HAL
open science

La saisine du juge des referes en matière civile : étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien

Ahmad Alkhudhair

To cite this version:

Ahmad Alkhudhair. La saisine du juge des referes en matière civile : étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien. Droit. Université de Strasbourg, 2019. Français. NNT : 2019STRAA004 . tel-02429207v2

HAL Id: tel-02429207

https://theses.hal.science/tel-02429207v2

Submitted on 13 Jan 2020

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.

Université de Strasbourg

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Ecole doctorale des sciences juridiques | ED 101
Université de Strasbourg

ÉCOLE DOCTORALE Droit, science politique et histoire (101)

[Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351]

THÈSE

Présenté par :

Ahmad ALKHUDHAIR

Soutenue le : **27 juin 2019**

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/Spécialité : Droit privé

La saisine du juge des référés en matière civile. Étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien

THÈSE dirigée par :

Madame Dominique D'AMBRA Professeure à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Monsieur Nicolas CAYROL Professeur à l'Université François-Rabelais de Tours

Monsieur Yves STRICKLER Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis

---

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur Georges WIEDERKEHR Professeur émérite à l'Université de Strasbourg

Monsieur Masad ALENZI Professeur associé à l'Université du Koweït

L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes chers parents

À Norah

À mes deux adorables filles
Awatef
Bashayer

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord, à remercier Madame la Professeure Dominique d'AMBRA, pour avoir accepté de diriger mes travaux de recherches, et pour tout son soutien et ses précieux conseils, prodigués, dans la rédaction de ma thèse. Et plus généralement, pour sa disponibilité.

Je tiens aussi à remercier chaleureusement, le Professeur Georges WIEDERKEHR, doyen honoraire de la faculté de droit de l'université de Strasbourg, Monsieur le Professeur Masad ALENZI, Monsieur le Professeur Nicolas CAYROL, et Monsieur le Professeur Yves STRICKLER, d'avoir bien voulu compter au nombre des membres du jury de ma soutenance.

J'exprime également ma gratitude à ma famille, notamment, à mes très chers parents et à ma chère épouse Norah, ainsi qu'à mes frères Saleh et Abdullah et ma sœur Dana, pour leurs encouragements permanents. Et tout particulièrement, à mes filles Awatef et Bashayer, pour leur patience.

Mes remerciements vont aussi à mon jeune frère, également, étudiant en droit, à l'Université de Strasbourg, à qui je dois en partie, le choix de mon sujet de thèse. C'est en effet à l'occasion d'un échange de nature juridique, qu'il m'a soumis une question d'ordre procédural, qui a donné naissance à la problématique de mon sujet de thèse.

Mes vifs remerciements s'adressent aussi à mes amis pour leur soutien et leur aide. Et particulièrement à Ali ALENZI. Ainsi à Abdoulaziz WANE, pour son appui et son assistance apportés tout au long de la rédaction de mon travail.

Ma reconnaissance va enfin au gouvernement koweïtien et à l'Université du Koweït pour m'avoir accordé leur confiance en finançant le présent travail de recherche.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE
La compétence du juge des référés

TITRE I : La compétence ordinaire du juge des référés
Chapitre I : La compétence d'attribution
Chapitre II : La compétence territoriale
Chapitre III : La compétence temporelle
TITRE II : Le rôle de la volonté des parties dans la désignation du juge des référés compétent
Chapitre I : La prorogation conventionnelle de compétence
Chapitre II : La convention d'arbitrage

DEUXIÈME PARTIE
Le pouvoir juridictionnel du juge des référés

TITRE I : Les conditions de recevabilité de l'action en référé
Chapitre I : Les conditions positives de la recevabilité de l'action en référé
Chapitre II : Les conditions négatives de la recevabilité de l'action en référé

TITRE II : Les conditions de saisine du juge des référés
Chapitre I : La condition essentielle de saisine du juge des référés : l'absence de saisine au principal
Chapitre II : Les chefs de saisine du juge des référés

CONCLUSION

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Admi.K.	Chambre administrative de la Cour de cassation koweïtienne
aff.	Affaire
AJ fam.	Actualité Juridique famille
AJDI	Actualité Juridique droit immobilier
al.	Alinéa
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation française
Ass. plén.K.	Assemblée plénière de la Cour de cassation koweïtienne
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation française
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française
C. civ.	Code civil français
C. civ.B.	Code civil belge
C. civ.É.	Code civil égyptien
C. civ.K.	Code civil koweïtien
C. com.	Code de commerce français
C. com.É.	Code de commerce égyptien
C. com.K.	Code de commerce koweïtien
C.O.J.	Code de l'organisation judiciaire français
C.P.C.	Code de procédure civile français
C.P.C.É.	Code de procédure civile et commerciale égyptien
C.P.C.K.	Code de procédure civile et commerciale koweïtien
C.P.P.	Code de procédure pénale français
C.P.P.É.	Code de procédure pénale égyptien
C.P.P.K.	Code de procédure pénale koweïtien
Cass.	Cour de cassation française
Cass.B.	Cour de cassation belge
Cass.É.	Cour de cassation égyptienne
Cass.K.	Cour de cassation koweïtienne
CE.	Conseil d'État français
CE.É.	Conseil d'État égyptien
Chron.	Chronique
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation française
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation française
Civ.É.	Chambre civile de la Cour de cassation égyptienne
Civ.K.	Chambre civile de la Cour de cassation koweïtienne
CJA	Code de justice administrative
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Com.K.	Chambre commerciale de la Cour de cassation koweïtienne
Comm.	Commentaire

concl.	Conclusion
Consti.É.	Cour constitutionnelle égyptienne
Consti.K.	Cour constitutionnelle koweïtienne
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Crim.	Chambre Criminelle de la Cour de cassation française
D.	Recueil Dalloz
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)
(Dir.)	Sous la direction de
Doct.	Doctrine
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941)
Dr. et proc.	Droit et procédures
éd.	Édition
etc.	*Et cetera* (*Et cætera*)
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem* (Au même endroit)
Infra	Ci-dessous
IR.	Informations Rapides
J.A.F.	Juge aux affaires familiales
J.M.E.	Juge de la mise en état
JCP	Juris-Classeur périodique « Semaine juridique », édition générale
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
JCP N	Juris-Classeur périodique, édition Notariale et Immobilière
JDI	Journal du droit international (Clunet)
juris.	Jurisprudence
L.G.D.J.	Libraire générale de droit et de jurisprudence
Lebon	Recueil des arrête du Conseil d'État « Dalloz »
LEDB	L'essentiel droit bancaire
LPA	Les Petites Affiches
LPF	Livre des procédures fiscales
n°	Numéro
obs.	Observations
op. cit.	Ouvrage précité
op. et loc. cit.	Ouvrage et lieu précités
ord. réf.	Ordonnance de référé
ord. req.	Ordonnance sur requête
P.U.F.	Presses Universitaires de France
P.U.A.M.	Presse Universitaires d'Aix-Marseille
pan.	Panorama
Pas.	Pasicrisie belge (Recueil général de la jurisprudence belge)

PBRI	Les arrêts Publiés au Bulletin au Rapport annuel à la Cour de cassation sur le site Internet
préf.	Préface de
prop.	Proposition
RD publ.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDI	Revue de Droit Immobilier « Dalloz »
RÉP. CIV.	Répertoire de droit civil Dalloz
RÉP. COM.	Répertoire de droit commercial Dalloz
RÉP. CONT. ADM.	Répertoire de contentieux administratif Dalloz
RÉP. PR. CIV.	Répertoire de procédure civile Dalloz
RÉP. TRAV.	Répertoire de droit travail Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation française
req.	Requête
Rev.	Revue
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé « Dalloz »
Rev. dr. pén. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Rev. gén. proc.	Revue générale des procédures
RFDA	Revue française de droit administratif « Dalloz »
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJ com.	Revue de la jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil « Dalloz »
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial « Dalloz »
S.	Recueil Sirey
s.	Et suivants.
sem.	Semestre
SDER	Service de documentation, des études et du rapport
Somm.	Sommaires commentés
s.n.	*Sine nomine*
s.l.	*Sine locaux*
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation française
Soc.K.	Chambre sociale de la Cour de cassation koweïtienne
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
T.	Tribunal
T. confl.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir

INTRODUCTION

« *Un juriste n'est jamais satisfait lorsqu'il se sent le jouet de notions qu'il ne parvient pas à maîtriser complètement* »[1]

Roger Perrot (1920-2014)

Il ne peut y avoir de bonne justice, sans l'existence d'une juridiction de référé, pouvant si nécessaire, prendre rapidement en charge les intérêts du justiciable[2].

Cette étude est une approche comparative de la procédure de saisine du juge des référés, en droit français, égyptien et koweïtien. En France, le premier texte en matière de référé est apparu au XVIIe siècle[3], précisément le 22 janvier 1685[4], dans la jurisprudence du Châtelet de Paris[5]. Alors qu'en Égypte, il n'existait qu'une législation générale, depuis sa conquête par Omar Banou Al-Âass en l'an 642, droit inspiré de la « Charia »[6] (droit islamique), issue du Saint Coran, et de la Sunna[7]. C'était le cas aussi dans l'Émirat du Koweït, depuis sa création en 1705 jusqu'à l'émergence de l'État du Koweït en 1960[8]. Car, le droit islamique, ne prévoit pas de procédure de référé. En pratique cependant, le référé est parfois mis en œuvre notamment pour les voyageurs[9]. Auquel cas, c'est le juge du fond qui statue aussi en tant que juge de l'urgence et prend les mesures provisoires nécessaires. Y compris, avant toute saisine au fond, dans certains cas exceptionnels[10].

---

[1] R. Perrot, « Appel-nullité : excès de pouvoir et incompétence », *RTD civ.*, 1997, p. 746.

[2] La Cour Européenne des Droits de l'Homme, est un exemple de justice qui est devenue moderne. Elle connaît également les procédures d'urgence, telles qu'organisées par les articles 39, 40 et 41 du règlement de la Cour.

[3] E-M. Meijers, « Le développement des ordonnances sur référé en France », *Rev. Historique de droit français et étranger*, 26e année, 1984, n° 1, p. 259.

[4] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, Paris, Sirey, 1991, n° 1255, p. 1057.

[5] E-M. Meijers, *op.et loc. cit*.

[6] M. Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé,* th. Paris, préf. R. Perrot, L.G.D.J., 1967, n° 17, p. 8. ; I. Albadawi, *Le système de la juridiction islamique,* 2e éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2000.

[7] La Sunna fait référence aux propos du Prophète Mohammed ainsi qu'à ses actions, modèle de conduite à suivre en toutes circonstances.

[8] M. Alshybani et B. Almotairi, *La juridiction et les juges au Koweït, de la création de l'Émirat, jusqu'à l'émergence de l'État,* 1re éd., Koweït, Centre des manuscrits et des patrimoines culturels, 1999, p. 127.

[9] Y. Ghanem, *La juridiction des référés et ses enjeux pratiques dans les pays arabes,* 1re éd., Syrie, Homs, Tanwir des services d'impression, 1999, p. 41.

[10] *Ibid.*, p. 49. ; Parmi les mesures provisoires les plus importantes, on peut citer : la saisie conservatoire (de sauvegarde), la mise sous séquestre, la vente des créances périssables et la saisie de leur valeur, l'arrêt des activités et travaux causant des troubles du voisinage, les demandes de garde, le calcul de la pension alimentaire, et autres. *Ibid*., p. 41 s.

De fait, l'organisation actuelle de la procédure de référé en Égypte et au Koweït est une reprise de celle de l'ancien C.P.C. français de 1806. L'Émirat du Koweït pourtant alors sous occupation britannique[11], s'est aussi, tout comme l'Égypte, directement inspiré de la procédure civile française. Cette influence remonte à l'époque des conquêtes de Napoléon en Égypte (connues sous le nom de « Campagnes d'Égypte ») d'une part. Elle est aussi due aux travaux du « professeur Abdel El-Razek el-Sanhoury, juriste émérite, qui sera le principal artisan de la rédaction du Code civil égyptien de 1946 à 1949. Très influencé par le droit français, il va réaliser une œuvre monumentale qui réussira à combiner l'esprit de la législation islamique et le positivisme du Code Civil français. La loi n° 131 de 1948, adoptée sous Farouk 1er, roi d'Égypte, parachèvera ce mouvement : le Sénat et la Chambre des Députés adoptent et promulguent le Code civil du professeur El-Sanhoury, abrogeant par là même, les anciennes législations »[12] . L'adoption de l'ancien C.P.C.É. organisée par la loi n° 77 de 1949[13], suivra la même procédure. La notoriété internationale du Professeur d'El-Sanhoury conduit beaucoup d'États de la sous-région à lui confier la direction de la rédaction de leur code de procédure civile, et parfois même de leur loi fondamentale. Il dirigera ainsi la rédaction des codes civils irakien, syrien, jordanien, libyen, koweitien et des Émirats arabes unis[14]. C'est aussi lui qui a rédigé le projet du Code civil koweïtien de 1980 (toujours en vigueur) et du C.P.C.K. de 1960. Il est enfin le père de la Constitution koweïtienne du 11 novembre 1962[15].

[11] Le Traité du 23 janvier 1899, fait obligation au royaume Britannique de protéger le Koweït, contre toute occupation territoriale par l'Empire ottoman V. O. Alsalih*, le système constitutionnel et les institutions politiques au Koweït,* t. I, 2e éd., Koweït, Dar Alkitab, 2003, p. 52. En date du 19 juin 1961, jour-anniversaire de Déclaration d'indépendance de l'État du Koweït, celui-ci et le royaume britannique signent un nouveau Traité rendant caduc l'ancien Traité. *Ibid.,* p. 149.

[12] Histoire et Evolution des Codes civils français et égyptien, le site de l'ambassade de France au Caire, [En ligne], Disponible sur : http://www.ambafrance-eg.org/L-histoire-et-l-evolution-des (Consulté le 1/12/2018).

[13] V. M. Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, op. cit.*, n°17-19, p. 9, et n° 59-62, p. 20-21.

[14] Histoire et Evolution des Codes civils français et égyptien, le site de l'ambassade de France au Caire, [En ligne], Disponible sur : http://www.ambafrance-eg.org/L-histoire-et-l-evolution-des (Consulté le 1/12/2018). ; Les rédacteurs des Codes de procédure civile du Koweït, et des autres pays du Golfe ont été influencés par le droit égyptien V. par ex. le Code de procédure civile et commerciale de la République Arabe Unie. B. Atallah, « Le Code de procédure civile et commerciale de 1968 de la R.A.U », *RID comp*., 1969, Vol. 21, n° 3, p. 584-589, précisément, p. 584, la note de bas de page n° 13. [En ligne], Disponible sur : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1969_num_21_3_17460 (Consulté le 2/12/2018).

[15] La constitution du Koweït en française, [En ligne], Disponible sur : http://mjp.univ-perp.fr/constit/kw1962.htm (Consulté le 1/1/2017).

Le C.P.C.K. de 1960 a été abrogé et remplacé par le nouveau C.P.C.K. promulgué en 1980, et qui est par ailleurs une reprise textuelle du nouveau C.P.C.É., adopté lui en 1968[16]. Alors que ce dernier, reprennent l'ancien C.P.C. de 1806, lequel ne comporte pas les mêmes catégories de moyens de défense du C.P.C.[17]. C'est pour cette raison que les textes koweitien et égyptien, d'une part, ne comportent ni les principes directeurs du procès[18], ni d'organisation spécifique pour le contentieux en matière de référés[19]. D'autre part, ils sont plus succincts puisqu'il n'y a, dans chaque système, qu'un seul texte essentiel qui régit la procédure de référé : l'art. 31 al. 1 du C.P.C.K. (dont l'équivalent égyptien, est l'art. 45 al. 1 du C.P.C.É.) qui prévoit que : « sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire, et sans préjudice au principal, des questions suivantes:

1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps.
2- La question des contentieux d'exécution provisoire[20].

La compétence du juge des référés, n'évacue pas celle de la juridiction du fond, à condition que ces questions soient soumises à ce dernier, en tant qu'accessoire ».

Il résulte de ce texte un double constat : d'une part, au Koweït et en Égypte, le juge des référés n'est pas le président du TGI[21], contrairement à la situation française[22]. D'autre part, le laconisme de ce texte et son mode de rédaction introduisent une ambigüité sur les pouvoirs du juge des référés. Concernant notamment les conditions de saisine du juge des référés et la distinction de celles-ci avec la compétence du celui-ci, dont la mise en œuvre peut prêter à confusion. Il en est de même, en droit français, sous l'empire du l'ancien C.P.C. Celui-ci

[16] Il y'a de très fortes similitudes entre les droits koweitien et égyptien. Ce qui s'explique par plusieurs facteurs concordants. L'essentiel des dispositions koweïtiennes étant issues du droit égyptien Par ailleurs, Les conseillers techniques en poste auprès des parlement gouvernement koweïtien, étaient tous des ressortissants égyptiens. Par ailleurs, le droit égyptien fut le premier point de contact avec un droit d'inspiration étrangère. De plus jusqu'à très récemment, la plupart des enseignants-chercheurs de la faculté de droit de l'université du Koweït étaient égyptiens. D'où l'influence de la doctrine égyptienne, sur celle koweitienne. Enfin, beaucoup de magistrats étant encore originaires d'Égypte, il en résulte là aussi, une influence notable même en matière jurisprudentielle.

[17] N. Cayrol, « Les moyens de défense », in. I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier, *Quarantième anniversaire du code de procédure civile (1975-2015)*, éd. Panthéon-Assas, 2016, n° 1, p. 255. ; S. Jahel, « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in. S. Guinchard, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Paris, Dalloz, 2010, p. 723.

[18] A. Abdulfattah, *Les procédures civiles koweitiennes*, 4e éd., t. II, Koweït, Dar Alkitab, 2017, p. 209

[19] V. A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, 4e éd., t. I, Koweït, Dar Alkitab, 2017, p. 412.

[20] Cette subdivision n'existe pas dans l'art. 45 al. 1 du C.P.C.É.

[21] Dans ces deux pays, le président du TGI est le juge de la requête selon l'art. 22 du C.P.C.K. et l'art. 27 du C.P.C.É.

[22] Il faut noter que l'art. 95 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, a créé le tribunal judiciaire (entre en vigueur le 1er janvier 2020). Ce tribunal est une fusion du TGI et du TI. Les juge des référés sera alors le président du tribunal judiciaire.

« n'employait ni le verbe ni le nom (pouvoir) dans les articles 806[23] et suivants qu'il consacrait au référé »[24]. Alors qu'en France, depuis le décret du 9 septembre 1971, les pouvoirs du juge des référés sont définis de façon plus claire dans le C.P.C. Puisqu'il a employé le mot « pouvoir » dans le Sous-titre II du titre I du livre II « les pouvoirs du président »[25]. La distinction entre le pouvoir et la compétence apparaît en France dès 1971 et est mise en exergue par le Conseiller Viatte en 1976[26].

Cette confusion constitue la problématique essentielle de notre étude. Héritée du droit français[27], elle tient toujours une place importante en droit koweïtien et égyptien[28]. Il faut souligner qu'en matière de référé, cette confusion est fréquente[29]. Au travers d'expressions telles que : « le juge des référés n'est compétent qu'en cas d'urgence »[30] ou encore que : « l'existence d'une contestation sérieuse enlève toute compétence au juge des référés »[31]. En réalité, il s'agit là, selon nous, d'un abus de langage. D'une part, pour des raisons, terminologiques, le terme « compétence » est utilisé comme synonyme du terme « pouvoir »[32]. D'autre part, en raison de l'usage du terme « compétence » de manière trop souvent impropre. On parle ainsi d' « incompétence » à chaque fois le juge est dépourvu du pouvoir de statuer[33]. Car « toute limitation au pouvoir de juger étant parfois considérée comme incompétence »[34]. Il faut reconnaître que l'usage courant de ces termes n'en facilite pas la compréhension, puisqu'on utilise souvent la notion par trop extensive de « compétence » pour désigner le pouvoir juridictionnel de statuer sur une demande. Et d' « incompétence », si ce pouvoir fait défaut[35]. Il

---

[23] Lequel a prévu que : « Dans tous les cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé ci-après ».

24 J. Boyer, « Le juge des référés peut...Réflexion sur les pouvoirs du juge des référés », in. Mélanges dédiés à Louis Boyer, doyen de la Faculté de droit de Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, n° 2, p. 136.

[25] Les pouvoirs du premier président sont ainsi prévus, au sous-titre II du Titre V du livre II du C.P.C., (articles 956 à 959).

[26] J. Viatte, « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1976, 2e sem., Doct., p.709.

[27] V. *Infra,* p. 316-317.

[28] V. *Infra,* p. 25-29.

[29] M. Bruschi, « Référé commercial », *RÉP. COM.*, 2007, n° 120.

[30] Y compris dans certains arrêts de la Cour de cassation française. À titre de exemple V. 3e Civ., 10 mai 1977, n° 76-11012, Bull., III, n° 199, p. 153. ; Com., 29 janvier 1985, n° 83-16090, Bull., IV, n° 43, p. 34.

[31] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé,* 6e éd., Paris, Montchrestien, 2015, n° 405, p. 333.

[32] Reverso dictionnaire français synonymes, [En ligne], Disponible sur : https://dictionnaire.reverso.net/francais-synonymes/compétence (Consulté le 1/12/2018). ; Crisco Dictionnaire Électronique des Synonymes, [En ligne], Disponible sur : http://crisco.unicaen.fr/des/synonymes/compétence (Consulté le 1/12/2018).

[33] J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *RTD civ.*, 1983, p. 781-782.

[34] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, Paris, Sirey, 1973, n° 224, p. 227.

[35] R. Perrot, « Appel-nullité : excès de pouvoir et incompétence », *op. cit.*, p. 746.

en résulte dès lors, que l'urgence et l'absence de contestation sérieuse ne constituent pas des conditions de compétence mais des conditions de saisine du juge des référés[36]. Il nous paraît donc erroné, dans ce cas d'invoquer l'exception d'incompétence. La vérité, c'est qu'il s'agit bien d'une fin de non-recevoir[37]. À l'inverse, la doctrine[38] et la jurisprudence[39] koweïtienne et égyptienne considèrent ces conditions – de manière selon nous, erronée-, comme fondant la compétence du juge des référés.

Il est regrettable que ces notions procédurales ne soient toujours pas, totalement maîtrisées. Tant il est vrai qu': « une terminologie inexacte dans le langage judiciaire peut avoir des conséquences fâcheuses »[40]. Par exemple, au Koweït et en Égypte, la terminologie dit de l': « exception d'irrecevabilité » est fréquemment utilisée de manière indifférenciée par les juristes aussi bien que par la jurisprudence. Cette terminologie héritée du droit français, et toujours utilisée par la Cour de cassation française[41]. Cela parce qu'au Koweït et en Égypte, ainsi d'ailleurs qu'en France « dans la langue judiciaire, le terme « exception » a malheureusement perdu toute signification technique pour devenir synonyme de moyen »[42]. Autre exemple, le défaut du pouvoir juridictionnel du juge se réfère à l'art. 78 du C.P.C.K. (qui correspondant à l'art. 109 du C.P.C.É.) et qui traite de l'incompétence juridictionnelle. Certains auteurs préfèrent évoquer l'« incompétence pour défaut de juridiction »[43]. Alors que la Cour de cassation koweïtienne parle parfois d' « incompétence professionnelle »[44]. En réalité, « le défaut du pouvoir de juger est plus qu'une simple incompétence, en ce sens que c'est l'investiture juridictionnelle qui fait défaut dans son principe même, au point de faire obstacle

[36] M. Bruschi, « Référé commercial », *op. cit.,* n° 120. ; N. Cayrol, « Référé civil », *RÉP. PR. CIV.*, 2011, n° 300 s.
[37] S. Guinchard, *Méga nouveau code de procédure civile : [texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations],* 2e éd., Pais, Dalloz, 2001, comm. sous l'art. 126 du C.P.C., p. 241, n° 007.
[38] M. Abdelkader, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, 1re éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 1998, p. 50. ; N. Sabih et F. Aldaihani, *Les procédures civiles et commerciales koweitiennes*, 3e éd., Koweït, 2015/2016, p. 48. ; V. aussi, A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 421.
[39] Civ.É., 1 janvier 1948, n° 11/17. ; Civ.É., 27 mars 1989, n° 1678/52. ; TI du Koweït, Chambre des référés/6, 22 décembre 2003, n° 2003/3698. ; TI du Koweït, Chambre des référés/6, 16 décembre 2004, n° 2003/3988.
[40] J. Viatte, « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.*, 1980, 2e sem., Doct., p. 470.
[41] 1re Civ., 8 juillet 1975, n° 74-13184, Bull., I, n° 223 p. 189. ; 2e Civ., 16 mai 1988, n° 86-19077, Bull., II, n° 117 p. 62. ; 3e Civ., 18 mars 1998, n° 96-17072, Bull., III, n° 70 p. 45. ; Com., 6 avril 1993, n° 91-11720, Bull., IV, n° 143 p. 97. ; Soc., 9 mars 2000, n° 98-18571, Bull., V., n° 94, p. 73. ; 3e Civ.,11 octobre 2018, n°17-21610, Non publié au Bull.
[42] H. Vizioz, *Étude de procédure,* Dalloz, Paris, 2011, n° 40, p. 221.
[43] B. Atallah, « Le Code de procédure civile et commerciale de 1968 de la R.A.U », *op. cit.* p. 584, la note de bas de page n° 4.
[44] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 365. ; Com.K., 4 février 2002, n° 2001/449. ; Com.K., 11 mai 2002, n° 2001/668.

à la saisine de l'organe dépourvu du pouvoir juridictionnel et de l'obliger à prononcer une brutale irrecevabilité, ou à dire qu'« il n'y a lieu à référé »[45].

« La compétence est l'aptitude, reconnue à une juridiction, à connaître d'un litige »[46]. La règle de compétence fixe l'aptitude des juridictions en répartissant les litiges, « eu égard à leur matière[47], à leur localisation[48] ou même au moment[49] où ils ont pris connaissance »[50]. Il en résultera une division du travail judiciaire selon plusieurs critères ; les types de juridiction[51], l'espace[52], ou le moment de saisine. La saisine d'un juge des référés incompétent sera sanctionnée par une exception d'incompétence. Ici, l'incompétence : « implique une hésitation entre deux juridictions devant lesquelles la même demande aurait pu être portée, en vue de la même fin »[53]. Alors que le pouvoir juridictionnel du juge est en général la possibilité du juge, d'exercer sa fonction juridictionnelle. Il s'agit des règles qui « déterminent les pouvoirs du juge compétent et la méconnaissance de cette investiture juridictionnelle constitue un excès de pouvoir »[54], dont le moyen de défense est la fin de non-recevoir. Car « le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du tribunal saisi, constitue une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence »[55].

Cette distinction est au cœur de notre sujet d'étude, puisque « l'étude de la saisine est habituellement présentée comme l'étude de l'étendue des pouvoirs du juge compétent. Pour les auteurs, en effet, c'est une chose que de déterminer le juge compétent ; cela en est une autre, de savoir ce que ce juge compétent est en droit de faire »[56]. En étudiant alors le pouvoir du juge des référés compétent, on doit distinguer les régimes juridiques des fins de non-recevoir (tiré

---

[45] R. Perrot, « Appel-nullité : excès de pouvoir et incompétence », *op. cit.*, p. 746.
[46] M. Douchy-Oudot, « Compétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2014, n° 1. ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.,* n° 1, p. 5.
[47] V. la compétente *ratione materiae* du juge des référés. *Infra,* p. 14 s.
[48] V. la compétente *ratione loci* du juge des référés. *Infra,* p. 74 s.
[49] V. la compétente *ratione temporis* du juge des référés. *Infra,* p. 100 s.
[50] P. Julien, , obs. sous 3e Civ., 4 mars 1987, n° 85-17914, Bull., III, n° 41, p. 25, *D.* 1987, Somm., p. 233.
[51] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 252.
[52] *Ibid.*
[53] S. Guinchard, *Méga nouveau code de procédure civile : [texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations], op. cit.*, comm. sous l'art. 126 du C.P.C., p. 241, n° 007.
[54] N. Fricero, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *Rev. gén. proc.*, 1998, p. 29.
[55] 2e Civ., 21 avril 2005, n° 03-15607, Bull., II, n° 116, p 105, *Dr. et proc.,* 2005, p. 291, note M. Douchy-Oudot. ; 2e Civ., 8 juillet 2010, n° 09-65256, Bull., II, n° 134, p. 120. ; Com., 24 septembre 2013, n° 12-21089, Bull., IV, n° 138, p. 170. ; Dans le même sens : Com., 22 octobre 1996, n° 94-20372, Bull., IV, n° 251, p. 215, *RTD civ.,* 1997, p. 746, obs. R. Perrot.
[56] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 300.

de l'excès des limites des pouvoirs) et les exceptions d'incompétence. Puisque cette distinction repose sur la distinction entre le pouvoir de juger et la compétence[57]. « La comparaison entre l'excès de pouvoir et l'incompétence du juge est significative »[58]. Puisque cette distinction n'est pas que pure théorie ou coquetterie terminologique. Mais aux implications juridiques éminemment pratiques qui ont donné naissance et nourri notre projet de recherches. Parce que les deux relèvent de régimes procéduraux particulièrement différents. Y compris lors de l'office du juge quant au relevé des moyens de défense.

En cas d'incompétence, le régime procédural applicable est celui des règlements des incidents de compétences au sens strict du terme[59]. S'agissant de l'exception de procédure fondée sur l'incompétence[60], elle doit « à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir »[61]. Elle ne peut être prononcée d'office par le juge, qu'en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas[62]. Ainsi lorsque le juge s'est déclaré incompétent l'instance de référé se poursuive devant le juge des référés de renvoi. L'appel immédiat contre cette ordonnance est irrecevable puisque ledit juge n'a pas épuisé sa saisine, cette décision ne met pas fin à l'instance de référé.

Alors que « la violation des règles [qui dirigent le pouvoir juridictionnel du juge] vers un excès de pouvoir sanctionné par une fin de non-recevoir »[63], Ccelle-ci lui sera présentée en opposition à la demande, le juge des référés rendra une décision d'« il n'y a lieu à référé ». Cette décision de rejet, mettra fin à l'instance de référé, sans renvoi à une autre juridiction[64]. Au surplus, ce défaut de pouvoir juridictionnel peut être absolu. S'agissant par exemple, d'un

[57] M. Douchy, obs. sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Dr. et proc*., 2002, p. 110, n° 8.
[58] N. Fricero, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *op. cit.,* p. 28.
[59] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1303, p. 1104.
[60] 2e Civ., 13 juillet 2006, n° 05-10118, Bull., II, n° 209, p. 199.
[61] L'art. 74 du C.P.C.
[62] L'art. 76 du C.P.C. (l'ancien art. 92 du C.P.C.).
[63] Y. Strickler, « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.
[64] S. Guinchard, *Méga nouveau code de procédure civile : [texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations], op. cit.*, comm. sous l'art. 126 du C.P.C., p. 241, n° 007.

moyen tiré du caractère parlementaire[65] ou gouvernemental de l'acte[66], aucun juge, ni judiciaire ni administratif, ni du fond, ni des référés, ne peut aborder cette question. Le moyen tiré du défaut du pouvoir juridictionnel du juge des référés en raison de l'absence d'une des conditions requises pour qu'il y ait matière à référé (urgence, trouble manifestement illicite, absence ou existence de contestation sérieuse, etc…), constitue alors une fin de non-recevoir[67]. Ce moyen est fondé sur trois critères, le premier concerne le juge devant lequel, le défaut de son investiture juridictionnelle doit être relevé d'office[68]. Le second concerne les parties qui ne peuvent convenir pour déroger à certaines règles relevant du pouvoir juridictionnel. Le troisième concerne aussi les parties qui peuvent soulever la fin de non-recevoir, en tout état de la cause[69]. Ils seront en revanche irrecevables, à soulever la fin de non-recevoir si elle « mélangée de fait et de droit, fût-elle d'ordre public, et soulver pour la première fois, devant la Cour de cassation »[70]. En fin l'appel immédiat formé contre la décision du juge des référés, jugeant « qu'il n'y a lieu à référé », est par principe, recevable, puisque ledit juge a épuisé sa saisine[71].

Lorsqu'un moyen a pour objet la méconnaissance des conditions de saisine du juge des référés, « la procédure applicable échappe aux dispositions respectives des incidents de compétences proprement dites »[72]. Ainsi, le défendeur qui soulève le moyen tiré d'une méconnaissance des conditions de saisine du juge des référés, se prive du droit de relever l'incompétence *stricto sensu* du terme, de ce juge[73].

En outre, l'étude de la saisine, devenue plus intéressante avec sa définition moderne par Monsieur Cayrol, comme « l'intelligence du litige par le juge, ou plus généralement l'intelligence du cas qui lui est soumis. Elle est la manière dont le droit veut que le juge comprenne le litige »[74]. Selon cette définition la saisine ne se confond ni avec la compétence,

---

[65] Aucune juridiction ne peut contrôler un acte parlementaire, y compris la Cour constitutionnelle du Koweït. Consti.K., 19 décembre 2018, constitutionnel n° 6/2018.
[66] Le juge des référés ne peut intervenir lorsque la question « échappe par sa nature à tout contrôle juridictionnel ». T. confl., 2 février 1950, n° 1243, *RD publ.*, 1950, p. 418-432, note M. Waline.
[67] Pour Monsieur Cayrol, il s'agit de moyen de défense innommé, assimilé à celui des fins de non-recevoir. N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 385. « c'est donc à la Cour de cassation qu'il est revenu de définir le régime de ce moyen de défense innommé ». *Ibid.,* n° 504.
[68] Selon Monsieur Cayrol, : « il est admis que le juge des référés relève d'office tout moyen relatif à sa saisine ». *Ibid.*
[69] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 366 -367.
[70] Com., 10 mars 2009, n° 07-20632, Bull., IV, n° 34, p. 41.
[71] 2e Civ., 23 septembre 2004, n° 02-16459, Bull., II, n° 421, p. 356.
[72] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1303, p. 1104.
[73] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 633, p. 684.
[74] N. Cayrol, « La saisine du juge », in. G. Wiederkehr, *De code en code*, 2009, Dalloz, p.100.

ni avec la recevabilité des prétentions[75]. Cela nous permet ainsi de distinguer aussi la saisine et l'action de manière nette[76], puisqu'elles ne se situent pas sur le même plan[77].

Toutefois, « le contentieux de la saisine rejoint celui de l'action en justice puisqu'il se traduit par le même moyen de défense, ou du moins, par un moyen de défense obéissant à un régime identique »[78]. Dans les deux cas on se trouve alors en présence d'une fin de non-recevoir. Motulsky souligne que ce moyen de défense tend à dénier l'action[79] et elle « n'est que le moyen processuel tendant à éviter une [décision sur le fond]»[80].

La détermination de la nature juridique des moyens de défense relatifs à la saisine du juge permet de mieux cerner les intérêts du régime et de l'office du juge. Par exemple, lorsque le demandeur sollicite du juge des référés qu'il statue au principal[81], (comme la demande de prononcer une condamnation au fond[82]) alors que celui-ci n'est juge du provisoire[83], le défendeur soulève un moyen pour dénoncer la méconnaissance par le juge des limites de sa saisine. Mais quelle est la nature du moyen de défense ? Bien entendu, le C.P.C. a consacré le titre V du livre I pour les moyens de défense, en les classant successivement en trois catégories[84] : les défenses au fond[85], les exceptions de procédure[86], et les fins de non-recevoir[87]. Cette trilogie est toujours en vigueur, dans le C.P.C. S'agissant d'une fin de non-recevoir. Selon Monsieur Cayrol,[88] c'est un moyen de défense innommé[89], dont le régime ressemble à celui des

---

[75] L'irrecevabilité résulte d'une fin de non-recevoir . J. Viatte, « La notion d'irrecevabilité », *op. cit.,* p. 470.
[76] N. Cayrol, « Action en justice », *RÉP. PR. CIV.*, 2016, n° 95.
[77] *Ibid.,* n° 94.
[78] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 97.
[79] H. Motulsky, *Écrits, Études et notes de droit international privé,* préf. H. Batiffol et Ph. Francescakis, Dalloz, 1978, p. 308.
[80] H. Motulsky, note sous 2e Civ., 6 juin 1962, n° 60-13005, Bull., II, n° 500, p. 357, *JCP*, 1963, II, n° 13191, § III. ; H. Motulsky, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 363.
[81] N. Cayrol, « Les moyens de défense », *op. cit.*, n° 9, p. 265.
[82] *Ibid*., n° 7, p. 262.
[83] Puisqu'il n'est pas saisi du principal. V. l'art. 484 du C.P.C.
[84] Cela constitue un progrès par rapport à l'ancien C.P.C. N. Cayrol, « Les moyens de défense », *op. cit.*, n° 1, p. 255. Lequel n'existait ni en droit koweïtien ni en droit égyptien.
[85] Chapitre I du C.P.C. les articles du 71 à 72.
[86] Chapitre II du C.P.C. les articles du 73 à 121.
[87] Chapitre III du C.P.C. les articles du 122 à 126.
[88] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.,* n° 96.
[89] Selon Monsieur Cayrol, « les moyens ayant pour objet de contester la saisine ou le pouvoir du tribunal compétent, […] sont pour l'heure des moyens de défense innommés ». N. Cayrol, « Les moyens de défense », *op. cit.*, n° 8, p. 263-264. V. aussi, N. Cayrol, « La suspension de la dénonciation régulière d'un contrat par le juge des référés », *RDC*, 2017, n° 114t5, p. 66, § n° 7.

fins de non-recevoir[90], puisqu'il peut être opposé en tout état de cause[91] et sans avoir à justifier d'un grief[92]. Dans un passé qui n'est pas si lointain, Motulsky avait souligné qu'un moyen de défense échappait à cette trilogie. Il s'agit de la condition d'accès au tribunal (accès à la justice) dont les immunités de juridiction constituent l'aspect négatif de cette condition[93]. Depuis plus d'un demi-siècle, l'immunité de juridiction est vue comme excédant les pouvoirs du juge des référés[94]. Monsieur Estoup estime qu'il s'agit d'un obstacle à la saisine du juge des référés[95]. Mais quelle est alors l'aspect positif de la condition d'accès au tribunal qui justifie sa saisine ? Sont-elles les conditions de saisine du juge des référés ? Il nous semble que toutes les conditions requises pour qu'il y ait matière à référé (les conditions de saisine) sont les conditions positives d'accès au juge des référés[96]. C'est-à-dire, ce sont les conditions exigées pour que les plaideurs puissent porter leur différend devant le juge des référés.

En revanche, pour une partie de la doctrine française il s'agit d'une fin de non-recevoir[97]. Laquelle « fondée sur l'étendue des pouvoirs du juge des référés »[98]. Si, d'après cette partie de la doctrine française et la Cour de cassation, « il faut le qualifier de fin de non-recevoir, la rigueur devrait conduire à distinguer deux catégories de fins de non-recevoir : celles tirées d'un défaut d'action et celles tirées d'une méconnaissance de la saisine »[99]. Nous estimons en ce qui nous concerne, que cette dernière catégorie relève d'une fin de non-recevoir mais d'ordre

---

[90] Puisqu'elle était en général sanctionnée par une décision du « rejet des prétentions sans examen au fond, ce qui explique que l'on parle souvent à leur propos de fin de non-recevoir » N. Cayrol, « Les moyens de défense », *op. cit.*, n° 8, p. 264.

[91] « sauf pour la première fois devant la Cour de cassation », S. Guinchard et T. Moussa, note sous 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56. Puisqu'il s'agit d'un moyen de nature mélangée de fait et de droit.

[92] N. Cayrol, « Le moyen de défense par lequel un plaideur conteste la saisine du juge des référés n'est pas une exception de procédure », note sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *RTD civ.*, 2017, p. 728.

[93] H. Motulsky, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 56 et p. 97.

[94] 1re Civ., 6 juillet 1954, n° 8.394, Bull., I, n° 230, p. 197.

[95] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, 2e éd., Paris, Litec, 1998, n° 41, p. 50.

[96] V. A. Alkhudhair, *Les conditions d'accès au juge des référés en cas d'urgence*, Mémoire de master 2, Université de Strasbourg, 2015.

[97] I. Pétel-Teyssié, « Les fin de non-recevoir de procédure », in. I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier, *Quarantième anniversaire du code de procédure civile (1975-2015)*, éd. Panthéon-Assas, 2016, n° 10, p. 273. ; Selon Monsieur Strickler, « le domaine est bien celui des fins de non-recevoir ». Y. Strickler, « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *op. cit.,* comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.

[98] Com., 15 novembre 1994, n° 92-21015, Non publié au Bull.

[99] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.,*, n° 97. ; V. également N. Cayrol, « Les moyens de défense », *op. cit.*, n° 8, p. 264.

public. Laquelle doit être relevée d'office par le juge des référés (l'art. 125 al. 1 du C.P.C.[100]), tandis que les plaideurs peuvent la soulever en tout état de cause, « sauf pour la première fois devant la Cour de cassation »[101], Car ce moyen est par nature mélangé de fait et de droit. S'agissant alors d'une question de pouvoir[102] dont « la juridiction des référés, qu'elle soit du premier degré ou du second degré a l'obligation de vérifier d'office ses pouvoirs »[103]. Alors que la fin de non-recevoir tirée d'un défaut d'action (l'art. 125 al. 2 du C.P.C.[104]), ne vise que l'intérêt des parties dont le juge dispose d'une simple faculté de les relever d'office.

Toutefois, les deux catégories sont de fins de non-recevoir qui ont pour fin de demander « au juge de ne pas statuer sur le fond »[105]. Et puisque « toutes les fins de non-recevoir sanctionnent des impossibilités de juger »[106], si la fin de non-recevoir est bien fondée, le juge au sens large, ne pourra alors trancher le fond du litige[107]. De fait, l'absence du pouvoir d'emprise qu'implique une fin de non-recevoir, soit parce que le demandeur ne dispose pas du droit d'agir, soit parce que les conditions de saisine du juge des référés ne sont pas remplies.

Il importe dès lors, de ne pas confondre la compétence, qui intéresse la répartition des litiges entre les tribunaux[108], afin de déterminer le juge qui sera saisi dans un tel cas, avec la recevabilité, qui traite des conditions d'ouverture de l'action[109], afin d'identifier la personne qui titulaire du droit d'agir, ni avec la saisine[110], qui concerne l'intelligence du litige par le juge.

---

[100] Lequel 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. […] ».

[101] S. Guinchard et T. Moussa, note sous 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56.

[102] Car « le juge commet un excès de pouvoir en s'arrogeant un pouvoir que la loi ne lui confère pas : […] s'il statue hors des limites de ses attributions légales et ordonne une mesure que la loi ne l'autorise pas à prendre, […] s'attribue le pouvoir de statuer alors que les règles d'organisation judiciaire et de procédure le lui interdisent ou statue en le dispensant d'observer les conditions que la loi impose pour le prononcé de la décision ». N. Fricero, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *op. cit.*, p. 27.

[103] M. Foulon et Y. Strickler, « Le référé-différend », *RRJ*, 2014-3, p. 1280.

[104] Lequel prévoit que : « […] Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».

[105] « Soit parce que la chose a déjà été jugée soit parce qu'elle n'a pas à être jugée » G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1996, n° 187, p. 370.

