits de la : 287
° principe du contradictoire : 412
- moyens de : 309 et s., 409
° invocation à mauvais escient : 414
- au fond : 313

Délai :
- de grâce : 62, 66, 247, 564
- de procédure :
° sanction en cas de non-respect : 416
- préfix : 185
- raisonnable : 246

Demande : 219
- acquiescement à la : cf. sous *acquiescement*
- contestation du fondement juridique de la : 315
- accessoire : 219
- incidente : 298
° arbitrage : 128
- nouvelle : 333
° interdiction : 335
- principale : 219, 220
- reconventionnelle : 319, 320
- susbsidiaire : 219, 220

Dématérialisation de la procédure : 248, 260

Dénonciation de nouvel œuvre : 164

Désistement :
- d'instance : 326
  ° distinction avec le désistement d'action : 356

Dilatoire :
- intention dilatoire : 223

Documents contractuels : 40

Droit :
- administratif : 9
- anglo-saxon : cf. *Common Law*
- communautaire : 232, 234, 235
  ° Action préventive : 165
- comparé :
  ° droit allemand : 234, 235, 236
  ° droit anglo- saxon : 235, 236
- de rétention : 58
- européen des contrats : 32, 237
- imprévisibilité : 266 cf. *insécurité juridique*
- international : 44
  ° principes Unidroit : 44, 57, 75
- international privé : cf. sous *extranéité*
- judiciaire privé **:** cf. *procédure* : 6
- naturel : 14, 276, 424
- pénal : 9

E

Ecritures :
- rédaction des : 292, 296, 297

Efficacité :
- de l'acte introductif d'instance : 292, 294
- de l'action : 261
- de la décision :
  °élément d'extranéité : 233
- de l'appel : 337
- de l'instance renouvelée : 328
- de la procédure :
  ° d'arbitrage : 140
- de la requête : 290, 291
- du contrat : 32
- du jugement : 367, 398
- du recours en cassation : 295
- du serment : 524
- stratégie : 2

***Efficient breach of contract* :** 44, 166

Equité : 271
- arbitrage: 123
- modes alternatifs de règlement du litige: 93
- sentiment d': 36
  °variable selon la qualité du justiciable: 271

***Estoppel* :** 197, 316, 344
- arbitrage : 127
- moyen de défense : 409
- sanction d'un comportement déloyal : 410

Exception :
- de nullité : 185
- de procédure : 311
- d'inexécution : 59

Exécution forcée :
- du jugement : 6, 9,
- de l'acte de règlement amiable du litige : 71, 106, 107, 119
- du contrat : 43, 59, 69, 162, 334

Exécution :
- anticipation : 261
- forcée :
  ° du jugement : 6, 9
  ° de l'acte de règlement amiable du litige : 71, 106, 107, 119
  ° du contrat : 43, 59, 69, 162, 334
- provisoire :
  ° du jugement : 247, 261
- voies d'exécution : 6, 9

Exequatur : 262

Expert : 102

Extranéité :
- choix de la loi applicable : 234, 235
  °divorce : 385
- litige comportant un élément d'extranéité : 184

F

Faits litigeux : 211
Fin de non-recevoir : 312
Fonction de juger : 271
- accord des parties sur la : cf. *juge*
- en amiable compositeur :
  ° par l'arbitre : 148 et s.
  ° par le juge : cf. *juge*
- objectif poursuivi : 271
- subjectivité : 271

Fondement de la demande : 216
- modification en appel du : 333
  ° option offerte par un texte : 334

G

Garantie : 174
- à première demande : 48
- sûreté : 174

H

Hiérarchie :
- clause de : 50
- dans l'ordre des demandes : 211, 219, 220

Homologation : 86, 96, 99, 106. Cf. sous *exécution forcée*

I

Information :
- sur la situation de l'adversaire : 171

Immixtion : 53
***Imperium* du juge** : 262
***Incoterms* :** 44
Injonctions du juge : 403
Insécurité juridique : 34, 36, 273, 274, 65
- principe de loyauté : 409
- revirement de jurisprudence : cf. sous *jurisprudence*
- dans le cadre de l'arbitrage : 149

Insolvabilité : 186
Instance :
- définition : 284
- lien d' : 285
- renouvelée : 328

Interdiction de se contredire au détriment d'autrui : cf. sous *estoppel*
Interprétation :
- de la loi : cf. sous *loi*
- des arrêts de la Cour de cassation : 278
- du contrat : cf. sous *contrat*
- méthodes (ou techniques) d' :
  ° de la loi : 276
  ° du contrat : 30, 31, 32, 33, 36
- pouvoirs du juge : 10, 336