[106] Ph. Théry, « Immunité de juridiction et exceptions de procédure : le casse-tête des moyens de défense », note sous 1re Civ., 9 mars 2011, n° 10-10044, Bull., I, n° 54, p. 54, *RTD civ.*, 2011, p. 382.

[107] V. le lien entre l'action et le pouvoir du juge. *Infra,* p. 194.

[108] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 405, p. 333.

[109] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne,* 34e éd., Paris, Dalloz, 2018, n° 171, p. 145.

[110] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 307.

Il est bien connu aujourd'hui que « la distinction entre la compétence et le pouvoir est illustrée de façon caractéristique devant la juridiction des référés »[111]. Ainsi que cette question remonte aujourd'hui à la Cour de cassation[112]. Mais ce problème de la confusion entre la compétence et le pouvoir du juge des référés ne se limite pas aux cas d'ouverture à référé, il peut aussi surgir dans plusieurs autres situations. Ainsi, « la confusion est malheureusement entretenue par certains Recueils de jurisprudence[113] qui [ranjent] indifféremment sous la rubrique (compétence), aussi bien les conditions d'accès à la procédure des référés (urgence, [...], absence de contestation sérieuse), que la répartition des compétences entre les différentes juridictions de référé »[114]. Le législateur non plus ne prend pas de précautions dans l'utilisation du terme « compétence ». Comme en témoigne le titre de la section II des articles R. 1455-5 à R. 1455-8 du code du travail, les articles parlent du pouvoir de la formation de référé alors que le titre de la section est « compétence de la formation de référé ». Il ne suffit donc pas de « s'arrêter aux termes employés par les textes ou [voire] par les décisions de justice »[115], mais de bien les maîtriser. Parfois en les interrogeant de manière critique.

Tout au long de cette étude, l'objectif dont nous mesurons l'ampleur, sera de mettre fin à cette confusion, et de contribuer de manière décisive à une meilleure compréhension des notions processuelles, notamment, en matière de saisine du juge des référés. Cette étude de la saisine sera alors présentée comme l'étude de l'étendue des pouvoirs du juge des référés compétent. Il nous appartient donc d'examiner en premier lieu, la compétence du juge des référés (PREMIÈRE PARTIE) avant d'aborder dans une seconde phase, son pouvoir juridictionnel (DEUXIÈME PARTIE).

---

[111] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 633, p. 683.

[112] Y. Strickler, « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *op. cit.,* comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814. ; N. Cayrol, note sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *RTD civ.*, 2017, p. 728.

[113] Ainsi, le choix du titre : « Contrôle par la Cour de cassation de la notion de trouble manifestement illicite fondant la compétence du juge des référés », *D.*, 1996, p. 497. Alors qu'en réalité le trouble manifestement illicite est un chef de saisine du juge des référés. V. Les chefs de saisine du juge des référés dans le système français. *Infra*, p. 340 s.

[114] R. Perrot, obs. sous Com., 24 octobre 2000, n° 97-21290, Bull., IV, n° 165, p. 147, *Rev. Procédures*, 2001, comm. n° 4.

[115] M. Douchy, obs. sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Dr. et proc.*, 2002, p. 110, n° 8.

PREMIÈRE PARTIE
La compétence du juge des référés

La loi définit le champ de compétence du juge des référés (TITRE I). Cependant, cette définition n'est pas absolue, car la volonté des parties a le pouvoir de désigner le juge compétent dans le cas du référé (TITRE II).

TITRE I
La compétence ordinaire du juge des référés

Pour saisir le juge des référés, il faut d'abord savoir devant quelle juridiction agir, ce qui suppose d'identifier au préalable, la juridiction compétente *ratione materiae* (Chapitre I) avant de rechercher la juridiction compétente *ratione loci* [116] (Chapitre II) et *ratione temporis* (Chapitre III).

[116] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, 1re éd., Paris, P.U.F., 2014, n° 96, p. 188.

Chapitre I
La compétence d'attribution

La compétence d'attribution ou *ratione materiae*, au sens strict du terme, tend à fixer l'aptitude d'une juridiction à connaître d'un procès en fonction de l'objet du litige[117]. Il s'agit de déterminer, d'abord, l'ordre de juridiction compétente (judiciaire, administratif ou constitutionnel), ensuite, la nature du litige (civile, pénale, commerciale), et enfin, le degré de juridiction[118] (première instance, appel, cassation) [119]. La compétence d'attribution est ainsi, le résultat de la division du travail entre les types de juridiction[120].

Le problème de la confusion entre le pouvoir juridictionnel et la compétence matérielle du juge des référés, conduit à un conflit entre la compétence de ce dernier, et celle du juge du fond. Ce conflit n'existe cependant qu'en apparence (Section 1). En effet, le législateur définit les règles de détermination de la compétence d'attribution du juge des référés (Section 2), et la sanction de sa méconnaissance (Section 3).

Section 1 : La compétence du juge des référés et le juge du fond

En 1983, Monsieur le doyen Normand analysait déjà que : « la dispersion du litige est, en toute hypothèse, inéluctable lorsque, à la question de compétence, se superpose un problème de répartition des pouvoirs entre juge du provisoire et juge du fond » [121].

En effet, en matière de référé, l'usage extensif du terme de compétence concernant les

---

[117] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1303, p.1103. ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.,* n° 354, p. 595.
[118] Le degré de juridiction ne concerne pas selon nous une question de la compétence mais celle du pouvoir du juge. V. *Infra*, p. 134-137.
[119] Dans le même sens : S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 97, p. 190. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 371-372. ; M. Althuawi, *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence conformément au code de procédure civile égyptien*, 1re éd., Alexandria, Libraire juridique d'alwafaa, 2011, p. 408.
[120] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 252.
[121] J. Normand, « les juridictions compétentes pour connaître des litiges nés des baux commerciaux », *RTD civ.*, 1983, p. 586.

conditions de saisine du juge des référés[122] a fait naître un malentendu sur la question de sa compétence exclusive. Pour les systèmes juridiques koweïtien et égyptien, le pouvoir du juge des référés d'ordonner des mesures provisoires, écarte celui du juge du fond, lorsque ce dernier, a été saisi d'une seule demande de pur référé. Et cela, au motif erroné, selon nous, de la compétence exclusive du premier.

À l'inverse, lorsque le juge des référés a été saisi directement au principal, il doit se dessaisir, au profit du juge du fond. Là encore, sous le même prétexte : la compétence exclusive du juge du fond, de trancher le litige. « On semble être en présence d'un conflit de compétence entre le juge du provisoire et le juge du fond. C'est là, en réalité, une apparence trompeuse » [123]. Il ne s'agit par exemple pas d'« une question de compétence la saisine du tribunal de grande instance au lieu du juge aux affaires familiales, ce dernier n'étant qu'une formation spécialisée du tribunal de grande instance »[124]. Il a encore été jugé qu'« il n'existe pas de conflit de compétence d'attribution réglementée par les articles 75 et suivants entre deux formations d'un même tribunal et notamment entre une chambre statuant au fond et la formation de référé de ce tribunal. Le juge des référés se différencie seulement au sein de cette juridiction par le fait que ses pouvoirs sont limitativement définis par la loi ; en revanche, il les exerce dans les limites de la compétence d'attribution de la juridiction à laquelle il appartient. Dès lors, quand ces parties ne contestent pas cette compétence d'attribution mais invoquent seulement le défaut de pouvoir du juge des référés, le fait de soulever l'incompétence pour une partie, comme le fait pour le juge des référés de se déclarer (incompétent), au lieu de constater qu'il n'y a pas lieu à référé, procèdent d'une erreur de terminologie»[125]. Au surplus, un conflit de compétence implique une hésitation entre deux juridictions devant lesquelles la même demande pourrait être réitérée de façon identique en vue d'un même résultat[126]. « Il leur suppose donc un pouvoir juridictionnel identique »[127]. Tel n'est pas le cas entre le juge des référés et le juge du fond, ce qui pose au moins, deux questions ; d'abord, celle de savoir s'il y a une option de compétence entre la juridiction de référé et la juridiction du fond (Sous-section1), ensuite, s'il existe une compétence exclusive pour chacun de ces juges (Sous-section 2).

---

[122] V. les conditions de saisine du juge des référés, *Infra,* p. 274 s.
[123] J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, p. 782.
[124] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2017/2018, n° 351.32., p. 1229.
[125] Paris, 21 avril 1986, Bulletin de la Chambre des avoués près la Cour de Paris, nº 98, p. 61.
[126] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, Paris, Sirey, 1973, n° 630, p. 681.
[127] J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *op. et loc. cit.* ; Dans le même sens : X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, 4e éd., Paris, Litec, 2018, n° 4, p. 9.

Sous-section 1 : La question de l'option de compétence entre la juridiction de référé et la juridiction du fond

Il convient avant toute chose de s'entendre sur la notion d'« option de compétence ». La doctrine[128] et la jurisprudence[129] restreignent en effet, d'emblée, l'option de compétence, à sa seule dimension territoriale. Concernant les autres formes de compétence, il nous semble difficile d'établir l'existence d'une option de compétence, *ratione materiae*[130] ou *ratione temporis*, voire, en raison du pouvoir juridictionnel, que les lois koweïtienne et égyptienne confèrent, respectivement au juge du référé, et à celui du fond[131].

De son côté, Monsieur le Professeur Cayrol, affirme l'existence d'une option générale de compétence, entre les juridictions des référés, et les juridictions du fond[132]. Pour lui, en effet : « l'option de compétence entre les juridictions du fond et celles des référés a acquis une portée quasi générale : presque tous les litiges aujourd'hui peuvent être soumis soit à un juge du fond, soit à un juge des référés. Ce n'est que par exception que l'option est fermée, et ces exceptions sont de plus en plus rares » [133].

Bien entendu, en France et au Koweït ainsi qu'en Égypte, le demandeur dispose du libre choix entre la juridiction du fond et la juridiction de référés. Cela signifie que le demandeur peut saisir soit le juge du fond, soit le juge des référés[134]. Mais, la demande ne visant pas toujours le même objet, en principe. Ce qui nous amène à distinguer deux cas : lorsque la juridiction de fond est saisie d'une demande au principal (§1), ou lorsqu'elle est saisie d'une demande de pur référé (§2).

---

[128] S. Guinchard et T. Debard (Dir.), *Lexique des termes juridiques,* 26e éd., Paris, Dalloz, 2018-2019, p. 750.
[129] V. par ex. 1re Civ., 10 octobre 1978, n° 77-10926, Bull., I, n° 294, p. 228. ; 2e Civ., 20 novembre 1985, n° 84-12506, Bull., II, n° 173, p. 116. V. aussi les règles dérogatoires et l'option de compétence territoriale, *Infra,* p. 77.
[130] Sauf exception ; dans le cas d'une demande de pur référé, on peut agir soit devant le juge des référés, soit devant le juge du fond. V. *Infra,* p. 21-24. Et dans le cas d'une action en réparation de préjudice qui peut être conduite, soit devant le juge répressif, soit devant le juge civil (art.3 du C.P.P., l'art. 111 C.P.P.K. et l'art. 251 C.P.P.É.), il y aura une véritable option de compétence *ratione materiae*. Dans le même sens V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1305, p. 1105.
[131] V. *Infra,* p. 26-29.
[132] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 61- 127. ; N. Cayrol, « Du bon usage de l'option de compétence entre juridictions des référés et juridictions du principal », *RTD civ.*, 2017, p. 727.
[133] N. Cayrol, « Litispendance », *RTD civ.*, 2015, p. 700.
[134] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 61. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés,* t. I, 7e éd., Beyrouth, Alhalabi law books, 2009, n° 7, p. 15. ; V. aussi Civ.É., 26 février 1948, recueil d'Omar, n° 5, p. 551. ; Civ.É., 16 janvier 1977, n° 244/28. ; Civ.É., 31 décembre 1977, n°1925/28. ; Civ.É., 18 novembre 1978, n° 1713/29. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 415.

§1 : La question de l'option de compétence entre la juridiction de référé saisie d'une demande de référé et la juridiction du fond saisie d'une demande au principal

Le libre choix du juge, ne doit pas s'interpréter comme une option de compétence absolue. Car, d'une part, dans certaines matières la compétence de la juridiction du fond exclut celle de toute autre juridiction, y compris les juridictions des référés[135]. D'autre part, nous pensons que l'option de compétence doit être exclusive. En clair, les plaideurs ne devraient pas pouvoir saisir les deux juridictions concurremment[136]. Et cela afin d'éviter, le risque de décisions contradictoires entre les deux juridictions également compétentes.

Tel n'est pas le cas, selon nous, concernant le choix, entre le juge des référés et le juge de fond, dans les trois systèmes étudiés[137]. Dans ces trois systèmes, en effet, le service public de la justice donne au justiciable le droit d'obtenir une décision rapide par la voie du référé. Par conséquent, un plaideur peut saisir le juge des référés, puis le juge de fond, et les deux resteront compétents. Le juge des référés qui a été saisi auparavant, pourra poursuivre son office, malgré la saisine du juge du fond[138]. De la même manière, lorsqu'un plaideur saisit le juge du fond, avant le juge des référés, les deux restent compétents[139]. Sauf exception ; en cas de compétence exclusive *ratione temporis* du J.M.E[140].

En revanche, l'option de compétence suppose que les deux juridictions soient également compétentes, et puissent être saisies d'un même litige, portant sur le même objet, fondé sur la

---

[135] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 59 et 61. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 414. ; L'option de compétence est évidemment incompatible avec l'idée de compétence exclusive. Ph. Théry, « Compétence exclusive et connexité : l'impossible renvoi », *RTD civ*, 2009, p. 775, note sous Com., 7 avril 2009, n° 08-16884, Bull., IV, n° 51, p. 59.

[136] Par ex. les plaideurs ne peuvent pas saisir les deux juridictions territorialement compétentes en même temps. Autre ex. s'agissant de la règle « *électa una via non datur recursus ad alteram* », tel que prévu par l'art. 5 de C.P.P. « la partie qui a exercé son action devant la juridiction civile compétente ne peut la porter devant la juridiction répressive ».

[137] Pour Monsieur Cayrol : « le choix entre assigner en référé ou assigner au fond est facilité en ce que, en principe, cette option de compétence n'est pas exclusive mais cumulative, c'est-à-dire que les plaideurs peuvent agir en même temps ou successivement devant le juge des référés et devant la juridiction du fond. Le choix en faveur de l'un ne se fait pas au détriment de l'autre. Après avoir saisi un juge des référés, un plaideur peut agir au fond, et inversement, après avoir saisi un juge du fond, il peut encore agir en référé…». N. Cayrol, « Litispendance », *op. et loc. cit*.

[138] V. les périodes de compétence du J.M.E. et du juge des référés, *Infra,* p. 103-105.

[139] V. la concurrence entre la compétence temporelle du juge des référés et celle du juge du fond, *Infra,* p. 101-103.

[140] V. les périodes de compétence du J.M.E. et du juge des référés, *Infra,* p. 103-105.

même cause et opposant les mêmes parties. Auquel cas, le moyen de défense sera l'exception de litispendance, puisque celle-ci « est une conséquence nécessaire de l'existence d'options de compétence dont il résulte qu'un même litige peut être porté devant deux juridictions différentes »[141]. La litispendance, en effet, ne joue jamais « entre une demande présentée au juge des référés en vue d'obtenir une mesure provisoire et une autre demande portée devant le juge du principal pour obtenir une décision sur le fond »[142]. Car plus simplement, il n'y a pas d'identité d'objet entre les deux demandes[143].

Cependant, « les types de référés se sont diversifiés et correspondent aujourd'hui à des situations différentes »[144]. Pour mieux l'illustrer, mettons en lumière un type particulier de référé qui est le référé-provision. Dans cette matière, le juge des référés « doit se prononcer sur le caractère non sérieusement contestable d'une obligation, ce qui implique incontestablement une certaine appréciation du fond de l'affaire »[145]. Dans l'arrêt du 6 novembre 1998, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, en effet, interdit au juge des référés qui a statué sur une demande de provision, de juger au fond[146]. Affirmant qu'« un juge qui a statué en référé, sur une demande tendant à l'attribution d'une provision, en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation »[147]. Puisqu'il n'est plus objectivement impartial, au sens de l'art. 6, § 1, de la Conv. EDH[148]. Peut-on pour autant dire, d'une part, que la partie qui veut obtenir une provision a une option de compétence entre le juge de fond et le juge des référés ? D'autre part, en cas de saisine simultanée des deux juridictions, y aura-t-il litispendance ? La réponse ne va

---

[141] Ph. Théry, « Compétence exclusive et connexité : l'impossible renvoi », *op. et loc. cit.*

[142] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1303, p. 1104, et n° 1326, p. 1129. ; V. 2e Civ., 17 mai 1982, n° 81-10993, Bull., II, n° 75, p. 53, *RTD civ.,* 1983, p. 588, obs. J. Normand.

[143] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés,* t. I, *op. cit.*, n° 62, p. 114, V. la note de bas de page n° 142.

[144] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RID comp.*, 1998, p. 456.

[145] N. Cayrol, « Litispendance », *op. cit.,* p. 703.

[146] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit,*, n° 331.121, p. 1038.

[147] Ass. plén., 6 novembre 1998, n° 94-17709, Bull., Ass. plén., n° 5, p. 7, obs., J.-F. Burgelin, « Quand le juge des référés prend parti », *D.*, 1999, p. 1. ; M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53. ; J. Normand, « De quelques limites du référé provision », *RTD civ*., 1999, p. 177. ; R. Perrot, « Impartialité du juge et cumul des fonctions » *RTD civ*., 1999, p. 193. ; J.-P. Marguénaud, « La Cour de cassation multiplie les applications dévastatrices de l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH », *RTD civ*. 1999, p. 494. ; P. Sargos, « Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ?», *JCP,* 1998, n°49, II, 10198, p. 2117-2123. Cet arrêt est une exception au principe qui a été affirmé par l'ass. plén. dans autre arrêt du même jour, qui précise que : « La circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement ». Ass. plén., 6 novembre 1998, n° 95-11006, Bull., Ass. plén., n° 4, p. 6.

[148] N. Cayrol, « Litispendance », *op. cit.,* p. 703.

pas de soi : la motivation de cette jurisprudence ne suppose pas une identité d'objets. L'objet de la demande en référé, étant d'obtenir une décision provisoire[149]. Alors que celui de la demande au principal, est d'obtenir une décision définitive[150]. Cela a conduit la Cour de cassation française à juger qu': « il n'y a pas litispendance entre une instance au fond et une demande de provision portée devant le juge des référés »[151]. Cette jurisprudence a été réaffirmée par la CJUE[152].

Au demeurant, l'option de compétence présuppose qu'il existe deux instances à la compétence strictement identique, et pouvant être saisies de la même affaire. On ne saurait donc parler d'option de compétence, selon nous, entre la juridiction de référé et la juridiction de fond[153]. Car, pour que deux juridictions connaissent du même litige, elles doivent être de même nature[154]. Or, les juridictions du fond et celles des référés ne sont pas de même nature[155].

En conclusion, « il n'y a pas à proprement parler d'option de compétence pour le demandeur, entre juge des référés et juge du fond »[156].

---

[149] V. L'objet de la demande en référé : la prise d'une mesure provisoire, *Infra,* p. 276.

[150] « L'objet du litige concerne le but de la demande…Il ne peut donc y avoir litispendance entre une demande visant à l'obtention de mesure provisoire … et une demande au fond ». L. Idot, « Litispendance », *Rev. Europe,* 2011. Comm. n° 35, note sous CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-296/10 Bianca Purrucker.

[151] 2e Civ., 17 mai 1982, n° 81-10993, Bull., II, n° 75, p. 53, *RTD civ.*, 1983, p. 588, note J. Normand. ; V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1303, p. 1104. ; (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 323.52, p. 963. ; V. aussi la critique de Monsieur Cadiet, de l'arrêt de la Cour d'Appel de Rouen du 8 mars 1959, qui justifie, faussement, le défaut de litispendance par le fait que : « l'instance en référé n'est pas une instance au sens juridique du terme puisque le juge des référés, à la différence du tribunal, n'a pas la plénitude de juridiction et ses décisions n'ont pas l'autorité de chose jugée ». L. Cadiet, « Litispendance », *RÉP. PR. CIV.*, 2010, n° 23. ; P. Raynaud, « Notion d'instance. - la citation en conciliation et la citation en référé ne créent pas la litispendance », *RTD civ*., 1950, p. 97, obs. sous Rouen, 8 mars 1959, *D.*, 1949, Somm., p. 52. : « Il suffit de constater que le juge des référés et le juge du fond sont saisis de demandes différentes. L'instance en référé n'a pas le même objet que celle qui s'ouvre sur le fond ».

[152] CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-296/10 Bianca Purrucker, *Rev. Europe,* 2011, Comm. n° 35, note L. Idot. ; *Rev. Procédures*, 2011, Comm. n° 11, note C. Nourissat. ; (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 142.173, p. 328.

[153] Alors que selon Monsieur Cayrol : « Qui dit option de compétence, dit aussi compétences concurrentes entre deux juridictions pour connaître des mêmes litiges. Aux commencements des référés, leur compétence fut exactement calquée sur celle des juridictions du fond auxquelles ils étaient rattachés » N. Cayrol, « Litispendance», *op. cit.*, p. 700.

[154] Sauf exception ; dans le cas d'une action en réparation de préjudice qui peut être conduite, soit devant le juge répressif, soit devant le juge civil (l'art. 3 du C.P.P.).

[155] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 507.

[156] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2014, n° 42. Pour Monsieur Vuitton, « si un même litige peut, souvent (mais ce n'est pas toujours le cas, certaines actions étant exclusivement réservées à la connaissance des juges du fond), être soumis aux deux juges, ils ne pourront ni intervenir dans les mêmes conditions, ni prendre des décisions de même nature, le premier étant un juge du provisoire aux pouvoirs limités ».

§2 : La question de l'option de compétence entre la juridiction de référé et la juridiction du fond toutes deux saisies d'une demande de référé

La question qui se pose ici, est celle de savoir si l'option de compétence entre juridiction du fond et la juridiction de référé, existe, lorsqu'un plaideur, entend saisir les deux juridictions, d'une même demande de pur référé[157]? Telle est l'hypothèse où, un plaideur saisit le juge des référés d'une demande pour prendre une mesure provisoire, et que par la suite, il saisit la juridiction de fond, à la fois, de cette même demande, et d'une autre, au principal. Dans ce cas y aura-t-il litispendance ? La réponse doit être nuancée[158]. Il faut distinguer deux cas : si cette demande a été portée devant le J.M.E (A) ou devant le juge de fond (B).

A : L'option de compétence entre le J.M.E. et le juge des référés

Pour mieux illustrer notre propos, nous prendrons l'exemple d'un créancier qui voudrait se voir accorder une provision. Il s'adresse pour cela au juge des référés sur le fondement de l'art. 809 al.2 du C.P.C.[159]. Il saisit ensuite, la juridiction de fond pour trancher le litige, tout en demandant au J.M.E. de lui accorder une provision sur la base de l'art. 771 .3 du C.P.C. Dans ce cas le créancier bénéficie de fait, d'une option de compétence. Les deux juges étant compétents de manière concurrente[160], peuvent connaître de la même demande, du même point de vue, puisque « le [J.M.E.], lorsqu'il est saisi, dispose de pouvoirs identiques »[161] à celui du juge des référés. Mais il faut noter que cette option de compétence est conditionnelle. Si la partie entend saisir le J.M.E., il doit présenter une demande au principal, au risque de voir sa demande déclarée irrecevable[162].

---

[157] Puisque le juge du fond dispose aussi du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou d'instruction, par un jugement avant dire droit, telle prévoit par l'art. 482 du C.P.C.

[158] Rappelons pour mémoire, que la compétence exclusive du J.M.E ne joue pas dans cette hypothèse (puisque le juge des référés a été saisi avant de la désignation du J.M.E.) V. *Infra,* p. 106-110.

[159] V. le *référé-provision* et le *référé-injonction, Infra,* p. 354 s.

[160] J. Normand, « le référé en cours d'instance. La compétence du juge des référés et celle du juge de la mise en état sont-elles concurrentes ? », *RTD civ.*, 1974, p. 192-194.

[161] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 456.

[162] Jugé par TI Aix-les-Bains que : « le demandeur n'a formulé aucune demande principale, maintenant une seule demande en expertise. Cette demande sera donc rejetée comme ne venant à l'appui d'aucune demande principale relevant de la compétence de la juridiction de fond ». TI Aix-les-Bains, 14 mai 2009, n° 11-08-000107, *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2009, n° GP20090919003, p. 10. ; Il s'agit plutôt d'irrecevabilité. V. N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 237. : « Dans le cas d'espèce, il eut été plus pertinent et plus rapide de saisir le juge des référés d'une demande en expertise, fondée sur les dispositions de [l'art. 145 du C.P.C.] ». V. Trequattrini, « L'article 232 du Code de procédure civile ne constitue pas un fondement autonome de demande d'expertise », note sous TI Aix-les-Bains, 14 mai 2009, n° 11-08-000107, *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2009, n° GP20090919003, p. 10.

Dans cette hypothèse, peut-on pour autant parler de litispendance ? Avant de répondre à cette question, il convient de préciser que cette question ne se pose qu'en France[163]. Pour autant, nous n'avons trouvé ni jurisprudence, ni doctrine traitant de la litispendance entre la demande de référé en cours d'instance portée devant le J.M.E, et la demande de référé portée devant le juge des référés. Il nous semble que malgré tout, il y ait au moins deux solutions : d'abord, le juge des référés peut, renvoyer l'affaire et les parties, devant la juridiction du fond, sur le fondement de l'art. 811 du C.P.C.[164]. À la double-condition qu'une des parties le lui demande, et, que l'urgence le justifie. Ce mécanisme original est connu sous le nom de passerelle[165], laquelle, se définit comme le transfert de l'affaire d'une juridiction des référés vers une juridiction du fond[166].

L'autre possibilité est que, la partie qui saisit le juge des référés soulève l'exception de litispendance devant le J.M.E. ce dernier devra alors se dessaisir au profit du juge des référés, si une des parties le demande ; à défaut, il peut le faire d'office[167].

B : L'option de compétence entre le juge du fond et le juge des référés

Nous reprendrons l'exemple précédent du créancier voulant obtenir une mesure provisoire. Il s'adresse successivement, au juge des référés sur le fondement de l'art. 808 du C.P.C. et au juge du fond, aux fins de voir ordonnée une mesure provisoire, par un jugement avant dire droit[168]. Car « le juge saisi au fond peut, de son côté, ordonner par des jugements avant-dire droit, des mesures provisoires. Cette concurrence n'est pas gênante, bien au

---

[163] Le J.M.E n'existe actuellement ni au Koweït ni en Égypte. ; le système du J.M.E. existait dans le C.P.C.É. de 1883 (articles 51 à 67) mais ce système a été abrogé par l'ordonnance du 31 août 1892. Au motif qu'il rallongeait les délais de traitement des affaires, alors qu'il était censé les accélérer. La loi n° 100 du 1962, instituant le C.P.C.É, s'est, dans sa note explicative, fondée sur les mêmes motifs, pour justifier l'absence du système du J.M.E. F. Walli, « le projet de Code de procédure civile conduit de plus en plus à un retard dans les jugements », [En ligne], Disponible sur: http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=47316(Consulté le 10/09/2017).

[164] Qui dispose que : « À la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal. Il est ensuite procédé comme il est dit à l'article 790 et aux trois derniers alinéas de l'article 792 ».

[165] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 646. ; V. J.-B. Racine, « La technique de la « passerelle » en droit judiciaire privé », in. P. Julien, *La justice civile au vingt-et-unième siècle,* Aix-en-Provence, Edilaix, 2003, p. 354-381.

[166] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 648. ; V. la technique de renvoi, en raison du défaut de pouvoir juridictionnel, dans les trois systèmes, *Infra,* p. 29-33.

[167] L'art. 100 du C.P.C. dispose que : « 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. A défaut, elle peut le faire d'office ».

[168] L'art. 482 C.P.C. et l'art. 31 al. 2 du C.P.C.K. ainsi l'art. 45 al.2 C.P.C.É. ; A. Abdulfattah, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. II, *op. cit.*, p. 570.

contraire, puisque, sous réserve des limites des pouvoirs dont disposent respectivement le juge des référés et le juge du fond, elle fait bénéficier la partie qui veut obtenir la mesure, d'une option de compétence »[169]. En conséquence, concernant la mesure provisoire demandée, il y a deux juges compétents, comme le souligne Monsieur le Doyen Wiederkehr[170]. Leurs pouvoirs ne sont cependant, pas identiques. Car, le juge de fond dispose de plus de pouvoirs que le juge des référés, en application de l'adage : « qui peut le plus, peut le moins »[171]. Il y aurait donc une option de compétence conditionnelle (la demande en référé, dont il est saisi, doit être assortie d'une demande au principal).

Et cette option subsiste devant le juge du fond, y compris lorsque la même demande a été rejetée par le J.M.E. Car « les décisions du [J.M.E.] n'ont l'autorité de la chose jugée et ne sont susceptibles de recours immédiat, que si elles mettent fin à l'instance[172]; dans l'hypothèse inverse, rien n'interdit au demandeur à l'incident, de le présenter à nouveau devant le juge du fond »[173], selon de la jurisprudence de la Cour de cassation[174].

La question qui se pose en l'espèce, est celle de savoir si cette option de compétence peut engendrer, une situation de litispendance, lorsque les deux juridictions sont saisies de la même demande ?

Au Koweït il n'y a pas d'exception de litispendance dans le C.P.C.K., du fait de l'absence de toute notion de compétence territoriale[175]. Cette particularité juridique est due au fait que le législateur koweïtien considère que l'exception de connexité, inclut la litispendance. Cette approche a été critiquée par la doctrine koweïtienne[176] pour laquelle, le droit koweïtien devrait adopter l'exception de litispendance, comme dans les systèmes français et égyptien. La doctrine ne s'est pas prononcée sur la litispendance en cas de saisine des deux juridictions de la même demande. De son côté, la cour d'appel koweïtienne (plus haute juridiction du Koweït

---

[169] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 454.
[170] *Ibid.*
[171] Dans le même sens : V. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1996, n° 29, p. 163.
[172] L'art. 775 du C.P.C. qui modifié par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005.
[173] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 331.121, p. 1038.
[174] 2e Civ., 18 décembre 2008, n° 07-20599, Bull., II, n° 276, p. 226. Puisque la Cour de cassation française a énoncé que « L'ordonnance du conseiller de la mise en état déclarant un appel recevable étant dépourvue de l'autorité de la chose jugée au principal, la cour d'appel est tenue de statuer sur cette fin de non-recevoir si celle-ci est à nouveau soulevée devant elle ». ; *RTD civ.,* 2009, p. 171, note R. Perrot.
[175] V. la compétence territoriale, *Infra,* p. 74 s. À noter cependant que la notion de compétence territoriale a été récemment introduite en droit koweïtien, avec l'instauration du tribunal de la famille. Par la loi n° 12/2015.
[176] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 507.

jusqu'en 1990[177]) a jugé que: « le législateur donne à la juridiction du fond, le pouvoir de connaître d'une demande provisoire, à condition qu'elle lui soit présentée en tant qu'accessoire à l'action au fond. Si le demandeur a déjà présenté une demande provisoire, devant la juridiction du fond, il lui sera, par la suite, impossible de la présenter à nouveau, devant la juridiction de référé, ceci, afin de prévenir la contradiction des décisions »[178]. Alors qu'en Égypte, la doctrine estime qu'il y a litispendance entre le référé devant le juge de fond et le référé devant le juge des référés. Ce serait par exemple l'hypothèse de la désignation d'un gardien judiciaire (dont l'équivalent en France, serait l'huissier de justice). Elle peut être ordonnée par le juge, on serait alors dans une véritable situation de litispendance, selon leur interprétation de l'art. 112 de C.P.C.É[179], qui doit être soulevée *in limine litis*[180].

En France, la jurisprudence a estimé que la saisine du juge du fond crée « pour le juge des référés le devoir de renvoyer les parties devant les juges déjà saisis de la demande principale »[181]. Bien entendu, « ce principe ne trouvait application qu'en présence d'une identité absolue d'objet de la demande formée devant le tribunal et celle portée devant le juge des référés »[182]. Au surplus, en droit belge[183], « il peut y avoir litispendance lorsqu'une même demande provisoire est formée devant le juge du fond et devant le juge des référés »[184] selon la Cour de cassation de Belgique[185]. Cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine belge qui y voit est un piège dans lequel enfermée la procédure civile belge, puisqu'elle peut conduire à

---

[177] La Cour de cassation koweïtienne est créée, par le décret-loi n° 23 de 1990 du code de l'organisation judiciaire, en son troisième article.
[178] Cour d'appel koweïtienne, chambre de cassation, 17 avril 1965, n° 188/1965.
[179] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés,* t. I, *op. cit.*, n° 62, p. 114. ; A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution,* t. II, 9e éd., Alexandria, Dar Almatboàt Aljamièyah, 2014, p. 1258-1260. ; L'art. 112 de C.P.C.É dispose que : « Lorsque deux juridictions sont saisies de même litige, il faut soulever l'exception de litispendance devant la juridiction qui est ultérieurement saisie pour qu'elle le juge. … ».
[180] V. A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, *op. cit.,* t. II, p. 1260.
[181] Req., 17 décembre 1860*, DP*, 1861, 1, p. 299.
[182] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire,* th. Strasbourg, 1993, p. 20.
[183] Le droit belge n'est pas une partie de notre étude comparative, mais on doit l'indiquer car c'est un des points de vue conforme à celui de la doctrine égyptienne.
[184] Cass.B., 29 mai 1998, Pas., 1998, I, n° C970348F, p. 282. [En ligne], Disponible sur : http://jure.juridat.just.fgov.be/JuridatSearchCombined/?lang=fr&jur=1 (Consulté le 8/11/2016). ; H. Boularbah, *Renouveau des mesures avant dire droit et interférences avec le référé*, Bruxelles, l'Unité de droit judiciaire de l'Université libre de Bruxelles et le Service de droit judiciaire de l'Université de liège, 2009, n° 5-7. [En ligne], Disponible sur : http://www.procedurecivile.be/index.php?id=11&tx_ttnews[cat]=7&tx_ttnews[tt_news]=76&tx_ttnews[backPid]=1&cHash=68f8e5dd7956cc22d3444cad6bafdd39 (Consulté le 3/1/2017).
[185] S'agissant « d'une demande de provision sur pension alimentaire introduite sur pied de l'article 301 du C. civ.B. » J. Englebert, *Les pièges de la procédure civile*, Bruxelles, l'Unité de droit judiciaire de l'Université libre de Bruxelles et le Service de droit judiciaire de l'Université de liège, 2004, n° 31, p. 27. [En ligne], Disponible sur : http://www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/les_pieges_de_la_procedure.pdf (Consulté le 8/11/2016).

la situation catastrophique (le demandeur se trouvant paralysé)[186].

Comme pour la doctrine belge, et Monsieur Strickler[187], il nous semble cependant que la litispendance, ne puisse ici, être invoquée, « l'instance de référé étant distincte de l'instance au fond »[188]. D'où, l'absence de litispendance entre les deux, par le fait que « le fondement de l'exception de litispendance réside dans le risque de contrariété de choses jugées dans la même affaire »[189] et dès lors que la mesure demandée devant le juge des référés a un caractère provisoire ne préjudiciant pas au principal[190]. Le juge de fond n'étant pas lié, par la décision du juge des référés[191], le risque, n'existe, dès lors, pas[192]. Au surplus, « la décision des référés peut toujours être remise en cause par le juge du fond »[193]. Précisément en cas de contrariété, entre le jugement avant-dire droit, et l'ordonnance de référé. De ce fait, il ne peut y avoir litispendance.

Il convient à présent d'analyser, la compétence exclusive, du juge du fond et du juge des référés au Koweït, ainsi qu'en Égypte.

---

[186] « Si une partie qui joue le jeu de l'évitement du référé et qui introduit dès lors une demande de provision dans le cadre des articles 19 et 735 du Code judiciaire devant le juge du fond mais qui échoue, en ce sens que sa demande provisoire serait renvoyée au rôle, se verrait définitivement bloquée puisque, si cette partie introduit ensuite une action en référé, ayant le même objet, le juge des référés ne pourrait que constater la litispendance entre les deux demandes et serait tenu de renvoyer la cause devant le tribunal de première instance au fond, premier saisi, conformément à l'ordre de préférence visé à l'article 565 du Code judiciaire. Ainsi, le plaideur consciencieux et loyal, sensible à la jurisprudence (critiquable) des juges des référés selon laquelle il appartient aux parties de tenter d'abord d'obtenir une mesure conservatoire par la voie normale, se trouverait complètement bloqué dans sa démarche procédurale ». J. Englebert, *Les pièges de la procédure civile, op. cit*., n° 31, p. 27- 28.

[187] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, *op. cit*., 1993, p. 23.

[188] Com., 3 avril 1990, n° 88-16427, Bull., IV, n° 107, p. 71. ; Com., 28 mai 1991, n° 89-19683, Bull., IV, n° 189, p. 134.

[189] N. Cayrol, « Litispendance », *op. cit*., p. 703.

[190] Soc., 12 novembre 2002, n° 00-46167, non publié au Bull. ; Dans le même sens, 3e Civ., 16 décembre 2008, n° 07-21536, non publié au Bull. ; 3e Civ., 29 septembre 2009, n° 08-17654, non publié au Bull.

[191] Y. Strickler, Le juge des référés, juge du provisoire, *op. cit*., p. 60.

[192] N. Cayrol, « Litispendance », *op. cit*., p. 703.

[193] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.,* n° 323.114, p. 969. ; Dans le même sens : G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 460. ; Selon Monsieur Cayrol, « la chose jugée en référé est par conséquent susceptible d'être remise en cause à l'occasion d'un débat initié devant un juge du principal ». N. Cayrol, « Du bon usage de l'option de compétence entre juridictions des référés et juridictions du principal », *op. cit*., p. 727.

Sous-section 2 : La controverse sur la question de la compétence exclusive, du juge du fond et du juge des référés en raison de leur pouvoir juridictionnel respectif

En France, « la juridiction des référés illustre de façon caractéristique, la distinction entre l'incompétence et l'irrecevabilité »[194]. En effet, son pouvoir juridictionnel peut être contesté, en l'absence des conditions de saisine du juge des référés[195]. Sa compétence matérielle peut également être contestée, au profit d'autres formations de référé (le juge des référés commerciaux, ruraux ou administratifs, par ex.). Le débat ayant ici pour objet, un conflit de compétence entre la juridiction des référés qui a été saisie, et celle qui, d'après le défendeur, aurait dû l'être[196].

Alors qu'au Koweït et en Égypte, le seul texte qui régit la procédure de référé est l'art. 31 al. 1 du C.P.C.K. (dont l'équivalent est l'art. 45 al. 1 du C.P.C.É.) qui prévoit que : « sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire sans préjudice au principal, des questions suivantes :
1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps.
2- La question des contentieux d'exécution provisoire[197].
La compétence du juge des référés, n'évacue pas celle de la juridiction du fond, à condition que ces questions soient soumises à ce dernier, en tant qu'accessoire ».

Le caractère laconique de ce texte, et sa rédaction, introduisent une ambiguïté sur la distinction entre la compétence, et le pouvoir, du juge des référés. Cela a conduit les doctrines et jurisprudences koweitienne et égyptienne, de manière erronée, -selon nous-, à parler de compétence d'attribution exclusive du juge des référés en raison de son pouvoir juridictionnel (§1). En revanche, le renvoi pour l'incompétence, en raison du défaut de pouvoir juridictionnel, pourrait conduire à une annulation de la procédure, au Koweït aussi bien qu'en Égypte (§2).

---

[194] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 633, p. 44-45.
[195] V. les conditions de saisine du juge des référés, *Infra,* p. 273.
[196] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. et loc. cit.*
[197] Cet alinéa n'existe pas dans l'art. 45 al. 1 du C.P.C.É.

§1 : La compétence d'attribution exclusive du juge des référés, en raison de son pouvoir juridictionnel dans les systèmes koweïtien et égyptien

Bien entendu, l'objet de la fonction juridictionnelle du juge du fond, diffère de celui de juge des référés. La tâche de celui-ci, est de trancher les litiges et de dire le droit[198], par une décision définitive. Alors que le rôle de celui-là, est de prendre des mesures provisoires par une décision, elle-même, provisoire[199]. L'objet de la fonction juridictionnelle ne peut donc être le critère de différenciation, entre ces deux juridictions[200]. Car il est ici question de pouvoir, et non de compétence[201]. Le juge du fond a le pouvoir de trancher le litige de manière définitive, alors que le juge des référés a un simple pouvoir d'ordonner une décision provisoire. À tel point, qu'en cas de défaut du pouvoir juridictionnel la sanction encourue, selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, sera l'irrecevabilité des prétentions. Car « le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du tribunal saisi constitue une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence »[202]. Aux yeux des doctrines et jurisprudences du Koweït et de l'Égypte, il est, regrettable, que cette solution, soit absente des droits koweïtien et égyptien. Ceux-ci méconnaissent en effet, la distinction entre la compétence et le pouvoir des juges.

Pour le législateur koweïtien, le juge des référés est exclusivement compétent, pour prendre les mesures provisoires, en cas d'urgence. La note explicative[203] de l'art. 31 du C.P.C.K précise que : « notant que la compétence du juge des référés de prendre les mesures provisoires en cas d'urgence est une compétence d'attribution. Lorsqu'il est saisi d'un litige qui sorte des limites de celles-ci, il lui faut -même d'office- se déclarer incompétent. Ainsi, la présentation des celles-là (qui entre dans la compétence du juge des référés) devant le [TGI] et le [TI] implique une sortie des règles de compétence d'attribution, sauf si elles sont présentées en tant

---

[198] « Trancher les litiges et dire le droit », formule ancienne qui montre l'objet de la fonction juridictionnelle. V. D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges,* Préf. G. Wiederkehr, Paris, L.G.D.J., 1994.

[199] « La mission essentielle du juge des référés [est] de statuer provisoirement sur les situations urgentes ». J. Normand, « Le référé en cours d'instance. La compétence du juge des référés et celle du juge de la mise en état sont-elles concurrentes ? », *op. cit.*, p. 192-194.

[200] Selon la Cour de cassation française : « la partie qui ne conteste pas le pouvoir juridictionnel du juge saisi mais revendique la compétence d'un autre juge, soulève une exception d'incompétence et non une fin de non-recevoir ». 2e Civ., 13 juillet 2006, n° 05-10118, Bull., II, n° 209, p. 199.

[201] V. la condition essentielle de saisine du juge des référés : l'absence de saisine au principal, *Infra,* p. 274 s.

[202] 2e Civ., 8 juillet 2010, n° 09-65256, Bull., II, n° 134, p. 120. ; 2e Civ., 21 avril 2005, n° 03-15607, Bull., II, n° 116, p 105, *Dr. et proc.,* 2005, p. 291, note M. Douchy-Oudot. ; Dans le même sens : Com., 22 octobre 1996, n° 94-20372, Bull., IV, n° 251, p. 215, *RTD civ.,* 1997, p. 746, obs. R. Perrot.

[203] Au Koweït et en Égypte, chaque loi possède sa propre note explicative. Celle-ci a pour objet d'expliquer chaque article d'une loi concernée.

qu'accessoire à l'action sur le fond ». Le législateur koweïtien considère qu'il s'agit là d'une question de compétence exclusive. La doctrine ainsi que la jurisprudence koweitienne sont allées dans le même sens[204]. Cette confusion a été héritée du droit égyptien[205]. Pour la doctrine égyptienne, la compétence du juge des référés naît de la nature de la mesure requise[206]. S'il lui est demandé de prendre une mesure provisoire, il sera compétent. En revanche, il est incompétent s'il est appelé à trancher le fond. Car trancher le fond de droit relève de la compétence du juge du fond. La jurisprudence égyptienne, a affirmé que : « la compétence du juge des référés dépend de sa tâche, qui ne peut être, celle de juger sur le fond, mais de prononcer une ordonnance purement provisoire… »[207].

En résumé, le pouvoir juridictionnel continue, malheureusement, d'être la règle de répartition des fonctions, entre la juridiction de référé et celle du fond, au Koweït et en Égypte. Alors qu'en France, en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés « n'est pas incompétent, il n'a tout simplement pas le pouvoir de trancher une question touchant le principal » [208]. En clair, il « n'a pas le pouvoir de juger, [...], s'il est saisi d'une demande portant sur une décision définitive et non provisoire » [209]. « Il n'y a dans ce cas, pas de concours entre la juridiction du provisoire et celle du fond » [210].

Le problème, en l'espèce, n'est plus un problème de compétence ; ce qui fait défaut au juge des référés, c'est le pouvoir de juger cette forme de demande (demande au fond), puisqu'il ne peut jamais trancher définitivement un litige. L'utilisation indifférenciée du terme « incompétence » pour désigner l'absence de pouvoir juridictionnel, est terminologiquement, défectueuse. Ce qui constitue, au surplus, une source constante d'ambiguïté. En effet, la compétence au sens propre du terme, n'a d'autre objet que de déterminer, parmi toutes les juridictions qui existent, celle qui, en raison de la nature du litige, du montant de la demande,

---

[204] S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2007, p. 73. ; Com.K., 9 février 2010, Commercial/5, n° 1416/2008.
[205] L'art. 45 al. 1 du C.PC.É. et sa note explicative.
[206] M. Harjah, *Dispositions et opinions sur la juridiction des référés*, Dar Almatboàt aljamièyah, Alexandria, 1989, p. 8.
[207] Civ.É., 19 décembre 1935, n° 32/5.
[208] M. Douchy-Oudot note sous 2e Civ., 21 avril 2005, n° 03-15607, Bull., II, n° 116, p 105, *Dr. et proc.,* 2005, p. 291. ; V. aussi J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 952, p. 765 et n° 405, p. 333.
[209] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 1914, p. 1373.
[210] S. Guinchard, *Méga nouveau code de procédure civile :* [*texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations*], *op. cit.*, comm. sous l'art. 126 du C.P.C., p. 241, n° 007.

de la localisation des intérêts litigieux[211], et du temps de saisine, est habilitée à connaître de la contestation[212]. La compétence exclusive du juge des référés ne peut l'être, qu'en cas de la compétence exclusive du tribunal dont il est l'émanation. Car, la compétence du juge des référés « présente les mêmes caractères que celle du tribunal lui-même »[213]. Si par exemple le le TGI est compétent exclusivement[214], cela implique, en principe, implicitement, la compétence exclusive du juge des référés du TGI.

Au Koweït et en Égypte, ce problème se pose aussi, de manière symétrique. Le pouvoir du juge des référés, d'ordonner une décision provisoire, conduit à exclure la compétence du juge du fond, saisi d'une seule demande de pur référé. Les doctrines koweitienne[215] et égyptienne[216], considèrent que le juge du fond devrait se déclarer incompétent, au profit du juge des référés. Leur analyse est fondée sur le constat que la compétence de la juridiction du fond d'aborder la demande provisoire, est liée à l'existence d'une demande au fond antérieure[217] ; selon le §2 de l'art. 45 du C.PC.É., dont l'équivalent koweïtien est le §2 de l'art.31 du C.P.C.K. Comme l'atteste la note explicative accompagnant l'art. 31 du C.P.C.K., dont la teneur est la suivante : « la compétence du juge des référés à statuer sur les demandes en référé, n'empêche pas la compétence du juge du fond à y statuer, à condition qu'elles lui soient présentées, en tant qu'accessoire à l'action sur le fond qu'il examine ». La jurisprudence égyptienne[218], suivie par la Cour de cassation koweitienne[219] est allée dans le même sens, en indiquant que si la demande en référé est présentée, devant le juge du fond, sans la demande au fond, ce dernier devrait alors se déclarer incompétent[220]. La même solution prévaut dans l'hypothèse inverse. C'est-à-dire, le pouvoir du juge du fond de trancher le litige, par une décision définitive, conduit à exclure la compétence du juge des référés, si ce dernier a été saisi au principal. Le juge des référés doit se

[211] R. Perrot, « Injonction de payer. Conditions d'application : créance de nature contractuelle (nature de la sanction) », *RTD civ.*, 1986, p. 193.
[212] *Ibid.*
[213] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1312, p. 1112.
[214] V. l'art. L211-4 du C.O.J. qui dispos : « Le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements ». V. également, la compétence particulière à certains tribunaux de grande instance, les articles L211-10 à L211-14 du C.O.J.
[215] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 412 - 413.
[216] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n°13, p. 29.
[217] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 413- 414. ; A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.*, p. 1232 s.
[218] Cour d'appel de Bani-Sowaif, 23 mai 1974, n° 17/10.
[219] Civ.K., 9 février 2004, n° 112/2003.
[220] Le TI d'Aix-les-Bains, a statué dans le même sens ; V. TI Aix-les-Bains, 14 mai 2009, n° 11-08-000107, *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2009, n° GP20090919003, p. 10. ; V. également, *Supra,* p. 20, la note de bas de page n° 162.

déclarer incompétent, au profit du juge du fond[221].

La décision fondée sur les moyens tirés du défaut de pouvoir juridictionnel est, en effet, une décision de rejet, qui met fin à l'instance au fond[222], aussi bien qu'à l'instance de référé. Cette solution jurisprudentielle n'est pas celle qui a cours au Koweït et en Égypte, car comme nous l'avons déjà indiqué [223], cette décision est considérée comme une déclaration d'incompétence, qui parfois, oblige le juge, à renvoyer l'affaire devant la juridiction ayant le pouvoir juridictionnel.

§2 : La technique de renvoi en raison du défaut de pouvoir juridictionnel dans les trois systèmes

L'idée de la compétence au sens strict du terme, se déduit de la répartition des litiges à l'intérieur des juridictions. C'est pour cette raison, que la décision d'incompétence, d'une juridiction, implique toujours, la compétence d'un autre juge, à qui l'affaire est parfois renvoyée selon le cas[224].

Selon les doctrines[225] et les jurisprudences[226] égyptiennes et koweitiennes, au cas où le juge du fond est saisi d'une demande portant sur une décision provisoire et non définitive, il devrait alors se déclarer incompétent, et renvoyer l'affaire devant le juge des référés. Sur ce point, la Cour de cassation koweïtienne a jugé qu': « il est juridiquement constaté, au visa des articles [l'art.31 et 32 de C.P.C.K] que la compétence pour désigner un gardien ou en vue de terminer sa tâche, est une compétence principale pour le juge des référés, et une simple compétence accessoire pour le juge du fond. À condition, dans cette dernière hypothèse, que la demande de désigner un gardien, soit assortie d'une demande au principal. Attendu que, la compétence principale du juge des référés, est ici est d'ordre public. Par ces motifs: Casse et annule, l'arrêt de la cour d'appel, et déclare incompétente, la juridiction du fond de premier

[221] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 429-430. ; A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.,* t. II, p. 1269-1271.
[222] 2e Civ., 21 avril 2005, n° 03-15607, Bull., II, n° 116, p 105.
[223] V. le paragraphe précédent, *Supra,* p. 28.
[224] W. Fahmy, « Les conditions de compétence du juge des référés », *Revue de l'Association des Avocats Koweïtiens*, 1982, 5e année, Juillet et Août, p. 124.
[225] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 412-413. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés*, *op. cit.*, n°13, p. 29.
[226] Cour d'appel de Bani-Sowaif, 23 mai 1974, n° 17/ 10. ; Civ.K., 9 février 2004, n° 112/2003.

degré, et renvoie l'affaire devant le juge des référés du tribunal de grande instance…»[227].

Par symétrie, dans l'hypothèse ou une demande au principal, serait portée devant la juridiction de référé, telle qu'une action sur le fond intentée en confirmation d'une propriété ou en revendication d'une créance[228], celui-ci devra se déclarer incompétent[229] et renvoyer l'affaire, à la juridiction de fond compétente[230]. À ce propos, la Cour de cassation égyptienne a jugé que : « s'il s'avère que ce qui lui est demandé dans les demandes principales est de statuer sur le fond du droit, il devra renoncer à statuer et conclure à son incompétence avant de renvoyer l'affaire devant la juridiction du fond, compétente »[231]. La Cour de cassation koweïtienne a jugé dans le même sens[232].

Il en sera de même, si l'acte introductif d'instance comporte plusieurs demandes dont certaines concerneraient le fond, alors que d'autres viseraient à obtenir des décisions provisoires. Le juge des référés devrait statuer sur les demandes provisoires et conclure à son incompétence concernant les demandes au principal, avant de les renvoyer devant le juge de fond[233].

Le droit français a aussi connu un système de renvoi, de la juridiction de référé vers la juridiction du fond. Cette règle était codifiée, au dernier al. de l'art. 788 du C.P.C.[234] qui disposait que : « l'autorisation d'assigner à jour fixe peut être donnée, même d'office, par le président du tribunal saisi d'une procédure de référé». Le juge des référés avait donc, le pouvoir

---

[227] Com.K., 9 février 2010, Commercial/5, n° 1416/2008.
[228] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n°61, p. 112.
[229] L'art. 78 al. 1 du C.P.C.K. correspondant à l'art. 109 du C.P.C.É. prévoit que : « l'exception d'incompétence du tribunal pour l'incompétence juridictionnelle ou à cause du type et de la valeur de l'action pourrait être invoquée en tout état de la cause, le tribunal y statue d'office ». L'art. 78 al. 2 du C.P.C.K. correspondant à l'art. 110 du C.P.C.É. prévoit que : « Et lorsque le tribunal conclu à l'incompétence à cause du type et de la valeur de la demande, il devra renvoyer l'affaire tel quelle à la juridiction compétente. Il devra également fixer aux parties l'audience du tribunal devant lequel le procès a été renvoyé [...] ».
[230] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 431. ; M. Althuawi, *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence conformément au code de procédure civile égyptien*, *op. cit.,* p. 374. ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.* p. 74. ; A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.,* t. II, p.1269. ; A. Murad, *Les problèmes pratiques dans la juridiction des référés,* Alexandria, Dar Alfiker Aljamiè, 1989, p. 197. ; W. Fahmy, « Les conditions de compétence du juge des référés », *op. cit.,* p. 124.
[231] Civ.É., 22 juin 1977, n° 1470/28. [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_Images.aspx?ID=111125591 (Consulté le 29/11/2016). ; V. Dans le même sens : Civ.É., 20 juin 1979, n° 689/30.
[232] Civ.K., 14 avril 2005, n° 418/2003. Contre la décision du TGI du Koweït, référé, 2726/2003.
[233] M. Harjah, *Les jurisprudences sur la juridiction des référés et les contentieux d'exécution provisoire*, s.l., Dar Althaqafah, Aljamièyah, 1984, n° 109, p. 74.
[234] Qui a été ajuté par l'art. 18 du décret n°89-511 du 20 juillet 1989.

de renvoyer d'office, l'affaire devant la juridiction du fond. Cet al. a été abrogé par l'art. 20 du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, modifiant par son art. 21, l'art 811 du C.P.C. qui énonce que : « à la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal. Il est ensuite procédé comme il est dit à l'article 790 et aux trois derniers alinéas de l'article 792 »[235]. Il s'agit de la technique de la passerelle, qui permet d'accélérer le temps de saisine du juge du fond, après qu'un juge des référés a dit n'y avoir lieu à référé, en raison du défaut de pouvoir (par ex. si le différend qui lui est soumis, l'oblige à trancher le fond du droit). « La passerelle ne joue que dans les cas de défaut de pouvoir du juge des référés »[236]. Elle ne concerne pas les cas dans lesquels le juge des référés se déclare incompétent.

En outre, le droit du travail français possède une particularité sur la question du renvoi au fond, devant le conseil des prud'hommes, lorsque le juge des référés, saisi de demandes qui excèdent ses pouvoirs. C'est l'art. R. 1455-8 du Code du travail qui dispose que : « s'il lui apparaît que la demande formée devant elle, excède ses pouvoirs, et lorsque cette demande présente une particulière urgence, la formation de référé peut, dans les conditions suivantes, renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement :
1° L'accord de toutes les parties est nécessaire ;
2° La formation de référé doit avoir procédé à une tentative de conciliation en audience non publique et selon les règles fixées par l'article R. 1454-10.
La notification aux parties de l'ordonnance de référé mentionnant la date de l'audience du bureau de jugement vaut citation en justice ».

La question qui se pose en l'espèce, est celle de savoir quand la demande excède les pouvoirs de la formation de référé ? En pratique, lorsqu'« elle porte sur une mesure anticipant la décision au principal et qu'elle se heurte à une contestation sérieuse »[237]. Donc, l'art. R. 1455-8 subordonne le renvoi, à l'accord de toutes les parties[238], et que la formation de référé procède

[235] V. aussi les articles 849-1, 873-1 et 896 du C.P.C.
[236] V. J.-B. Racine, « La technique de la « passerelle » en droit judiciaire privé », *op.cit.*, n° 3, p. 355-356.
[237] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 574, p. 454.
[238] Soc., 21 février 1990, n° 87-40008, Bull., V, n° 83, p. 49. La Cour a jugé que : « la formation des référés ne peut, lorsque l'existence d'une contestation sérieuse et l'urgence ont été constatées, renvoyer les parties devant le bureau de jugement, alors qu'il ne résulte ni des mentions de la décision, ni d'aucune autre pièce de la procédure que les parties ont donné leur accord ».

elle-même à une tentative de conciliation en audience publique. Si ces conditions sont remplies, l'affaire sera directement renvoyée devant le bureau de jugement. L'intérêt de ce renvoi est d'accélérer le déroulement de l'instance au principal : il dispense le demandeur de procéder, à une nouvelle citation de son adversaire et évite toute perte de temps liée à la tenue d'une tentative de conciliation distincte[239].

Par ailleurs, il est nécessaire de distinguer la demande au principal et la demande de référé touchant au principal. Même si les deux demandes excèdent les pouvoirs du juge des référés, la juridiction de renvoi ne les examinera pas de la même manière. Les objets des deux demandes étant différents. De son côté, la Cour de cassation égyptienne, souligne aussi l'existence de cette distinction, malgré la résistance des juges des référés, ainsi que des juges du fond. Il s'agit de l'hypothèse de renvoi d'une demande de référé touchant au principal, devant le juge du fond. La Cour de cassation égyptienne s'est exprimée, dans deux arrêts du 21 décembre 1977 et du 20 juin 1979. Il s'agissait en l'espèce, de demandes portées devant le juge des référés, en vue d'obtenir des mesures provisoires. Les deux juges des référés se sont déclarés incompétents, au motif que les demandes, dont, ils avaient été saisis, constituaient des demandes au fond, dès lors qu'elles préjudicient au principal[240]. Les deux affaires furent, en conséquence, renvoyées devant le juge de fond. Les défendeurs soulevèrent alors, devant ce dernier, une fin de non-recevoir[241], au motif que l'action du demandeur avait été accueillie par la juridiction du fond, d'une manière non prévue par le C.P.C.É. La Cour de cassation égyptienne leur donna raison, rappelant que les procédures d'accès aux tribunaux étaient d'ordre public et que le juge devait les vérifier d'office. Elle cassa et annula les décisions de la cour d'appel, considérant que l'ordonnance du juge des référés, qui se déclare incompétent, au motif que, la demande portait préjudice au principal, constituait une véritable décision de rejet qui met fin à l'instance de référé[242].

---

[239] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 574, p. 454- 455.

[240] Au Koweït et en Égypte, il existe une condition erronée de compétence du juge des référés, est que la demande ait un caractère provisoire. Cette condition est tirée de l'art. 31 al. 1 du C.P.C.K. et l'art. 45 al. 1 du C.PC.É. V. A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 421. ; V. le *référé-urgence*, *Infra,* p. XXX. ; V. aussi le lien entre l'absence de saisine du principal et l'interdiction de porter préjudice au principal, *Infra,* p. XXX.

[241] Il nous semble, qu'il s'agit, en l'espèce, d'une nullité de procédure et non d'une fin de non-recevoir. Sur la distinction entre nullité de la demande et irrecevabilité des prétentions, V. N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.* n° 73 - 93.

[242] Civ.É., 21 décembre 1977, n° 295/43. ; Civ.É., 20 juin 1979, n° 780/44. ; V. obs. A. Murad, *Les problèmes pratiques dans la juridiction des référés, op. cit.*, p. 45 - 52. ; V. obs. A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.*, t II., p. 1271.

Il nous semble que la solution serait identique, dans le cas d'une demande additionnelle au principal, devant la juridiction de fond (ici, juridiction de renvoi). Cela, pour les mêmes raisons : le juge du fond ayant été saisi, dès l'origine (par le renvoi), en dehors des règles de procédures prévues au C.P.C.É.

À cet égard, la Cour de cassation française a affirmé que : « l'ordonnance par laquelle un juge des référés commerciaux, s'est déclaré incompétent au profit d'un tribunal de grande instance ayant mis fin à l'instance de référé, laquelle ne pouvait pas se poursuivre devant le juge du fond désigné, l'appel immédiat contre cette ordonnance est recevable »[243].

Enfin, l'assimilation, actuelle, au Koweït et en Égypte, du moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du juge des référés, à une exception d'incompétence, en lieu et place, d'une fin de non-recevoir constitue une ambiguïté. Il nous semble plus logique de conclure à une fin de non-recevoir qui met fin à l'instance, sans qu'il soit nécessaire de renvoyer l'affaire. Tel est le cas, lorsqu'en France, le juge des référés décide qu'il n'y a lieu à référé. Cette solution inconnue des droits koweïtien et égyptien, ne pourrait y être intégrée qu'au prix d'une modification des articles, 31 C.P.C.K. et 45 C.P.C.É., pour que cette question, relève légalement du pouvoir et non plus, de la compétence[244].

Après avoir étudié la compétence du juge des référés et celle du juge du fond, il convient de s'intéresser, à présent, aux règles de détermination de la compétence d'attribution.

---

[243] 2e Civ., 17 décembre 2009, n° 09-11847, Bull., II, n° 292, p. 269, obs. R. Perrot, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 33. ; (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 511.71, p. 1572, et n° 543.92, p. 1718.

[244] V. la condition essentielle de saisine du juge des référés : l'absence de saisine au principal, *Infra,* p. p. 274 s.

Section 2 : Les règles de détermination de la compétence d'attribution

Nous devons distinguer d'emblée, la règle principale, des règles dérogatoires. La première pose le principe de la compétence, du juge des référés appartenant à la juridiction compétente au fond (Sous-section 1). *A contrario*, les règles dérogatoires, n'impliquent pas obligatoirement une corrélation nécessaire avec la compétence de la juridiction du fond (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La règle principale de détermination de la compétence d'attribution

Dans les droits koweitien et égyptien, les juridictions civiles sont chargées des litiges civils au sens large. Entrent donc dans leurs attributions, les litiges civils, commerciaux, du travail et ceux, ayant trait au statut personnel. Par la notion de compétence des juridictions civiles, on entend la répartition des attributions d'une juridiction civile donnée, entre deux tribunaux (TGI, TI) composant les différentes chambres. Le législateur autorise ainsi une chambre donnée, à statuer sur un type donné de litige~~s~~ pour des considérations qu'il jugerait pertinentes[245]. En conséquence, selon le type de litige, il réservera la compétence uniquement à cette chambre (par ex. en droit koweïtien: chambre du travail[246], la location des biens immobiliers[247], l'état des personnes qui relevait de la chambre, devenue aujourd'hui tribunal de la famille[248] et le tribunal des marchés de capitaux[249]) ainsi que les demandes en référé y afférant. Le juge des référés n'est donc pas compétent[250]. Il convient de préciser que notre étude se limite à l'analyse de la compétence, du juge des référés telle que définie par l'art. 31 du

[245] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 371.
[246] Sa compétence est exclusive au terme de l'art. 1 du décret-loi n° 46/1987, relatif à la création de la chambre du travail au TGI. Dont l'équivalent est l'art. 71 de la loi du travail n ° 12/2003 ; Sur l'incompétence du juge des référés égyptien dans les matières de droit de travail. V. A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.*, t I., p. 466- 477.
[247] Sa compétence est exclusive au terme de l'art. 24 du décret-loi n° 35/1978 qui a modifié par le décret-loi n° 2/1988.
[248] La compétence du tribunal de la famille est exclusive au terme de l'art. 1 de la loi n° 12/2015 relative à l'instauration du tribunal de la famille. Dont l'équivalent est l'art. 3 de la loi n° 10/2004 relative à l'instauration du tribunal de la famille égyptien.
[249] Sa compétence est exclusive au terme de l'al. 2 de l'art. 108 de la loi n° 7/2010 de l'autorité des marchés de capitaux. Dont l'équivalent est l'art. 6 de la loi n°120/2008 relative à l'instauration des tribunaux économiques égyptien. ; V. par ex. Com.K., 26 mai 2013, n° 460/2012. ; Com.K., 23 juin 2013, n° 1000/2012. ; Com.K., 4 juillet 2013, n° 2115/2012.
[250] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 414.

C.P.C.K. et par l'art. 45 du C.P.C.É. Il en va de même, concernant la compétence du juge des référés près le tribunal de la famille, telle que définie par l'art. 12 du de la loi n° 12/2015, relatif à l'instauration du tribunal de la famille.

Le principe en Égypte et au Koweït, est que l'étendue de la compétence d'attribution du juge des référés à statuer sur les questions entrant dans sa compétence, est limitée au ressort du tribunal civil et commercial auxquels il est rattaché[251]. Les demandes en référé présentées devant les chambres à compétence exclusive, ne seront pas étudiées, puisqu'elles échappent à la compétence du juge des référés. Il y a un seul juge des référés commun au TGI et au TI. D'où cette règle selon laquelle les juge des référés koweïtien et égyptien sont compétents pour connaître en référé, des matières qui n'excèdent pas la compétence du TGI et TI.

En France, le principe n'est pas très différent, il énonce que la compétence du juge des référés est l'émanation de la juridiction à laquelle il appartient ce qui implique que sa compétence d'attribution soit limitée aux seuls litiges qui, par leur nature ou leur montant, entrent dans les attributions de la juridiction dont il est l'émanation[252]. Ce principe, a été dégagé par la doctrine et la jurisprudence dès les origines du référé[253]. « Le juge des référés compétent du point de vue de la matière, est également celui de la juridiction, qui serait elle-même compétente pour statuer sur le fond du litige, au regard des règles générales des articles 33 à 41 et 49 à 52 [du C.P.C.] Ainsi que des dispositions procédurales propres à chaque juridiction »[254]. Il en résulte, que la compétence du TGI au fond implique, principalement, celle du juge des référés, près le TGI[255]. À l'inverse des droits koweïtien et égyptien, le juge des référés français du TGI est, donc, incompétent pour connaître des litiges touchant des matières entrant de la compétence du juge du TI[256]. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, « il existait un lien entre la compétence d'attribution des juges des référés et la compétence quant au fond de la juridiction à laquelle ceux-ci sont attachés »[257]. L'idée est que « la compétence

[251] *Ibid.*, p. 415. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 170, p. 305.
[252] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1305, p. 1105.
[253] P. Hébraud, « Délimitation de la compétence du juge des référés, par référence à celle de la juridiction dont il est l'émanation », *RTD civ.*, 1963, p. 777.
[254] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 27, p. 37.
[255] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471», *op. cit.*, n° 37.
[256] L'art. L221-6 du C.O.J. ; Rappelons pour mémoire, que l'art. 95 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, a créé le tribunal judiciaire (entre en vigueur le 1er janvier 2020). Ce tribunal est une fusion du TGI et du TI.
[257] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 227.

du juge des référés judiciaire étant restreinte aux litiges dont la connaissance appartient quant au fond aux tribunaux civils »[258].

Cependant, la portée de ce principe n'est pas absolue car dans certaines matières, il y a des juridictions du fond qui sont exclusivement compétentes, « c'est-à-dire que leur compétence exclut celle de toute autre juridiction, y compris les juridiction des référés »[259], tel est le cas, en droits koweïtien et égyptien. Au total, la compétence du juge des référés « est, tout à la fois, plus étroite car elle cesse dans un certain nombre de cas où un autre juge du tribunal est spécialement investi des fonctions de juge des référés : ainsi, le juge aux affaires familiales[260] ou le juge de la mise en état »[261]. Mais elle est aussi plus large dans la mesure où, en vertu de l'art. 810 du C.P.C., les pouvoirs du président du TGI « s'étendent à toutes matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé »[262].

On voit bien la différence entre les différents droits étudiés puisque, d'une part, en droit français, le juge des référés du TGI ne peut statuer, sur une affaire qui entre dans le domaine de compétence des juridictions commerciales[263]. D'autre part, dans les trois systèmes, le juge des référés ne peut connaître des litiges relevant de la compétence des juridictions du travail (en France, le Conseil des Prud'hommes[264], au Koweït[265] et en Égypte[266], les Chambres du travail[267]). Cette incompétence est d'ordre public[268]. Le juge des référés est également incompétent, dans les trois systèmes, dès lors que le litige relève de la compétence de la

[258] Ass. plén., 18 juin 1963, n° 60-10969, Bull., Ass. plén., n° 2, p. 2, obs. P. Hébraud, *RTD civ.,* 1963, p. 780. ; 2e Civ., 31 mai 1972, n° 70-11949, Bull., II, n° 161, p 132. ; Soc., 15 juin 1994, n° 92-17704, Bull., V, n° 198, p. 135. ; Dans le même sens : 1re Civ., 15 novembre 1966, n° 64-13568, Bull., I, n° 513, p 180. ; 1re Civ., 24 avril 1968, n° 67-10503, Bull., I, n° 119, p. 94. ; 1re Civ., 30 janvier 1985, n° 83-17132, Bull., I, n° 51, p 48. ; 1re Civ., 3 mai 1988, n° 86-16231, Bull., I, n° 127, p 88.
[259] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 59.
[260] L'art. 1073 du C.P.C. dispose que : « Le juge aux affaires familiales est, le cas échéant, juge de la mise en état. Il exerce aussi les fonctions de juge des référés. »
[261] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 10e éd., Paris, LexisNexis, 2017, n° 130, p. 121.
[262] L'art. 810 C.P.C. ; V. la compétence du juge des référés de droit commun, *Infra,* p. 39 s.
[263] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *op. cit.*, n° 37. ; P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 29, p. 37.
[264] *Ibid.* ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1313, p. 1115.
[265] La compétence de la chambre du travail, est exclusive, au terme de l'art. 1 du décret-loi n° 46/1987, relatif à la création de la chambre du travail au TGI.
[266] La compétence de la chambre du travail, est exclusive, au terme de l'art. 71 de la loi du travail n ° 12 / 2003.
[267] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 400-402.
[268] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. et loc. cit.*

juridiction administrative[269], notamment lorsqu'il s'agit d'un acte de gouvernement[270], ou d'un acte parlementaire[271]. Selon nous le moyen tiré du caractère parlementaire ou gouvernemental de l'acte, constitue une fin de non-recevoir[272]. Toutefois, dans l'arrêt du 20 février 2001[273], la Cour de cassation française a considéré la répartition des litiges entre les ordres judiciaire et administratif, comme une question de pouvoir. Selon nous, il s'agit ici plutôt, d'une confusion entre le problème de la compétence et celle du pouvoir. Car, d'une part, « la notion de compétence ne serait pas tant en cause que celle d'excès de pouvoir »[274]. D'autre part, le Tribunal des conflits, a été institué pour délimiter les compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, et non pour veiller au respect de la séparation des pouvoirs[275]. En clair, : « il s'agit de trancher un conflit entre deux juges, l'administratif et le judiciaire, à propos d'un litige déterminé, et non de prévenir ou de sanctionner des empiètements d'un juge, administratif ou judiciaire, sur l'action de l'administration »[276].

En revanche, selon la Cour de cassation française, ne constitue pas un matériel électoral, dont le contentieux ressortit au Conseil constitutionnel, la demande de l'association des maires de France concernant des mentions figurant sur le site internet d'un candidat à l'élection présidentielle, « dès lors que les mesures ordonnées pour faire cesser un trouble manifestement illicite né d'une atteinte à des droits privés ne portaient pas sur les documents électoraux, ni ne remettaient en cause un acte administratif préparatoire à l'élection »[277], le juge des référés avait pu à bon droit retenir sa compétence[278]. C'est bien la nature particulière de la contestation -

---

[269] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 417-418. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 109, p. 166 ; V. également H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit*., t. III, n° 1307, p. 1106. ; Civ.É., 26 mai 1966, n° 1261-183/17.

[270] H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit*., t. III, n° 1309, p. 1110.

[271] CE., 28 mars 2011, n° 347869, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, *D*., 2011, p. 1540, note O. Renaudie. ; Consti.K., 27 avril 1999, constitutionnel n° 2/ 1999, obs. F. Alrashoud, *Le contrôle juridictionnel des actes parlementaires à caractère non législatif « Étude analytique et comparative »,* mémoire de Master 2, Faculté internationale de droit de l'État du Koweït, 2016, p. 16. ; Consti.K., 19 décembre 2018, constitutionnel n° 6/2018.

[272] Il s'agit alors du défaut absolu de pouvoir juridictionnel, puisque aucun juge ne peut juger ces questions. V. la nature du moyen tiré du caractère gouvernemental de l'acte, *Infra*, p. 58-59.

[273] Elle a jugé que : « attendu que la société et son assureur soulèvent l'irrecevabilité du pourvoi au motif que l'arrêt attaqué s'est borné à rejeter une exception d'incompétence sans mettre fin à l'instance ;
Mais attendu que le pourvoi, qui soulève l'excès de pouvoir du juge judiciaire, caractérisé par la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs, est immédiatement recevable devant la Cour de Cassation ». 1re Civ., 20 février 2001, n° 98-21041, Bull., I, n° 37, p. 23.

[274] Ph. Théry, « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *RTD civ.,* 2010, p. 808.

[275] *Ibid.* ; F. Merzoughi, « Le rôle du Tribunal des conflits français à résoudre les problèmes de compétence », *Revue de droit*, L'université du Koweït, 2017, 41e année, n° 3, septembre, p. 260.

[276] Ph. Théry, « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *op. et loc. cit.*

[277] 1re Civ., 9 juillet 2008, n° 07-19664, Bull., I, n° 200, p 171.

[278] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 196.

atteinte à des droits privés - qui, en l'espèce, détermine la compétence du juge judiciaire et exclut, *à contrario*, celle du Conseil constitutionnel et de la Commission nationale de contrôle pour l'élection présidentielle[279].

En outre, s'agissant, de la compétence *ratione valoris*[280] du juge des référés du TGI français, celle-ci est de principe, pour statuer en référé dans tous les cas où la demande a pour objet une contestation de nature civile, dont le montant excède le taux de compétence du TI[281]. Cette compétence *ratione valoris* peut soulever des interrogations, lorsque le juge des référés est saisi, dans le cadre de l'art. 145 C.P.C.[282]. En effet, dans cette hypothèse : « le seul élément de référence concevable est la mesure qu'il est demandé au juge des référés de prescrire [une mesure d'instruction ou une mesure conservatoire], laquelle le plus souvent est d'un montant indéterminé »[283]. Pour déterminer la compétence du juge des référés du TGI, il convient, au préalable, d'identifier le tribunal qui sera quantitativement compétent. Pour la Cour de cassation française, le juge des référés du TGI n'excède pas les limites de sa compétence, lorsque le montant de la demande ne pouvait encore être chiffré[284]. Depuis cette jurisprudence, la Cour a élargi la compétence du juge des référés[285]. Il devient, par là même, logique d'attribuer la compétence au président du TGI, « au titre de la règle selon laquelle ce tribunal est compétent toutes les fois qu'une demande de nature civile est d'un montant indéterminé »[286]. Autrement dit, le TGI a compétence générale pour [connaître] de « toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles, compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction »[287]. Il est la juridiction civile de droit commun. Et selon le propos de Solus et Perrot, le président de ce tribunal « présente les mêmes caractères, que celle du tribunal lui-même »[288]. Il est, donc, juge des référés civils de droit commun. En revanche, lorsque la loi attribue au TGI la compétence de manière exclusive, dans une matière

---

[279] V. 1re Civ., 9 juillet 2008, n° 07-19664, Bull., I, n° 200, p 171, *D.*, 2008, p. 2006.
[280] Rappelons pour mémoire, que l'art. 95 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, a créé le tribunal judiciaire (entre en vigueur le 1er janvier 2020). Ce tribunal est une fusion du TGI et du TI.
[281] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1312, p. 1112. ; X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *op. cit.*, n° 37.
[282] V. la compétence du juge des référés en matière, de *référé-instruction Infra,* p. 47-49, et de *référé-in futurum*, *Infra,* p. 323.
[283] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1312, p. 1112 et 1113.
[284] 2e Civ., 5 décembre 1968, n° 67-12608, Bull., II, n° 297, p 211, *RTD civ.,* 1970, p. 399 et 400, obs. P. Hébraud. ; Dans le même sens : 3e Civ., 15 juin 1967, n° 64-11710, Bull., III, n° 244, p 238.
[285] P. Hébraud, « Référé civil », *RTD civ.*, 1970, p. 399.
[286] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1312, p. 1113.
[287] L'art. L221-6 du C.O.J.
[288] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1312, p. 1112.

spéciale[289], c'est-à-dire, lorsque le TGI est une juridiction d'exception, le juge des référés sera aussi exclusivement compétent, en tant que juge des référés d'exception.

La règle principale, selon laquelle la compétence du juge des référés, découle de la juridiction qui sera effectivement compétente au fond du litige, prend toute son importance devant les règles dérogatoires de détermination de la compétence d'attribution du juge des référés.

Sous-section 2 : Les règles dérogatoires de détermination de la compétence d'attribution du juge des référés [290]

Il n'y a ici, plus de lien obligatoire entre la compétence au fond de la juridiction, et celle du juge des référés du TGI. Celui-ci demeure juge des référés de droit commun, dans toutes les hypothèses, où il n'existe pas de procédures particulières de référé (§1). Néanmoins, lorsqu'elles existent, le juge des référés du TGI reste compétent et sa compétence procède soit de la loi (§2), soit de la jurisprudence (hypothèse de la voie de fait) (§3).

§1 : La compétence du juge des référés français de droit commun

Le président du TGI est juge des référés de droit commun, en vertu de l'art. 810 du C.P.C. Ce texte, issu du décret du 9 septembre 1971[291], conduit à élargir la compétence du juge des référés du TGI. Il faut noter que ni le droit koweïtien ni celui d'Égypte, ne comportent un texte similaire à l'art. 810 du C.P.C. En effet, la compétence du juge des référés TGI est plus large de celle du TGI, notamment dans la mesure où, les pouvoirs du président du TGI « s'étendent à toutes matières où il n'existe pas de procédure particulière de référés »[292]. Ce qui signifie qu'il « ne peut être valablement saisi que dans les cas où un autre juge des référés n'est pas compétent »[293]. Ainsi, bien que le TGI ne soit pas compétent sur le fond, le président est compétent comme juge des référés de droit commun[294]. Cette compétence présente, en effet, un

[289] V. l'art. L211-4 du C.O.J. qui dispose que : « le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements ». V. également, l'art. R211-4 du C.O.J., et la compétence particulière à certains tribunaux de grande instance, les articles L211-10 à L211-14 du C.O.J.
[290] V. G. Oudinet, *De la compétence du juge des référés dans les matières qui ne relève pas de la compétence du tribunal civil,* th. Paris, 1912.
[291] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 225.
[292] L'art. 810 C.P.C.
[293] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 455.
[294] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.,* n° 130, p. 121-122.

caractère subsidiaire, que le président du TGI ne peut être saisi à ce titre que dans les seuls cas où la demande relève au fond d'une juridiction qui ne comporte aucune formation de référé[295]. Cela a fait dire à certains auteurs, « aucune matière n'échappe plus à la procédure de référés »[296].

La doctrine est cependant partagée[297]. Cette compétence du juge des référés de droit commun, reste particulièrement utile lorsque les parties sont convenues d'un arbitrage au fond[298](A), ou dès lors, que le litige au fond, relève de la compétence de la juridiction de proximité (B).

A : La compétence du juge des référés de droit commun en présence d'une convention d'arbitrage

Lorsque le litige est soumis à compétence arbitrale, la juridiction de l'État est incompétente[299]. La doctrine française est cependant divisée sur ce point. Certains auteurs estiment que lorsqu'on est en présence d'une convention d'arbitrage, le juge des référés compétent pour ordonner des mesures provisoires, est le président de la juridiction du fond. Lequel connaît habituellement du litige en l'absence de convention d'arbitrage[300]. D'autres, au contraire[301], affirment que même en présence d'une convention d'arbitrage, à défaut de stipulations désignant le juge compétent, en matière de référé[302], il est obligatoire, de faire application des dispositions de l'art. 810 du C.P.C. Rappelons que celles-ci attribuent au président du TGI, compétence pour connaître des matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé, ce qui est le cas de l'arbitrage[303].

Cette règle a été dégagée par la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 janvier 1988, rappelant qu'« il convient de relever que, l'article 810 du nouveau Code de procédure civile

---

[295] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1314, p. 1116.
[296] *Ibid.,* n° 1261, p. 1063.
[297] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 401, p. 329, note de bas de page n° 18.
[298] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.,* n° 130, p. 122, et n° 623, p. 556.
[299] V. La nature juridique de l'exception d'arbitrage, *Infra,* p. 165 s.
[300] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 250. ; Selon M. Hory, « En réalité, la convention d'arbitrage a pour conséquence de retirer aux juridictions étatiques le pouvoir de juger le fond du litige. Elle n'exerce aucune influence sur les règles de détermination de la compétence du juge des référés appelé à intervenir avant la procédure arbitrale ». A. Hory, « Les mesures d'instruction *in futurum* et l'arbitrage », *Rev. Arb*., 1996, n° 44, p. 218. ; V. également M.-L. Niboyet-Hoegy, note sous 1re Civ. 9 octobre 1990, n° 89-12561, Bull., I, n° 205, p. 147, *Rev. Arb.*, 1991, p. 308.
[301] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. et loc. cit.*
[302] V. le rôle de la volonté des parties dans la désignation du juge des référés, compétent, *Infra,* p. 123 s.
[303] Tribunal de commerce de Paris, ord. réf., 18 décembre 1998, *Rev. Arb*., 2002, p. 997-999.

étend les pouvoirs du président du Tribunal de grande instance fixés par les articles 808 et 809 de ce Code à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé et donc, à la matière de l'arbitrage »[304].

L'autre utilité de l'art. 810 du C.P.C. concerne la compétence de la juridiction de proximité du fond.

B : La compétence du juge des référés de droit commun en cas de compétence de la juridiction de proximité du fond

Il convient de noter que le juge de proximité n'existe plus depuis le 1er juillet 2017[305]. En effet, la juridiction de proximité devrait disparaître en 2013 au terme de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, qui avait initialement décidé de la suppression des juridictions de proximité, à compter du 1er janvier 2013[306]. Suppression d'abord reportée à 2015[307] ; puis au 1er janvier 2017[308] et finalement au 1er juillet 2017[309]. Concernant son statut : « le juge de proximité n'est pas habilité par les textes à statuer ni en référé, ni sur requête »[310].

Il en résulte dès lors, que la loi ne prévoyant aucune procédure particulière de référé dans les matières ou le juge de proximité serait compétent au fond, c'est le président du TGI qui demeure compétent, en tant que juge des référés de droit commun. En application de l'art. 810 du C.P.C., nonobstant ce que certains auteurs ont pu écrire ; réservant la compétence subsidiaire au juge d'instance[311].

La compétence de principe du président du TGI, n'est cependant, pas toujours fondée sur l'art. 810 du C.P.C., elle peut aussi trouver sa source dans d'autres textes.

---

[304] Paris, 8 avril 1988, *Rev. Arb.*, 1990, p. 651-656. ; dans le même sens, V. Nancy, 23 mai 1995, *JCP*, 1996, IV, n°1588, p. 203.
[305] L'art. 15 (V) de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 15 (V).
[306] L'art. 70 (III) de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011.
[307] L'art. unique de la loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012.
[308] L'art. 99 de la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014.
[309] L'art. 15 (V) de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 15 (V).
[310] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 967, p. 776.
[311] *Ibid.*, n° 968, p. 776.

§2 : La détermination de la compétence du juge des référés par la loi

Il arrive, parfois, en effet, que dans certains cas, le législateur attribue spécialement compétence en référé, au juge des référés du TGI[312]. Et cela, alors même que la juridiction dont il émane, n'est pas compétente pour connaître des litiges au fond. Dans certaines matières- droit commercial (A), droit travail (B), répressive (C), d'arbitrage (D), référé-instruction (E)-, la loi reconnaît la compétence de principe du juge des référés du TGI en tant que tel.

A : En matière de référé commercial, en droit français

Le président du tribunal de commerce, est compétent en principe, pour statuer en référé, lorsque les litiges au fond, de nature commerciale, relèvent de son tribunal[313]. Cependant, quelques textes du code de commerce, dérogent à ce principe : notamment, en matière de droit des sociétés. Lesdits textes attribuent compétence au juge des référés du TGI[314] :

1- En matière d'identification des détenteurs de titres au porteur, dans les sociétés par actions (l'art. L. 228-2 du C. com.)[315].

2- En matière de désignation d'un liquidateur de société civile professionnelle, à défaut de désignation, par la majorité des associés dans les conditions fixées par l'al. 2 de l'art. R743-114 du C. com.

3- Le remplacement du liquidateur pour cause d'empêchement ou pour tout autre motif grave (l'art. R743-73 et l'art. R822-144 du C. com.).

4- La désignation des représentants de la masse des obligataires dans les cas prévus par l'art. L. 228-50 et al. 2 de l'art. L. 228 du C. com. (l'art. R228-60 du C. com.).

5- La désignation d'un mandataire qui convoquera l'assemblée générale, lorsqu'elle n'a pas été convoquée dans le délai fixé par décret en Conseil d'État. (l'art. L228-58 et l'art. R228-65 du C. com.).

6- La réduction du montant de la rémunération allouée par l'assemblée générale des obligataires (al. 2 de l'art. R228-63 du C. com.).

---

[312] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1316, p. 1118.
[313] *Ibid*. V. également, l'art. 872 du C.P.C.
[314] Rappelons pour mémoire, qu'en droit koweïtien et égyptien, le juge des référés est compétent en matière commerciale. Sauf les litiges de nature commerciale et civile, qui relèvent, au Koweït, de la compétence du tribunal des marchés de capitaux (al. 2 de l'art. 108 de la loi n° 7/2010 sur l'autorité des marchés de capitaux koweïtien). Et en Égypte, de celle du tribunal économique (art. 6 de la loi n°120/2008 relative à l'instauration des tribunaux économiques égyptien).
[315] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 125.50, p. 217.

7- La substitution d'une garantie en cas de cession de bail (art. R237-4 du C. com.)[316].