J

Juge :
- devoirs : 351
- objectif poursuivi : 271
- pouvoirs : 351
  ° aménagement conventionnel : 95, 360
  ° amiable composition : 341, 360
  ° discrétionnaire : 397
  ° variation de la nature des : 399
- de la Cour de cassation :
  ° pouvoir de contrôle : 347, 395
- du fond
  ° pouvoir souverain d'appréciation : 396

Jugement :
- de donné acte : 197, 379
- d'expédient : 379
- efficacité du : cf sous *efficacité*
- exécution du : 261
- exécution provisoire du : cf. sous *exécution*
  ° suspension du : 247

Jurisprudence :
- en tant que source de droit : 268, 275
- de la CJUE :

° incidence sur le droit interne : 270
- de la Cour EDH :
° incidence sur le droit interne : 270
- rétroactivité de la : 274
- revirement de : 273
- revirement non rétroactif de : 277

L

***Lex mercatoria* :** 44, 122
Liberté :
- choix de l'action : cf. sous *choix*
- contractuelle : Cf. sous *autonomie de la volonté*
- procédurale : 10
° modes alternatifs de règlement du litige : 80

Litigant : 10
- qualité : 200
- moyens d'action : 202

Litige :
- comportant un élément d'extranéité : cf. *extranéité*
- définition : 19
- distinction avec le procès : 19
- évitement du : 23
° moyens contractuels : 23, 26

Litispendance : 184
Loi :
- impérative étrangère : 238
- imprévisibilité de la : 266
- interprétation de la :
° *contra legem* : 269
° imprévisibilité : 269 et s., 336
° prévisibilité : 275 et s.
- nouvelle en cours d'instance : 267
- protection de la partie faible : 397

Loyauté :
- contractuelle : cf. sous *comportement, contrat*
- de la preuve : 205
- procédurale : cf. sous *principe*

M

Médiateur : 103
Médiation : 76
Mesures :
- conservatoires : 175, 176
° obstacles : 317
- d'exécution forcée : 176, 357
° obstacles : 317, 375
- de justice privée : 55
- *in futurum* : 207, 213
- préventives : 202

Modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) : cf. (MARL)
Modes alternatifs de règlement des différends : cf. (MARL)
Modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) :
- apaisement du conflit : 92
- notion : 4
- utilisation à mauvais escient : 86
° stratégie dilatoire : 88
° obstacle : 87

Motivation :
- défaut de : 296
° recours devant la Cour EDH : 296
- de la décision : 272
° laconique : 272

Moyen(s) :
- de défense : cf. sous *défense*
- définition : 296
- distinction avec l'argument : 296
- mélangé de fait et de droit : 342
- nouveau : 342, 343
- soulevé d'office :
° obligation du juge : 362, 363, 364, 365, 366
° faculté du juge : 390, 391

N

Non-cumul :
- du possessoire et du pétitoire : 252

- responsabilités contractuelle et délictuelle : 220

O

Objet de la demande : 217, 218
Obligation de bonne foi : 32, 180
- coopération : 32, 42
- loyauté : 32

Obligation naturelle : 169
Obligation procédurale des parties :
- non-respect de l' :
  ° sanction du juge : 406

Office du juge :
- accroissement des pouvoirs du juge : 10
- délais de procédure : 10, 255
- faits litigieux : 211
- liberté du juge : 373 et s.
- obligations du juge : 10, 355 et s.,

Option de compétence : cf. sous *compétence*
Oralité : 250, 259
Ordre public :
- international : 138
- procédural : 10
- règles d'ordre public : 10, 73,
  ° respect par l'arbitrage : 125
  ° respect par les modes alternatifs de règlement du litige : 86

P

Patrimoine : 171
- Insaisissabilité : 173

Plaidoirie : 201
Pourvoi en cassation :
- évaluation des chances de succès du : cf. sous *anticipation*

Pouvoirs :
- du juge :
  ° définition : cf sous *juge*

Prescription : 183, 185
Preuve :
- anticipation du risque de la : cf. sous *anticipation*
- efficacité :
  ° recours à un huissier de justice : 205
- loyauté : cf. sous *loyauté*
- pouvoirs du juge : 214
- préconstitution de la : 205
- recherche par le juge : 369
- réduction du risque de la : cf. sous *anticipation*

Principe(s) :
- de concentration des demandes : cf. sous *concentration*
- de concentration des moyens : cf. sous *concentration*
- de loyauté procédurale :
  ° sanction en cas de non-respect : 344, 409
- directeurs du procès : 286
- dispositif : 10
- du contradictoire : 286
  ° sanction du non-respect par les parties : 412
- *electa una via* : 223,