En outre, en matière de mainlevée de l'opposition, l'art. L. 131-35, al. 4, du code monétaire et financier, dispose expressément que : « si, malgré cette défense, le tireur fait une opposition pour d'autres causes, le juge des référés, même dans le cas où une instance au principal est engagée, doit, sur la demande du porteur, ordonner la mainlevée de l'opposition » [317]. Ce texte n'utilise pas la notion de compétence. Pourtant, selon la Cour de cassation française, il résulte de cet l'article « que le juge des référés du [TGI] est compétent pour statuer sur la demande de mainlevée de l'opposition au paiement d'un chèque »[318]. Peut-on pour autant dire qu'en matière de mainlevée de l'opposition le juge des référés disposant d'une compétence exclusive, celle-ci exclut *de facto*, la compétence du juge du fond ? Auquel cas, peut-on alors parler de conflit de compétence entre le juge de référés et celui du fond ? Nous ne le pensons pas. Car la compétence exclusive du juge des référés ne peut l'être, qu'en cas de la compétence exclusive du tribunal dont il est l'émanation[319]. Les deux juridictions ne disposent pas d'un pouvoir juridictionnel identique. Il s'agit ici d'un chef de saisine spécialisé [320], que le juge du fond n'a pas le pouvoir juridictionnel d'aborder. Jusqu'à récemment, la Cour de cassation affirmait qu'il s'agit de compétence exclusive du juge des référés[321]. Elle a ainsi rejeté, le pourvoi contre un arrêt d'une cour d'appel qui avait affirmé que le TGI était **incompétent** pour connaître de sa demande de mainlevée de l'opposition au paiement du chèque, **renvoyant** cette demande devant le juge des référés[322]. Dès lors, qu'il nous apparaît qu'il s'agit d'un chef de saisine spécialisé, c'est à tort, que le TGI s'est déclaré incompétent, et a renvoyé la demande devant le juge des référés. Il aurait dû, selon nous, rejeter la demande sans renvoi, car le renvoi dans ce cas aboutira à l'irrégularité de l'acte de saisine du juge des référés[323].

---

[316] Dans le même sens, sous l'empire du l'ancien C. com. V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1316, p. 1118, précisément la note de bas page n° 7.
[317] Douai, 29 juin 2017, n° 16/05310, *LEDB*, octobre 2017, n° 110w0, p. 4, obs. J. Lasserre Capdeville.
[318] Com., 3 décembre 2013, n° 12-24543, Non publié au Bull.
[319] V. *Supra*, p. 28.
[320] V. N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 421.
[321] En jugeant que : « Mais attendu que le juge des référés est seul compétent pour ordonner, en application de l'article L. 131-35, alinéa 4, du code monétaire et financier, la mainlevée d'une opposition au paiement d'un chèque ; que le moyen, qui postule le contraire, n'est pas fondé ». Com., 5 décembre 2018, n° 17-22658, Bull., IV, *D.*, 2018, p. 2365. ; *Dalloz actualité*, 21 décembre 2018, note X. Delpech.
[322] X. Delpech, « Mainlevée de l'opposition d'un chèque : compétence exclusive du juge des référés », *Dalloz actualité*, 21 décembre 2018, note sous Com., 5 décembre 2018, n° 17-22658, Bull., IV, *D.*, 2018, p. 2356.
[323] V. *Supra*, p. 32.

Enfin, la compétence du juge de référés du TGI en matière de référé commercial, est de plus en plus réduite. En effet, « en principe, l'ouverture d'une procédure collective chasse la compétence du juge des référés au profit de celles des juridictions de la procédure, tribunal et juge-commissaire (art. R. 662-3 du C. com) »[324]. Mais les récents articles L. 141-15 et 141-16 du C. com. désignent le président du TGI comme seul juge des référés compétent, en matière de contestations relatives au paiement du prix d'un fonds de commerce[325]. Ces articles ont été modifiés en 2015[326], en faveur de la compétence exclusive du président du tribunal de commerce, agissant en tant que juge des référés.

B : En matière de droit français du travail

Au terme de l'art. R. 1455-5 du Code du travail la formation de référé du conseil de prud'hommes est compétente en matière de référé dans la limite de compétence des conseils de prud'hommes. Cependant, l'art. L. 4732-1 du Code du travail autorise l'inspecteur du travail à saisir le juge des référés judiciaire, lorsqu'il constate sur un chantier une infraction aux dispositions légales ou réglementaires susceptible de créer un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des travailleurs[327]. En revanche la formation des référés du conseil des prud'hommes n'est pas compétente (ni d'ailleurs le conseil de prud'hommes lui-même) pour prescrire des mesures concernant un conflit collectif du travail : l'expulsion de grévistes occupant les lieux du travail ou le règlement des incidents affectant le fonctionnement des comités d'entreprise sont notamment de la compétence du président du TGI[328]. À cet égard, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française a décidé qu'il appartient au juge des référés (président du TGI) « d'apprécier souverainement, si la grève, qui est licite dans son principe, en cas de revendications professionnelles, n'entraîne pas un trouble manifestement illicite »[329].

---

[324] N. Cayrol, « La compétence du juge des référés », *RTD civ.*, 2018, p. 971, obs. sous Com., 5 septembre 2018, n° 17-10975, Bull., IV, *D.*, 2018, p. 1751.
[325] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 251. ; (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 125.49, p. 217.
[326] Par l'art. 107 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.
[327] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 125.52, p. 217.
[328] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1317, p. 1120. ; (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 125.91, p. 221.
[329] Ass. plén., 4 juillet 1986, n° 84-15735, Bull., Ass. plén., n° 11, p. 19.

Au surplus, la compétence du juge de référés du TGI en matière de droit de travail, est de plus en plus réduite, car, l'art. R. 262-1-1 du Code du travail a été abrogé, par l'art. 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008[330] et n'a pas été remplacé. Cet article autorisait l'inspecteur du travail à saisir le juge des référés du TGI, « pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de service au consommateur, l'emploi illicite de salariés en infraction aux articles 41a et 41b et 105a à 105i, du code des professions, applicable dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin »[331].

C : En matière répressive

Le juge des référés civil n'a pas la compétence, ni le pouvoir de statuer sur des questions qui relèvent de la compétence pénale des juridictions répressives[332]. En revanche, si la victime d'un fait dommageable, usant de l'option qui lui est reconnue par l'art. 3 C.P.P. (dont l'équivalent est l'art. 111 C.P.P.K. et l'art. 251 C.P.P.É.) demande réparation à la juridiction répressive[333], dans ce cas, la juridiction qui sera compétente au fond est la juridiction répressive, l'incompétence au fond, de la juridiction civile[334] se déduit d'emblée, en principe, de l'incompétence du juge civil des référés. Mais l'incompétence au fond de la juridiction civile, résulte dans ce cas, de l'usage de l'option de compétence, laquelle s'attache à la juridiction du fond et non à celle de référé. La question se pose alors de savoir, si le juge des référés civil, reste compétent pour ordonner les mesures qu'impose l'urgence, voire, le versement d'une provision[335]. Il nous semble qu'il faille répondre par l'affirmative, car, la compétence du juge

---

[330] Le Conseil d'État, a déclaré que l'article R. 262-1-1 du code du travail est entaché d'illégalité. V. CE., 12 janvier 1996, n° 170758, Inédit au recueil Lebon.

[331] Al. 1 de l'art R. 262-1-1 du Code du travail, qui est créé par l'art. 4 du décret n°92-769 du 6 août 1992 - art. 4 JORF 7 août 1992

[332] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1306, p. 1106. ; F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé,* 1re éd., Koweït, Dar Alkitab, 2015, p.152-153. ; Le juge des référés est incompétent pour se prononcer sur la validité de la saisie de certains documents par la police judiciaire. V. 2e Civ., 17 novembre 1982 Non publié au Bull., [En ligne], Disponible sur: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007075119&fastReqId=2016550971&fastPos=4 (Consulté le 15/01/2017).

[333] Il faut noter que la saisine du juge des référés ne signifie pas que la victime choisisse d'exercer son action devant la juridiction civile ce que lui privé de la porter devant la juridiction répressive. ; Il a été juge que : « une assignation en référé ne peut s'analyser en une action civile au sens de l'article 5 du Code de procédure pénale ». Crim., 16 mai 2012, n° 99-83979, Bull., Crim., n° 238, p. 703. ; Dans les mêmes sens en droit égyptien, Crim.É. 13 novembre 1997, n° 667/47, recueil de la jurisprudence, 28e année, p. 935.

[334] L'art. 5 C.P.P. dispose : « 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 ».

[335] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1305, p. 1105.

des référés, si l'action civile est portée devant la juridiction répressive subsiste à un double titre. D'une part, en France[336] et au Koweït[337] ainsi en Égypte[338] il peut statuer sur les incidents qui se rattachent à l'action civile. Le droit français, connaît d'autre part, la possibilité d'obtenir immédiatement une provision, par la voie du référé[339]. En effet, depuis la loi n° 83- 608 du 8 juillet 1983, qui a inséré dans le C.P.P. l'art. 5-1: « même si le demandeur s'est constitué partie civile devant la juridiction répressive, la juridiction civile, saisie en référé, demeure compétente pour ordonner toutes mesures provisoires relatives aux faits qui sont l'objet des poursuites, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable »[340].

En outre, dans le système koweïtien, lorsqu'il s'agit des infractions en matière de presse, l'al. 2 de l'art. 15 de la loi n° 3/2006 relatif aux publications, autorise le procureur général à saisir le juge des référés du TI, ou le président des chambres criminelles, lorsque cela est nécessaire, afin d'ordonner la suspension de la diffusion d'un journal, pour une période ne dépassant pas deux semaines. Période, susceptible d'être renouvelée, au cours de l'enquête ou du procès[341].

Alors qu'en droit français, un nouveau cas de référé a été créé par l'art. 39 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, qui a introduit dans la loi du 29 juillet 1881, un article 50-1[342] qui dispose: « lorsque les faits visés par les articles 24 et 24 bis résultent de messages ou informations mis à la disposition du public, par un service de communication au public en ligne et qu'ils constituent un trouble manifestement illicite, l'arrêt de ce service peut être prononcé par le juge des référés, à la demande du ministère public et de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir ». En revanche, en droit égyptien, le pouvoir d'ordonner la suspension provisoire de la diffusion d'un journal n'est reconnu qu'au juge pénal, au terme de

---

[336] *Ibid.,* p. 1106.
[337] F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 38-39. ; Cour d'appel koweïtienne, Chambre criminelle de cassation, 5 octobre, 1987, n° 116 /1987, recueil de la jurisprudence, l'année 87, p. 420, n° 16. Et l'ordonnance de référé du TI du Koweït, n° 156/1983.
[338] Crim.É. 26 décembre 1955, n° 663/25, recueil de la jurisprudence, 6e année, p. 1525, n° 448, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_Images.aspx?ID=111128070 (Consulté le 16/01/2017).
[339] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1306, p. 1106.
[340] 2e Civ., 13 janvier 1988, n° 84-16850, Bull., II, n° 23, p 12. ; 2e Civ., 17 janvier 1990, n° 88-18615, Bull., II, n° 12, p 6.
[341] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 425. ; F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. et loc. cit.* ; V. par ex. la décision du juge des référés de la suspension, de la diffusion d'Alwatan journal, pendant deux semaines. TI du Koweït, Chambre de référé/1re, 20 avril 2014, n° 110/2014, délits de la presse.
[342] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 125.44, p. 216.

l'art. 200 du code pénal égyptien. Ainsi, ni la juridiction civile de référé, ni la juridiction administrative ne peuvent le faire[343]. La Constitution égyptienne du 11 septembre 1971, l'interdisant[344].

D : En matière d'arbitrage

Comme nous l'indiquions *supra*[345], en présence d'une convention d'arbitrage, les juridictions étatiques sont incompétentes[346]. En revanche, en droit koweïtien et égyptien, lorsque la convention d'arbitrage n'inclut pas les questions de référé, les législateurs koweïtien et égyptien ont réservés au juge des référés, la compétence de prendre les mesures provisoires et conservatoires. En effet, l'art. 173, al. 6 du C.P.C.K. prévoit que « l'arbitrage ne peut porter sur les questions de référé sauf lorsque les parties en conviennent autrement ». Alors que l'art. 14 de la loi égyptienne relative à l'arbitrage, prévoit que « la juridiction visée à l'article 9[347] de la présente loi peut ordonner, à la demande de l'une des deux parties à l'arbitrage, des mesures provisoires ou conservatoires. Soit, avant le commencement de la procédure d'arbitrage, soit pendant son déroulement »[348]. En outre, la compétence du juge des référés français en présence d'une convention d'arbitrage se fonde sur l'art. 810 du C.P.C. qui lui attribue la compétence de droit commun[349].

E : En matière de référé-instruction

En principe, le juge civil des référés, ne peut connaître que des demandes se rattachant à des litiges relevant de l'ordre de juridiction auquel il appartient. En revanche, lorsqu'il s'agit du référé avant tout procès, au terme de l'art. 145 du C.P.C. (dont les équivalents sont les articles 96 et 133 du Code de la preuve, égyptien, et les articles 51 et 72 du Code de la preuve koweïtien). Dans ce cas, est-il possible de saisir le juge judiciaire des référés malgré la nature

---

[343] CE.É., 4 mars 2008, n°11778/61.
[344] Au terme de l'art. 48 qui dispose que : « la liberté de la presse, de l'impression, de l'édition et des moyens d'information est garantie. La censure des journaux est interdite.
L'avertissement, la suspension et la suppression des journaux par voie administrative sont interdits. Toutefois, par exception, en cas d'état d'urgence ou en temps de guerre, il est permis de soumettre les journaux, les imprimés et les moyens d'information à une censure limitée aux questions se rattachant à la sécurité générale ou aux objectifs de la sécurité publique et ce, conformément à la loi ». La constitution d'Égypte du 11 septembre 1971 en langue française [En ligne], Disponible sur : http://mjp.univ-perp.fr/constit/eg1971i.htm (Consulté le 10/01/2017).
[345] V. *Supra,* p. 40-41.
[346] V. La nature juridique de l'exception d'arbitrage, *Infra,* p. 165 s.
[347] Il s'agit du tribunal compétent conformément aux règles générales.
[348] V. l'effet de la convention d'arbitrage à l'égard du juge des référés, *Infra,* p. 180 s.
[349] V. la compétence du juge des référés de droit commun en présence d'une convention d'arbitrage, *Supra,* p. 40-41.

administrative du litige ? La réponse doit être nuancée : en effet, si le juge des référés koweïtien et égyptien n'est pas compétent pour prendre des mesures d'instruction relatives à un litige de nature administrative[350] notamment lorsqu'il s'agit d'un acte de gouvernement[351]. Il peut l'être, en revanche, dès lors que les mesures d'instruction demandées sont destinées à prouver l'existence du dommage. Même si celui-ci est le fait de l'administration[352].

Alors qu'en droit français, il n'y a pas de dérogation au principe, puisqu'un juge judiciaire des référés, ne peut ordonner des mesures d'instruction relatives à un litige d'ordre administratif[353]. Mais, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits français, ainsi que les chambres civiles de la Cour de cassation française ont abordé cette question. Ils ont mis en exergue, les points les plus importants, pour déterminer la limitation de la compétence des juges des référés judiciaire et administratif, en matière de référé-instruction.

De la même manière, le juge civil des référés, est compétent pour « ordonner une mesure d'instruction avant tout procès, dès lors que le fond du litige est de nature à relever, ne serait-ce qu'en partie, de la compétence des juridictions de l'ordre auquel il appartient »[354]. Ainsi, ce juge ne sera pas compétent, lorsque, dans une instance en référé déjà engagée, il lui est ultérieurement demandé d'ordonner une mesure d'instruction qui porte à titre exclusif sur un litige dont la connaissance au fond n'appartient manifestement pas à l'ordre de juridiction auquel il appartient. À titre d'illustration, lorsqu'à l'occasion d'une action en référé, l'appel en intervention forcée du préfet ne tend qu'à voir rechercher la responsabilité d'un service administratif chargé d'une mission de service public[355], la compétence du juge civil, des référés sera exclue.

---

[350] A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.*, t I., p. 413-417. ; T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, 1re éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2016, p. 253.

[351] TI du Caire, chambre des référés, 28 février 1952, n° 1064/1952, obs. A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, *op. cit.,* t I., p. 421-422. ; TI d'Alexandria, chambre des référés, 27 décembre 1944, recueil d'avocat, 27e année, p. 602.

[352] TI d'Almansorah, chambre des référés, 7 mars 1979, n° 133/1978. ; TI du Caire, chambre des référés, 23 octobre 1982, n° 765/1981 et n° 673/1982, obs. A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.*, t I., p. 418-419. ; T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 406.

[353] 1re Civ., 9 juillet 1974, n° 73-11299, Bull., I, n° 223, p. 192. ; Soc., 25 octobre 1978, n° 77-13578, Bull., V, n° 711, p. 532. ; Soc., 10 janvier 1980, n° 78-15601, Bull., V, n° 35, p. 23. ; 1re Civ., 30 janvier 1985, n° 83-17132, Bull., I, n° 51, p. 48.

[354] 2e Civ., 16 mai 2002, n° 00-17271, Bull., II, n° 102, p. 81. ; dans le même sens : T. confl., 5 juillet 1999, n° 99-03162, Bull., CONFLITS, n° 23, p. 24.

[355] T. confl., 5 juillet 1999, n° 99-03154, Bull., CONFLITS, n° 22, p. 23.

Il en ira de même, concernant la compétence du juge administratif des référés. Le Conseil d'État a ainsi pu considérer, que le juge administratif des référés, pouvait être compétent pour ordonner une mesure d'instruction avant tout procès. Dès lors que le litige pouvait être vu, comme relevant au moins pour partie, de la compétence au fond de la juridiction administrative[356]. Par exception, « s'il est exact que la compétence du juge des référés est restreinte aux litiges dont la connaissance appartient quant au fond aux tribunaux civils, cette règle ne fait pas obstacle à l'application, avant tout procès, de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile lorsqu'il apparaît qu'au moment où est demandée une mesure d'instruction la compétence des tribunaux de l'ordre administratif sur le fond du litige n'est pas établie »[357]. Il entre donc, dans la compétence du juge judiciaire des référés, le pouvoir d'ordonner cette mesure, sans que soit, en cause ni méconnu, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires[358].

En résumé, la compétence du juge judiciaire des référés, n'est exclue que lorsque la nature administrative du litige est certaine, au moment de la saisine de la juridiction[359]. En revanche, lorsque la compétence des tribunaux administratifs, pour statuer sur le fond du litige n'est pas établie à la date où est demandée en référé la mesure d'instruction *in futurum*, le juge judiciaire des référés sera compétent[360].

Les règles dérogatoires au principe selon lequel, la compétence du juge des référés est restreinte aux attributions de la juridiction dont il est l'émanation, ne sont pas que d'origine légale, mais aussi jurisprudentielles.

---

[356] CE., 30 octobre 1989, n° 55571, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, *D.*, 1990, p. 250, note Ph. Terneyre.
[357] 1re Civ., 8 juillet 1986, n° 84-17167, Bull., I, n° 204, p. 196.
[358] 1re Civ., 8 juillet 1986, n° 84-17167, Bull., I, n° 204, p. 196. ; T. confl., 23 octobre 2000, n° 00-03220, Bull., CONFLITS, n° 21, p. 32.
[359] V. par ex. 1re Civ., 10 janvier 1990, n° 88-12904, Bull., I, n° 13, p. 10, *D.*, 1991, p. 245, note N. Fricero. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a jugé qu': « excède ses pouvoirs le juge des référés de l'ordre judiciaire qui statuant sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, désigne un expert à l'effet d'examiner une personne se plaignant de troubles qui trouvent leur origine dans une intervention effectuée dans un service public de santé ».
[360] N. Fricero, note sous 1re Civ., 10 janvier 1990, n° 88-12904, Bull., I, n° 13, p. 10, *D.*, 1991, p. 245,

§3 : La compétence du juge des référés en matière de voie de fait

Bien entendu, « dès lors que le fond du litige relève de la compétence administrative, le juge des référés de l'ordre judiciaire est incompétent »[361] . Mais, la jurisprudence française admet que dès lors que la voie de fait est établie, le litige doit être retiré de la compétence du juge administratif au profit, du juge des référés judiciaire[362].

En cas de voie de fait, il y aura d'emblée ; soit un dommage imminent, soit un trouble manifestement illicite[363]. La mission du juge des référés consistera, dans ce cas à prononcer les mesures qui s'imposent soit pour prévenir ce dommage, soit pour faire cesser ce trouble manifestement illicite[364]. La question qui se posera dès lors, sera de savoir si le dommage imminent et le trouble manifestement illicite sont considérés comme des conditions de compétence du juge des référés ? C'est là, une des apparences trompeuses concernant la controverse sur la question de la différence entre le pouvoir et la compétence du juge des référés. En effet, selon nous, la compétence du juge des référés, en cas de voie de fait, n'a rien à voir, avec le dommage imminent et le trouble manifestement illicite. En fait, leur présence, ne constitue qu'un des chefs de saisine du juge des référés[365].

Se pose alors, la question de savoir, quel est le fondement de la compétence du juge des référés judiciaire en matière de voie de fait ? Il faut noter d'abord que la compétence du juge judiciaire des référés en cas de voie de fait, ne semble pas avoir été abordée par la jurisprudence koweïtienne et égyptienne. En droit français, contrairement à ce que certains auteurs ont pu écrire[366], le fondement de la théorie de la voie de fait a un lien avec l'inexistence[367]. Puisque la

---

[361] 1re Civ., 10 juillet 1979, n° 78-13670, Bull., I, n° 206, p. 166.

[362] N. Fricero, note sous 1re Civ., 10 janvier 1990, n° 88-12904, Bull., I, n° 13, p. 10, *D.*, 1991, p. 245. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 109, p. 166. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 418. ; V. également H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1309, p. 1109. ; V. 1re Civ., 15 novembre 1966, n° 64-13568 Bull., I, n° 513, p. 387, [En ligne], Disponible sur : (https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006973335&fastReqId=1698803512&fastPos=1 (Consulté le 20/01/2017).

[363] 2e Civ., 7 juin 2007, n° 07-10601, Bull., II, n° 146, p. 121. ; 1re Civ., 23 février 1988, n° 86-12607, Bull., I, n° 49, p. 310 ; 3e Civ., 22 mars 1983, n° 81-14547, Bull., III, n° 83, p. 66.

[364] TGI de Pais, 7 octobre 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, 1er sem., juris., p. 47-48.

[365] V. Dommage imminent ou trouble manifestement illicite (Le *référé-sauvegarde*), *Infra,* p. 340 s.

[366] Selon Monsieur Delvolvé : « La voie de fait n'a ni fondement ni justification. C'est seulement la conception qui détermine les solutions applicables à la voie de fait qui peut avoir des fondements. Jusqu'à présent, même si l'on a couramment parlé de la théorie de la voie de fait, il n'y avait pas vraiment une théorie, il y avait seulement un système qui trouvait des explications diverses ». P. Delvolvé, « Voie de fait : limitation et fondements », *RFDA*, 2013, p. 1041.

[367] P. Le Mire, « Inexistence et voie de fait », *RD publ.,* 1978, p. 1219-1271.

voie de fait apparait comme une des formes de l'inexistence « soit parce qu'elle consiste en l'exécution d'un acte inexistant (manque de droit), soit parce que l'exécution forcée irrégulière d'un acte même légal, revêt le caractère d'un acte inexistant, lorsqu'elle porte atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique fondamentale »[368].

Selon les Cours de cassation égyptienne et koweïtienne, l'acte inexistant n'est qu'une opération matérielle de l'administration, il perd tous les effets juridiques, et ne constitue qu'un obstacle matériel, qui le fait sortir des décisions administratives, pour le faire entrer dans la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire[369]. Le juge civil des référés sera alors compétent, il peut, de son côté, prendre toutes les décisions nécessaires, pour sauvegarder provisoirement le droit et la liberté[370].

Par conséquent, si l'acte de l'administration est inexistant, son exécution constitue alors, une voie de fait, et justifie la compétence des deux ordres de juridiction (administrative[371] et judiciaire[372]), pour statuer sur ce type d'agissement[373]. Cette double compétence a été confirmée par le Tribunal des conflits lorsqu'il a jugé que : « ces décisions sont constitutives d'une voie de fait et doivent par la suite être regardées comme des actes nuls et non avenus. Il appartient tant à la juridiction administrative qu'à l'autorité judiciaire de constater cette nullité »[374]. Mais les deux compétences avaient été établies de façon indépendante et incoordonnée en se fondant sur le fait que l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée et des libertés fondamentales[375], alors que le juge administratif est le juge naturel de la légalité des actes

---

[368] *Ibid*., p. 1271.

[369] Civ.É., 20 avril 1974, recueil de la jurisprudence, 25e année, p. 713. ; Civ.É., 16 février 1978, recueil de la jurisprudence, 29e année, p. 502. ; Com.K., 19 février 1995, n° 179/1994, obs., T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 303-304. ; Dans le même sens : A. Altabtabie, obs. sous Civ.K., 10 juillet 2017, n° 539/2016, *Revue de droit*, L'université du Koweït, 2017, 41e année, n° 4, décembre, p. 510.

[370] T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 304-305.

[371] La Chambre administrative de la Cour de cassation koweïtienne a refusé d'envoyer l'affaire devant la chambre civil et commerciale, malgré l'inexistence de l'acte puisque celui ici, solen elle, ne fait pas obstacle à la compétence de la chambre administrative. Admi.K., 27 décembre 2004, n° 411/2004, recueil de la jurisprudence, l'année 32, p. 241, n° 37. ; V. également, Admi.K., 13 décembre 2005, n° 418/2004.

[372] K. Ismaïl, *L'encyclopédie de la juridiction administrative*, t. II, 2e éd., Le Caire, Dar Mahmoud, 2014, p.26 et 466. ; P. Le Mire, *op. cit.*, p. 1268 et 1271.

[373] J. Moreau, « Voie de fait », *RÉP. CONT. ADM.,* 2016, n° 50.

[374] T. confl., 27 juin 1966, n° 1889, *D.*, 1968, juris., p. 7.

[375] Il s'agit de l'article 66 de la Constitution de la République française, du 4 octobre 1958 qui dispose : «…L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Cette mission avait déjà été affirmée par le T. confl. lorsqu'il avait jugé que « la sauvegarde de la liberté individuelle et la protection de la propriété privée entrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire » T. confl., 18 décembre 1947, Hilaire (1re espèce) et Dame Cortesi (2e Espèce), *D.*, 1948, p. 62-64, note M. Fréjaville. ; V. aussi G. Vedel, note sous TGI de Strasbourg, ord. réf., 1 mars 1962, *JCP*, 1962, II, n°12643.

administratifs[376]. La théorie de l'inexistence, n'est donc, pas le seul fondement de la voie de fait.

Depuis l'arrêt Bergoend du Tribunal des Conflits de 2013[377], la simple atteinte, aux libertés individuelles, ou l'extinction du droit de propriété, caractérise la voie de fait. Contrairement à l'ancienne approche jurisprudentielle qui exigeait une atteinte grave aux libertés individuelles, ou au droit de propriété[378]. En effet, le Tribunal des Conflits, suivi par la première Chambre Civile de la Cour de cassation, ont réduit le champ de compétence du juge judicaire des référés en cas de voie de fait[379], en considérant désormais que : « il n'y a de voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, pour en ordonner la cessation ou la réparation ; que dans la mesure où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative »[380].

Au surplus, constitue une voie de fait par l'administration, l'atteinte portée aux principes fondamentaux consacrés par le droit français interne et la Conv. EDH, du droit à la défense et à un procès juste et équitable dans un délai raisonnable[381], justifiant la compétence du juge des référés civil, malgré l'objet administratif du litige[382].

---

[376] J.-C. Douence, note sous T. confl., 27 juin 1966, n° 1889, *D.,* 1968, juris., p. 9. ; Selon M. S. Pugeault, : le juge administratif des référés peut s'affirmer, pour l'avenir, aux côtés du juge judicaire, comme un gardien efficace des libertés. S. Pugeault, « Le juge administratif des référés, gardien des libertés », in. J. Normand, *Justices et droit fondamentaux,* Paris, Litec, 2003, p. 414.
[377] T. confl., 17 juin 2013, n° 13-03911, Bull., CONFLITS, n° 11.
[378] T. confl., 19 janvier 2004, n° 3386, Bull., CONFLITS, n° 4, p. 4, *RTD Com.*, 2004, p. 262, note G. Orsoni. ; T. confl., 23 mai 2005, n° 05-03452, Bull., CONFLITS, n° 15, p. 21.
[379] A. Abdelkader, « Le rôle de la juridiction administrative des référés, dans la protection des libertés fondamentales (étude comparative entre les droits algérien, égyptien et français) », *Revue de droit*, Université du Koweït, 41e année, n° 3, septembre 2017, p. 380.
[380] T. confl., 17 juin 2013, n° 13-03911, Bull., CONFLITS, n° 11. ; 1re Civ., 13 mai 2014, n° 12-28248, Bull., I, n° 87, p. 92.
[381] TGI de Pais, 7 octobre 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, 1er sem., juris., p. 47-48, obs. Ph. Terneyre, « Grève dans les services publics », *RÉP. TRAV.,* 2016, n° 257.
[382] Ph. Terneyre, « Grève dans les services publics », *op.et loc. cit.*

La question qui se pose est celle de savoir si le juge des référés est compétent en cas de voie de fait lorsqu'il s'agit des actes du gouvernement[383] ? L'incompétence a ici été soulignée, par la doctrine[384] et la jurisprudence françaises. Il s'agit de l'arrêt du Tribunal des Conflits du 2 février 1950, portant sur l'annulation de l'ordonnance du juge des référés, qui a été saisi pour ordonner la cessation du brouillage, des émissions de la station Radio-Andorre. Le Tribunal des Conflits considère que constitue un acte insusceptible de recours, « la mesure prescrite par le gouvernement … à l'égard des émissions d'un poste sis dans un territoire qui n'est pas français, qui n'est pas soumis à la législation française et relève d'une double autorité distincte de celle de l'État français, échappe par sa nature à tout contrôle juridictionnel »[385]. Donc, malgré la voie de fait née de l'acte de gouvernement, aucun juge, ni judiciaire ni administratif, ni du fond, ni des référés, ne peut intervenir[386]. Cependant, le problème subsiste, car la théorie koweïtienne, des actes du gouvernement manque de clarté[387]. Ainsi, pour la Cour de cassation koweïtienne, la juridiction d'État est juridictionnellement incompétente pour connaître les questions de nationalité (il s'agit, en effet, d'un défaut du pouvoir juridictionnel). Au motif qu'on est en présence, d'un acte de gouvernement[388]. Alors qu'en Égypte, les matières de nationalité entrent dans la compétence du conseil d'État, au terme de l'al. 7 de l'art. 10 de la loi n°47/1972, instituant le Conseil d'État [389]. En réalité, le législateur koweïtien applique la théorie des actes de gouvernement, en vue de faire échapper les décisions purement administratives[390] au contrôle des juges d'État (du fond ou des référés).

Enfin, comme l'écrit Monsieur Moreau : « la voie de fait n'est plus qu'une dérogation très exceptionnelle à la répartition normale des compétences, entre les juridictions

---

[383] V. la nature du moyen tiré du caractère gouvernemental de l'acte, *Infra*, p. 58-59.
[384] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1309, p. 1110. ; J. Moreau, « Voie de fait », *op.cit.*, n° 39. ; M. Waline, note sous T. confl., 2 février 1950, n° 1243, *op. cit.*, p. 420.
[385] T. confl., 2 février 1950, n° 1243, *RD publ*., 1950, p. 418-432, note M. Waline.
[386] T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op.cit.,* p. 304-305.
[387] Pour une étude globale sur les actes du gouvernement en droit koweïtien et droit française, V. K. Alharbi, *Les actes du gouvernement comparaison entre le droit koweitien et le droit français*, th. Nancy, 2018.
[388] Admi.K., 7 février 2017, n° 1713/2015 ; Cour d'appel du Koweït, 7e chambre, 10 novembre 2015, n° 1387/2015.
[389] Civ.É., 16 mai 1981, n° 1069/50, obs. A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, *op. cit.,* t I., p.139. ; Il faut noter d'ailleurs qu'il n'existe pas encore un Conseil d'État au Koweït alors que l'art. 171 de la constitution koweïtienne du 1962 prévoit que : « un Conseil d'État est établi par la loi pour exercer les fonctions de juridiction administrative, donner des avis juridiques et préparer des projets de loi et de règlement mentionnés aux deux précédents articles ».
[390] La portée de la théorie des actes de gouvernement, en matière de nationalité, au Koweït, est de plus en plus étroite. Aujourd'hui d'une part, la Cour de cassation se déclare compétente pour contrôler les décisions de retrait et déchéance de nationalité, V. par ex. Admi.K., 23 mars 2016, n° 647/2015, 659/2015, 694/2015. D'autre part, le tribunal administratif a récemment validé par un jugement avant dire droit, une demande provisoire de suspension de la décision du gouvernement du Koweït de retrait de nationalité de 46 personnes. TGI du Koweït, 20 novembre 2016, 4e chambre administrative, n° 4469/2016.

administratives et l'autorité judiciaire[391]. Son domaine d'application est fortement diminué et son incidence contentieuse principalement concentrée sur les problèmes d'indemnisation »[392].

Après avoir exposé les règles de détermination de la compétence d'attribution du juge des référés, il convient de s'intéresser, à présent, au régime de l'exception d'incompétence le visant, et tenant à la compétence d'attribution.

[391] La première chambre civile de la Cour de cassation française, considère toujours qu'en présence d'une voie de fait la juridiction judiciaire reste compétente. 1re Civ., 8 février 2017, n° 15-18844, Non publié au Bull.
[392] J. Moreau, « Voie de fait », *op.cit.*, n° 50.

Section 3 : Le régime de l'exception d'incompétence *ratione materiae* du juge des référés

L'incompétence d'attribution d'une juridiction peut être, soit soulevée par les parties (sous-section 1), soit prononcée d'office par le juge (sous-section 2). Si elle est constatée, elle emportera, par ailleurs, des conséquences différentes, selon que le juge des référés affirme ou décline sa compétence (sous-section 3).

Sous-section 1 : L'incompétence d'attribution soulevée par les parties

L'exception d'incompétence d'attribution est soulevée, en principe, par le défendeur. En revanche, selon une partie de la doctrine koweïtienne et égyptienne, rien n'interdit au demandeur de la soulever[393]. Alors qu'en droit français le demandeur ne peut le faire même s'il estime qu'il aurait dû soumettre sa demande à un autre juge[394]. Il peut le faire exceptionnellement soit, lorsqu'il soutient « que le tribunal ne peut trancher le moyen de défense présenté par son adversaire, parce qu'il forme une question préjudicielle »[395]. Soit lorsqu'il s'agit, d'un renvoi devant une juridiction limitrophe[396]. En conséquence, quelque soit la partie qui soulève l'exception d'incompétence d'attribution, il est indispensable, pour que celle-ci soit recevable, de la relever, dans le temps déterminé par la loi[397](§1). Elle doit, en outre, motiver son exception et indiquer devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée[398] (§2). Car toutes les règles concernant la recevabilité du déclinatoire de compétence, sont applicables en référé[399].

---

[393] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 628.
[394] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1025, p. 810. ; 2e Civ., 29 novembre 1978, n° 76-15612, Bull., II, n° 252, p. 193. ; 2e Civ., 7 décembre 2000, n° 99-14902, Bull., II, n° 163, p. 117.
[395] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. et loc. cit.*
[396] Selon la Cour de cassation, « le demandeur à l'instance peut solliciter de la juridiction qu'il a saisie le renvoi de l'affaire devant une autre juridiction en application de [l'art. 47 du C.P.C.] dès lors qu'il est établi que lors de l'introduction de l'instance il ignorait la cause justifiant le renvoi ». 2e Civ., 5 juillet 2000, n° 99-42965, Bull., II, n° 108, p. 75.
[397] Au terme de l'art. 74 al.1 du C.P.C., qui dispose que : « Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public ».
[398] L'art. 75 du C.P.C., qui a été modifié, par l'art. 1 du Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, dispose que : « s'il est prétendu que la juridiction saisie en première instance ou en appel est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée ».
[399] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* t. II, n° 741, p. 781.

§1 : Le moment du déclinatoire de compétence d'attribution

Pour éviter toute manœuvre dilatoire car ayant pour objet, de retarder la solution du litige[400], l'art. 74 du C.P.C. exige que l'exception d'incompétence soit soulevée simultanément avec les autres exceptions de procédure (A). Et avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir (B). Cette double obligation n'existe ni au Koweït ni en Égypte, puisque l'art. 78 du C.P.C.K., ainsi que l'art. 109 du C.P.C.É., autorisent les parties à invoquer l'exception d'incompétence d'attribution « en tout état de la cause ».

A : L'obligation de soulever l'exception d'incompétence d'attribution simultanément avec les autres exceptions de procédure

La question ne se pose que si une même partie entend soulever de manière successive, plusieurs exceptions de procédure. Le texte de l'art. 74 du C.P.C. l'interdit expressément. Cela explique que la sanction encourue soit l'irrecevabilité de toutes les exceptions soulevées après la première[401]. Cependant, au terme du même article, en son alinéa 2, la demande de communication de pièces ne constitue pas une exception de procédure.

En conséquence, sera irrecevable, l'exception de compétence d'attribution soulevée postérieurement à une exception de compétence territoriale[402], ou à une exception de litispendance[403], ou encore, à une exception de nullité de l'assignation[404]. Concernant l'exception d'incompétence d'attribution, il convient de souligner que : « l'obligation de présenter simultanément les exceptions de procédure interdit au défendeur de présenter successivement deux déclinatoires de compétence quel qu'ait été le sort réservé au premier »[405].

À l'interdiction posée par l'art. 74 du C.P.C., s'ajoute l'obligation d'agir avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir.

---

[400] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 625.
[401] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.51, p. 1230. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. et loc. cit.*
[402] 2e Civ., 25 novembre 1970, n° 69-14057, Bull., II, n° 323, p. 246.
[403] Soc., 12 mai 1982, n° 80-40463, Bull., V, n° 294, p. 219.
[404] 2e Civ., 13 mai 2004, n° 02-10534, Bull., II, n° 229, p. 193, *Rev. Procédures*, 2004, comm. n° 177, note R. Perrot.
[405] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1025, p. 810. ; Soc., 18 octobre 1979, n° 78-41000, Bull., V, n° 753, p. 557. ; 1re Civ., 9 décembre 2015, n° 14-26454, Non publié au Bull.

B : L'obligation de soulever l'exception d'incompétence d'attribution *in limine litis*

Pour que l'exception d'incompétence d'attribution, soit recevable au terme de l'art. 74 du C.P.C., la partie doit la soulever avant toute défense au fond, ou toute fin de non-recevoir. Mais, puisque le juge des référés n'est pas saisi au principal[406], le fond du droit ne sera pas engagé dans les débats. En conséquence, il n'y aura ici, pas de défense au fond[407]. La Cour de cassation française a pourtant jugé, que la défense au fond, dans l'instance en référé, doit correspondre à l'objet même du référé[408].

En application de ce texte, il a été jugé par la Cour de cassation que : « la partie qui n'a pas contesté la compétence du juge des référés avant de présenter une défense sur l'objet de la demande présentée par l'autre partie est irrecevable à le faire ultérieurement »[409]. Il se déduit de cette jurisprudence que le défendeur qui se prévaut d'abord du défaut d'urgence ou l'existence d'une contestation sérieuse se prive du droit d'invoquer ensuite l'incompétence proprement dite du juge des référés qui a été saisi au préalable[410]. Dans la mesure où cette incompétence est d'intérêt privé, le fait pour le défendeur de ne pas la soulever *in limine litis*, aboutit de fait, indirectement, à une prorogation tacite de compétence[411], et il en est ainsi alors même que le fondement juridique de l'exception soulevée, est d'ordre public[412], c'est le cas, lorsque le juge n'a pas l'obligation de prononcer d'office son incompétence[413].

Une hypothèse d'école pourrait conduire à envisager le cas où, l'instance au fond a été précédée d'une procédure de référé. Serait-il alors, possible pour le défendeur, de contester la

---

[406] Au terme de l'art. 484 du C.P.C.

[407] En revanche, la Cour de cassation a jugé que : « La décision par laquelle le juge des référés constate qu'il est dépourvu du pouvoir juridictionnel de statuer sur le fond du litige, ne constitue pas une décision sur la compétence mais une décision sur **le fond** même du référé ». Com., 24 octobre 2000, n° 97-21290, Bull., IV, n° 165, p. 147, *Rev. Procédures*, 2001, comm. n° 4, obs. R. Perrot. ; Dans le même sens : 1re Civ., 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p. 77, *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 107, obs. R. Perrot.

[408] 1re Civ., 29 mai 1984, n° 83-10231, Bull., I, n° 181, p. 153. ; elle a été jugé que : « la Cour d'Appel peut déclarer tardive l'exception d'incompétence du juge des référés qui, soulevée devant celui-ci, n'a été proposée devant la Cour qu'après que l'appelant a conclu au fond, c'est-à-dire sur l'objet même du référé ». Com., 5 janvier 1976, n° 74-14630, Bull., IV, n° 4, p. 4.

[409] 1re Civ., 27 février 1985, n° 84-10129, Bull., I, n° 78, p. 72.

[410] H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. II, n° 633, p. 684.

[411] *Ibid.*, t. III, n° 1314, p. 1116.

[412] 1re Civ., 9 mars 1982, n° 80-14744, Bull., I, n° 103, p. 89.

[413] V. « l'incompétence d'attribution prononcée d'office par le juge », *Infra*, p. 61.

compétence du juge des référés, s'il s'était abstenu de le faire devant le juge du fond ? Il nous semble qu'il faille répondre par l'affirmative, s'agissant d'instances distinctes[414].

En appel[415], ainsi qu'en cassation[416], les requérants ne peuvent invoquer l'incompétence, dès lors qu'elle n'a pas été discutée devant les juges de première instance[417]. Il en résulte donc, le principe selon lequel, l'exception d'incompétence du juge des référés ne peut être soulevée pour la première fois en appel[418]. Mais, lorsque le défendeur n'a pas comparu en première instance, rien ne lui interdit de le faire, dès lors que l'exception d'incompétence est soulevée en appel avant toute fin de non-recevoir[419]. De même, la jurisprudence est constante pour affirmer que l'on ne peut pas soulever l'incompétence pour la première fois devant la Cour de cassation, même s'il s'agit de l'incompétence du juge des référés, laquelle est d'ordre public[420]. Que par ailleurs, étant mélangé de fait et de droit, il est, par là-même, irrecevable[421].

En revanche, selon Marcel Waline, lorsque l'incompétence du juge des référés résulte d'un moyen tiré du caractère gouvernemental de l'acte, il est possible d'invoquer ce moyen, pour la première fois, devant le Tribunal des Conflits. Lequel peut même, la soulever d'office, s'agissant d'un moyen d'ordre public[422]. Or, le moyen tiré de l'existence d'un acte de gouvernement ne constitue pas une exception d'incompétence d'ordre public, mais bien une fin

---

[414] La jurisprudence et la doctrine française ont admis cette réponse, bien que dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque la compétence de la juridiction du fond est contestée. Com., 3 avril 1990, n° 88-16427, Bull., IV, n° 107, p. 71. ; Com., 28 mai 1991, n° 89-19683, Bull., IV, n° 189, p. 134. ; (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.63, p. 1232.

[415] Selon la cour de cassation française, « lorsque le juge des référés se prononce sur sa compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que par la voie de l'appel et non par celle du contredit ». 2e Civ., 3 décembre 1980, n° 79-11736, Bull., II, n° 249, p. 171. ; 2e Civ., 14 décembre 1992, n° 91-17352, Bull., II, n° 311, p. 154, *D.*, 1933, Somm., p. 183, obs. P. Julien. Selon Solus et Perrot, la véritable raison qui justifier cette dérogation « est qu'il est inopportun de compliquer une procédure, qui pour être efficace doit rester simple, en lui adjoignant un recours spécial sur la compétence dont le domaine d'application peut donner lieu à de sérieuses difficultés ». H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. II, n° 741, p. 779.

[416] Par opposition au droit français, (J. Boré et L. Boré, « Pourvoi en cassation », *RÉP. PR. CIV.*, 2016, n° 86 et 87.) Le pourvoi en cassation, contre la décision du juge des référés n'est possible ni au Koweït, ni en Égypte. A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 441.

[417] P. Hébraud, « Procédure de règlement des incidents de compétence », *RTD civ.*, 1967, p. 477.

[418] Com., 26 mai 1992, n° 90-13008, Bull., IV, n° 205, p. 142, *D.*, 1993, p. 2, obs. F. Derrida.

[419] Il est été jugé que : « Le défendeur défaillant en première instance et qui n'a donc pu exciper, à ce stade de la procédure, de l'incompétence de la juridiction saisie, conserve la faculté d'instituer en appel un débat sur la compétence, dès lors qu'il soulève l'exception avant toute défense au fond ». Com., 20 octobre 1992, n° 90-20548, Bull., IV, n° 312, p. 222, *D.*, 1993, Somm., p. 184, obs. P. Julien.

[420] 2e Civ., 29 octobre 1986, n° 85-14011, Bull., II, n° 154, p. 104, obs. P. Julien, *D.*, 1987, Somm., p. 229. ; Dans le même sens : Ass. plén., 26 mai 1967, n° 63-12709, Bull., Ass. plén., n° 4, p. 5, obs., P. Hébraud, *RTD civ.*, 1967, p. 697. ; 2e Civ., 18 février 1976, n° 74-13163, Bull., II, n° 59, p. 45. ; 1re Civ., 12 novembre 1980, n° 79-14114, Bull., I, n° 289, p. 230.

[421] 1re Civ., 12 octobre 1999, n° 97-14827, Bull., I, n° 262, p. 171.

[422] M. Waline, note sous T. confl., 2 février 1950, n° 1243, *op. cit.*, p. 419-420.

de non-recevoir. Celle-ci pourrait être invoquée, en tout état de la cause, puisque aucune juridiction ne peut en connaître[423]. Il s'agit alors du défaut absolu de pouvoir juridictionnel.

§2 : Le contenu du déclinatoire de compétence d'attribution

Pour que l'exception d'incompétence d'attribution, soit recevable au terme de l'art. 75 du C.P.C., la partie qui la soulève, doit respecter une double condition : d'abord, l'obligation de motiver l'exception (A). En deuxième lieu, l'obligation de désignation de la juridiction estimée compétente (B). Le défaut d'une seule d'entre elles, entraîne l'irrecevabilité de l'exception[424].

A : L'obligation de motivation de l'exception d'incompétence d'attribution

« Cette exigence a été posée en réaction à une pratique ancienne qui consistait à écrire dans les conclusions, à l'aide d'une formule stéréotypée et systématique, que la juridiction saisie était incompétente sans autre précision »[425], ou en appel, au motif que la décision de première instance, n'est pas bien motivée, en laissant le soin au juge, de chercher la juridiction compétente et de contrôler la motivation de la décision attaquée. Cette obligation n'existant, malheureusement ni au Koweït, ni en Égypte, ce type de formulation y est toujours en vigueur.

La partie qui soulève l'exception d'incompétence d'attribution, doit la motiver, en indiquant de manière précise quelles règles de compétence ont été violées. Il en résulte, que la seule indication que la juridiction saisie n'est pas compétente ne constitue pas une motivation[426]. En outre, le seul fait pour une partie, de refuser de s'expliquer devant un juge étranger, ne peut être vu comme une exception d'incompétence régulière[427].

Cette obligation se complète par celle de désigner la juridiction estimée compétente.

---

[423] Dans le même sens : V. Th. Théry, note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Rev. Arb.*, 2002, p. 374.
[424] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.70, p. 1232.
[425] *Ibid.,* n° 351.71, p. 1233.
[426] *Ibid.*
[427] 2e Civ., 26 octobre 1978, n° 77-12113, Bull., II, n° 225, p. 174.

B : L'obligation de désigner la juridiction estimée compétente

L'art. 75 du C.P.C. oblige la partie qui soulève l'exception d'incompétence d'attribution, à indiquer la juridiction qu'elle estime matériellement compétente. Cette obligation, qui n'existe, ni au Koweït, ni en Égypte, est ainsi remplie du seul fait de la désignation d'une juridiction, même si celle-ci n'est pas véritablement compétente. La Cour d'appel de Dijon a ainsi pu juger que : « ce texte impose une indication mais n'exige pas que la juridiction désignée soit celle réellement compétente »[428]. De même, cette obligation s'impose à la même partie, nonobstant le fait que, le juge renvoie les parties à « mieux se pourvoir »[429], ici, sans désignation de la juridiction revendiquée[430].

Au surplus, ledit article, exige une simultanéité entre le dépôt du déclinatoire et l'indication de la juridiction. Sera ainsi, irrecevable l'exception dans laquelle la revendication de la juridiction est effectuée ultérieurement[431]. Il ne sera non plus, pas possible, de réparer cette omission, par des conclusions ultérieures [432].

Selon Hébraud, « l'obligation d'indiquer la juridiction revendiquée ne présente guère d'intérêt réel, en présence des pouvoirs de la Cour et se réduit à un instrument formaliste de lutte contre les manœuvres purement dilatoires »[433]. Cette position a trouvé une application dans la jurisprudence de la Cour de cassation française. Laquelle, a écarté cette obligation, lorsque le déclinatoire est soulevé en cause d'appel[434]. Alors même, comme le rappelle Perrot l'art. 75 du C.P.C., précise que cette obligation s'impose « dans tous les cas »[435], même lorsque la juridiction revendiquée est une juridiction étrangère[436] ou administrative[437], ou lorsque la juridiction saisie n'a pas le pouvoir de désigner[438].

Après avoir étudié l'incompétence d'attribution, soulevée par les parties, il convient à présent de s'intéresser à l'incompétence d'attribution, prononcée d'office par le juge.

---

[428] Dijon, 15 novembre 1979, *D.*, 1981, IR., p. 207.
[429] 2e Civ., 29 mai 1979, n° 78-11179, Bull., II, n° 164, p. 114, *D.*, 1979, IR., p. 478, obs., P. Julien.
[430] V. « La désignation de la juridiction compétente », *Infra*, p. 72-73.
[431] Soc., 19 juin 1980, n° 79-11021 et n° 79-11022, Bull., V, n° 544, p. 409.
[432] Paris, 25 octobre 1960, *Gaz. Pal.*, 1961, 1er sem., juris., p. 142, *RTD Civ.*, 1961, p. 372- 373, obs. P. Hébraud.
[433] P. Hébraud, « Procédure de règlement des incidents de compétence », *RTD civ.*, 1961, p. 372.
[434] 3e Civ., 6 juillet 2011, n° 10-17118, Bull., III, n° 122, p. 119, *Rev. Procédures*, 2011, comm. n° 330, note R. Perrot.
[435] Soc., 22 janvier 1992, n° 90-41599, Bull., V, n° 18, p. 12. ; 2e Civ., 26 octobre 1978, n° 77-12113, Bull., II, n° 225, p. 174.
[436] 2e Civ., 12 décembre 1973, n° 72-14643, Bull., II, n° 330, p. 269.
[437] 1re Civ., 8 juillet 2009, n° 08-16711, Bull., II, n° 156, p. 137, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 302, note R. Perrot. ; 2e Civ., 21 février 2019, n° 17-28857, Bull., II, *Dalloz actualité*, 14 mars 2019, note A. Bolze.
[438] R. Perrot, note sous 3e Civ., 6 juillet 2011, n° 10-17118, Bull., III, n° 122, p. 119, *Rev. Procédures*, 2011, comm. n° 330.

Sous-section 2 : L'incompétence d'attribution prononcée d'office par le juge

L'art. 78 du C.P.C.K. correspondant à l'art. 109 du C.P.C.É. prévoit que « l'exception d'incompétence du tribunal pour l'incompétence juridictionnelle ou à cause du type et de la valeur de l'action pourrait être invoquée en tout état de la cause, le tribunal y statue d'office. …». Les juges koweïtien et égyptien sont alors tenus de se déclarer d'office, incompétents.

Alors qu'en droit français, l'art. 76 du C.P.C. (ancien art. 92), prévoit que « l'incompétence peut être prononcée 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.
Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française ». Cet article « ne fait pas obligation aux juges de relever d'office leur incompétence, même en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution d'ordre public »[439]. Il s'agit alors d'une simple faculté. Il est pour cette raison, regrettable, que la Cour de cassation française ait reproché aux juges du fond d'avoir violé la loi[440]. Alors qu'ils ne font qu'exercer une simple faculté que celle-ci leur reconnait[441]. Le juge est en revanche, tenu de soulever d'office son incompétence, lorsqu'il s'agit d'une compétence exclusive d'une autre juridiction, comme celle du juge de l'exécution[442], ou du J.A.F.[443]. Ou lorsque la loi le prévoit, comme pour la procédure d'injonction de payer[444], ou en matière de nationalité[445].

Il en résulte qu'en droit français, lorsque le juge est manifestement incompétent, il peut malgré tout décider de prendre les mesures sollicitées. À la condition, naturellement, qu'il ne

[439] 2e Civ., 29 novembre 1978, n° 76-15612, Bull., II, n° 252, p 193. ; Dans le même sens : Soc., 17 mars 1965, n° 64-10 678, Bull., V, n° 243, p. 199. ; 3e Civ., 7 février 2007, n° 06-13175, Bull., III, n° 21, p 18.
[440] Soc., 19 juillet 2001, n° 00-13503, Bull., V, n° 289, p. 231. ; Soc., 14 octobre 1999, n° 97-21670, Bull., V, n° 385, p. 283. ; 2e Civ., 24 mai 2012, n° 11-20097, Non publié au Bull.
[441] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1028, p. 814, précisément la note de bas page n° 24.
[442] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 116, p. 209. ; L'article R121-1 al. 1 du C.P.C. d'exécution.
[443] S. David, P.-J. Claux et autre, *Droit et pratique du divorce*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2018/2019, n° 131.13, p. 203.
[444] L'art. 1406 al. 3 du C.P.C.
[445] L'art. 1038 du C.P.C.

soit pas tenu de soulever d'office son incompétence. Les parties ne peuvent alors, le lui reprocher, et exercer une voie de recours, contre sa décision[446]. Exception faite de l'hypothèse ou le juge a obligation de relever son incompétence[447].

En tout état de cause, lorsqu'il entend relever d'office son incompétence, le juge doit au préalable, appeler les parties à présenter leurs observations[448], cela, en application du principe du contradictoire[449]. En l'absence de cette formalité, sa décision encourt l'annulation pour non-respect du contradictoire et violation des droits de la défense[450]. Cette obligation s'impose aussi bien à la juridiction du premier degré[451] qu'à la juridiction d'appel[452]. *A contrario*, et on peut le regretter, les Cours de cassation koweïtienne[453] et égyptienne[454], reconnaissent aux juges du fond le droit de fonder leurs décisions, sur les moyens de droit qu'ils relèvent d'office, cela, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. Les parties peuvent alors être surprises, par des décisions, dont la base légale n'a pas fait l'objet de discussions[455].

L'incompétence d'attribution peut être soulevée d'office, par le juge des référés de première instance (§1). Mais aussi par la juridiction d'appel, et le cas échéant, en droit français, par le juge de cassation (§2).

§1 : L'incompétence d'attribution prononcée d'office par le juge des référés

Selon l'art. 76 al. 1 du C.P.C. (ancien art. 92), le juge des référés ne peut se déclarer d'office incompétent, que dans deux cas : en premier lieu, lorsqu'il s'agit d'une violation d'une règle de compétence d'attribution, d'ordre public (A), qui correspond au seul cas prévu par l'art. 78 du C.P.C.K. et l'art. 109 du C.P.C.É. En second lieu, lorsque le défendeur ne comparaît

---

[446] Com., 1re mars 1966, n° 63-13583, Bull., III, n° 126, p. 108, *RTD civ.*, 1967, p. 477, obs. P. Hébraud.
[447] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1027, p. 812, précisément la note de bas page n° 12.
[448] 3e Civ., 16 mai 1968, n° 66-10984, Bull., III, n° 218, p. 168. ; 2e Civ., 20 janvier 1971, n° 69-11539, Bull., II, n° 20, p. 14, *RTD civ.*, 1971, p. 421, obs. P. Hébraud.
[449] L'art.16 du C.P.C.
[450] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.81, p. 1233.
[451] 2e Civ., 29 avril 1998, n° 96-60347, Bull., II, n° 130, p 77.
[452] 1re Civ., 15 décembre 1982, n° 80-13880 et n° 80-15548, Bull., I, n° 364, p. 312.
[453] Com.K., 17 novembre 1982, n° 48/1982.
[454] Civ.É., 16 février 1967, n° 58/18, recueil de la jurisprudence, p. 378. ; Civ.É., 28 mars 1968, n° 95/19, recueil de la jurisprudence, p. 642.
[455] A. Abdulfattah, « L'obligation du juge de respecter le principe du contradictoire », *Revue de l'Association des Avocats Koweïtiens*, 1988, p. 64.

pas (B). Ces cas sont expressément limitatifs, puisque cet article souligne que l'incompétence ne peut être relevée « qu'en ces cas »[456].

A : La violation d'une règle de compétence d'attribution d'ordre public

Pour ce qui concerne les lois koweitienne et égyptienne, toutes les règles de compétence d'attribution sont considérées comme étant d'ordre public[457]. Puisqu'il s'agit pour la doctrine et la jurisprudence des règles d'intérêt public, découlant de la souveraineté de l'État, dans l'organisation de la justice[458]. C'est pourquoi les juges doivent, selon l'art. 78 du C.P.C.K. et l'art. 109 du C.P.C.É., soulever d'office leur incompétence.

En ce qui concerne le droit français, il convient tout d'abord, de préciser, que le C.P.C. ne détermine pas les règles de compétence d'attribution d'ordre public[459]. Cependant, la compétence relative qui peut être dérogée[460], ne peut être considérée comme compétence absolue et donc d'ordre public[461]. Pour bien délimiter les différents cas, il est utile de procéder par étapes : il convient d'abord d'écarter tous les cas qui ne relèvent pas de l'ordre public. Et auxquels il peut être dérogé.

Ensuite, au sein des règles de compétence d'ordre public, examiner celles en présence desquelles le juge n'est pas tenu de soulever d'office son incompétence. C'est le cas lorsque les règles de compétence renvoient à un autre ordre de juridiction (une juridiction administrative[462]). Voire, au sein d'un même ordre de juridiction. (une juridiction répressive[463]).

Enfin, il apparaît évident que, lorsqu'il s'agit de l'obligation pour le juge de relever d'office son incompétence, les règles de compétence d'attribution sont considérées, comme d'ordre public. Soit en raison de la compétence exclusive d'une autre juridiction[464], en vertu de

---

[456] G. Chabot, « Incompétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2016, n° 74.
[457] Com.K., 5 mars 1986, n° 126/1986.
[458] N. Alhoti, *Les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil en première instance. Étude comparative entre le droit français et koweitien,* th. Strasbourg, 2014, p. 199.
[459] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.101, p. 1234.
[460] V. les clauses attributives de compétence d'attribution*, Infra,* p. 126 s.
[461] Pour une distinction entre la compétence absolue et la compétence relative V. J. Valin, *Étude critique de la distinction de l'incompétence absolue et de l'incompétence relative en matière civile,* th. Dijon, 1919.
[462] Soc., 10 mai 1962, n° 61-40095, Bull., IV, n° 424 p. 336. ; 1re Civ., 1er juillet 1969, n° 66-12910, Bull., I, n° 259, p. 206, *JCP*, 1969, II, n° 16096, note R. Lindon ; *RTD civ.*, 1970, p. 231, obs. P. Hébraud.
[463] 2e Civ., 20 janvier 1971, n° 69-11539, Bull., II, n° 20, p. 14, *RTD civ.*, 1971, p. 421, obs. P. Hébraud.
[464] V. H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. II, n° 607, p. 658.

la loi comme celle du J.A.F.[465]. Soit, parce que la loi oblige le juge à déclarer d'office son incompétence, comme pour la procédure d'injonction de payer[466], ou en matière de nationalité[467]. Soulignons, en outre, que lorsqu'il s'agit d'une compétence exclusive et d'une obligation textuelle, le juge saisi doit se déclarer d'office incompétent, tel est le cas, si le juge de l'exécution est seul compétent[468], on a pu, dans ce cas, parler d'ordre public renforcé[469].

B : Le défaut de comparution du défendeur[470]

La procédure devant le juge des référés, est une procédure contradictoire. Il en résulte que, si un litige lui est soumis, et après convocation des parties, en application du principe du contradictoire, le juge français, peut poursuivre l'instance, soit se déclarer d'office incompétent, ici, en vue de protéger la partie défaillante[471]. Alors même qu'il n'est pas tenu de soulever d'office son incompétence[472]. En revanche, au Koweït et en Égypte, au terme de l'art. 28 du C.P.C.K. et l'art. 35 du C.P.C.É., en cas de compétence d'une juridiction étrangère, la juridiction étatique doit soulever d'office son incompétence, lorsque le défendeur n'a pas comparu.

En outre, lorsqu'un texte particulier interdit au juge de se déclarer d'office incompétent, ce texte doit être appliqué, en lieu et place, de l'art. 76 du C.P.C. (ancien art. 92), À titre d'illustration, il a été jugé qu'« en application de l'article 1458 alinéa 3 du nouveau code de procédure civile [actuellement l'art. 1448 du C.P.C.], la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence en invoquant une clause d'arbitrage. A cet égard, il importe peu que l'un des défendeurs n'ait pas comparu, les dispositions de l'article 92 du code précité [actuellement l'art. 76 du C.P.C.], qui prévoient que l'incompétence peut être prononcée d'office lorsque le défendeur ne comparaît pas et laissent donc au juge une faculté d'appréciation, ne pouvant faire échec à celles impératives du texte particulier susvisé »[473].

---

[465] S. David, P.-J. Claux et autre, *Droit et pratique du divorce*, *op. cit.*, n° 131.13, p. 203.
[466] L'art. 1406 al. 3 du C.P.C.
[467] Art. 1038 du C.P.C.
[468] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 116, p. 209. ; V. l'art. R121-1 al. 1 du C.P.C. d'exécution.
[469] C. Lefort, « Juge de l'exécution », *RÉP. PR. CIV.*, 2009, n° 7.
[470] Rappelons pour mémoire, que ce cas ne s'applique qu'en France. Au Koweït et en Égypte, le juge est obligé de soulever son incompétence d'office en tous les cas d'incompétence d'attribution V. *Supra,* p. 63.
[471] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.144, p. 1236.
[472] Com., 23 novembre 1982, n° 81-10549, Bull., IV, n° 366, p. 309.
[473] Paris, 13 mars 1991, nº 90/21469, Juris-Data nº 022909. ; V. aussi G. Chabot, « Incompétence », *op. cit.*, n° 77. ; V. *Infra*, p. 178-179.

§2 : L'incompétence d'attribution prononcée d'office par la cour d'appel ou la Cour de cassation

Faut-il rappeler que l'incompétence du juge des référés au Koweït et en Égypte ne peut être prononcée par la Cour de cassation, l'ordonnance du référé ne pouvant être frappée de cassation[474]. Au terme de l'art. 78 du C.P.C.K. et l'art. 109 du C.P.C.É., l'incompétence d'attribution du juge des référés doit être prononcée d'office par la cour d'appel[475].

En droit français, selon les termes mêmes de l'art. 76 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 92), une cour d'appel ou la Cour de cassation ne peuvent relever d'office leur incompétence que « si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative[476], ou échappe à la connaissance de la juridiction française ». Il en résulte une double observation. D'une part, devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, l'incompétence ne peut être relevée d'office en dehors des cas limitativement prévus par ledit texte[477]. D'autre part, il s'agit ici d'une véritable interdiction pour ces deux juridictions de se déclarer d'office incompétente dans les autres cas, même lorsque le défendeur ne comparaît pas ou lorsque la règle de compétence violée est d'ordre public[478]. À cet égard, et selon la jurisprudence de la Cour de cassation française une cour d'appel ne peut relever d'office l'incompétence du juge des référés, au seul motif que la demande relève de la compétence du juge de l'exécution[479] ou de celle des juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale[480].

En outre, deux questions se posent en l'espèce : d'une part, s'agit-il, au terme de l'art. 76 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 92), d'une obligation ou d'une simple faculté ? D'autre part, est-il possible de soulever d'office l'incompétence pour la première fois devant la Cour de Cassation ou la juridiction d'appel ?

---

474 A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 441.
475 V. *Supra*, p. 63.
476 V. par ex. M. Kebir, « Compétence : relevé d'office de l'incompétence du juge judiciaire », *Dalloz actualité*, 28 avril 2017, note sous 2e Civ., 29 mars 2017, n° 16-11277, Bull., II, n° 84, p.108.
477 1re Civ., 2 octobre 1979, n° 78-11385, Bull., I, n° 232, p. 185, *D.*, IR., p.362-363, obs. A. Breton.
478 (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.121, p. 1235.
479 2e Civ., 18 novembre 2004, n° 02-20519, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2005, comm. no 36, note R. Perrot. ; *RTD civ*, 2005, p.188, note R. Perrot.
480 2e Civ., 18 octobre 2007, n° 06-21048, Non publié au Bull. ; 2e Civ., 18 octobre 2007, n° 06-21046, Non publié au Bull., ; 2e Civ., 18 octobre 2007, n° 06-21047, Non publié au Bull., *RTD. civ*., 2008, p. 150, obs. Ph. Théry.

Selon la Cour de cassation, il s'agit là, d'une simple faculté et non d'une obligation. Si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction administrative[481]. Aussi bien devant la cour d'appel, que devant le juge de cassation[482].

Au surplus, la condition selon laquelle l'exception d'incompétence ne peut être soulevée pour la première fois par une partie, devant la Cour de Cassation ou devant la juridiction d'appel, ne s'impose qu'aux parties[483]. Ces juridictions peuvent relever d'office leur incompétence, contrairement aux parties[484].

Si la compétence du juge des référés est constatée, elle emportera, des conséquences différentes, selon que celui-ci affirme ou décline sa compétence.

Sous-section 3 : Les effets de la décision sur l'exception d'incompétence d'attribution

L'ordonnance du juge des référés par laquelle, celui-ci retient ou décline sa compétence le conduit, parfois, à aborder une question de fond (§1). Lorsqu'il se déclare incompétent, sa décision ne rend pas, pour autant, l'interruption de la prescription non avenue (§2), elle oblige simplement le juge, à renvoyer les parties à mieux se pourvoir, ou renvoie l'affaire et les parties devant la juridiction compétente (§3).

§1 : Les effets sur le fond

Il existe parfois des effets sur le fond, lorsque la détermination de la compétence dépend d'une question de fond. Il s'agit ici d'une obligation, qui s'impose au juge du premier degré[485],

---

[481] 1re Civ., 1er juillet 1969, n° 66-12910, Bull., I, n° 259, p. 206, *JCP*, 1969, II, n° 16096, note R. Lindon. ; *RTD civ.*, 1970, p. 231, obs. P. Hébraud. ; 1re Civ., 13 mars 1979, n° 77-15344, Bull., I, n° 89, p. 74. ; Dans le même sens : 1re Civ., 16 novembre 1982, n° 81-15550, Bull., I, n° 331, p. 282.

[482] 1re Civ., 7 juillet 1981, n° 80-11846, Bull., I, n° 252, p. 207. ; Rouen, 24 novembre 1981, *D.*, 1983, IR., p. 505, obs. F. Alaphilippe et J.-P. Karaquillo. ; Paris, 17 février 1989, *D.*, 1989, Somm. p. 282. ; Limoges, 31 mars 2016, n° 15/00064.

[483] 1re Civ., 19 mars 1996, n° 94-12426, Bull., I, n° 138, p. 97, *JCP*, 1996, I, Doct., 3938, n° 11, p. 230, obs. L. Cadiet. ; 1re Civ., 16 décembre 1997, n° 95-21951, Bull., I, n° 372, p. 252. ; 2e Civ., 3 mai 2006, n° 04-20441, Bull., II, n° 113, p. 107.

[484] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1028, p. 813.

[485] La Cour de cassation française a jugé que : « l'obligation de statuer par des dispositions distinctes sur la compétence et sur la question de fond dont dépend la détermination de la compétence ne s'impose qu'au juge du premier degré ». Com., 12 février 1985, n° 83-10864 et n° 83-11286, Bull., IV, n° 59, p. 50.

de statuer, « sur cette question de fond et sur la compétence par des dispositions distinctes », en vertu de l'art. 79 al. 1 du C.P.C. (ancien art. 77). Cette obligation qui s'impose au juge des référés[486], soulève la question de l'autorité de la chose jugée, sur la question de fond dont dépend la compétence (A). En revanche, le juge qui statue en appel de référé, ne peut faire usage de l'art. 90 al. 2 du C.P.C. (l'ancien art. 79 du C.P.C.)[487], en tranchant le fond du litige, s'il estime qu'il était juge d'appel de la juridiction compétente pour en connaître[488](B).

A : L'autorité de la chose jugée sur la question de fond dont dépend la compétence

Bien entendu, la décision par laquelle, un juge retient ou décline sa compétence a autorité de la chose jugée sur la question de compétence tranchée[489]. En revanche, lorsque le juge des référés pour examiner sa compétence, a dû trancher une question de fond, est-il obligé de statuer sur cette question de fond et sur la compétence ? Autrement dit, l'art. 79 al. 1 du C.P.C. (ancien art. 77)[490], s'applique-il au juge des référés ? C'est l'arrêt du 27 novembre 1985, qui affirme qu' : « il appartient à la juridiction des référés, comme à toute juridiction, de vérifier sa compétence et, même lorsqu'elle met en jeu le principe de la séparation des pouvoirs, de trancher toute contestation sur la question de fond dont dépend sa compétence à la condition que cette contestation ne touche pas le fond du droit. Statuant en matière de provision demandée en référé, c'est donc à bon droit qu'une Cour d'appel, pour déterminer l'ordre juridictionnel compétent, tranche une contestation relative à la qualification administrative ou civile d'un contrat, une telle contestation ne portant pas sur l'existence de l'obligation, seule condition requise par l'article 809, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile pour l'octroi d'une provision »[491].

La question qui doit être posée ici, est celle de savoir si selon les termes mêmes, de l'art. 79 al. 2 C.P.C. (ancien art. 95) cette décision sur la compétence qui tranché la question de

---

[486] Il a été jugé par la Cour de cassation française qu': « il appartient à la juridiction des référés, comme à toute juridiction, de vérifier sa compétence ». 1re Civ., 27 novembre 1985, n° 84-10899, Bull., I, n° 326, p. 289.
[487] Modifié par l'art. 1 du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile.
[488] X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, *op. cit.,* n° 389, p. 191.
[489] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.191, p. 1237. ; Soc., 25 février 1988, n° 85-42470, Bull., V, n° 132, p. 87. ; Sur la question de l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance du J.M.E. lorsqu'il statue sur une exception d'incompétence V. 2e Civ., 23 juin 2016, n° 15-13483, Bull., II, n° 171, p. 172, *Rev. Procédures*, comm. n° 279, note Y. Strickler.
[490] l'art. 79 al. 1du C.P.C. dispose que : « Lorsqu'il ne se prononce pas sur le fond du litige, mais que la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, le juge doit, dans le dispositif du jugement, statuer sur cette question de fond et sur la compétence par des dispositions distinctes ».
[491] 1re Civ., 27 novembre 1985, n° 84-10899, Bull., I, n° 326, p. 289.

fond dont dépend cette compétence a autorité de la chose jugée sur cette question de fond[492]? Sans aucun doute, l'ordonnance du juge des référés, n'a jamais autorité de la chose jugée au principal[493], la juridiction du fond ne sera donc pas liée par cette décision. Elle aura, en revanche autorité de la chose jugée, sur cette question de fond, devant les autres juges des référés. Ceux-ci n'ont pas réexaminé cette question de fond pour déterminer leur compétence. Sauf si cette décision a été remise en cause par le juge du fond ou par le juge de la mise en état qui dispose depuis la réforme de l'art 775 du C.P.C., d'un pouvoir identique de celui du juge du fond[494]. Monsieur Cayrol est d'un avis contraire, estimant que la décision du juge des référés, sur la question de compétence, a autorité de chose jugée, y compris au principal puisque « la compétence du juge des référés est généralement déduite de la compétence de la juridiction du fond dont il émane. De sorte que contester la compétence de la juridiction dont il émane, c'est reproduire la même querelle et manquer à l'autorité de la décision du juge des référés. Dans la mesure où ce sont les mêmes règles qui sont invoquées pour dénier toute compétence au juge du principal, une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée devrait pouvoir être opposée »[495].

Il reste à aborder le deuxième effet de la décision sur l'exception d'incompétence sur le fond.

B : L'inapplicabilité de l'art. 90 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 79), en cas d'incompétence du juge des référés

Au terme de l'art. 90 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 79) : « … Lorsque la cour infirme du chef de la compétence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente. …». La question qui se pose ici est celle de savoir si la cour d'appel estime que le juge des référés est dépourvu du pouvoir

[492] Il faut noter que selon la Cour de cassation « lorsque la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, mais que celle-ci n'a été abordée que dans les motifs, l'autorité de chose jugée est limitée à la décision sur la compétence tranchée dans le dispositif ». 3e Civ., 10 juin 2009, n° 08-15405, Bull., III, n° 139, p. 125. ; V. le contraire, 2e Civ., 24 mai 2007, n° 05-21732, Bull., II, n° 130, p. 108, *RDT civ*., 2007, p. 630, obs. Ph. Théry. ; J. Ghestin, « Autorité de chose jugée des motifs ayant tranché une question de fond dont dépendait la compétence – à propos d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juill. 2001 », in. J. Normand, *Justices et droit fondamentaux,* Paris, Litec, 2003, p. 199-207.

[493] L'art. 488 al. 1 du C.P.C. dispose que : « L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ».

[494] L'art 775 du C.P.C. qui a été modifié, par l'art. 27 du Décret no 2005-1678 du 28 décembre 2005, dispose que : « Les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance ». V. 2e Civ., 23 juin 2016, n° 15-13483, Bull., II, n° 171, p. 172, *Rev. Procédures*, comm. n° 279, note Y. Strickler.

[495] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 634.

juridictionnel, peut-elle pour autant, appliquer cet article et trancher le fond du litige, s'il apparaissait qu'elle était juge d'appel de la juridiction compétente pour en connaître ? La réponse doit être négative[496]. Puisque d'une part, même si le juge des référés s'est déclaré « incompétent » en raison du défaut d'une des conditions de sa saisine, sa décision n'est pas sur la compétence *stricto sensu*, mais est une véritable ordonnance « qu'il n'y a pas lieu à référé »[497]. Et surtout, d'autre part, « le juge qui statue en appel de référé, est lui-même un autre juge des référés, qui statue au provisoire et qui n'a pas plus de pouvoir que ne pouvait en avoir, l'auteur de l'ordonnance, qui lui est déférée. Et si celui-ci ne peut pas se prononcer sur le fond, le juge d'appel ne le peut pas davantage »[498]. Il en résulte, que du fait que le juge des référés ne soit pas compétent, la cour d'appel ne peut jamais trancher le fond du litige, en application de l'art. 90 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 79)[499].

§2 : Les effets sur la prescription

Dans les droits égyptien et koweïtien, la demande en référé devant le juge des référés n'interrompt pas la prescription, car celle-ci ne repose pas sur le fond du droit qui est l'objet même de la prescription. Par ailleurs, l'objet de la demande en référé et l'objet de la demande au fond, étant différents, la prescription ne peut être interrompue par une demande fondée sur un objet différent. C'est ce qui ressort de la doctrine[500] et de la jurisprudence[501] égyptiennes ainsi que dans celles, koweïtiennes[502].

Dans le système français, jusqu'à l'adoption de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, qui a modifié l'art. 2244 C.civ., « il était classique de répéter comme une évidence que la citation en référé n'était pas en principe interruptive de prescription, parce que disait-on, le fond du droit

---

[496] X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, *op. cit.,* n° 389, p. 191.
[497] 3e Civ., 7 avril 2004, n° 02-18000, Bull., III, n° 69, p. 65, *Rev. Procédures*, 2004, comm. n° 143, note R. Perrot.
[498] R. Perrot, note sous 3e Civ., 7 avril 2004, n° 02-18000, Bull., III, n° 69, p. 65, *Rev. Procédures*, 2004, comm. n° 143. Dans le même sens : H. Croze, « Appel- Ordonnance du juge de la mise en état », obs. sur 2e Civ., 15 novembre 2018, n° 17-22322, Juris-Data n° 020327, *Rev. Procédures,* 2019, comm. n° 1. Selon Monsieur Croze « La cour d'appel hérite des pouvoirs de la juridiction qui a rendu la décision qui lui est déférée. Ainsi, en cas d'appel d'une ordonnance de référé, la cour statue elle-même en référé » .
[499] V. par ex. : 2e Civ., 6 décembre 1978 n° 77-13558, Bull., II, n° 266, p. 204. ; 2e Civ., 11 juin 1980, n° 78-16587, Bull., II, n° 136, p. 95. ; Com., 3 novembre 1992, n° 90-16842, Bull., IV, n° 334, p. 239.
[500] A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, *op. cit.*, p. 1207. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 56, p. 106. ; A. Murad, *Les problèmes pratiques dans la juridiction des référés, op. cit.*, p. 246.
[501] Civ.É., 18 décembre 1976, n° 1738/27. ; Civ.É., 16 janvier 1977, n° 244/28.
[502] A. Abdelfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 430. ; V. Com.K., 25 septembre 1991, n° 341/1989. ; Com.K., 9 avril 2006, n° 603/2005.

n'était pas engagé dans le débat »[503]. Depuis la loi de 1985, toujours en vigueur, « la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion », selon l'art. 2241 du C.civ.[504](ancien art. 2244 du C.civ.). La Cour de cassation française a ainsi, pu juger que : « l'assignation à comparaître devant le juge des référés interrompt la prescription en dépit de son incompétence »[505]. Cependant, si la demande est rejetée, l'interruption de la prescription résultant de l'assignation à comparaître, devant le juge des référés, sera considérée comme non avenue, en application de l'art. 2243 du C.civ.[506], lequel n'opère « aucune distinction selon que la demande a été formée devant le juge des référés ou devant le juge du fond »[507].

§3 : Le renvoi en cas d'incompétence d'attribution

Rappelons que la procédure de renvoi, en cas d'incompétence d'attribution, est différente selon que la juridiction compétente relève d'un ordre de juridiction non civil ou étrangère (A), ou s'il s'agit d'une juridiction civile (B).

A : La compétence de la juridiction non civile ou étrangère

En France, « lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir »[508]. Par voie de conséquence, le juge sera dessaisi, d'une part, et l'instance sera éteinte[509]. D'autre part, il ne lui appartient pas, de désigner la juridiction compétente[510]. En toute hypothèse, si le juge désigne la juridiction qu'il estime compétente, il s'agira d'une violation de l'art. 81 al. 1. du C.P.C. (ancien art. 96) [511], et cette désignation ne saurait, en aucun

---

[503] V. H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. III, n° 1326, p. 1130.
[504] L'art. 2241 du C.civ. dispose que : « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.
Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure ».
[505] 3e Civ., 21 février 2007, n° 06-12457, Bull., III, n° 26, p. 23.
[506] L'art. 2243 du C.civ. dispose que « L'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée ».
[507] 3e Civ., 30 mars 1994, n° 90-20612, Bull., III, n° 133, p. 79.
[508] L'art. 81 al. 1 du C.P.C. (ancien art. 96 al. 1).
[509] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.202, p. 1238.
[510] 1re Civ., 16 mars 1999, n° 93-16226, Bull., I, n° 90, p. 60.
[511] Com., 7 juillet 1992, n° 90-13721, Bull., IV, n° 267, p. 185. ; 1re Civ., 16 mars 1999, n° 93-16226, Bull., I, n° 90, p. 60.

cas s'imposer à la juridiction désignée[512]. C'est aux parties alors de saisir la nouvelle juridiction, devant laquelle elles sont fondés à soulever l'exception d'incompétence. Peut-être même au profit de la compétence du juge des référés, provoquant ainsi un conflit négatif[513].

Au Koweït et en Égypte, l'art. 78 al. 2 du C.P.C.K. et de l'art. 110 du C.P.C.É. ne se prononcent que sur le renvoi : « lorsque le tribunal conclu à l'incompétence à cause du type et de la valeur de la demande ». Jugé à cet égard par la Haute juridiction Égyptienne, que « le pouvoir de renvoyer aux autres tribunaux, en cas d'incompétence d'attribution ou territoriale, ne s'applique qu'entre des tribunaux du même ordre judiciaire. Le renvoi devant le tribunal administratif est impossible »[514]. Alors qu'au Koweït, le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas en jeu[515], la chambre administrative est une des chambres du tribunal de grande instance du Koweït[516], qui a dans cette matière, compétence exclusive. Le juge civil peut renvoyer l'affaire et les parties devant le juge administratif[517]. Mais dans l'organisation actuelle des juridictions des référés au Koweït, il n'y a pas de juge des référés administratif, il n'y aura pas, non plus d'emblée, un renvoi du chef d'incompétence *stricto sensu* entre les différents juges des référés.

Quant à la compétence étrangère, « si une juridiction française ne peut statuer sur une affaire, elle ne peut pas désigner la juridiction étrangère compétente et renvoie les parties à mieux se pourvoir »[518]. Viole dès lors, l'art. 81 du C.P.C. (ancien art. 96). La juridiction française qui renvoie le dossier de l'affaire au Tribunal du Canton de Genève[519]. En outre, il a été jugé par la Cour de cassation Égyptienne, qu' : « il n'y a pas avoir lieu à renvoi, lorsqu'il s'agit d'incompétence internationale, puisque le système de renvoi ne s'applique qu'en cas d'incompétence interne »[520].

---

[512] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.,* n° 286, p. 241.
[513] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 336.
[514] Civ.É., 29 décembre 1962, n° 21/27, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_Images.aspx?ID=111115335 (Consulté le 1/4/2017).
[515] Au Koweït, « la chambre administrative au tribunal de grande instance est une partie da la juridiction civile ». V. F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 48. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 307.
[516] V. la loi n° 20/1981 relative à l'instauration de la chambre administrative au tribunal de grande instance.
[517] V. par ex. Com.K., 18 mai 2005, commercial/2, n° 746/2004.
[518] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 96, p. 188.
[519] 2e Civ., 16 mai 2012, n° 10-26970, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 208, note R. Perrot.
[520] Civ.É., 24 mars 2014, n° 15807/80 et n° 1508/80, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111168696.pdf (Consulté le 24/4/2017).

B : La compétence d'une autre juridiction civile

Lorsque le juge des référés se déclare incompétent, et qu'il désigne, dans la même ordonnance, la juridiction compétente (a), l'instance se poursuit devant cette dernière (b).

a : La désignation de la juridiction compétente

Lorsque l'affaire ne relève pas de la compétence d'une juridiction administrative, répressive, étrangère ou arbitrale, « le juge qui se déclare incompétent, désigne la juridiction qu'il estime compétente »[521]. Sans être tenu sur ce point, par la suggestion faite par l'une des parties dans son exception d'incompétence[522].

« Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi[523]». La compétence de la juridiction de renvoi est ainsi incontestable[524], sauf si la décision sur la compétence a été contestée préalablement en appel. « Autrement dit, toute contestation de la compétence du juge de renvoi, qu'il s'agisse d'un autre juge des référés, se heurtera à une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée »[525]. C'est-à-dire, le juge de renvoi ne peut non plus relever d'office son incompétence, même si la règle de compétence est d'ordre public[526]. Il doit accepter sa désignation et statuer sur le litige[527]. « Les parties ne peuvent saisir une autre juridiction, qui ne pourrait que se déclarer incompétente »[528].

Le système en vigueur dans les droits koweitien et égyptien au terme de l'art. 78 al. 2 du C.P.C.K. et de l'art. 110 du C.P.C.É. prévoit que : « lorsque le tribunal conclu à l'incompétence à cause du type et de la valeur de la demande, il devra renvoyer l'affaire tel quelle à la juridiction compétente. […] Et la juridiction de renvoi s'oblige à l'aborder ».

---

[521] L'art. 81 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 96 al. 2)
[522] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.181, p. 1237.
[523] L'art. 81 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 96 al. 2)
[524] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 339.
[525] *Ibid.,* n° 636.
[526] 2e Civ., 19 mars 2009, n° 08-12814, Bull., II, n° 77, p. 71, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 148, note R. Perrot.
[527] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.203, p. 1238.
[528] *Ibid*.

Jusqu'à une période récente, il n'y avait qu'un seul juge des référés auprès du tribunal d'instance, au Koweït et en Égypte. C'est la raison pour laquelle, le renvoi pour cause d'incompétence *stricto sensu* n'était pas possible. Il en est tout autrement aujourd'hui, puisqu'il existe plusieurs catégories de juges des référés au Koweït et en Égypte : celui du tribunal d'instance, du tribunal des marchés de capitaux[529]et celui du tribunal de la famille, spécifique au Koweït[530].

b : La poursuite de l'instance devant la juridiction de renvoi

Il est convenu que lorsqu'un juge se déclare incompétent, il désigne le juge qu'il estime compétent, en lui renvoyant l'affaire. C'est la même instance, qui se poursuit devant le juge ainsi désigné[531], dans l'état où elle se trouvait[532], sans qu'il y ait lieu à une nouvelle assignation[533], ou de reprendre les actes de procédures déjà accomplis[534]. Mais, en France, lorsque le juge des référés renvoie l'affaire devant le juge des loyers commerciaux, la procédure se poursuit selon les règles relatives au dépôt des mémoires et à leur notification applicables devant cette juridiction. L'irrégularité de la procédure suivie devant le juge des loyers commerciaux après ledit renvoi, entraînant interruption définitive et extinction de l'instance en fixation du loyer[535].

Après avoir abordé la compétence d'attribution du juge des référés, il convient à présent, de s'intéresser à la compétence territoriale en relevant les similitudes et les différences dans les systèmes juridiques étudiés.

---

[529] L'art. 108 al. 3 de la loi n° 7/2010 de l'autorité des marchés de capitaux au Koweït. Dont l'équivalent est l'art. 3 de la loi n° 120/2008 relative à l'instauration des tribunaux économiques égyptien.
[530] L'art. 12 de la loi n° 12/2015 relative à l'instauration du tribunal de la famille.
[531] 2e Civ., 12 juin 2008, n° 07-13901, Bull., II, n° 138, p. 10, *Rev. Procédures,* 2008, comm. n° 227, note R. Perrot.
[532] Cela au terme de 78 al. 2 du C.P.C.K. et de l'art. 110 du C.P.C.É. puisqu'ils précisent que « il devra renvoyer l'affaire tel quelle ».
[533] 2e Civ., 29 mars 1995, n° 92-21953, Bull., II, n° 111, p. 63.
[534] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.205, p. 1238.
[535] 3e Civ., 14 septembre 2011, n° 10-10032, Bull., III, n° 148, p. 140.