Procédure :
- définition : 4, 9
- distinction avec le procès : 9

Procès : cf. *procédure*
- définition : 9

Q

Qualification juridique des faits : 193, 215, 395
Question préjudicielle : 270
Question prioritaire de constitutionnalité : 270

R

Radiation : 365

Règles de procédure :
- dérogation : 10

Règles impératives :
- droit international privé : 10
- droit interne : 10

Règles d'ordre public : cf. *règles impératives*

Renégociation :
- clause de : 28, 54
- obligation de : 32, 42

Renonciation à agir :
- temporairement : 10

Requalification :
- du contrat : 37
- des faits litigieux : 395

Résultat : 4, 7, 192
- comparaison sentence arbitrale/ décision de justice : 141, 153
- comparaison solution négociée/ solution juridictionnelle du litige : 95 et s.

Risque :
- de l'action : 191
- de la preuve : 212
  ° cantonnement : 213

S

Saisie :
- obstacle : 173

Saisine pour avis : 346

Sécurité juridique : 279

Sentence arbitrale :
- anticipation du résultat issu de la : 147 et s.
- comparaison avec le résultat issu d'une décision de justice : cf. *résultat*

Serment :
- décisoire : 213, 327,
- supplétoire : 403

Solution :
- juridictionnelle du litige :
- négociée du litige : 42, 119 cf. sous *accord*
- unilatérale du litige : 55

Statut :
- de l'adversaire : 169

Stratégie :
- application à la procédure : 4, 5, 10
- changement de : 120
- d'anticipation : 19
- d'attente : 167
- définition : 2, 6
- différents domaines d'application : 3
- choix de la juridiction compétente : 223
- dilatoire : 307, 308, 318
  °arbitrage : 127 et s.
  ° modes alternatifs de règlement du litige : 88
- du jeu : 8
- du juge : 352, 405

Systèmes juridiques : 14, 236

T

Tactique :
- distinction avec la stratégie : 3

Titre exécutoire européen : 262

Temps :
- de la procédure d'arbitrage : 134
- des modes alternatifs de règlement du litige : 81
- du droit : 11
- du procès :
  ° évaluation : 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255
- écoulement du :
  ° Effet sur le cocontractant : 187
  ° Incidence sur le résultat de l'action : 180, 181, 183, 184
- pouvoirs du juge : cf. sous *office du juge*
- stratégie de l'adversaire : 185, 186

Théorie de l'apparence : 53, 169

Tiers :

- appel en garantie : 302
- intervention dans le cadre d'un mode alternatif de règlement du litige : 76, 98 et s.
  ° qualité du : 101 et s.

Transaction : 10, 73, 76

Tribunal arbitral :
- constitution : 158

U

Usages : 122

V

Voies d'exécution : cf exécution

Voies de recours : cf *sous appel* et *pourvoi en cassation*
- arbitrage : 129

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 1

Première partie : La stratégie d'anticipation appliquée au litige 49

Titre 1 : La stratégie dans les solutions contractuelles de prévention ou de résolution du litige 53

Chapitre 1 : La stratégie dans la prévention du litige 55

Section 1 : L'anticipation de l'interprétation du contrat.....55
§1 : La difficile ligne de partage entre l'acte clair et l'acte ambigu 56
§2 : Les méthodes de règlement des conflits d'interprétation du contrat 59
A. La prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux.....61
B. Les limites à la prévisibilité de la solution sur le fond du droit litigieux.....72
Section 2 : L'anticipation des conflits d'interprétation du contrat 81
§1.Une rédaction minutieuse du contrat 81
§2 : L'usage des différentes formes de clauses d'interprétation pour une meilleure prévisibilité de l'interprétation du contrat.....99

Chapitre 2 : La stratégie dans la résolution du litige né 105

Section 1 : La stratégie consistant à se faire justice à soi-même de manière provisoire ou définitive.....109
§1 : La stratégie consistant à se faire justice à soi-même de manière provisoire dans le but d'inciter le débiteur à l'exécution de son obligation.....109
§2 : La stratégie consistant à se faire justice à soi-même de manière définitive dans le but de mettre un terme au contrat 113
Section 2 : Une stratégie risquée au regard de l'éventuelle tactique de l'adversaire 120
§1 : La tactique de l'adversaire dans l'utilisation des moyens de contestation autres que ceux ayant trait à la clause résolutoire.....120
§2 : La tactique de l'adversaire dans l'invocation des moyens de contestation propres à la clause résolutoire 122

Titre 2 : La stratégie dans le choix du mode de règlement du litige 129

Chapitre 1 : La stratégie dans le règlement négocié du litige 141

Section 1 : Le choix du recours aux modes alternatifs de règlement du litige.....150
§1 : La stratégie consistant à éviter les effets résultant des modes juridictionnels de règlement du litige 151
A.Du bon usage des modes alternatifs de règlement du litige.....151
B. De l'usage limité des modes alternatifs de règlement du litige à mauvais escient 156
§2 : Le recours aux modes alternatifs de règlement du litige en miroir de la spécificité des juridictions étatiques.....162
A.L'absence d'accord entre les litigants quant à l'encadrement des pouvoirs du juge 163
B.La présence d'accords entre les litigants quant à l'encadrement des pouvoirs du juge...166
Section 2 : Le choix d'un mode alternatif de règlement du litige adapté.....167
§1 : Le choix d'un mode alternatif de règlement du litige impliquant ou pas la présence d'un tiers 167
A.La stratégie dans le choix de recourir à un tiers dans le règlement amiable du litige 167
B.La stratégie dans le choix de la qualité que peut revêtir le tiers pour régler le litige.....168

§2 : La stratégie dans le choix de l'acte de règlement du litige 174

Chapitre 2 : La stratégie dans le règlement arbitral du litige 185

Section 1 : Le choix du recours à l'arbitrage 187
§1 : Les arguments, à eux seuls, inopérants 192
A.Au regard de certains attraits de l'arbitrage 192
B.Au regard de l'utilisation de l'arbitrage à mauvais escient 200
a.Le recours à l'arbitrage dans un but autre que dilatoire 200
b.Le recours à l'arbitrage dans un but dilatoire 202
§2 : Les arguments justifiant, à eux seuls, le recours à l'arbitrage 209
§3 : Les éléments corroborant ou pas le choix de recourir à l'arbitrage 221
Section 2 : L'efficacité de la stratégie dans le choix du recours à l'arbitrage 228
§1 : L'évaluation des chances de succès du recours à l'arbitrage par rapport au resultat escompté 228
A.La prévisibilité de la sentence quant au résultat sur le fond du droit litigieux 229
a.Dans le cadre du choix de recourir à l'amiable composition 229
b.En dehors du choix de recourir à l'amiable composition 232
B.La prise en compte de certains éléments ne concernant pas le fond du droit 235
§2 : Les mesures permettant de garantir l'efficacité de l'arbitrage 239

Deuxième partie : La stratégie d'anticipation appliquée au procès 249

Titre 1 : La stratégie dans la décision d'agir en justice 251

Chapitre 1 : La stratégie d'attente 255

Section 1 : Analyse du profil de l'adversaire 255
§1 : L'attitude, l'identité, le statut et l'étendue du patrimoine de l'adversaire 255
A.L'étude de l'attitude de l'adversaire, de son identité et de son statut 255
B.Le patrimoine de l'adversaire lié au statut de celui-ci 259
§2 : La prise de mesures préventives en vue d'une éventuelle action en justice concernant le recouvrement d'une créance 261
A.Les mesures propres au débiteur 261
B.Les mesures propres au créancier 264
Section 2 : L'utilisation de l'écoulement du temps par chacun des litigants 268
§1 : La stratégie du litigant demandeur potentiel à une éventuelle action en justice 268
A.Un comportement tolérant 268
B.Les risques d'un comportement tolérant 269
C.Les risques d'une action en justice non exercée rapidement 273
§2 : La stratégie de l'adversaire 275

Chapitre 2 : La stratégie pour une action en justice efficace 281

Section 1 : L'évaluation des chances de succès de l'action au regard des éléments propres aux litigants et à la matière litigieuse 283
§1 : Les éléments propres au litigant souhaitant agir en justice 283
A.L'objectif poursuivi par le litigant et la qualité de ce dernier 283
a.L'objectif poursuivi par le litigant 283
b.La qualité du litigant 291
B. Les moyens d'action du litigant 292
a.La stratégie au regard du comportement à adopter dans certains cas particuliers 293
b.La stratégie dans la prise de mesures en matière de preuve 295
1.La préconstitution de la preuve 295
2.Le recours à l'article 145 du CPC 297
§2 : L'incidence de la présentation de l'affaire au juge et du choix de la procédure applicable sur le résultat de l'action 299