Chapitre II
La compétence territoriale

La compétence territoriale ou *ratione loci*, au sens strict du terme, vise uniquement à déterminer, parmi les différentes juridictions suivant leur aire géographique, laquelle doit être saisie [536]. La compétence territoriale est donc, la conséquence de la division du travail dans l'espace[537].

L'étude de la compétence territoriale du juge des référés nous amène à distinguer deux types de compétence territoriale : la compétence territoriale interne (Section 1), et celle, internationale (Section 2). Il convient à ce stade, de préciser que la compétence générale internationale est considérée comme une compétence d'attribution[538]. Cependant, lorsqu'elle est fondée sur le lieu, il est juridiquement pertinent, de la considérer comme une compétence territoriale internationale. Ainsi, en droit français, le régime de la méconnaissance de la compétence territoriale internationale, du juge des référés, est soumis aux mêmes règles, qui régissent la méconnaissance de la compétence territoriale interne[539]. Il en va différemment en droit koweïtien et égyptien (Section 3).

Section 1 : La compétence territoriale interne

La compétence territoriale n'existe pas dans la loi koweitienne[540] du fait de la superficie réduite du Koweït [541] et de sa population peu nombreuse[542]. Elle n'est donc pas prévue, dans le C.P.C.K. à l'inverse du C.P.C.É. et du C.P.C.[543]. Il faut cependant préciser que, depuis la loi

---

[536] H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. III, n° 1303, p. 1103. ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. et loc. cit.*
[537] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 252.
[538] H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. II, n° 387, p. 442.
[539] C. Tirvaudey-Bourdin, « Fasc. 213-1 : Compétence. – Exception d'incompétence », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2015*,* n° 64.
[540] N. Alhoti, *Les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil en première instance. Étude comparative entre le droit français et koweitien, op. cit.*, p. 198. ; La note explicative de l'art. 36 C.P.C.K. précise que « le législateur n'a pas donné de compétence territoriale aux départements, en raison de leur proximité ».
[541] La surface territoriale du Koweït est de 17.818 km^2. V. Le site du Ministère koweïtien Des Affaires Étrangères. [En ligne], Disponible sur : http://www.mofa.gov.kw/Ar/State-Of-Kuwait/Pages/default.aspx (consulté le 4/5/2017).
[542] Selon le recensement du 30 juin 2016, la population totale était de 4.330.000 millions d'habitants. V. Le site du Bureau des statistiques du Koweït. [En ligne], Disponible sur : https://www.csb.gov.kw/Socan_Statistic.aspx?ID=6 (consulté le 4/5/2017).
[543] S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.* p. 75.

n° 12/2015 relative à l'instauration du tribunal de la famille, au Koweït, la notion de compétence territoriale est évoquée. Plus précisément, à l'art. 5 de ladite loi. Même si selon la note explicative de cet article, la violation de la règle de la compétence territoriale ne remet pas en cause la décision du juge[544]. Notre étude comparée portera, en conséquence, davantage sur les systèmes français et égyptien.

La détermination de la compétence territoriale interne, en France et en Égypte, obéit à deux types de règles. Une règle principale et des règles dérogatoires. La première pose le principe de la compétence du juge des référés, appartenant à la juridiction compétente au fond (Sous-section 1). *A contrario*, les règles dérogatoires, n'impliquent pas une corrélation nécessaire, avec la compétence de la juridiction du fond (Sous-section 2). Dans le cas où le juge des référés territorialement compétent, selon la règle principale, est différent de celui territorialement compétent, compte tenu des règles dérogatoires, les plaideurs disposent d'une option de compétence territoriale. Le demandeur conserve la liberté de saisir un des juges des référés, territorialement compétents.

Sous-section 1 : La règle principale de détermination de la compétence territoriale interne

En France, le principe est identique à celui de la compétence *ratione materiae*[545], où le juge des référés n'est compétent que dans les limites de la compétence du tribunal. C'est-à-dire, que « le demandeur doit saisir le juge des référés de la juridiction qui est territorialement, compétent pour trancher le litige au fond »[546], en application des dispositions générales des articles 42 à 52 du C.P.C. ainsi que des normes spécifiques à chaque juridiction[547]. Le C.P.C. n'a donc pas prêté, attention à la compétence territoriale du juge des référés[548]. Lorsque la loi donne au demandeur le choix de saisir un des deux ou plusieurs juridictions territorialement compétentes, celui-ci dispose une option légale de compétence territoriale. A titre d'illustration, l'art 46 du C.P.C. donne au demandeur, le libre choix de saisir : « outre la juridiction du lieu où

[544] V. la compétence exclusive *ratione temporis* du juge des référés koweïtien du premier tribunal de la famille saisi. *Infra,* p. 111.
[545] V. *Supra,* p. 34 s.
[546] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.,* n° 166, p. 149.
[547] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.,* n° 24, p. 35.
[548] J. Normand, « La compétence territoriale du juge des référés », *RTD civ.*,1980, p. 607.

demeure le défendeur : … — en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ; … ». Aux termes dudit article, le demandeur ne peut pas saisir la juridiction du lieu où il demeure[549]. Ce faisant, s'applique aux procédures de référé l'option de compétence prévue à l'art. 47 du C.P.C.[550]. C'est-à-dire la compétence d'une juridiction limitrophe, lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige.

Le principe posé dans le C.P.C.É. diffère de celui du C.P.C. En effet, le législateur égyptien a organisé la question de la compétence territoriale du juge des référés, à l'aide d'un texte spécifique qui s'ajoute aux textes généraux régissant la compétence territoriale[551]. Il s'agit de l'art. 59 al. 1 du C.P.C.É., qui prévoit que « dans les actions comprenant la demande de la prise de mesures provisoires, la compétence sera celle du tribunal dans le ressort duquel, se situe le domicile du défendeur ... ». Cette règle s'applique aux actions en référé[552] à condition que la demande en référé soit présentée devant le juge des référés. Dès lors, si la demande en référé était présentée au juge du fond cette règle ne serait plus applicable du fait de cette application des règles générales de la compétence territoriale[553].

La détermination de la compétence du juge des référés ne repose pas, uniquement sur la règle principale, selon laquelle la compétence territoriale du juge des référés, découle de la juridiction qui sera territorialement compétente au fond du litige. Une option de compétence reste ouverte en faveur de demandeur, grâce aux règles dérogatoires de détermination de la compétence territoriale du juge des référés.

---

[549] Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « Viole [l'art. 46 du C.P.C.] la Cour d'appel, statuant en référé, qui, pour se déclarer compétente à l'effet d'accorder à la veuve et aux enfants d'une victime, des provisions à valoir sur la réparation des préjudices moral et matériel que leur a causé le décès accidentel de leur mari et père, énonce que le décès accidentel, même survenu hors de son ressort, a causé un préjudice direct et immédiat aux membres de la famille de la victime, au lieu de leur résidence, alors que le dommage de ceux-ci avait été subi au lieu même du fait dommageable». 2e Civ., 11 janvier 1984, n° 82-14587, Bull., II, n° 4, p. 3.
[550] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.,* n° 164, p. 147-148.
[551] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 412, p. 804.
[552] M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, 2e éd., Alexandria, L'institution de Almaaref, 1988, p. 204.
[553] A. Alnimer, *La compétence et l'ordonnance dans l'instance en référé,* Alexandria, L'institution de Almaaref, 1976, p. 503. ; M. Althuawi, *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence conformément au code de procédure civile égyptien*, *op. cit.,* p. 589.

Sous-section 2 : Les règles dérogatoires et l'option de compétence territoriale

Il convient d'emblée de préciser que la différence entre les systèmes égyptien et français, réside dans le fait que l'origine de cette option est jurisprudentielle en France, alors qu'en Égypte, c'est la loi qui en a fixé le régime juridique.

Ainsi, en Égypte, c'est l'art. 59 al. 1 du C.P.C.É. qui prévoit que « dans les actions comprenant la demande de la prise de mesures provisoires, la compétence sera celle du tribunal dans le ressort duquel, se situe le domicile du défendeur ou le tribunal dans le ressort duquel les mesures provisoires doivent être exécutées ».

En France, dans le silence des textes[554], l'option de compétence ouverte au demandeur, en matière de compétence territoriale du juge des référés, est une construction jurisprudentielle. La jurisprudence aménage, en effet, la règle de principe du C.P.C., selon laquelle, la juridiction territorialement compétente, est celle du lieu où demeure le défendeur[555]. Cette option de compétence est à double détente : le premier aspect a été expressément exposé, par la Cour de cassation française dans l'arrêt du 4 mai 1910, lequel a mis fin à la controverse qui régnait à l'époque[556], sur ce point ; en déclarant qu' : « en principe, le juge des référés compétent *ratione loci,* doit appartenir à la juridiction qualifiée pour prononcer au fond ; mais cette compétence n'exclut pas, pour les mesures urgentes et de caractère purement conservatoire, celle du juge dans le ressort duquel est né l'incident qui nécessite le recours en référé »[557]. Le deuxième aspect correspond à la compétence territoriale du juge des référés dans le ressort duquel « les mesures sollicitées doivent être exécutées »[558]. Ces deux critères de rattachement ne sont pas absolument identiques et peuvent, en pratique, conduire à des résultats différents[559]. Le lieu où

[554] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 402, p. 330.
[555] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 1926, p. 1379.
[556] H. Derveaux, *De la compétence absolue du juge des référés*, th. Paris, 1914, p. 152-153.
[557] Civ., 4 mai 1910, *D.*, 1910, 1re partie, p. 385, note H. Lalou. ; Cette jurisprudence a été confirmé par 2e Civ., en précisant que : « le juge des référés du lieu où prend naissance le litige est toujours compétent pour déterminer les mesures dont l'urgence lui paraît démontrée », 2e Civ., 16 mai 1957, n°1.089, Bull., II, n° 356, p. 253, *JCP*, 1957, IV, p. 94.
[558] Req., 28 janvier 1919, *S.*, 1921, 1re partie, p. 345, note A. T.
[559] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 256.

les mesures demandées doivent être exécutées, n'est pas nécessairement, celui de l'incident[560].

La Cour de cassation française, a par la suite confirmé cette jurisprudence dans un arrêt plus récent, énonçant que : « si, en principe, le juge des référés doit appartenir territorialement à la juridiction appelée à statuer sur le fond, cette compétence n'exclut pas celle du juge dans le ressort duquel est né l'incident ou celui dans le ressort duquel les mesures urgentes doivent être prises »[561]. Cela signifie que le demandeur bénéficie d'une option entre le « juge du lieu », et celui que désignaient les règles de droit commun[562]. Il peut en pratique, soit saisir le juge des référés de la juridiction compétente pour statuer sur le litige au fond, soit saisir en référé le président de la juridiction du lieu où est né l'incident soit, du lieu où doit être exécutée la mesure demandée[563]. La raison pour laquelle la jurisprudence a instauré une option de compétence lorsque la mesure sollicitée doit être exécutée dans un ressort autre que celui de la juridiction du fond, tient à des objectifs d'efficacité et d'effectivité de la mesure ordonnée, ainsi qu'au souci d'éviter un retard préjudiciable dans l'exécution de la mesure[564].

La portée de la compétence territoriale du juge des référés n'est pas simplement interne, elle est aussi internationale.

---

[560] H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. III, n° 1320, p. 1123.
[561] 2e Civ., 10 juillet 1991, n° 90-11815, Bull., II, n° 223, p. 117.
[562] J. Normand, « La compétence territoriale du juge des référés », *op. cit.*, p. 607.
[563] 2e Civ., 17 juin 1998, n° 95-10563, Bull., II, n° 200, p. 118. ; V. aussi M. Foulon, *L'ordonnance de référé,* Bordeaux, Association d'Études et de Recherches de l'École Nationale de la Magistrature, 1987, n° 20, p. 8.
[564] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. et loc. cit.* ; Sur la compétence territoriale du juge des référés V. aussi J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 402, p. 329-330.

Section 2 : La compétence territoriale internationale [565]

Lorsqu'un litige soumis au juge des référés, comporte un élément d'extranéité, la détermination de la juridiction territorialement compétente repose sur l'application des règles de compétence judiciaire internationale. Laquelle, peut être fondée, soit sur des règles nationales de droit commun, propres à chaque État, en partie définies à partir des règles de compétence territoriale interne. Soit, sur des règles internationales, communes à plusieurs États, liés par une convention bilatérale ou multilatérale. Ou relevant d'un système juridique spécifique, tel que le droit de l'Union Européenne (ex : Règlement de Bruxelles I, n° 44/2001/CE, du 22 décembre 2000 ; Convention de Lugano, du 16 septembre 1988[566]), soit du Conseil de coopération du Golfe [567] (ex : Convention du Sultanat d'Oman, du 6 décembre1995[568]).

Quel que soit leur origine ainsi précisée, les règles de détermination de la compétence territoriale au plan international, relèvent au moins de deux groupes : les premières fondent la compétence du juge des référés, sur le lieu du domicile du défendeur (sous-section 1), et les autres régissent la compétence du juge des référés, en fonction du lieu où la mesure demandée devra être exécutée (sous-section 2). En tout état de cause, cependant, ces chefs objectifs de compétence ouvrent une option de compétence aux demandeurs[569].

Sous-section 1 : La compétence du juge des référés du lieu du domicile du défendeur

Cette compétence est fondée sur des règles soit internationales (§1), soit internes (§2). Dans cette hypothèse où le chef objectif de compétence du juge des référés, est le lieu du domicile du défendeur, et dans le cas où la mesure devra être exécutée à l'étranger, le problème

---

[565] Sur la compétence territoriale internationale du juge des référés, V. X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, *op. cit.,* n° 238 s. p. 114 s. ; Sur l'incompétence territoriale internationale, V. également, C. Tirvaudey-Bourdin, « Fasc. 213-1 : Compétence. – Exception d'incompétence », *op. cit.*, n° 64.

[566] Dans le même sens sur la compétence territoriale internationale en matière de concurrence déloyale, V. R. Loir, « Fasc. 245 : Action en concurrence déloyale. – Éléments de procédure », *Juris-Classeur Concurrence – Consommation,* Paris, LexisNexis, 2011, n° 86.

[567] Le Conseil de coopération des États arabes du Golfe, regroupe 6 États-membres (le Koweït, l'Arabie saoudite, les Émirats Arabes Unis, le Bahreïn, le Qatar et le Sultanat d'Oman).

[568] V. le site de Conseil de coopération des États arabes du Golfe. [En ligne], Disponible sur : http://www.gcc-sg.org/ar-sa/CognitiveSources/DigitalLibrary/Pages/AlphaCategorization.aspx (consulté le 25/4/2017).

[569] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 261.

de « l'extraterritorialité » se pose[570]. La résolution de ce problème qui relève du droit international privé, et donc repose sur les conventions internationales[571]. Elle obéît de ce fait, à la procédure interne de la reconnaissance des décisions étrangères[572].

§1 : Les règles internationales

La règle internationale de principe est celle de la compétence de l'ordre juridictionnel du domicile du défendeur. La compétence du juge des référés procède dans ce cas « par renvoi en désignant comme juge du provisoire compétent celui émanant de la juridiction compétente pour connaître du litige au fond »[573].

Cette règle de principe trouve sa source en droit international dans les conventions bilatérale ou multilatérale. On peut citer à titre d'exemple concernant le droit français :

1- L'art. 2 de la Convention de Bruxelles de 1968 qui prévoit que : « … les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État». S'il y a plusieurs défendeurs, le litige peut être porté devant le tribunal du domicile d'un seul d'entre eux, aux termes de l'art. 6, §1.

2- L'art. 2 de la Convention de Lugano de 1988 – La règle de principe est identique : les juridictions compétentes sont celles du for, du domicile du défendeur ; en cas de pluralité de défendeurs, l'action peut être portée devant les tribunaux du lieu du domicile de l'un d'eux (art. 6, § 1). »

3- L'art. 2 de la Règlement de Bruxelles I n° 44/2001/CE prévoit que : « les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre doivent être attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État ». S'il y a plusieurs défendeurs le litige peut être portée devant le tribunal du domicile de l'un d'eux selon l'art. 6, §1 du Règlement de Bruxelles I[574].

---

[570] *Ibid.,* n° 262.
[571] W. Falhot, « Les règles de la compétence internationale des tribunaux », *Revue de droit*, L'université du Koweït, 2018, 42e année, n° 3, septembre, p. 438.
[572] A. Alsamdan, *le droit koweïtien international privé*, 2e éd., Koweït, s.n., 2001, p. 189. ; H. Muir Watt, « L'extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam »*, *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 27.
[573] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 261.
[574] R. Loir, « Fasc. 245 : Action en concurrence déloyale. – Éléments de procédure », *op. cit.*, n° 88-91.

En ce qui concerne le droit égyptien, cette règle est prévue à l'art. 28-A de la Convention de Riyad du 1983[575]. Alors que pour ce qui concerne le droit koweïtien, cette règle est prévue, à l'art. 4-A de la Convention du Sultanat d'Oman du 1995[576]. Enfin pour le Koweït, cette règle est prévue par l'art. 26-A de la convention bilatérale conclue entre le Koweït et l'Égypte en 16 avril 1977.

Cette règle de principe peut trouver sa source en droit interne aussi.

§2 : Les règles interne

En droit français, « la compétence territoriale internationale étant déterminée par référence aux règles de compétence territoriale internes[577]». Puisqu'au terme de l'art. 42 du C.P.C., « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur », donc, les juridictions françaises sont en principe compétentes lorsque le défendeur demeure en France[578]. Lorsqu'un plusieurs défendeurs demeurent en France, les juridictions françaises sont compétentes[579].

Alors qu'au Koweït et en Égypte, la compétence territoriale internationale étant déterminée de manière claire dans la section de « Compétence internationale », au Code de procédure civile. Puisqu'au terme de l'art. 23 du C.P.C.K. et l'art. 29 du C.P.C.É., les juridictions étatiques sont compétentes, lorsqu'un défendeur étranger demeure solen le cas, au Koweït ou en Égypte. Ici la norme de la détermination de la compétence territoriale internationale, concernant un défendeur étranger, est le lieu de son domicile[580].

---

[575] La république d'Égypte a été signée cette convention en 4 décembre 2014 par la décision république n° 278/2014.

[576] V. le site de Conseil de coopération des États arabes du Golfe. [En ligne], Disponible sur : http://www.gcc-sg.org/ar-sa/CognitiveSources/DigitalLibrary/Pages/AlphaCategorization.aspx (consulté le 25/4/2017).

[577] C. Tirvaudey-Bourdin, « Fasc. 213-1 : Compétence. – Exception d'incompétence », *op. et loc. cit.*

[578] R. Loir, « Fasc. 245 : Action en concurrence déloyale. – Éléments de procédure », *op. cit.*, n° 93.

[579] 1re Civ., 24 février 1998, n° 95-20627, Bull., I, n° 70, p. 47, *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 309, note H. Synay-Citermann.

[580] A. Alsamdan, *le droit koweïtien international privé*, *op. cit.*, p. 388.

Sous-section 2 : La compétence du juge des référés du lieu de l'exécution de la mesure demandée

Dans cette hypothèse où le chef objectif de compétence du juge des référés, est le lieu où la mesure demandée, devra être exécutée. Il n'y a ici, plus de lien obligatoire entre la compétence du juge du fond, et celle du juge des référés[581]. C'est-à-dire, le juge des référés étatique sera compétent même si le juge du fond n'est pas compétent. Autrement dit, les mesures peuvent être demandées à un juge des référés d'un pays dont les juridictions du fond sont incompétentes pour connaître du litige au fond[582]. Ici la compétence territoriale internationale a été fondée sur l'état de nécessité et la sécurité juridique[583]. Il apparaît logique ici, que la question de « l'extraterritorialité » ne se pose pas, puisque la compétence n'était attribuée à la juridiction de l'État, qu'en raison du fait, qu'il s'agit du lieu d'exécution de la mesure demandée.

Contrairement au premier chef objectif de compétence territoriale internationale du juge des référés[584], la compétence du juge des référés du territoire sur lequel, la mesure demandée devra être exécutée, est fondée sur des règles internes. En droit international privé nous n'avons pas trouvé de convention bilatérale ou multilatérale, prévoyant clairement ce chef de compétence. Les articles, 31 du Règlement de Bruxelles I, n° 44/2001/CE ; 24 de la Convention de Lugano conclue en 1988, et de Bruxelles conclue en 1968, prévoient uniquement, que les mesures exécutoires par provision, ou prononcées à titre conservatoire, codifiées par la loi de l'État partie au contrat, sont susceptibles d'être sollicitées auprès des juridictions dudit État. Le silence des textes, a conduit la doctrine à rechercher un fondement juridique de la compétence au provisoire, du juge de l'État sur le territoire duquel la mesure doit être exécutée[585].

En droit international privé égyptien et français, la compétence territoriale internationale du juge des référés, peut être fondée sur le lieu. Ainsi, l'art 31 de la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982, prévoit qu' : « En cas d'urgence constatée, les tribunaux de chacun des deux États, quel que soit le tribunal compétent sur le fond du litige, ont la faculté d'ordonner

[581] *Ibid.*, p. 420.
[582] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 263.
[583] A. Alsamdan, *le droit koweïtien international privé*, *op. et loc.cit.*.
[584] V. *Supra*, p. 79-81.
[585] P. De Varilles-Sommières, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 397, n° 22- 31.

des mesures de caractère provisoire ou conservatoire sur le territoire de leur État ». Ici, on comprend aisément, que la compétence territoriale internationale du juge des référés, français ou égyptien, a été attribuée en raison de la faculté qui lui est donnée, d'ordonner les mesures provisoires demandées, sur le territoire de son État. En clair, en raison de l'exécution de la mesure demandée sur le territoire de cet État. Pourtant, dans un arrêt du 20 mars 1989, la Cour de cassation française, a justifié la compétence des tribunaux français pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires par « l'urgence[586]». Selon nous, ce n'est là, qu'une des nombreuses confusions entre la question de la compétence et celle du pouvoir, du juge des référés[587].

Dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui, Cour de Justice de l'Union Européenne), la question de la compétence du juge des référés, en fonction du lieu où la mesure demandée devra être exécutée, a été aussi abordée. À l'occasion de l'arrêt Van Uden, rendu le 17 novembre 1998, la Cour a jugé que l'adoption de mesures provisoires ou conservatoires, en vertu de l'art. 24 de la Convention de Bruxelles de 1968, « est subordonné (e), notamment, à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'État contractant, du juge saisi »[588]. Pour définir la notion de « lien de rattachement réel », la Cour interprète le silence du texte comme un renvoi au droit commun des États contractants[589]. La Cour de cassation française a appliqué pour la première fois, la jurisprudence *Van Uden*, dans son arrêt du 11 décembre 2001, en donnant raison à une cour d'appel, ayant statué en référé, qui « a souverainement relevé que l'accident d'aviation était survenu en Angleterre, où des investigations devraient avoir lieu et qu'il n'était pas allégué que l'aéronef en cause se trouvât en France, non plus que les pièces utiles à l'expertise, de sorte que le lien de rattachement exigé entre la mesure demandée et le tribunal français saisi n'existait pas en l'espèce ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision d'incompétence »[590]. Car, selon Monsieur Normand, le

[586] La Cour de cassation a jugé que : « … l'urgence peut justifier la compétence des tribunaux français pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, notamment lorsque la sécurité des personnes ou la conservation de leurs biens est en péril, la cour d'appel qui, en l'espèce, n'a pas caractérisé l'urgence, a privé sa décision de motifs ». 1re Civ., 20 mars 1989, n° 86-17204, Bull., II, n° 139, p. 92.
[587] V. *Infra,* p. 184.
[588] CJCE, 17 novembre 1998, aff. C-391/95 Van Uden, point nº 40. ; J. Normand, « Juridiction compétente pour connaître des mesures provisoires ou conservatoires et incidence d'une procédure d'arbitrage au fond », *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 340, n° 30. ; A. Marmisse et M. Wilderspin, « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts *Van Uden* et *Mietz* », *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 669, n° 3.
[589] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 268.
[590] 1re Civ., 11 décembre 2001, n° 00-18547, Bull., I, n° 313, p. 199, *JCP*, 2002, II, n° 10106, note E. du Rusquec ; *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 371, note H. Muir Watt.

« rattachement réel », c'est « le rattachement à la chose. La compétence obligée, est donc celle du lieu où se trouve le bien, le bien à saisir ou à séquestrer, le bien à administrer ou à expertiser, plus généralement, sans doute, le lieu où la mesure doit être exécutée »[591].

En droit français, la compétence territoriale du juge des référés, en fonction du lieu d'exécution de la mesure demandée, est issue d'une construction jurisprudentielle[592]. Ni le droit interne, ni le droit international ne le prévoient. Alors qu'en droit égyptien cette compétence est prévue dans le C.P.C.É[593]. Au demeurant, il en est de même, en matière de compétence territoriale internationale, du juge des référés. Il sera là encore compétent, selon le lieu où la mesure demandée devra être exécutée. Cela est clairement prévu, dans les articles, 43 du C.P.C.É. et 27 al. 2, du C.P.C.K., lesquelles stipulent dans les mêmes termes que : « les juridictions étatiques sont compétentes, pour prendre les mesures provisoires ou conservatoires qui devront être exécutées sur le territoire de l'État, même si, ses juridictions sont incompétentes pour connaître du fond ».

Il convient à présent d'aborder, le régime de l'exception d'incompétence territoriale du juge des référés.

---

[591] J. Normand, « Juridiction compétente pour connaître des mesures provisoires ou conservatoires et incidence d'une procédure d'arbitrage au fond », *op. et loc. cit.*

[592] V. *Supra*, p. 77. ; À cet égard il a été jugé que : « Le juge des référés compétent pour ordonner des mesures conservatoires, est celui du lieu où ces mesures doivent être prises même si les parties de nationalité étrangère ne sont pas domiciliées dans son ressort ». 2e Civ., 9 décembre 1976, n° 75-13429 et n° 75-14091, Bull., II, n° 330, p. 258.

[593] V. *Supra*, p. 77.

Section 3 : Le régime de l'exception d'incompétence *ratione loci* du juge des référés

Comme l'incompétence d'attribution[594], l'incompétence territoriale peut être soulevée par les parties (sous-section 1) soit prononcée d'office par le juge (sous-section 2). Par ailleurs, si elle est constatée, cela emportera, des conséquences juridiques (sous-section 3).

Sous-section 1 : L'incompétence territoriale soulevée par les parties

Tout comme dans le régime de l'exception d'incompétence d'attribution[595], seul le défendeur peut soulever l'exception d'incompétence territoriale. Le demandeur n'est pas autorisé à le faire, car, « les exceptions d'incompétence figurant au nombre des moyens de défense, [il (le demandeur)] n'est pas recevable à contester la compétence territoriale de la juridiction qu'il a lui-même saisie »[596]. Dans la loi égyptienne, les règles de compétence territoriale ne sont pas d'ordre public[597]. Il en résulte, que dans le système égyptien, le juge ne peut pas soulever d'office son incompétence territoriale. Seul le défendeur est fondé à le faire, conformément à l'art. 108 du C.P.C.É. En conséquence, il est indispensable, pour que cette exception soit recevable, que le défendeur la relève, dans le temps déterminé par la loi[598] (§1). Il doit aussi, motiver son exception[599]. En France, il devra en outre, désigner la juridiction, qui devra examiner sa demande[600] (§2). Puisque toutes les règles concernant la recevabilité du déclinatoire de compétence, sont applicables en référé[601].

§1 : Le moment du déclinatoire de compétence territoriale

Pour éviter toute manœuvre dilatoire ayant précisément pour objet, de retarder la solution du litige[602], les articles 74 al.1 du C.P.C.[603], 108 al. 1 du C.P.C.É. et 77 al. 1 du

[594] V. *Supra*, p. 55.
[595] V. *Supra*, p. 55-60.
[596] 2e Civ., 7 décembre 2000, n° 99-14902, Bull., II, n° 163, p. 117.
[597] Civ.É., 28 mai 1998, n° 1336/67.
[598] Aux termes des articles 74 al. 1 du C.P.C., 108 du C.P.C.É. et 77 du C.P.C.K.
[599] Aux termes des articles 75 du C.P.C., 108 du C.P.C.É. et l'art. 77 du C.P.C.K.
[600] Au terme de l'art. 75 du C.P.C.
[601] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. II, n° 741, p. 781.
[602] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 625.
[603] L'art. 74 al.1 du C.P.C. dispose que : « Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi, alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception, seraient d'ordre public ».

C.P.C.K.exigent que l'exception de procédure (dont celle de d'incompétence territoriale) , [604] soit soulevée en même temps, que les autres exceptions de procédure (A). Et cela, avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir (B).

A : L'obligation de soulever l'exception d'incompétence territoriale simultanément avec les autres exceptions de procédure

La règle imposant la simultanéité de présentation des exceptions de procédure, résulte des articles 74 al.1 du C.P.C., 108 al. 1 du C.P.C.É. et 77 al. 1 du C.P.C.K. Et, donc par suite, irrecevable, l'exception d'incompétence territoriale soulevée dans des conclusions postérieures à celles qui avaient invoqué, la litispendance[605] ou l'exception de présence d'une convention d'arbitrage[606], ou encore, toutes autres exceptions de procédure[607].

B : L'obligation de soulever l'exception d'incompétence territoriale *in limine litis*

Aux termes de l'art. 74 du C.P.C. l'exception d'incompétence territoriale et toutes les autres exceptions de procédure, doivent « être [soulevées] simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir ». Donc, le défendeur qui se prévaut d'abord du défaut d'urgence ou l'existence d'une contestation sérieuse « se prive du droit d'invoquer ensuite l'incompétence proprement dite du juge des référés qui a été saisi » [608].

Dans la loi égyptienne le défendeur devra soulever l'exception d'incompétence territoriale, avant toute exception de procédure, ou de défense au fond, ou encore, de fin de non-recevoir. Et plus généralement, avant toute autre demande, et cela en application de l'art. 108 du C.P.C.É. À défaut, il ne pourra plus se prévaloir de l'exception d'incompétence territoriale. Au surplus, son exception déjà soulevée sera frappée d'irrecevabilité[609]. Cette règle adoptée par

---

[604] Les articles 108 al. 1 du C.P.C.É. et 77 al. 1 du C.P.C.K. disposent que : « … les exceptions de procédure qui ne sont pas liées à l'ordre public, doit être soulevées avant toute défense au fond, et avant de soulever l'exception d'incompétence d'attribution, de fin de non-recevoir, ou toute autre exception et demande … ».
[605] 2e Civ., 22 mars 1982, n° 80-16134, Bull., II, n° 50, p. 34. ; Dans le même sens, en droit égyptien : Civ.É., 1er juin 1998, n°3241/60, recueil de la jurisprudence, n° 114, p. 474, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111112858.pdf (Consulté le 4/5/2017).
[606] Civ.É., 9 janvier 2003, n° 110/71.
[607] Civ.É., 9 mai 2001, n° 3908/70. ; Civ.É., 11 février 2002, n° 391/70.
[608] V. H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. II, n° 633, p. 684.
[609] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés*, *op. cit.*, n° 413, p. 804. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 205.

le législateur égyptien est pertinente, car cohérente avec le souci d'économie dans les procédures. Elle protège en effet le défendeur, des risques de perte de temps et lui évite de tergiverser[610]. La loi égyptienne, reprend ici le principe intangible, hérité du C.P.C. français, qui oblige le défendeur à présenter toute exception d'incompétence territoriale avant tout objet ou toute fin de non-recevoir[611]. Principe applicable y compris en matière d'incompétence territoriale internationale, en droit égyptien[612], aussi bien en droit français[613] dont elle s'est inspirée.

En droit koweïtien, en cas d'incompétence territoriale internationale, le défendeur doit soulever l'exception d'incompétence territoriale internationale, simultanément avec les autres exceptions de procédure et *in limine litis*, en application de l'art. 77 du C.P.C.K.[614], identique à l'art. 108 du C.P.C.É.

§2 : Le contenu du déclinatoire de compétence territoriale

Pour que l'exception d'incompétence territoriale, soit recevable aux termes des articles 75 du C.P.C.[615], 108 du C.P.C.É. et 77 du C.P.C.K., la partie qui la soulève, doit motiver son exception (A). En France, elle devra en outre, désigner la juridiction estimée compétente, conformément à l'art. 75 du C.P.C., de (B).

A : L'obligation de motivation de l'exception d'incompétence territoriale

En droit français, l'exception d'incompétence territoriale doit être motivée de la manière qu'en matière de compétence d'attribution[616]. En droit égyptien, l'exception d'incompétence territoriale, doit aussi, être motivée, qu'elle soit interne, ou internationale. Alors qu'en droit

---

[610] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 493.
[611] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 413, p. 804. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 206.
[612] Civ.É., 15 mai 2000, n° 145/62, recueil de la jurisprudence, n° 124, p. 678.
[613]C. Tirvaudey-Bourdin, « Fasc. 213-1 : Compétence. – Exception d'incompétence », *op. cit.,* n° 64. ; 1re Civ., 23 mai 2012, n° 10-26188, Bull., I, n° 110, p. 100. ; Sur la nature de l'exception d'incompétence internationale, à rapprocher : 1re Civ., 9 juillet 1991, n° 89-20410, Bull., I, n° 231, p. 151. ; 2e Civ., 7 juin 2007, n° 06-15920, Bull, II, n° 145, p. 121. ; 1re Civ., 7 mai 2010, n° 09-11177, Bull., I, n° 106, p. 99. ; 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 07-17788, Bull., I, n° 161, p. 152.
[614] Civ.K., 21 octobre 2008, n° 1189/2006 et n° 1256/2006.
[615] L'art. 75 du C.P.C. dispose que : « S'il est prétendu que la juridiction saisie en première instance ou en appel est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée ».
[616] V. *Supra*, p. 59.

koweïtien seule l'incompétence territoriale internationale, doit être motivée. Cette obligation est issue des termes, mêmes, du dernier alinéa, de l'art. 108 du C.P.C.É. et de celui de l'art. 77 du C.P.C.K. La partie qui soulève une exception de procédure qui n'est pas d'ordre public, doit à peine d'irrecevabilité, en démontrer les fondements.

B : L'obligation de désigner la juridiction estimée compétente

Aucun texte, en droit koweïtien ni égyptien, n'oblige les parties à désigner, le cas échéant, la juridiction qu'ils estiment territorialement compétente. À l'inverse cette obligation est de rigueur en droit français, et codifiée à l'art. 75 du C.P.C. Cette désignation s'effectue, selon la même procédure que pour le déclinatoire de compétence d'attribution[617], et pour les mêmes fins ; en d'autres termes, pour donner au juge, les moyens de contrôler le sérieux de l'exception[618].

Au surplus, cette obligation doit être faite dans le déclinatoire de compétence lui-même et non ultérieurement[619].

Enfin, la seule indication que la compétence est attribuée aux tribunaux étrangers, ne suffira pas à remplir cette obligation, dès lors que la juridiction compétente n'avait pas été indiquée avec des précisions suffisantes[620].

Il subsiste une interrogation ; en cas d'option de compétence, la partie qui soulève l'exception d'incompétence territoriale, pourra-t-elle désigner plusieurs juridictions ? Pour la Cour de cassation française, l'art. 75 du C.P.C. « n'interdit pas au défendeur qui se prévaut d'un règle comportant une option de compétence, de désigner comme compétentes, plusieurs

---

[617] V. *Supra*, p. 60.
[618] ph. Kahn, note sous1re Civ., 10 octobre 1978, n° 77-10926, Bull., I, n° 294, p. 228, *JDI*, 1979, juris., p. 143.
[619] 2e Civ., 18 octobre 1972, n° 71-13551, Bull., II, n° 251, p. 205. ; 2e Civ., 29 mai 1979, n° 78-11179, Bull., II, n° 164, p. 114, *D.*, 1979, IR., p. 478, obs., P. Julien. ; V. au contraire, Paris, 3 octobre 1974, *D.*, 1975, juris., p. 396-399, note G. Droz. ; Bourges, 14 septembre 1993, *JCP*, 1994, IV, 1214, Juris-Data n° 049123, *RTD civ.*, 1994, p. 674, obs., J. Normand.
[620] Paris, 3 octobre 1974, *D.*, 1975, juris., p. 396-399, note G. Droz.

juridictions, fussent-elles étrangères[621]». Cependant, il faut que l'option de compétence soit prévue par la loi[622].

Sous-section 2 : Le pouvoir du juge des référés de soulever d'office son incompétence territoriale

En droit égyptien, la compétence territoriale, n'est en principe, pas d'ordre public[623]. Il en résulte que le juge des référés ne pourrait pas soulever l'exception d'incompétence d'office[624]. Alors qu'en droit français, « dans les mêmes conditions que le juge du fond, le juge des référés ne peut relever d'office son incompétence territoriale que dans les limites fixées par l'art. 93 [C.P.C. (actuellement l'art. 77)] »[625]. La possibilité pour le juge des référés, de son côté, de relever d'office son incompétence territoriale est plus limitée, qu'en matière de compétence d'attribution[626]. Il s'agit, selon ledit article, d'une simple faculté (§1), et dans d'autres cas, d'une obligation (§2). En tous les cas, le « juge ne pouvait pas relever d'office son incompétence territoriale, ni au surplus statuer sur celle-ci, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations, conformément au principe de la contradiction posé par [l'art. 16 du C.P.C.] »[627].

§1 : La faculté de soulever d'office l'incompétence territoriale

En droit égyptien, le juge des référés ne pourrait pas soulever d'office, l'exception d'incompétence territoriale interne[628]. Alors qu'en droit français, le juge des référés ne peut relever d'office son incompétence, « que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne

---

[621] 1re Civ., 10 octobre 1978, n° 77-10926, Bull., I, n° 294, p. 228, *JDI*, 1979, juris., p. 142, note ph. Kahn. ; Dans le même sens : 2e Civ., 20 novembre 1985, n° 84-12506, Bull., II, n° 173, p. 116, *Gaz. Pal.*, 1986, 2e sem., Somm., p. 328, note S. Guinchard et T. Moussa.
[622] S. Guinchard et T. Moussa, note sous 2e Civ., 20 novembre 1985, n° 84-12506, Bull., II, n° 173, p. 116, *Gaz. Pal.*, 1986, 2e sem., Somm., p. 328.
[623] Civ.É., 28 mai 1998, n° 1336/67. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés*, *op. cit.*, n° 413, p. 804. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 205.
[624] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. et loc. cit.* ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 206.
[625] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1319, p. 1122.
[626] V. par ex. Soc., 23 juillet 1980, n° 80-60170 et n° 80-60171, Bull., V, n° 687, p. 508.
[627] Aix-en Provence, 15 mars 2005, R.G. n° 04/12510, BICC, n° 665, 2007, §n° 1460.
[628] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés*, *op. cit.*, n° 413, p. 804. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 206.

comparaît pas[629]». Cela, en application de l'art. 77 du C.P.C. (ancien art. 93) et compte tenu du fait que, les demandes en référé sont des matières contentieuses.

Certes, il s'agit ici, d'une simple faculté pour le juge de soulever d'office son incompétence territoriale[630], puisque l'art. 77 du C.P.C. (ancien art. 93), précise que le juge « peut »[631], il n'est donc pas tenu de le faire[632]. *A contrario*, le juge égyptien ne pourra, lui, pas soulever l'exception de l'incompétence territoriale d'office[633], y compris, en cas de défaut de comparution du défendeur. La loi égyptienne, nous apparaît, sur ce point déficiente. Il eût été de notre point de vue pertinent, d'adopter le système français. Ceci, en vue de protéger la partie défaillante[634].

À l'inverse de l'art. 76 du C.P.C.[635] (ancien art. 92), l'art. 77 du même code (ancien art. 93), n'opère aucune distinction entre le juge de première instance, celui de la Cour d'appel et le juge de cassation. Nous pouvons en déduire que la Cour d'appel et la Cour de cassation disposent, en la matière, du même pouvoir, que celui dévolue au juge des référés. Elles peuvent en principe, soulever d'office leur incompétence territoriale. En pratique cependant, la solution est incertaine devant la Cour de cassation, même si selon un auteur, « on s'accorde à admettre que la Haute juridiction devrait toujours pouvoir relever d'office la violation d'une règle de compétence territoriale exclusive »[636] . Autrement dit, l'incompétence territoriale « peut bien être soulevée d'office à tous les niveaux de la procédure, mais uniquement dans le cas de compétence exclusive »[637].

---

[629] L'art. 77 du C.P.C. (ancien art. 93).
[630] En cas de défaut de comparution du défendeur, V. 2e Civ., 20 février 1980, n° 78-14437, Bull., II, n° 37, p. 27, *Gaz. Pla.*, 1980, 2e sem., juris., p. 495, note J. Dupichot.
[631] J. Dupichot, note sous 2e Civ., 20 février 1980, n° 78-14437, Bull., II, n° 37, p. 27, *Gaz. Pla.*, 1980, 2e sem., juris., p. 495.
[632] 2e Civ., 19 février 1986, n° 84-13589, Bull., II, n° 22, p. 14.
[633] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 413, p. 804. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 206.
[634] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.144, p. 1236.
[635] V. *Supra*, p. 61.
[636] G. Chabot, « Incompétence », *op. cit.*, n° 89.
[637] J. Vincent, « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », in. P. Hébraud, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 929, n° 33. ; Dans le même sens, P. Julien. obs. sous Paris, 3 novembre 1982, *D.*, 1983, IR., p. 155.

§2 : L'obligation de soulever d'office l'incompétence territoriale

Le juge est tenu de soulever d'office son incompétence territoriale dans trois cas : D'abord, lorsqu'un texte l'y contraint (A). Ensuite, (uniquement en droit koweïtien et égyptien), en cas d'incompétence territoriale internationale, lorsque le défendeur n'a pas comparu (B). Enfin, dans le cas où un appel porté devant une Cour dans le ressort de laquelle, n'était pas située la juridiction dont émanait la décision attaquée (C).

A : L'obligation textuelle de soulever d'office l'incompétence territoriale

Le juge est obligé de soulever d'office son incompétence territoriale lorsque la loi l'y oblige[638]. Comme en matière d'injonction de payer, qui doit être distinguée de la procédure de référé, même si toutes deux sont des procédures rapides[639]. Procédure que l'on peut mener, y compris, devant le président du TGI, en application de l'art. 1406 al.1 du C.P.C. Celui-ci devra soulever son incompétence territoriale, le cas échéant. Puisque l'art. 1406 al. 2 et 3, du C.P.C. dispose que : « Le juge territorialement compétent est celui du lieu, où demeure le ou l'un des débiteurs poursuivis ». « Les règles prescrites aux alinéas précédents sont d'ordre public. Toute clause contraire est réputée non écrite. Le juge **doit** relever d'office son incompétence... ».

Cette obligation, s'impose-t-elle, pour autant, au juge saisi d'une opposition ? La Cour de cassation française a résolu cette question en jugeant, que le tribunal qui statue sur une opposition à injonction de payer, n'est pas tenu de relever d'office son incompétence territoriale à raison du domicile du débiteur poursuivi. Le débiteur poursuivi qui s'est défendu au fond, sans invoquer le moyen tiré de l'incompétence territoriale de la juridiction saisie n'est, dès lors, pas recevable devant la Cour de cassation à reprocher au tribunal de n'avoir pas effectué une recherche qui ne lui avait pas été demandée[640]. Mais cette obligation imposée au juge de relever d'office son incompétence constitue-t-elle, pour autant, un moyen de cassation? Selon Perrot cette « question est embarrassante, car par ailleurs si, devant le juge saisi de l'opposition, le débiteur a plaidé sur le fond, sans songer à discuter la compétence territoriale, les considérations d'ordre public qui exigent une localisation judiciaire proche de la demeure du débiteur ne s'imposent plus avec la même acuité, et le déclinatoire fait alors penser à une bouée de

[638] T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op.cit.,* p. 700.
[639] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 16.
[640] 2e Civ., 1 avril 2004, n° 02-14485, Bull., II, n° 149, p. 125.

sauvetage de la dernière chance »[641].

En matière internationale, l'exception d'incompétence territoriale est aussi d'ordre public, en droit koweïtien et égyptien dans lorsque le défendeur n'a pas comparu.

B : L'obligation pour les juges koweïtien et égyptien de soulever d'office l'incompétence territoriale internationale en cas de défaut de comparution du défendeur

Au Koweït et en Égypte, en cas d'incompétence territoriale internationale, le juge des référés est tenu, aux termes des articles 28 du C.P.C.K. et 35 du C.P.C.É., de soulever d'office son incompétence lorsque le défendeur n'a pas comparu. Concernant l'art. 28 du C.P.C.K., c'est le seul cas, où il est fait obligation au juge, de soulever d'office son incompétence[642].

En droit français, en principe, la procédure de l'exception d'incompétence territoriale internationale, relève du droit interne[643]. Le juge ne peut donc soulever son incompétence territoriale internationale, que dans les cas prévus par l'art. 77 du C.P.C. Sauf si une convention en dispose autrement[644]. Jugé a cet égard que : « la décision par laquelle une Cour d'appel se déclare d'office incompétente, en vertu des dispositions de la convention franco-suisse du 15 juin 1869[645], exclut l'application des articles 92 et 93 [C.P.C.] [actuellement les articles 76 et 77 du C.P.C.] »[646].

C : L'obligation de soulever d'office l'incompétence territoriale en cas d'appel devant une Cour d'appel d'un autre ressort

S'agit-t-il d'une obligation ou d'une simple faculté pour le juge d'appel, appelé à relever d'office son incompétence territoriale ? Avant de répondre à cette question, il faut d'abord résoudre une question préalable essentielle. Est-on en présence, d'une véritable compétence, ou d'un pouvoir pour la cour d'appel, lorsqu'un plaideur forme appel, devant une juridiction située

---

[641] R. Perrot, note sous 2e Civ., 1 avril 2004, n° 02-14485, Bull., II, n° 149, p. 125, *Rev. Procédures*, 2004, comm. n° 145.
[642] A. Alsamdan, *le droit koweïtien international privé*, *op.cit.*, p. 412.
[643] C. Tirvaudey-Bourdin, « Fasc. 213-1 : Compétence. – Exception d'incompétence », *op. cit.,* n° 64.
[644] Paris, 3 octobre 1974, *D.,* 1975, juris., p. 396-399, note G. Droz.
[645] Abroger par le décret n°92-179 du 25 février 1992.
[646] 1re Civ., 15 décembre 1982, n° 80-13880 et n° 80-15548, Bull., I, n° 364, p. 312.

dans un ressort autre que celui d'où émanait la décision attaquée ? Considérons par exemple un appel porté devant la Cour d'appel de Paris, en lieu et place de la Cour d'appel de Colmar. Quel sera le moyen de défense ? La deuxième chambre civile de la Cour de cassation française, répondu à cette question dans trois arrêts (rendus le même jour), en concluant à l'irrecevabilité de l'appel formé devant une Cour dans le ressort de laquelle, n'est pas située la juridiction dont émane la décision attaquée[647]. La Cour de cassation française a dans lesdits arrêts, justifié ses décisions par le fait que la cour d'appel est tenue de vérifier la régularité de sa saisine. La Haute Cour a cependant omis de s'expliquer sur ce fondement juridique[648], selon la doctrine française[649], « ce serait en raison du caractère non limitatif des fins de non-recevoir énumérées à [l'art. 122 C.P.C.] et du caractère manifestement d'ordre public de l'organisation judiciaire »[650]. Madame Fricero, a bien analysé ces arrêts, en justifiant cette jurisprudence, par le fait que « la compétence territoriale des juridictions d'appel est régie par les dispositions d'ordre public du [C.O.J.[651]]. Si la partie saisit une cour d'appel, d'un jugement rendu par une juridiction de première instance qui n'est pas située dans son ressort, cette cour est dépourvue de tout pouvoir juridictionnel à l'égard du litige qui lui est ainsi soumis »[652]. La Cour de cassation française confirme qu'il s'agit d'une question de pouvoir juridictionnel[653].

Du point de vue d'une partie de la doctrine française, cette solution est discutable, bien qu'ayant été confirmée par la Cour de cassation. Elle considère qu'aller vers cette jurisprudence : « c'est confondre incompétence (qui consiste à saisir la mauvaise juridiction parmi toutes celles qui auraient pu juger l'affaire) et défaut de pouvoir (qui concerne le cas dans lequel une juridiction ne peut statuer sur une demande en raison, par exemple, d'une difficulté

---

[647] 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 06-46220, Bull., II, n° 186, p. 171. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-40541, Bull., II, n° 187, p. 172. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-41465, Bull., II, n° 188, p. 172. ; 2e Civ.,15 octobre 2015, n° 14-20165, Non publié au Bull.

[648] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 193.12, p. 742.

[649] J.-M. Sommer, L. Leroy-Gissinger, H. Adida-Canac, et S. Grignon Dumoulin, note sous 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 06-46220, Bull., II, n° 186, p. 171. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-40541, Bull., II, n° 187, p. 172. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-41465, Bull., II, n° 188, p. 172, *D.,* 2010, p. 532. ; *RTD civ*., 2010, p. 370, note Ph. Théry.

[650] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. et loc. cit.*

[651] L'art. R311-3 du C.O.J. dispose que : « Sauf disposition particulière, la cour d'appel connaît de l'appel des jugements des juridictions situées dans son ressort ».

[652] N. Fricero, note sous 2e Civ., 10 septembre 2009, n° 07-13015, Bull., II, n° 210, p. 192, *JCP*, 2009, n° 421.

[653] Elle a jugé que : « Les parties doivent former appel devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve la juridiction ayant rendu la décision critiquée. … que le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel de la juridiction saisie, elle-même tenue de vérifier la régularité de sa saisine, constitue une fin de non-recevoir ». 2e Civ., 8 juillet 2010, n° 09-65256, Bull., II, n° 134, p. 120.

sérieuse, s'agissant d'un juge des référés) »[654]. Une partie de la doctrine égyptienne, considère par ailleurs que la compétence territoriale de la cour d'appel est d'ordre public n'est pas susceptible d'être dérogée[655]. Pour une partie de la doctrine française, c'est plutôt une exception d'incompétence territoriale et non une fin de non-recevoir qui devrait permettre de contester cette erreur[656]. Car, l'incompétence territoriale d'une cour d'appel est sanctionnée par une incompétence absolue, d'ordre public[657]. Alors que si l'appel est déclaré irrecevable, les conséquences apparaîtront dans « le caractère non avenu de l'effet interruptif du délai d'appel par la déclaration d'appel initiale [art. 2243 du C. civ.], ce qui privera le perdant de toute possibilité de critiquer le jugement s'il n'a pas pu régulariser une seconde déclaration dans le délai d'appel »[658].

La compétence territoriale absolue de la cour d'appel est déjà soulignée par Solus et Perrot[659]. Or, il s'agit au moins, d'une compétence exclusive, selon Monsieur Théry, puisque le juge d'appel est tenu, aux termes de l'art. 90 al. 3 du C.P.C. (ancien art. 79, al. 2) de renvoyer l'affaire devant la cour d'appel, dans le ressort de laquelle, se trouve la juridiction compétente[660]. Si la compétence territoriale de la Cour est absolue ou d'ordre public, voire exclusive, le juge doit renvoyer l'affaire à la Cour territorialement compétente. Le juge d'appel saisi, doit relever d'office son incompétence[661]. Comme c'est le cas en droit égyptien, puisqu'il s'agit d'une compétence d'ordre public[662]. La chambre des référés de la Cour d'appel du Caire, s'est par exemple, déclarée incompétente au profit de la Cour d'appel du Caire-Nord en vertu

---

654 (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 123.11, p. 152.

655 T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.,* p. 701. ; F. Ahmad, « La constitution des cours d'appels », [En ligne], Disponible sur : www.alukah.net/culture/0/56956/ (Consulté le 15/05/2017).

656 (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.33, p. 1229.

657 L. Dargent, « Sanction de la compétence territoriale d'une cour d'appel », *Dalloz actualités,* 11 septembre 2009, note sous 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 06-46220, Bull., II, n° 186, p. 171. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-40541, Bull., II, n° 187, p. 172. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-41465, Bull., II, n° 188, p. 172.

658 N. Fricero, note sous 2e Civ., 10 septembre 2009, n° 07-13015, Bull., II, n° 210, p. 192, *JCP*, 2009, n° 421.

659 H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit*., t. II, n° 607, p. 658.

660 Ph. Théry, « La cour d'appel a-t-elle une compétence : variation sur les moyens de défense », *RTD civ.*, 2010, p. 370, note sous 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 06-46220, Bull., II, n° 186, p. 171. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-40541, Bull., II, n° 187, p. 172. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-41465, Bull., II, n° 188, p. 172.

661 M. Althuawi, *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence conformément au code de procédure civile égyptien*, *op. cit.,* p. 611. ; Pour une autre partie de la doctrine égyptienne, il s'agit d'une incompétence relative, qui interdit au juge de relever d'office son incompétence, seules les parties peuvent le faire. A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, *op. cit.,* p. 1328-1329.

662 T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op.cit.,* p. 701. ; F. Ahmad, « La constitution des cours d'appels », *op. et loc. cit.*

du fait que « cette dernière est la cour d'appel dans le ressort de laquelle, est située la juridiction dont émane la décision attaquée »[663].

En revanche, en droit français, la distinction entre la compétence matérielle exclusive[664] et le pouvoir juridictionnel exclusif[665] d'une cour d'appel (en l'occurrence, la Cour d'appel de Paris) est parfois délicate[666]. Quant à la Cour de cassation française, affiche sa préférence pour le pouvoir juridictionnel[667]. Malgré le terme de l'art. D 442-3 du code de commerce[668] lequel précise que la Cour d'appel de Paris est la juridiction compétente. En effet, la Cour de cassation française a jugé que : « la fin de non-recevoir tirée de l'inobservation de la règle d'ordre public investissant la cour d'appel de Paris du pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce doit être relevée d'office par le juge »[669]. Cette jurisprudence a été amendée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 29 mars 2017, en jugeant qu'« il lui [(la Cour d'appel)] appartenait de déclarer l'appel recevable, et d'examiner la recevabilité des demandes formées devant ce tribunal puis, le cas échéant, de statuer dans les limites de son propre pouvoir juridictionnel »[670]. Monsieur Théry conteste l'approche de la Cour de cassation fondée le défaut de pouvoir juridictionnel, et affirme qu'il s'agit d'un

---

[663] Cour d'appel du Caire, chambre des référés, 9 janvier1983, n° 1982/881. ; Cour d'appel du Caire, chambre des référés, 18 décembre 1982, n° 1982/1157. V. également, M. Harjah, *Les jurisprudences sur la juridiction des référés et les contentieux d'exécution provisoire*, *op. cit.*, n°582 et 583, p. 354.

[664] Selon Théry « Pour résumer, entre toutes les cours d'appel, la Cour de Paris a une compétence matérielle *exclusive* pour statuer sur les appels en matière de pratiques anticoncurrentielles. Connaissant au second degré de tout le contentieux national, la question de sa compétence territoriale ne peut pas se poser (comp. la compétence nationale du Tribunal de grande instance de Paris pour l'exequatur des sentences arbitrales étrangères - art. 1516 c. pr. civ.). Lorsqu'un appel est porté devant une autre cour, cette cour est incompétente *ratione materiae* et doit renvoyer l'affaire à la Cour de Paris. On touche là la conséquence la plus critiquable de cette qualification abusive puisque l'appelant se trouve privé d'un recours simplement parce qu'il a été mal dirigé ». Ph. Théry, « Le désordre des moyens de défense : exception d'incompétence et fin de non-recevoir... », *op. cit.*, p. 568.

[665] V. Com., 31 mars 2015, n ° 14-10016, Bull., IV, n° 59, p. 87.

[666] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 96, p. 189.

[667] Com., 26 avril 2017, n° 15-26780, Bull., IV, n° 56, p. 76. Ainsi il a été jugé récemment par la Cour de cassation française que « les actions en réparation des préjudices nés de pratiques anticoncurrentielles sont portées devant les juridictions spécialisées désignées à l'article R. 420-3 du code de commerce et que seule la cour d'appel de Paris est investie du pouvoir juridictionnel de statuer sur l'appel formé contre les décisions rendues par ces juridictions. L'inobservation de ces règles d'ordre public est sanctionnée par une fin de non-recevoir ». Com., 10 juillet 2018, n° 17-16365, Juris-Data n° 012359, *D.* 2018, p. 1548, *Rev. Procédures,* 2018, comm. n° 282, obs. Y. Strickler.

[668] L'art. D 442-3 du code de commerce Créé par Décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 - art. 2, dispose que : « Pour l'application de l'article L. 442-6, le siège et le ressort des juridictions commerciales **compétentes** en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2-1 du présent livre.
La cour d'appel **compétente** pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris ».

[669] Com., 31 mars 2015, n ° 14-10016, Bull., IV, n° 59, p. 87. ; dans le même sens : Com., 21 février 2012, n° 11-13276, Bull., IV, n° 38, p. 42.

[670] Com., 29 mars 2017, n° 15-17659, Bull., IV, n° 49, p. 67, *D.,* 2017, p. 756.

problème de compétence. Puisque, le : « choix entre les juges, dès lors qu'ils statuent selon la même procédure (juge du principal, juge des référés…) relève de la compétence »[671].

Enfin, il faut rappeler que le renvoi prévu dans l'art. 90 al. 3 du C.P.C. (ancien art. 79 al. 2), n'est pas applicable en cas de déclaration erronée d'incompétence, par le juge des référés au profit du juge du fond. Ce qui a été confirmé par la Cour de cassation française, lorsqu'elle juge que : « Viole [l'art.79 du C.P.C. (actuellement l'art. 90)] la cour d'appel qui, ayant infirmé une ordonnance de référé au motif que la juridiction qui aurait dû être saisie, était le Tribunal de la procédure collective du défendeur, a renvoyé la cause devant une autre cour d'appel, alors qu'après avoir déclaré l'incompétence du juge des référés au profit d'une juridiction du fond elle ne pouvait faire application du texte précité »[672]. Il faut dans ce cas de juger qu'« il n'y a lieu de référé », sans renvoyer l'affaire.

Si la compétence territoriale du juge des référés est constatée, elle emportera, des conséquences différentes.

Sous-section 3 : Les effets de la décision sur l'exception d'incompétence territoriale

La décision par laquelle un juge décline sa compétence territoriale, emporte les mêmes conséquences, que celle, concernant une incompétence d'attribution[673]. On abordera la particularité des règles de renvoi en cas d'incompétence territoriale (§2), après en avoir examiné les effets sur la prescription (§1).

§1 : Les effets sur la prescription

Dans les droits égyptien et koweïtien, la demande en référé devant le juge des référés n'interrompt pas la prescription[674]. Alors qu'en droit français, la « citation en justice au sens de [l'art. 2244 du C.civ.], rendue même par un juge [territorialement] incompétent, interrompt la prescription selon les dispositions de [l'art.] 2246 du même code qui sont applicables à tous les

[671] Ph. Théry, « À propos du défaut de pouvoir juridictionnel : observations sur l'usage abusif d'une notion dévoyée », *RTD civ.*, 2017, p. 722.
[672] Com., 19 janvier 1993, n° 89-13601, Bull., IV, n° 12, p. 7.
[673] V. *Supra*, p. 66-73.
[674] V. *Supra*, p. 69-70.

délais pour agir et à tous les cas d'incompétence »[675] . Il en est de même, en cas d'incompétence territoriale internationale. A cet égard, la Cour de cassation française, a jugé que « l'assignation délivrée devant un tribunal territorialement incompétent constitue, même s'il s'agit d'une juridiction étrangère un acte de poursuite interruptif de la prescription »[676].

§2 : Les règles de renvoi en cas d'incompétence territoriale

Dans les trois systèmes, lorsqu'un juge décline sa compétence territoriale internationale, il n'y aura quasiment pas de renvoi de l'affaire, devant la juridiction étrangère compétente[677].

En droit français, les règles de renvoi en cas d'incompétence territoriale interne, ne diffèrent pas de celles en vigueur, lorsqu'il s'agit d'une incompétence d'attribution. Par conséquent, les dispositions de l'art. 81 al. 2. du C.P.C. (ancien art. 96 al. 2) seront applicables[678]. Mais, en vertu du même article, le juge qui se déclare incompétent doit désigner la juridiction qu'il estime compétente. Or, il existe parfois, en cas d'option de compétence[679], et le défendeur désigne non pas une, mais plusieurs juridictions. Dans un tel cas de figure, il se pose un problème de mise en œuvre de cette disposition ? Une solution conforme à l'esprit des textes consiste à rouvrir les débats et à inviter le demandeur à exercer son choix[680]. Comme l'a fait la Cour d'Appel de Rennes, en estimant que : « Lorsque les [art. 42, 46 et 48] offrent au demandeur une option de compétence, le choix ainsi défini n'appartient qu'à lui, et non au tribunal en application de l'article 93 [actuellement l'art. 77 du C.P.C.] »[681]. Cette solution a été approuvée aussi par Messieurs Guinchard et Moussa, lorsqu'ils soulignaient que l'adversaire (le demandeur) « peut librement choisir parmi les juridictions proposées [par le défendeur] et au cas où cet adversaire [le demandeur] n'exprime pas de choix, rien n'empêche le juge de choisir lui-même, en toute liberté, la juridiction au profit de laquelle il se déclarera incompétent »[682].

---

675 1re Civ., 11 mars 2010, n° 09-12346, Non publié au Bull.
676 1re Civ., 21 janvier 1975, n° 73-13851, Bull., I, n° 22, p. 21.
677 L'art. 81 al. 1 du C.P.C. (ancien art. 96 al. 1)
678 V. *Supra,* p. 70-73.
679 V. *Supra,* p 77.
680 H. Consard, « La compétence exclusive territoriale en matière contractuelle », in. P. Hébraud, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 218, n° 13.
681 Rennes, 21 mai 1980, *Gaz. Pal.,* 1981, 1er sem., Somm., p. 152.
682 S. Guinchard et T. Moussa, note sous 2e Civ., 20 novembre 1985, n° 84-12506, Bull., II, n° 173, p. 116, *Gaz. Pal.*, 1986, 2e sem., Somm., p. 328.

Autre question qui se pose en l'espèce ; quelle est la juridiction compétente, lorsqu'il s'agit d'une option de compétence d'origine jurisprudentielle. En l'occurrence, entre le juge des référés compétent selon les règles de droit commun, et celui de la juridiction du lieu où est né l'incident, soit du lieu où la mesure demandée doit être exécutée ou prise « juge du lieu »?

Selon nous la réponse deux cas doivent être distingués : Si le plaideur qui soulève l'exception d'incompétence, ne désigne pas le « juge du lieu » comme juridiction revendiquée, le juge doit renvoyer l'affaire devant le juge des référés compétent selon les règles de droit commun. Si ce plaideur[683] désigne dans l'exception d'incompétence, le juge du lieu où est né l'incident et celui du lieu où la mesure demandée doit être exécutée ou prise. Que fera le juge ? Sera-t-il plus judicieux de ne pas donner au plaideur le libre choix de l'un des deux lieux ? Le juge du lieu compétent peut être déterminé selon la nature de l'incident et l'objet de la mesure qui est demandée[684]. Par ex. s'« il s'agit de statuer sur un incident de saisie, il est préférable de s'adresser au juge des référés du lieu de l'incident ; mais si le demandeur veut obtenir du juge qu'il ordonne préventivement une mesure d'instruction ou qu'il prescrive des mesure conservatoires, il semblera plus judicieux de saisir le juge des référés du lieu où ces mesures devront être exécutées »[685]. Or, la partie qui soulève l'exception d'incompétence ne peut désigner plusieurs juridictions, qu'en cas d'option légale de compétence c'est-à-dire si c'est prévu par la loi[686], et non en cas d'option jurisprudentielle de compétence. C'est ce qu'a entendu souligner la Cour de cassation française en jugeant que « sauf dans le cas où il bénéficie d'une option **légale** de compétence, le demandeur à l'exception d'incompétence doit faire connaître, à peine d'irrecevabilité, la seule juridiction devant laquelle il demande que l'affaire soit portée »[687].

En droit égyptien, si le juge des référés se déclare territorialement incompétent, il devra renvoyer l'affaire au juge des référés de la juridiction concernée[688]. À titre d'illustration, la chambre des référés du tribunal du Caire énonce que « lorsqu'il est évident, que le domicile du

---

[683] Il est irrecevable pour le demandeur de soulever l'exception d'incompétence, puisqu'il s'agit d'un moyen de défense. 2e Civ., 7 décembre 2000, n° 99-14902, Bull., II, n° 163, p. 117. Elle peut en revanche, être soulevée par le défendeur, même s'il est rare que ce dernier désigne « le juge du lieu », comme juge compétent, mais cela peut arriver, notamment en cas de demande reconventionnelle.
[684] Dans le même sens : V. H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit*., t. III, n° 1320, p. 1123.
[685] V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit*., t. III, n° 1320, p. 1123.
[686] S. Guinchard et T. Moussa, note sous 2e Civ., 20 novembre 1985, n° 84-12506, Bull., II, n° 173, p. 116, *Gaz. Pal*., 1986, 2e sem., Somm., p. 328.
[687] 2e Civ., 28 juin 2006, n° 05-14085, non publié au Bull.
[688] A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, *op. cit.,* p. 1266.

défendeur ainsi que le tribunal dans le ressort duquel la mesure est demandée sortent du domaine de la compétence territoriale de ce tribunal ; Que le contrat, objet de l'affaire n'a rien comporté qui puisse être considéré comme convention de la compétence du tribunal », elle décide « de renvoyer l'affaire devant le juge des référés au tribunal territorialement compétent à statuer sur l'affaire »[689]. Il convient de déterminer le tribunal auquel le renvoi doit être fait. Est-ce le tribunal dans le ressort duquel se situe le domicile du défendeur ? Ou le tribunal dans le ressort duquel la mesure devra être effectuée ? La doctrine égyptienne n'a pas traité cette question. La loi s'est également montrée insuffisante dans la mise en œuvre formelle de l'exception d'incompétence, selon une partie de la doctrine égyptienne[690]. En effet, le C.P.C.É. n'a pas prévu d'article identique à l'art. 75 du C.P.C., qui prévoit que la partie qui soulève une telle exception devra désigner de façon claire, le tribunal devant lequel elle voudrait que l'affaire soit portée, eu égard à sa compétence, sinon sa demande sera jugée irrecevable en la forme[691]. En droit français, cette obligation implique que « la loi veut que le défendeur prenne clairement ses responsabilités »[692]. Si la loi égyptienne ne prévoit aucune responsabilité du défendeur, en s'abstenant de l'obliger à désigner le tribunal devant lequel le litige devra être soumis, la jurisprudence a pris l'habitude de renvoyer l'affaire, devant le tribunal dans le ressort duquel, se trouve le domicile du défendeur. Et ce, du fait que de l'art. 49 du C.P.C. pose comme règle principale de la compétence de ce tribunal[693].

Enfin, il faut souligner que « quand un juge décline sa compétence territoriale au profit d'une autre juridiction qu'il désigne, cette dernière est saisie de la même instance qui se continue devant elle »[694].

Après avoir étudié la compétence d'attribution et celle de territoriale du juge des référés, il convient à présent, de s'intéresser à la compétence temporelle du juge des référés.

---

[689] TI du Caire, chambre des référés, 22 juillet 1980, n° 1980/2980.
[690] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 493.
[691] *Ibid.*
[692] R. Perrot, obs. sous 2e Civ., 28 juin 2006, n° 05-14085, non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2006, comm., n° 202.
[693] TI du Caire, chambre des référés, 22 juillet 1980, n° 1980/2980. ; TI du Caire, chambre des référés, 21 mai 1981, n° 1981/1811.
[694] R. Perrot, note sous 2e Civ., 17 décembre 2009, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 33. ; 2e Civ., 23 octobre 2003, n° 01-17314, Bull., II, n° 317, p. 257. ; 2e Civ., 7 juin 2006, n° 04-18525, Bull., II, n° 145, p. 139. ; Dans le même sens : 3e Civ., 10 mars 1993, n° 91-11268, Bull., III, n° 29, p. 19.

Chapitre III
La compétence temporelle

« Si la compétence d'attribution est la conséquence de la division du travail selon les types de juridiction, [et] la compétence territoriale est la conséquence de la division du travail dans l'espace »[695]. La compétence temporelle peut alors être vue, comme la conséquence de la division du travail selon le moment de saisine.

La compétence temporelle ou *ratione temporis*, au sens strict du terme, vise uniquement à déterminer, parmi les différents juges, lequel doit être saisi, selon un ordre chronologique, c'est-à-dire selon sa localisation dans le temps.

La règle de la détermination de la compétence temporelle est simple. Lorsque la compétence est attribuée à telle juridiction ou à tel juge, sur une base chronologique, la compétence sera alors temporelle. Au cours de notre recherche, nous avons pu identifier deux types de compétence temporelle ; la compétence temporelle du juge des référés, et celle appartenant aux autres formations du tribunal (Section 1). Au Koweït et en Égypte, il existe une forme de compétence temporelle, méconnue en droit français : il s'agit de la compétence exclusive *ratione temporis,* du premier tribunal de la famille saisi (Section 2). Il conviendra ensuite d'examiner, le régime de la méconnaissance de la compétence temporelle, du juge des référés, lequel est le même que celui qui sanctionne la méconnaissance de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale (Section 3).

[695] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 252.

Section 1 : Les compétences temporelles du juge des référés et des autres formations du tribunal

Avant d'examiner le mécanisme de succession entre les deux compétences temporelles (Sous-section 2), il y'a tout d'abord lieu d'en exposer les termes du débat. La question se pose en effet, de savoir si la compétence temporelle du juge du fond peut écarter, celle du juge des référés (Sous-section 1).

Sous-section 1 : La controverse sur la question de l'incompétence du juge des référés en raison de la saisine de la juridiction du fond

Il existe selon nous, une véritable concurrence entre les compétences temporelles du juge des référés (§1), et du juge du fond. Il en va différemment entre les compétences temporelles du même juge des référés, et cette fois, du juge de la mise en état (§2).

§1 : La concurrence entre la compétence temporelle du juge des référés et celle du juge du fond

Nous avons déjà tenté de démontrer que le demandeur en référé, disposait d'une option de compétence conditionnelle[696] entre le juge du fond et le juge des référés[697]. Puisque la compétence de la juridiction du fond, à prendre des mesures provisoires (par des jugements avant dire droit[698]) est liée à une demande au fond, antérieure[699]. La question qui soulève cette controverse ici, est celle de savoir si le seul fait de distribuer l'affaire au juge du fond, écarte, ou non, la compétence du juge des référés. En d'autres termes, la compétence du juge du fond et celle du juge des référés, sont-elles concurrentes ou exclusives l'une par rapport à l'autre ?

Aucune réponse ne peut être trouvée dans les C.P.C.K et C.P.C.É. Aux lieu et place, plusieurs positions doctrinales ont émergé. Selon une partie de la doctrine, l'existence d'une demande présentée devant le juge du fond, n'empêche pas d'exercer parallèlement de saisir le

[696] Que la demande en référé, dont le juge du fond est saisi, doit être assortie d'une demande au principal.
[697] V. *Supra,* p. 21-24.
[698] L'art. 482 C.P.C. et L'art. 31 al. 2 du C.P.C.K. ainsi l'art. 45 al.2 C.P.C.É. ; A. Abdulfattah, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. II, *op. cit.*, p. 570.
[699] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 413.

juge des référés[700]. À l'inverse, un autre courant doctrinal, estime que la saisine du juge du fond, rend le juge des référés, incompétent. Au surplus, la demande en référé à la juridiction de fond, devra être effectuée par voie accessoire, afin d'éviter une contrariété de décision[701]. La Cour de cassation égyptienne a jugé qu'« il n'y a pas de concurrence entre la compétence temporelle du juge des référés et celle du juge du fond »[702].

Enfin, une partie de la doctrine uniquement égyptienne estime que depuis la promulgation de l'ancien C.P.C.É en 1949, la réponse a été apportée par la note explicative qui mentionne de façon expresse que « le fait de soulever une action sur le fond par devant le tribunal de fond n'entrave pas la compétence de la juridiction des référés pour les questions relatives ». Cela a été confirmé par la note explicative de l'art. 45 du nouveau C.P.C.É. de 1968[703].

En droit français, sous l'empire du l'ancien C.P.C., et avant la création du J.M.E., il a été jugé que « le juge des référés n'est pas nécessairement incompétent, par le seul fait que le juge du principal est saisi au fond »[704]. Cette jurisprudence a été, à plusieurs reprises, confirmée par la Cour de cassation. Ainsi, dans une espèce civile la Haute Cour a jugé que « le seul fait que la juridiction du fond ait déjà été saisie ne suffit pas à rendre incompétent le juge des référés »[705]. Dans le même sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a cassé l'arrêt du 23 mai 1990 de la Cour d'appel de Bordeaux, qui avait rejeté la demande de provision, au motif que le litige est « d'ores et déjà soumis au juge du fond ». Justifiant sa décision, par le fait que « sauf les cas limitativement prévus par la loi, le juge des référés commerciaux reste compétent pour accorder une provision, même lorsque le juge du fond est saisi »[706].

Il apparaît donc très clairement, que même lorsque le demandeur lève l'option de compétence entre le juge des référés, et celui du fond, le juge non saisi reste compétent, mais pour connaître d'une autre demande cependant[707]. L'option de compétence concurrente est dite

---

[700] *Ibid.* p. 404.
[701] A. Almshahdani, *La juridiction des référés* « Étude comparative », Le Caire, Dar Shatat, 1984, p. 160.
[702] Civ.É., 26 février 1948, n° 21/17.
[703] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 7, p. 16.
[704] Lyon, 1 juillet 1948, *D.*, 1948, juris., p. 542.
[705] 2e Civ., 21 mai 1979, n° 78-11723, Bull., II, n° 145, p. 100.
[706] L. Lévy, note sous Com., 11 mai 1993, n° 90-20430, Bull., IV, n° 185, p. 131, *JCP*, 1994, II, juris., n° 22275, p. 240.
[707] V. *Supra,* p. 21.

conditionnelle, en raison de l'obligation faite au demandeur en référé, s'adressant au juge du fond, d'assortir cette demande, d'une saisine au fond.

Il reste à présent, à étudier la question de la concurrence entre la compétence de ce même juge des référés, et celle du juge de la mise en état. Car il subsiste de réelles difficultés de distinguer les deux compétences temporelles, concernant deux types de juridictions qui ont ceci de commun, de ne pas connaître du fond de l'affaire.

§2 : La question de la concurrence entre la compétence du juge des référés et celle du juge de la mise en état

Il convient avant toute analyse, de préciser que cette question ne se pose qu'en France, puisqu'il n'existe pas de J.M.E. dans les droits koweïtien et égyptien. Ceci posé, c'est la doctrine et la jurisprudence qui sont toutes deux partagées sur l'existence d'une concurrence, malgré l'exclusivité, posée par la loi, en faveur de la compétence du J.M.E.

Le J.M.E. est une partie de la juridiction du fond, et au terme de l'art. 771 du C.P.C., à partir de sa désignation, et jusqu'à son dessaisissement, il est seul compétent, dans certains matières. Sa compétence ayant pour effet d'exclure, celle du juge des référés[708]. Hormis l'hypothèse du juge unique. L'art. 802 al. 1 du C.P.C. dispose, en effet que le juge unique « exerce les pouvoirs conférés tant au tribunal qu'au juge de la mise en état ». Il en résulte qu'en principe, l'option de compétence conditionnelle entre le juge unique du fond et le juge des référés, est fermée lorsque le juge unique est saisi.

Il convient d'emblée, de préciser que le J.M.E., n'est pas encore désigné, après une simple mise au rôle de l'affaire. Comme cela a été jugé, dans le dispositif de l'espèce suivante : « le juge de la mise en état est seul compétent pour statuer sur la demande de provision lorsque cette demande est postérieure à sa désignation. Est par suite légalement justifié l'arrêt qui retient que le juge des référés, devant qui une demande de provision avait été formée, a exactement retenu sa compétence dès lors que cette demande lui avait été présentée avant la désignation du

[708] 2e Civ., 28 février 1996, n° 93-19742, Bull, II, n° 50, p. 31.

juge de la mise en état nécessairement postérieure à la date de la mise au rôle de l'assignation au fond »[709].

Hébraud estime que la compétence du juge des référés, doit subsister, même en cas de désignation d'un J.M.E. Il affirme que s'il est vrai que la loi confère compétence exclusive au J.M.E., cela concerne d'abord, la formation collégiale de la juridiction de fond, dont il émane[710] et « qu'on veut décharger le plus possible ». Et que par conséquent, « rien n'autorise à admettre que cette exclusivité a une portée absolue, et soit extériorisable pour être opposée à d'autres juridictions, fussent-elles d'une autre nature »[711]. Monsieur Normand, s'oppose à cette analyse. S'appuyant pour cela, sur une lecture stricte de la loi, qui exclut expressément, « toute autre formation du tribunal ». Et contrairement à Hébraud, Monsieur Normand estime que la formation des référés est aussi concernée, par cette exclusion. Puisque décharger la juridiction collégiale de la fonction d'instruction, vise à « concentrer celle-ci, entre les mains d'un seul magistrat [le juge de la mise en état], dans une perspective de bonne administration de la justice. Tout concours de compétence, serait contraire à la logique de la procédure nouvelle[712]». Au surplus, selon-lui, cette exclusivité est confirmée par une lecture minutieuse, des Rapports au Premier Ministre, accompagnant les décrets d'application des 9 septembre 1971 et 28 août 1972[713]. Les compétences du juge des référés et du J.M.E. ne sont pas alors concurrentes, puisque la compétence de celui-ci exclut celle de celui-là[714].

Par ailleurs, sur un plan purement pratique, sans doute au nom des droits du justiciable, Monsieur Normand avance un argument en faveur de l'exclusivité de la compétence du J.M.E., en écrivant que : « plus s'accroît la mission de celui-ci [le juge des référés], plus il est nécessaire, de le libérer de tâches pour lesquelles, il existe des magistrats spécialisés. Spécialisés et aussi prompts que lui-même, en leurs décisions ».

---

[709] 2e Civ., 11 janvier 1995, n° 93-12889, Bull., II, n° 16, p. 9.
[710] TGI de Draguignan, 30 mai 1973, *D.*, 1973, juris., p. 631., note A. Breton. ; La Cour de cassation a ainsi jugé que : l'art. 771 du C.P.C. « n'est applicable qu'aux instances pendantes devant des formations d'une même juridiction. Dès lors, la cour d'appel saisie de l'appel d'une ordonnance de référé qui constate que le tribunal de grande instance a été saisi au fond reste compétente sans avoir à rechercher si un juge de la mise en état a été désigné ». 3e Civ., 14 octobre 1981, n° 80-11842, Bull., II, n° 159, p. 115. ; V. en sens contraire : TGI de Paris, 11 décembre 1972, *D.*, 1973, Somm., p. 47.
[711] P. Hébraud, « Restrictions éventuelles du rôle du juge des référés. Juge des référés et juge de la mise en état ; Le référé en cours d'instance est-il encore recevable ? », *RTD civ.*, 1973, p. 164.
[712] J. Normand, « Le référé en cours d'instance. La compétence du juge des référés et celle du juge de la mise en état sont-elles concurrentes ? », *RTD civ.*,1974, p. 194.
[713] *Ibid.,* p. 193.
[714] J. Normand, « Juge des référés et juge de la mise en état », *RTD civ.*, 1976, p. 185.

C'est pourtant aussi par souci de l'accélération des procédures, en faveur du justiciable, que Hébraud prône le maintien de la compétence du juge des référés, même en cas de désignation d'un J.M.E. Il écrit en effet que : « d'autre part, et surtout, il faut se souvenir que la jurisprudence reconnaît territorialement compétence au juge des référés du lieu où les mesures urgentes doivent être prises ; ce qui peut être utile pour suppléer à la difficulté de s'adresser à un lointain tribunal saisi du fond[715]». Là encore, si Monsieur Normand, reconnaît au juge des référés, l'avantage d'une compétence territoriale, étroitement liée au lieu, où les mesures urgentes doivent être exécutées. Il s'oppose à ce que ces considérations d'opportunité prévalent sur « l'intention manifeste des réformateurs de 1971 et 1972 » [716]. (ancien C.P.C.).

Une telle question a été soumise à la Cour de cassation, qui a considéré d'une part, que le moyen n'était pas fondé puisque le défendeur n'a pas justifié que la saisine du juge des référés, ait été postérieure à la désignation d'un J.M.E. Et d'autre part, que le juge des référés compétent pour ordonner des mesures conservatoires, est celui du lieu où ces mesures doivent être prises, même si les parties de nationalité étrangère ne sont pas domiciliées dans son ressort[717]. Peut-on en déduire que si le défendeur avait justifié que la saisine du juge des référés, ait été postérieure à la désignation d'un J.M.E., le juge des référés « juge du lieu » (territorialement compétent) deviendrait temporellement incompétent ? Autrement dit, la compétence exclusive « *ratione temporis* » du J.M.E. aurait-elle, ici exclu, celle du juge des référés du lieu où ces mesures conservatoires doivent être prises ? La réponse ne peut être tirée de cet arrêt, il convient d'attendre que la Cour de cassation prenne clairement position dans ses prochaines décisions.

On constate ici la différence entre les différents systèmes juridiques puisque, d'une part, le juge de la mise en état n'existe qu'en droit français et, d'autre part, l'option de compétence conditionnelle, reste ouverte en droit koweïtien et égyptien même si le juge du fond est saisi, alors qu'en droit français l'option est fermée lorsque le juge unique est saisi, ou le juge de la mise en état est désigné.

[715] P. Hébraud, « Restrictions éventuelles du rôle du juge des référés. Juge des référés et juge de la mise en état ; Le référé en cours d'instance est-il encore recevable ? », *op. et loc.cit*.
[716] J. Normand, « Le référé en cours d'instance. La compétence du juge des référés et celle du juge de la mise en état sont-elles concurrentes ? », *op. cit.*, p. 192-193.
[717] 2e Civ., 9 décembre 1976, n° 75-13429 et n° 75-14091, Bull., II, n° 330, p. 258.

Sous-section 2 : Délimitation entre la compétence temporelle du juge de la mise en état et celle du juge des référés

Il convient tout d'abord de déterminer le champ du conflit entre la compétence temporelle du juge des référés et celle du juge de la mise en état (§1). Avant de tenter de délimiter les périodes de leur compétence temporelle (§2).

§1 : Détermination du champ de compétence temporelle

Cette question de la délimitation de la compétence temporelle des deux magistrats se pose, en raison du fait qu'aucun des deux, n'est appelé à trancher le litige au fond. Et que tous deux, peuvent de ce fait, intervenir au même moment[718]. Cela, d'autant plus, que la pratique du référé en cours d'instance, est très fréquente, dans les tribunaux. Ainsi, la loi pose un principe de primauté générale, de la compétence temporelle du J.M.E., de sa désignation, jusqu'à l'ouverture des débats. Par exception cependant, sur certains thèmes, la compétence du juge des référés, subsiste, et écarte celle du J.M.E. C'est notamment le cas, dans le domaine des mesures provisoires conservatoires. C'est l'art. 771, al. 4 du C.P.C., éclairée par la doctrine qui en a précisé le régime : ainsi convient-t-il de distinguer les mesures conservatoires ordinaires, qui entrent dans le domaine de compétence exclusif du J.M.E. Et celles, beaucoup plus importantes, par leur portée et leur durée (introduites par l'expression « …à l'exception… »), qui restent dans le giron du juge des référés[719]. Autrement dit, dans toutes les hypothèses où la mesure sollicitée entre dans les attributions exclusives du J.M.E., la compétence du juge des référés est évincée au profit de celle du premier »[720]. À titre d'exemple, ce texte n'attribue au J.M.E. ni la compétence pour ordonner une mesure en vue de faire cesser un trouble manifestement illicite résultant d'une voie de fait[721]. Ni la compétence pour connaître de la difficulté relative à l'application de la clause résolutoire[722].

---

[718] M. Donnier, note sous 2e Civ., 9 décembre 1976, n° 76-10130, Bull., II, n° 329, p. 257, *D.*, 1978, juris., p. 330.
[719] *Ibid.*, p. 332.
[720] H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. III, n° 1312, p. 1112 et 1113.
[721] Paris, 9 mars 1987, Bulletin de la Chambre des avoués près la Cour de Paris, nº 3, p. 124, obs. (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 331.182, p. 1043.
[722] 2e Civ., 14 février 2002, n° 00-19591, Non publié au Bull.

Par ailleurs, dans le cadre du juge unique, l'art. 802 al. 1 du C.P.C. dispose que le juge unique « exerce les pouvoirs conférés tant au tribunal, qu'au juge de la mise en état ». Il en résulte que la saisine du juge unique du fond, rend le juge des référés incompétent, mais seulement dans les matières qui sont exclusivement da la compétence du J.M.E. au terme de l'art. 771, al. 4 du C.P.C.

En revanche, le J.M.E. retrouve sa compétence exclusive en matière de droit de la famille. Il faut ainsi évoquer le cas du J.A.F. (qui a remplacé le juge aux affaires matrimoniales) qui est l'équivalent du J.M.E. en matière de droit de la famille. Depuis le décret n° 2004-1158, du 29 octobre 2004, le J.A.F., a compétence exclusive pour statuer en référé, dans les matières relevant de droit de la famille. Il reste à bien distinguer deux cas : lorsque le J.A.F. intervient en tant que juge des référés, et lorsqu'il statue en la forme des référés, c'est-à-dire, au fond. Au surplus, en application de l'art. 1290 du C.P.C., l'exclusivité de la compétence du J.A.F. dans les affaires familiales, s'étend aussi au domaine des violences familiales, et au cas de manquements graves de l'un des époux, à ses devoirs, au point de mettre en péril, les intérêts de la famille. Jusqu'à l'adoption de décret de 2004, c'est le président du TGI, statuant comme juge des référés, qui connaissait de cette matière. Le J.A.F. est désormais le juge de l'urgence y compris en ce domaine, aux lieu et place, du président du TGI[723].

Au demeurant, lorsqu'il est appelé à statuer : « le juge des référés est tenu de vérifier et d'énoncer dans son ordonnance qu'aucun juge de la mise en état n'a été désigné à la suite d'une instance au fond tendant aux mêmes fins et opposant les mêmes parties »[724].