A.L'incidence de la présentation de la situation litigieuse sur l'évaluation des chances de succès de l'action....300
a.En droit interne....300
b.Dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité....350
B.L'incidence d'un accord entre les parties sur l'évaluation des chances de succès de l'action....369
a.Les clauses relatives à la preuve....370
b.La prorogation conventionnelle de compétence....370
1.En droit interne....371
2.Dans le cadre d'un litige comportant un élément d'extranéité....371
c.Les clauses relatives à l'instance....373
C.L'incidence du temps, du coût du procès ainsi que de l'exécution du jugement sur l'efficacité d'une action en justice....376
a.L'évaluation du temps du procès....376
b.L'évaluation du coût du procès....389
c. L'anticipation du déroulement de l'exécution du jugement....393
Section 2 : L'évaluation des chances de succès de l'action au regard des éléments ne dépendant pas de la volonté des litigants....397
§1 : L'évolution de la loi....397
A. Une imprévisibilité inhérente au droit en général....398
B.Une imprévisibilité limitée....398
§2 : L'évolution de la jurisprudence....401
A.Les arguments tendant à l'imprévisibilité de l'interprétation des lois par les juges....402
B.Les arguments tendant à la prévisibilité de l'interprétation des lois par les juges....411

Titre 2 : La stratégie dans le cadre de l'instance diligentée....421

Chapitre 1 : La stratégie de chacune des parties au regard de leurs intérêts respectifs....425

Section 1 : La stratégie dans l'attaque du demandeur....426
§1 : La stratégie du demandeur dans le cadre d'une procédure unilatérale....427
§2 : La stratégie du demandeur dans le cadre d'une procédure contradictoire....428
Section 2 : La stratégie dans la riposte du défendeur....452
§1 : La stratégie dans les différentes ripostes possibles du défendeur....453
A.L'acquiescement à la demande....453
B.Le choix de ne pas comparaître et de ne pas accomplir certaines diligences....454
C.Les moyens de défense....457
a.Une défense habile sans être déloyale....457
1.La stratégie tendant à faire obstacle au déroulement de la procédure par le biais des exceptions de procédure....457
2.La stratégie dans l'utilisation des fins de non-recevoir tendant à contester l'action elle-même....460
3.La stratégie dans l'invocation d'autres moyens de défense....461
b.Une défense abusive ou déloyale....464
D.La demande reconventionnelle....465
E.La recherche d'un accord....467
§2 : La stratégie dans la réaction du demandeur....467
A.La stratégie du demandeur au regard de l'attitude procédurale du défendeur indépendamment de la défense au fond de ce dernier....467
B.L'adaptation de la stratégie de départ du demandeur au cours de l'instance et ses limites....468
C.La stratégie dans l'évaluation des chances de succès d'une instance renouvelée....471
a.L'évaluation des chances de succès de l'appel....472
1.Au regard des conditions de validité....472
2.Au regard de certains éléments ayant une incidence sur l'efficacité de l'appel....486
b.L'évaluation des chances de succès du pourvoi en cassation....489
1.Au regard des conditions de validité....489

2.Au regard des pouvoirs du juge de cassation 496

Chapitre 2 : La stratégie de chacune des parties au regard de l'office du juge 501

Section 1 : L'incidence des obligations du juge dans l'exercice de sa fonction sur l'efficacité de l'action 507

§1 : La stratégie au regard des obligations du juge face à une demande ou à un accord des parties 507

A.Le juge lié par une demande des parties ayant trait à son office en matière procédurale 507

B.Le juge lié par l'accord des parties ayant trait à sa fonction de juger 509

§2 : Les obligations du juge indépendamment d'une demande des parties 512

A.Eu égard à la régularité de la procédure 512

B.Eu égard à la situation litigieuse 514

Section 2 : L'incidence de la liberté du juge dans l'exercice de sa fonction sur l'efficacité de l'action 515

§1 : La liberté du juge face aux parties et à la situation litigieuse 516

A.La liberté du juge face à la demande des parties ou conditionnée par celle-ci 516

a. La liberté du juge face à une demande des parties 516

b.La liberté du juge subordonnée à une demande des parties 522

1.En droit interne 522

2.Dans le cadre du règlement du litige comportant un élément d'extranéité 524

c.L'efficacité des pouvoirs du juge subordonnée à l'accord des parties 530

B.Indépendamment de la demande des parties 532

a.Au regard du lien entre le droit procédural et la situation litigieuse 532

b.L'incidence des injonctions du juge sur le résultat sur le fond du droit litigieux 555

§2 : La liberté du juge face au comportement des parties l'une envers l'autre et à la situation litigieuse 557

A.Dans le cadre contractuel 557

B.Dans le cadre procédural 558

CONCLUSION GENERALE 583

BIBLIOGRAPHIE 591

INDEX ALPHABETIQUE 661

TABLE DES MATIERES 671