Lorsqu'une partie saisit le juge des référés, il faut d'abord s'interroger si celui-ci est temporellement compétent ou non. Trois hypothèses sont alors possibles :

-soit un J.M.E. n'a pas encore été désigné, ou s'il est désigné, n'a pas encore statué. La période de compétence du juge de référés, préalablement saisi, n'est pas encore écoulée[725].

---

[723] 2e Civ., 16 avril 1986, n° 84-17097, Bull., II, n° 56, p. 38. ; X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *op. cit.*, n° 49 et 55.
[724] Paris, 8 avril 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., p. 291, note M. Caratini.
[725] 2e Civ., 18 mars 1989, n° 96-18510, Bull., II, n° 96, p. 58. ; N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 100. ; P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 31, p. 39.

-soit un J.M.E. a été saisi, mais le juge des référés reste matériellement compétent en vertu de la loi[726] (comme dans le cas prévu par l'art. 771, al. 4 du C.P.C.).

-soit le J.M.E. a été dessaisi (à l'ouverture des débats), et le juge des référés retrouve alors la plénitude de sa compétence[727], ainsi, il pourra récupérer son emprise[728].

La compétence du juge des référés, est donc subsidiaire. Elle ne peut exister que sous une double-condition : qu'elle ne soit pas écartée par la compétence exclusive du J.M.E., à la suite d'une instance au fond. Et aussi qu'il y'ait identité des parties et d'objet. Il convient de préciser la portée de la première exigence, à la lumière de ce qui précède. En clair, d'une part, le juge des référés, doit-il seulement vérifier qu'un J.M.E. a été désigné, ou doit-il, au surplus s'assurer que le J.M.E. a déjà statué. Seul moment, selon la jurisprudence, où sa compétence peut être écartée au profit de celle du J.M.E. [729]. D'autre part, concernant la deuxième condition, il convient de bien garder présent à l'esprit que même en cas de compétence ainsi avérée, du juge des référés, il ne statuera qu'en cas d'identité des parties, et identité d'objet.

En cas d'exception d'incompétence, il devra selon nous, se déclarer incompétent, et renvoyer l'affaire devant le tribunal compétent. Et non simplement se dessaisir, et s'abstenir de renvoyer l'affaire, puisqu'il ne s'agit pas d'un défaut de pouvoir[730].

§2 : Les périodes de compétence du J.M.E. et du juge des référés

La difficulté est de clairement délimiter le moment de succession chronologique, des périodes de compétences temporelles, des deux magistrats. A quel moment précis, se termine celle du juge des référés, et quand débute exactement, celle du J.M.E ? On retrouve cette difficulté y compris, au plan de la compétence matérielle, sauf dans le cas du divorce, où les choses semblent bien fixées[731].

---

[726] Paris, 13 décembre 1974, *Gaz. Pal.*, 1975, 1er sem., p. 192. ; TGI de Créteil, 22 décembre 1983, *JCP*, 1985, IV, p. 216.
[727] 3e Civ., 22 juin 2005, n° 04-12364, Bull., III, n° 141, p. 129. ; TGI de Brest, ord. réf., 9 avril 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, 2e sem., juris., p. 499, note L. B. ; P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 31, p. 39.
[728] N. Cayrol, « Référé civil », *op. et loc. cit.*
[729] « La compétence du juge de la mise en état pour allouer une provision au créancier n'est exclusive que lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation ». 2e Civ., 18 mars 1998, n° 96-18510, Bull., II, n° 96, p. 58.
[730] V. *Infra*, p. 121-122.
[731] J. Normand, « La compétence d'attribution du magistrat de la mise en état », *RTD civ.*, 1976, p. 188- 198.

Concernant le début de la compétence temporelle du J.M.E., les juridictions du fond ont longtemps oscillé, entre le moment ou la chambre saisie de l'affaire, se réunit en audience pour appel (de l'affaire), et celui où l'affaire est renvoyée, pour instruction, devant le J.M.E. En clair, au moment où il est désigné. Ou comme le dit Monsieur Normand, une fois que « son identité est connue »[732].

Il en résulte que la simple distribution de l'affaire à une chambre n'implique donc pas, *ipso facto*, la compétence exclusive du J.M.E. Et donc, n'exclut pas encore, formellement la compétence du juge des référés[733]. Autrement dit, « la seule distribution de l'affaire à une chambre, n'altère [ait] pas la compétence du juge des référés »[734]. Puisque le J.M.E. ne sera véritablement saisi et ne devient compétent, qu'une fois désigné[735].

D'où l'intérêt de déterminer le moment exact de la désignation du J.M.E., puisque cet instant marque l'exclusion de la compétence du juge des référés. L'art. 771 du C.P.C. ne précisant pas, ce qu'il faut entendre par la notion de « désignation ». Malheureusement, la jurisprudence n'est pas fixée sur ce point[736]. Certaines juridictions ne considèrent que le J.M.E. n'est réputé désigné, qu'au jour où les avocats en ont été avisés[737]. D'autres tiennent cette désignation, pour acquise, dès que le président a procédé au renvoi pour mise en état[738].

Dès lors, ce n'est qu'une fois, un J.M.E (à qui, il a été attribué les mêmes pouvoirs que le juge des référés) est désigné, et donc l'instance au fond réputée, commencée, qu'il devient exclusivement compétent. Cette règle a été confirmée par l'arrêt rendu par la deuxième chambre Civile du 9 décembre 1976[739], lequel recueille, à juste titre, l'approbation de Monsieur

---

[732] J. Normand, « La compétence *ratione temporis* du juge des référés et du juge de la mise en état (suite… et fin ?) », *RTD civ.*, 1977, p. 361.
[733] J. Normand, « Juge des référés et magistrat de la mise en état. Compétence *ratione temporis* », *RTD civ.*, 1975, p. 142.
[734] J. Normand, « La compétence *ratione temporis* du juge des référés et du juge de la mise en état (suite… et fin ?) », *op. et loc. cit.*
[735] J. Normand, « Juge des référés et magistrat de la mise en état. Compétence *ratione temporis* », *op. et loc. cit.*
[736] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit*., t. III, n° 379, p. 339. ; N. Cayrol, « Procédure devant le tribunal de grande instance », *RÉP. PR. CIV.*, 2015, n° 203.
[737] Paris, 10 octobre 1980, *Gaz. Pal.*, 1980., 2e sem., juris., p. 656, obs. Perrot, *RTD civ.*, 1980, p. 812.
[738] Aix-en-Provence, 6 juin 2006, *Dr. et proc.*, 2006, p. 340-342, note O. Salati.
[739] 2e Civ., 9 décembre 1976, n° 76-10130, Bull., II, n° 329, p. 257, *D.*, 1977, IR., p. 133., *D.*, 1978, juris., p. 329-333. ; *RTD civ.*, 1977, p. 360- 361, obs. J. Normand.

Normand, en ce qu'elle fait gagner du temps aux parties, qui savent à quel juge s'adresser en cas d'urgence[740].

Selon certains auteurs, cependant, le juge des référés qui avait été saisi auparavant, dans une demande, peut poursuivre son office, uniquement sur celle-ci, nonobstant la désignation du juge de la mise en état[741]. Par ailleurs, même après sa désignation, la compétence du J.M.E n'écarte pas celle du juge des référés, tant que celui-ci n'a pas statué. Ainsi, « lorsque le J.M.E. est nommé après que le juge des référés a été saisi, mais avant qu'il n'ait statué, le juge des référés n'a pas à se dessaisir »[742]. En application de ce principe, la Cour de cassation a jugé, que lorsqu'une société sous-traitante saisit un juge des référés, en paiement d'une provision pour travaux exécutés, et : « qu'au soutien de sa demande de provision, la société […] faisait état des expertises ordonnées par le juge de la mise en état dans l'instance au fond »[743]. La Cour d'appel saisie de l'exception d'incompétence, visant le juge des référés, aurait dû constater celle-ci, dès lors que le J.M.E. avait été préalablement désigné et qu'il avait statué.

Cependant, dès l'ouverture des débats devant la juridiction du fond, le J.M.E. est dessaisi, et le juge des référés récupère son emprise[744]. Il est dès lors, seul compétent, pour statuer à raison de l'urgence, jusqu'à ce que la juridiction saisie au fond se soit définitivement prononcée[745]. Il a été ainsi été jugé, que : « le juge de la mise en état qui est dessaisi dès l'ouverture des débats devant le tribunal même si ceux-ci portent sur un sursis à statuer, n'est pas compétent pour statuer sur une demande de provision qui relève alors de la compétence du juge des référés »[746].

---

[740] J. Normand, « La compétence *ratione temporis* du juge des référés et du juge de la mise en état (suite… et fin ?) », *op. cit.*, p. 361. ; V. N. Omar, *Le système du J.M.E. en droit français et le projet du système du parquet civil en Égypte*, Alexandria, Dar eljamâ eljadida, 1999, p. 18.

[741] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 100. ; P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 31, p. 39. ; G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 455. ; V. aussi 2e Civ., 18 mars 1989, n° 96-18510, Bull., II, n° 96, p. 58. ; O. Salati, note sous Aix-en-Provence, 6 juin 2006, *Dr. et proc.*, 2006, p. 340, n° 5. ; 2e Civ., 28 juin 2006, n° 05-19283, Bull., II, n°173, p. 166, *Dr. et proc.*, 2006, p. 344-346, note E. Putman.

[742] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *op. cit.*, n° 47.

[743] 2e Civ., 18 juin 1986, n° 84-17649, Bull., II, n° 96, p. 66.

[744] N. Cayrol, , « Référé civil », *op. cit.,* n° 100. ; V. N. Omar, *Le système du J.M.E. en droit français et le projet du système du parquet civil en Égypte*, *op. cit.*, p. 49-50.

[745] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. et loc. cit.* ; TGI de Brest, ord. réf., 9 avril 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, 2e sem., juris., p. 499, note L. B.

[746] 3e Civ., 22 juin 2005, n° 04-12364, Bull., III, n° 141, p. 129. ; V. (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 122.572, p. 140.

Section 2 : La compétence exclusive *ratione temporis* du juge des référés koweïtien du premier tribunal de la famille saisi

Au Koweït, le législateur a institué la compétence *ratione temporis* du premier tribunal de la famille saisi, dans la loi n° 12/2015, relative à l'instauration du tribunal de la famille. Le législateur koweïtien s'est inspiré en cela, du droit égyptien, en reprenant la loi n° 10/2004 relative à l'instauration du tribunal de la famille égyptien. Il en résulte d'une part, que lorsqu'on recherche le tribunal de la famille saisi en premier, en vue de déterminer la compétence exclusive de ce tribunal, on doit examiner les temps de saisine. Il s'agira donc d'une compétence temporelle. D'autre part, puisque la compétence exclusive du premier tribunal de la famille saisi, ne concerne que les deux époux, il s'agira donc d'une compétence *ratione personae*.

Au terme de l'art. 12 de la loi n° 12/2015 relative à l'instauration du tribunal de la famille au Koweït, « l'assemblée générale du [TGI] désigne dans le tribunal de la famille, un ou plusieurs juges des référés, pour trancher provisoirement, sans porter préjudice au principal, dans les matières suivantes : A- Des questions en référé pour lesquelles, on craint une perte de temps, liée à l'état des personnes, et entrant dans la compétence du tribunal de la famille. […]». Au Koweït le président du tribunal de la famille, n'est donc pas le juge des référés, ce dernier étant désigné, comme nous venons de le voir, par l'assemblée générale du TGI.

Pour bien déterminer le tribunal de la famille temporellement compétent de manière exclusive, il faut souligner que d'une part, concernant l'Égypte, il n'y a pas de juge des référés près ce tribunal[747]. D'autre part, la compétence ne sera exclusive qu'après la première saisine, elle couvrira alors, toute autre saisine ultérieure, concernant la même famille, auprès de ce même tribunal.

Il convient d'étudier dans un premier temps, le raisonnement ayant abouti à la compétence exclusive temporelle, du juge des référés du premier tribunal de la famille saisi

[747] Au terme de l'art 3 al. 2 de la loi n° 10/2004 relative à l'instauration du tribunal de la famille en Égypte, le président du tribunal de la famille est compétent en tant que juge de la requête, qui n'est pas le juge des référés. Cela résulte du fait que le juge des référés, n'existe pas en matière de droit de la famille égyptien. Seul le juge du fond de ce tribunal est compétent pour connaître les demandes en référé, de manière accessoire.

(Sous-section 1). Avant d'aborder, la règle de la détermination de cette compétence exclusive (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le raisonnement à l'origine de la compétence exclusive temporelle du premier tribunal de la famille saisi

L'art. 6 de la loi n° 12/2015, relative à l'instauration du tribunal de la famille, prévoit que : « le premier tribunal de la famille territorialement compétent, saisi, par l'un des deux époux, sera le seul compétent, pour connaître de toutes les actions, en rapport avec le droit de la famille et l'état des personnes, opposant les époux. Y compris, les actions en versement de la pension alimentaire, soit au bénéfice exclusif de l'épouse, soit à celui des enfants. Ainsi que les actions en vue de se voir attribuer le droit de garde et de visite.
Il est créé un dossier par famille, dans le greffe de chaque tribunal de la famille, compétent selon les conditions visées à l'alinéa précédent. Dans ce dossier, il est enregistré tous les documents, dès la première saisine ainsi que toute autre saisine, concernant la même famille ».

Selon la note explicative dudit article, cette règle (création d'un dossier par famille et compétence exclusive du premier tribunal de la famille saisi) vise à donner au juge une vision globale et réelle du litige opposant les deux époux. Grâce à la connaissance de l'historique de tous les procès antérieurs dudit litige. Et cela, afin d'éviter que le tribunal ne rende une décision contraire aux décisions antérieures.

La compétence exclusive *ratione temporis* a été attribuée au premier tribunal de la famille saisi, pour assurer que tous les juges saisis postérieurement, consulteront le dossier de la famille. Il s'agit ici, d'un exercice du pouvoir normalisateur du juge. C'est un moyen afin que l'institution judiciaire surveille, tout le temps, le comportement des justiciables[748].

La question qui se pose ici est celle de savoir s'il est véritablement nécessaire d'attribuer une compétence temporelle exclusive au premier tribunal de la famille saisi, pour éviter la contrariété des décisions ? Toutes les décisions provisoires ou définitives n'ont-t-elles pas l'autorité de la chose jugée. Cette autorité est la garantie d'éviter la contrariété des décisions. Mais, en adoptant cette règle, le législateur ne vise que la contrariété des décisions rendues, en

[748] Dans le même sens V. D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges, op. cit.,* p. 230-234.

présence de circonstances nouvelles. Lesquelles ne peuvent être protégées par l'autorité de la chose jugée. On illustrera le cas par l'hypothèse suivante : si le droit de garde a été accordé à la mère, en raison de violences infligées à l'enfant, par le père. Un fait nouveau survient, la mère néglige son enfant. Ce fait nouveau, peut conduire le juge à annuler le droit de garde. La nouvelle décision prise, selon ce fait nouveau, peut remettre en cause la première et aboutir au retrait du droit de garde. C'est pour cette raison que le législateur veut permettre au juge de prendre en compte, la situation globale (père violent et mère négligente) pour rendre une décision plus conforme à l'intérêt de l'enfant.

Cette particularité est propre au droit koweïtien de la famille, puisque le législateur veut mettre entre les mains d'un seul tribunal, tous les litiges concernant une même famille. Cela, afin que ce tribunal puisse modifier sa décision, le cas échéant, et nul n'est mieux placé que lui, pour le faire. Le juge soit des référés soit du fond, va pouvoir se fonder sur les faits, déjà alléguées dans des procès antérieurs et qui ont fait l'objet de décisions, ayant acquis autorité de chose jugée. Compte tenu de sa connaissance du dossier. Il faut toutefois, s'interroger sur l'impartialité du juge, ainsi appelé à connaître exclusivement d'un dossier. La question reste ouverte.

Il reste à présent, à étudier le mode de détermination de la compétence exclusive, temporelle du juge des référés.

Sous-section 2 : La règle de la détermination de la compétence exclusive *ratione temporis* du juge des référés du premier tribunal de la famille saisi

La règle selon laquelle le juge des référés du premier tribunal de la famille saisi, est compétent, repose sur deux axes.

En premier lieu, il faut identifier le principe de la détermination de la compétence du juge des référés près les tribunaux de la famille. Le principe n'est pas très différent de celui qui concerne la compétence d'attribution[749] ou la compétence territoriale[750]. La compétence du juge

[749] V. *Supra,* p. 34 s.
[750] V. *Supra,* p. 75 s.

des référés est l'émanation de la compétence du tribunal de la famille, à laquelle il appartient. Cela implique d'abord, que sa compétence d'attribution est limitée aux seuls litiges qui, entrent dans les attributions du tribunal de la famille dont il est l'émanation. C'est-à-dire, le juge des référés compétent en matière de droit de la famille, est également celui du tribunal de la famille, qui serait lui-même compétent pour statuer sur le fond du litige. Au regard des règles de la compétence exclusive du tribunal de la famille, prévues par l'art. 3 de la loi n° 12/2015, relative à l'instauration du tribunal de la famille au Koweït. Ensuite, concernant sa compétence territoriale, celle-ci découle aussi, de la compétence du tribunal de la famille dont il est l'émanation. Enfin, sa compétence temporelle exclusive résulte, là encore de la compétence du premier tribunal de la famille saisi, dont il est l'émanation. Par conséquent, le juge des référés du premier tribunal de la famille saisi est exclusivement compétent *ratione temporis*.

En second lieu, il faut déterminer le premier tribunal de la famille saisi, parmi les 6 tribunaux de la famille qui correspondent aux 6 provinces du territoire du Koweït[751]. Cela, au terme de l'art. 5 de la loi n° 12/2015, relative à l'instauration du tribunal de la famille au Koweït. Précisons que la note explicative de l'art. 6 de ladite loi, indique que la violation de cette compétence territoriale ne fait l'objet d'aucune sanction en droit koweïtien.

On détermine la chronologie du premier tribunal de la famille saisi de la même manière qu'on détermine la première juridiction saisie, en cas de litispendance. Jugé en France à cet égard, que : « la saisine d'une juridiction résultant exclusivement de la remise de la copie de l'assignation au greffe, seule la comparaison des dates de placement des assignations aux greffes des juridictions en concours permet de déterminer la juridiction saisie en premier »[752]. Au Koweït, le moment de la saisine, sera comme en France, le moment auquel le dépôt de l'assignation au greffe du tribunal de la famille, a eu lieu.

Une question se pose en l'espèce, si la première saisine du tribunal de la famille koweïtien a été faite devant le juge des référés. Peut-on pour autant dire que ce tribunal de la famille sera exclusivement compétent, en cas de saisine ultérieure d'un juge du fond ? Autrement dit, est-ce que la compétence du juge du fond du tribunal de la famille va être

[751] V. La décision de ministère de justice n° 118/2016, et 552/2016 concernant la détermination du lieu des tribunaux de la famille.
[752] Versailles, 14 octobre 2004. [En ligne], Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006943832 (Consulté le 1/6/2017). ; Dans le même sens : Paris, 20 janvier 2017, n° 16/16115.

exclusive en raison de la saisine antérieure du juge des référés ? Il nous semble qu'il faille répondre par l'affirmative, car l'art. 6 de la loi n° 12/2015, relative à l'instauration du tribunal de la famille au Koweït, exige que le tribunal de la famille soit saisi, sans avoir précisé, la nature du juge saisi (juge du fond ou juge des référés).

Après avoir exposé les règles de détermination de la compétence exclusive *ratione temporis* du J.M.E. et celle du juge des référés du premier tribunal de la famille saisi, il convient de s'intéresser, à présent, au régime de l'exception d'incompétence *ratione temporis* de ces juges.

Section 3 : Le régime de l'exception d'incompétence *ratione temporis* du juge des référés

L'incompétence temporelle du juge des référés ou le J.M.E. peut être soit soulevée par les parties (Sous-section 1) soit prononcée d'office par le juge lui-même (Sous-section 2). Si elle est constatée, elle emportera des conséquences différentes, selon que celui-ci affirme ou décline sa compétence (Sous-section 3).

Sous-section 1 : L'incompétence temporelle soulevée par les parties

L'exception d'incompétence temporelle du juge des référés au profit du J.M.E. (ou inversement), après que celui-ci s'est dessaisi, ne peut être soulevée que par le défendeur. Le demandeur n'est pas fondé à le faire, « les exceptions d'incompétence figurant au nombre des moyens de défense »[753]. Alors qu'au Koweït, les deux parties peuvent soulever l'exception d'incompétence temporelle du juge des référés, près le tribunal de la famille. Puisqu'il s'agit de compétence exclusive d'ordre public. Pour cette même raison, selon une jurisprudence de la Cour de cassation koweïtienne, « les parties peuvent soulever l'incompétence d'ordre public, devant la juridiction de deuxième degré, même si ce moyen n'était indiqué ni dans l'acte d'appel, ni dans le mémoire en défense. Car cela est lié à l'organisation judiciaire elle-même. Ainsi qu'aux éléments que prend en compte le législateur, pour déterminer la compétence du tribunal. Cette compétence exclusive n'ayant pas fait l'objet d'une renonciation, peut aussi être soulevée, pour la première fois devant la Cour de cassation »[754]. La doctrine koweïtienne distingue les exceptions de procédure d'ordre public, y compris les exceptions d'incompétence exclusives, de celles qui ne relèvent pas de l'ordre public. Les premières peuvent être soulevées, en tout état de la cause[755]. En revanche, en droit français, toutes les règles concernant la recevabilité du déclinatoire de compétence, étant applicables en référé[756]. Le défendeur est tenu de relever l'exception d'incompétence, dans le temps déterminé par la loi, autrement dit *in limine litis,* en veillant à présenter simultanément toutes les exceptions de procédure, qu'il

[753] 2e Civ., 7 décembre 2000, n° 99-14902, Bull., II, n° 163, p. 117. Malgré le fait que cet arrêt concerne l'incompétence territoriale, il peut appliquer à l'incompétence temporelle, puisque fondé sur le même raisonnement.
[754] Admi.K. et Com.K., 25 octobre 2005, n° 860/2004.
[755] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 626.
[756] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 741, p. 781.

entend soulever (§1). Il doit, en outre, les motiver tout en prouvant que le juge des référés a été saisi après la désignation du J.M.E. (§2).

§1 : Le moment du déclinatoire de compétence temporelle

Puisque « l'incompétence du juge des référés, lorsque le [J.M.E.] est saisi, est une incompétence au sens strict du terme »[757], il s'agit précisément d'une exception de procédure. Il en est de même en cas d'incompétence du J.M.E., lorsqu'il est dessaisi. L'art. 74 du C.P.C. s'applique alors, dans toute son exigence et requiert que l'exception d'incompétence soit soulevée simultanément avec les autres exceptions de procédure, et avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir, autrement dit, *in limine litis*. Sauf cas particulier où le défendeur décline la compétence du J.M.E. lorsqu'il est dessaisi, ici l'exception d'incompétence peut être soulevée après les autres exceptions de procédure et défense au fond ou fin de non-recevoir.

Cette double obligation n'existe pas au Koweït, puisque cette exception d'incompétence, qui est une exception de procédure d'ordre public, peut être invoquée en tout état de la cause, comme nous venons de l'étudier. Il en résulte qu'en droit français, le caractère exclusif de la compétence n'influe pas sur son déclinatoire. Le moyen de défense est le même, que l'on soit en présence d'une compétence absolue, ou relative. En application de l'art. 74 du C.P.C. qui dispose qu': « il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public ». Contrairement au droit koweïtien, qui attribue le caractère du moyen de fin de non-recevoir, à l'incompétence exclusive ou d'ordre public (comme l'incompétence d'attribution[758]).

§2 : Le contenu du déclinatoire de compétence temporelle

Lorsque le défendeur entend soulever l'exception d'incompétence temporelle, il est donc soumis à une double obligation issue de l'art. 75 du C.P.C. : motiver l'exception (A), tout en désignant le J.M.E. ou le juge des référés qu'il estime compétent (B).

---

[757] L. Lévy, note sous Com., 11 mai 1993, n° 90-20430, Bull., IV, n°185 p. 131, *JCP*, 1994, II, juris., n° 22275, p. 240.
[758] V. *Supra,* p. 63.

A : L'obligation de motivation de l'exception d'incompétence temporelle

Le selon la Cour de Cassation française, pour que l'exception d'incompétence temporelle du juge des référés soit bien fondée, le défendeur qui la soulève doit justifier que « la saisine du juge des référés ait été postérieure à la désignation d'un [J.M.E.] »[759].

Cette obligation jurisprudentielle de justification du moment de la saisine du juge des référés, en fonction de celui de la désignation du J.M.E., ne correspond pas à la recevabilité de l'exception, mais selon le propos de la Cour de cassation française, à son bien-fondé[760]. Il nous semble que l'obligation de motivation de l'exception d'incompétence posée par l'art. 75 du C.P.C., sera d'emblée remplie, si le défendeur a justifié que le juge des référés a été saisi ultérieurement à la désignation du J.M.E. à la suite d'une instance au fond, entre les mêmes parties et visant les mêmes fins.

Il en est logiquement de même, en cas d'incompétence du J.M.E. lorsqu'il est dessaisi. Le défendeur doit, là encore, justifier que la demande en référé a été portée devant celui-ci après qu'il a été dessaisi, c'est-à-dire après l'ouverture des débats[761].

Cette obligation d'origine jurisprudentielle de justification du moment de désignation du J.M.E. ou de son dessaisissement, est adossée à une obligation complémentaire. Le défendeur est dans le même temps, tenu de désigner le J.M.E. (ou le juge des référés, en cas de dessaisissement du J.M.E.), devant lequel il demande que l'affaire (ou la demande en référé) soit portée.

B : L'obligation de désigner le J.M.E. ou le juge des référés estimé compétent

En droit français, au terme de l'art. 75 du C.P.C., « … la partie qui soulève l'exception d'incompétence doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître **dans tous les cas** devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée ». Dès lors, s'il décline la compétence temporelle du J.M.E. (ou du juge des référés), le défendeur doit, désigner le juge temporellement compétent. Ainsi, après avoir justifié que la saisine du juge des référés a été

[759] 2e Civ., 9 décembre 1976, n° 75-13429 et n° 75-14091, Bull., II, n° 330, p. 258.
[760] *Ibid.*
[761] V. 3e Civ., 22 juin 2005, n° 04-12364, Bull., III, n° 141, p. 129.

postérieure à la désignation d'un J.M.E., il doit indiquer clairement le J.M.E. qu'il estime compétent. Réciproquement, lorsqu'il justifie que la demande en référé a été portée devant le J.M.E. ultérieurement, à son dessaisissement, il sera alors tenu de désigner le juge des référés, devant lequel il demande que son action en référé soit portée.

En droit koweïtien, la compétence exclusive du premier tribunal de la famille saisi, constitue une règle de compétence d'ordre public. L'incompétence temporelle d'un juge des référés du tribunal de la famille, se déduit de la simple circonstance, qu'un premier juge des référés a été préalablement saisi. Il est donc exclusivement, *ratione temporis* compétent puisque son tribunal est le premier tribunal de la famille saisi.

Le juge des référés a aussi le pouvoir de soulever d'office, son incompétence *ratione temporis*. Et non uniquement par les parties.

Sous-section 2 : Le pouvoir du juge des référés ou du J.M.E. de soulever d'office son incompétence

En droit koweïtien, le régime de la méconnaissance de la compétence temporelle d'un juge des référés du tribunal de la famille, au profit du juge des référés du premier tribunal de la famille saisi, constitue une exception de procédure d'ordre public. En conséquence, le juge doit soulever d'office son incompétence lorsqu'il n'est pas celui du premier tribunal de la famille saisi.

Dans le C.P.C, il n'existe pas de moyen de défense spécifique, visant à dénoncer la méconnaissance de la compétence temporelle du juge des référés ou du J.M.E. L'art. 771 du C.P.C., précise que : «… le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent… ». Cela signifie que celui-ci a une compétence exclusive[762]. Cette exclusivité de compétence signifie-t-elle pour le juge des référés qu'il doive soulever d'office, son incompétence au profit de celui-ci ? Il nous semble que celui-là est tenu de le faire. Même si nous n'avons trouvé aucune réponse, ni dans la loi, ni dans la jurisprudence française. Encore moins dans la doctrine.

[762] 2e Civ., 9 décembre 1976, n° 76-10130, Bull., II, n° 329, p. 257, *D.*, 1977, IR., p. 133., *D.*, 1978, juris., p. 329-333. ; *RTD civ.*, 1977, p. 360- 361, obs. J. Normand.

Dans cet arrêt du 8 avril 1986 qui prescrit au juge des référés de vérifier et d'énoncer la désignation éventuelle d'un J.M.E., il est simplement indiqué dans les considérants qu' : « il lui appartenait (…) de vérifier et d'énoncer dans son ordonnance, qu'aucun J.M.E. n'avait été désigné (…), circonstance qui eût écarté son pouvoir de juger »[763].

Si la réalisation de cette double condition, le rend incompétent, il n'en va pas de même, lorsqu'il établit qu'il a été saisi avant la juridiction du fond. Il a été jugé à cette égard par la Haute juridiction française que : « le juge de la mise en état est seul compétent pour statuer sur la demande de provision lorsque cette demande est postérieure à sa désignation. Est par suite légalement justifié l'arrêt qui retient que le juge des référés, devant qui une demande de provision avait été formée, a exactement retenu sa compétence dès lors que cette demande lui avait été présentée avant la désignation du juge de la mise en état nécessairement postérieure à la date de la mise au rôle de l'assignation au fond »[764].

Sous-section 3 : Les effets de la décision sur l'exception d'incompétence temporelle

La décision par laquelle un juge décline sa compétence temporelle, emporte des conséquences. Comme pour ses compétences d'attribution[765] et territoriale[766]. Il y'aura lieu d'examiner, d'abord les conséquences sur le délai de prescription (§1), avant d'étudier les règles de renvoi, en cas d'incompétence temporelle (§2).

§1 : Les effets sur la prescription

La question qui se pose ici, est celle de savoir si la demande présentée devant un juge des référés temporellement incompétent, interrompt le délai de prescription ?

En droit koweïtien, la réponse sera négative[767]. Sauf l'hypothèse où la demande au principal, a été portée devant le juge du fond du tribunal de la famille non saisi en premier. Le

[763] Paris, 8 avril 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., p. 291, note M. Caratini.
[764] 2e Civ., 11 janvier 1995, n° 93-12889, Bull., II, n° 16, p. 9.
[765] V. *Supra*, p. 66-73.
[766] V. *Supra*, p. 96-99.
[767] V. *Supra*, p. 69.

délai de prescription est ici interrompu. Puisque la demande a été présentée devant un juge temporellement incompétent[768]. Si par exemple, le premier juge du fond est saisi pour une demande de garde, le tribunal sera temporellement compétent. Tandis que la demande de pension alimentaire non provisoire, présentée devant un autre tribunal interrompt le délai de prescription, lequel est de 15 ans[769].

En droit français, en revanche, la demande en référé, présentée devant le juge des référés temporellement incompétent, n'interrompt pas en lui-même, le délai de prescription. Cela en raison du fait que le juge des référés ne sera temporellement incompétent, qu'à compter de la désignation du J.M.E., suite à une instance au fond tendant aux mêmes fins et opposant les mêmes parties. Par ailleurs, le délai de prescription est interrompu, dès que la juridiction du fond est saisie. Il en est de même en cas d'incompétence du J.M.E., dès l'ouverture des débats.

§2 : Les règles de renvoi en cas d'incompétence temporelle

Au Koweït, si le juge des référés du tribunal de la famille, constate que sa juridiction d'appartenance, n'est pas le premier tribunal de la famille saisi, il devra se déclarer incompétent et renvoyer l'affaire devant le juge des référés du premier tribunal de la famille saisi, en application de l'art. 78 du C.P.C.K.

En droit français, le renvoi en cas d'incompétence temporelle trouve son fondement dans l'art. 81 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 96) lequel dispose que : « **Dans tous les autres cas**, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi ». Le juge des référés qui décline sa compétence temporelle, doit donc, désigner le J.M.E. compétent et renvoyer l'affaire devant lui. Mais si le J.M.E. a été saisi par exemple d'une demande de provision après qu'il a été dessaisi, peut-il renvoyer l'affaire devant le juge des référés ? Le dessaisissement du J.M.E. dès l'ouverture des débats le rend incompétent[770]. S'il relève son incompétence, il doit renvoyer l'affaire devant le juge des référés compétent, s'agissant d'une incompétence au sens strict du terme. En revanche, si la mesure demandée peut être ordonnée par le juge du fond, par un

[768] Art. 448 du C. civ.K.
[769] Art. 438 du C. civ.K.
[770] 3e Civ., 22 juin 2005, n° 04-12364, Bull., III, n° 141, p. 129.

jugement avant dire droit[771], que doit faire le J.M.E. ? Vraisemblablement transmettre celle-ci au juge du fond, puisqu'ayant été présentée, devant la juridiction de fond.

Dans le même logique, si le juge des référés incompétent (*ratione materiae* ou *ratione loci*) a été saisi avant la saisine du J.M.E., et que le premier en a été informé, que doit-il faire ? Doit-il renvoyer l'affaire devant le juge des référés compétent, malgré la saisine du J.M.E. ? Selon les règles actuelles du C.P.C., le juge des référés doit renvoyer l'affaire devant le juge des référés compétent. La technique de la passerelle « ne joue que dans les cas de défaut de pouvoir du juge des référés »[772]. Aucun texte ne peut justifier le renvoi devant le juge du fond ou celui de la mise en état. Or, comme l'écrit le Doyen Perdriau : « on voit mal l'intérêt qu'il y aurait à renvoyer l'affaire devant un autre juge des référés, alors que les juges du fond étaient [… déjà saisis] »[773]. En effet, une réforme de cette procédure de renvoi trouverait, ici sa justification.

Il convient à présent d'étudier les hypothèses où, par l'effet d'une clause attributive de compétence ou encore, d'une convention d'arbitrage le litige est porté devant une juridiction différente de celle qui serait naturellement compétente pour en connaître[774].

[771] Puisque le juge du fond dispose aussi du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou d'instruction, par un jugement avant dire droit, tel que le prévoit l'art. 482 du C.P.C.
[772] J.-B. Racine, « La technique de la « passerelle » en droit judiciaire privé », *op. cit.*, n° 3, p. 355-356.
[773] A. Perdriau, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP*, 1988, I, n° 3365, §n° 59. ; Il a été jugé par la Cour de cassation française que « il convient cependant, au regard de la nature et de la difficulté de l'affaire, de dire que cette procédure de référé n'était sans doute pas nécessaire alors que le juge du fond était saisi ». 2e Civ., 16 janvier 2016, n° 14-10787, Non publié au Bull.
[774] V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1305, p. 1105.

TITRE II
Le rôle de la volonté des parties dans la désignation du juge des référés compétent

La volonté des parties joue un rôle essentiel pour déterminer la compétence du juge des référés. Elle peut, proroger conventionnellement la compétence de celui-ci (Chapitre I), en lui attribuant la connaissance d'un litige lequel, en application des règles ordinaires de compétence d'attribution ou territoriale, aurait dû normalement lui échapper[775]. De même qu'une convention d'arbitrage (Chapitre II) peut exclure la faculté de saisir le juge des référés[776].

[775] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 286.
[776] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 403, p. 330.

Chapitre I
La prorogation conventionnelle de compétence

Au Koweït et en Égypte[777] ainsi qu'en France, lorsque la règle de compétence est soit d'ordre public, soit exclusive, la prorogation conventionnelle de compétence, ou celle dite volontaire, est interdite[778]. Il faut à cet égard, relever la confusion parfois commise entre la véritable prorogation conventionnelle de compétence et celle dite volontaire. La prorogation de compétence est conventionnelle lorsqu'elle résulte d'une clause attributive de compétence. En l'absence de laquelle, certains auteurs ont pu parler, de prorogation volontaire de compétence, pour la distinguer de la prorogation conventionnelle, laquelle reflète véritablement la volonté des parties[779]. Lorsqu'en l'absence de convention, l'une des parties porte l'affaire devant une juridiction incompétente et que le juge ne peut pas relever d'office son incompétence[780] ; et qu'enfin le défendeur comparaît[781] en s'abstenant de relever l'exception d'incompétence, une prorogation de la compétence sera alors, constatée[782]. Pour autant, peut-on affirmer que cette prorogation est nécessairement toujours volontaire ? Il nous semble qu'il faille répondre par la négative, « cette présentation [étant] incorrecte, en ce qu'elle attribue à la volonté un rôle qu'elle ne remplit pas »[783]. Surtout lorsque le demandeur a mal compris et appliqué les règles d'incompétence, et que le défendeur ne relève pas l'exception d'incompétence, simultanément avec les autres exceptions de procédure, qui plus est, *in limine litis*[784].

Quel que soit le fondement de la prorogation, il reste impossible de déroger aux règles de compétence, qu'elles soient d'ordre public, ou exclusives. Il en résulte que la compétence temporelle ne peut pas faire l'objet d'une convention de prorogation de compétence, puisqu'il s'agit de compétence exclusive[785]. Par exemple, les plaideurs ne

---

[777] M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 144. ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.* p. 73.
[778] N. Fricero, « Tribunaux de grande instance, organisation et compétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2009, n° 169.
[779] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1018, p. 806.
[780] V. *Supra,* p. 61-62.
[781] À défaut, le juge retrouve le pouvoir de relever d'office son incompétence. V. *Supra,* p. 64.
[782] N. Fricero, « Tribunaux de grande instance, organisation et compétence », *op. et loc. cit.*
[783] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1018, p. 806.
[784] Jugé par la Haut juridiction civil que : « L'incompétence de la juridiction civile, juge du droit commun pour connaître des affaires dont la loi a dévolu la connaissance aux juges consulaires, n'est pas absolue et l'exception proposée à cet égard ne peut être accueillie que si elle est soulevée *in limine litis* ». 2e Civ., 25 juin 1958, n° 1-305 Civ. 53., Bull., I, n° 456, p. 303.
[785] V. *Supra,* p. 116.

peuvent pas, convenir de donner la compétence de prendre des mesures conservatoires au juge des référés, après avoir désigné le J.M.E. De même, au Koweït et en Égypte, les plaideurs ne peuvent non plus déroger par convention, à la compétence exclusive du premier tribunal de la famille saisie. La compétence qui peut être prorogée, conventionnellement, est dépend du fait que les parties dérogent aux règles de compétence d'attribution (section 1) ou territoriale (section 2), lesquelles ne sont ni d'ordre public, ni exclusives. « Le moyen tiré de l'existence d'une clause de compétence ne constitue pas une fin de non-recevoir mais une exception de procédure[786]». Ce sera alors une exception d'incompétence.

[786] Com., 4 juin 2013, n° 11-26961 et n°11-28833, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2013, nº 231, note R. Perrot.

Section 1 : La prorogation conventionnelle de la compétence d'attribution : les clauses attributives de compétence d'attribution

Selon l'art. 6 du C. civ.[787] toutes les conventions ou les clauses attributives de compétence d'attribution dérogeant aux lois d'ordre public sont considérées comme nulles[788]. « Les règles de la compétence d'attribution sont considérées comme d'ordre public parce qu'elles ont pour objet essentiel la bonne administration de la justice[789]». C'est le service public qui est seul concerné[790]. Pour ce qui est des lois koweitienne et égyptienne, puisque toutes les règles de compétence d'attribution sont considérées comme étant d'ordre public. Les parties ne seront pas autorisées à y déroger par convention[791]. Toute convention entre les parties, ayant pour objet de convenir d'une compétence d'attribution sera considérée comme nulle et le juge pourra soulever d'office, son incompétence[792]. Et les parties pourront toujours soulever l'exception d'incompétence, en tout état de la cause[793]. Cependant, contrairement aux droits koweitien et égyptien, ce principe issu du droit français n'est pas absolu. Puisque la compétence d'attribution vise à déterminer, d'abord, l'ordre de juridiction compétent, ensuite, la nature du litige et enfin, le degré de juridiction[794]. Il est donc nécessaire d'étudier successivement les clauses attributives de compétence d'attribution dérogeant à l'ordre de juridiction (sous-section 1), la nature et la valeur du litige (sous-section 2) et enfin le degré de juridiction (sous-section 3).

Sous-section 1 : La nullité des clauses attributives de compétence d'attribution dérogeant à l'ordre de juridiction

Il est bien entendu, qu'en droit français et égyptien, les juridictions sont réparties en trois ordres. « C'est-à-dire en catégories correspondant à des contentieux de nature et d'essence

[787] L'art. 6 du C. civ. prévoit que : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».
[788] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *Lamy droit économique*, 1999, n° 15.
[789] *Ibid.*
[790] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 113, p. 204.
[791] M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 144. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 366.
[792] S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit,* p. 73. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. et loc. cit.*
[793] L'art. 78 du C.P.C.K. et l'art. 110 du C.P.C.É. ; V. *Supra,* p. 61.
[794] V. *Supra,* p. 14.

différentes : le contentieux administratif est porté devant les tribunaux de l'ordre administratif ; le contentieux pénal relève de la compétence des tribunaux de l'ordre répressif ; le contentieux privé est jugé par les tribunaux de l'ordre judiciaire civil »[795]. Alors qu'en droit koweïtien il n'y a pas une véritable séparation entre les ordres judiciaire et administratif[796]. Dans les trois système étudiés, toute convention ou clause attributive de compétence ayant pour objet de déroger à l'ordre des juridictions est nulle et de nul effet. La séparation des pouvoirs qui fonde la distinction entre les trois ordres de juridictions (civil, administratif et pénal), est d'ordre public[797]. « Tout ce qui touche à l'organisation judiciaire et aux ordres de juridictions, intéresse l'ordre public. Il n'est pas conforme à une bonne administration de la justice de faire juger n'importe quel litige par n'importe quel tribunal[798]». Par ailleurs, il n'est pas possible de prévoir, par convention, la soumission d'un litige futur, ou même déjà né, à une juridiction d'un ordre différent[799]. Les plaideurs ne peuvent pas proroger, par exemple, la compétence du juge des référés administratif, en lui attribuant la connaissance d'un litige entrant dans la compétence du juge des référés du TGI[800]. Dans ces cas, le juge des référés administratif saisi à tort, doit soulever d'office son incompétence. Il n'en irait autrement que si c'est la loi elle même, qui permet de ne pas respecter l'ordre des juridictions[801]. comme par exemple en cas de compétence du juge pénal, en matière de dommages et intérêts[802].

Sous-section 2 : La validité des clauses attributives de compétence d'attribution dérogeant à la valeur du litige ou à sa nature

Il s'agit de savoir si, par l'effet d'une prorogation conventionnelle de compétence, les parties peuvent valablement saisir une juridiction, qui n'est pas celle désignée par la loi soit en raison du montant du litige (*ratione valoris*) (§1), soit, en raison de la compétence de droit commun (§2). Ou encore, en raison de la compétence d'une juridiction spécialisée ou une juridiction d'exception (§3).

---

[795] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 576, p. 631.
[796] V. *Supra,* p. 71.
[797] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 16. ; V. 1re Civ., 22 janvier 1991, nº 89-14757, Bull., I, n° 32, p. 19.
[798] G. Pochon, note sous Rouen, 6 janvier 1961, *D.*, 1961, juris., p. 245.
[799] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 113, p. 204-205.
[800] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 296.
[801] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.,* n° 1439, p. 1062.
[802] L'art. 3 al. 1 du C.P.P. dispose que :« l'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction ».

§1 : Les clauses attributives de compétence *ratione valoris* en faveur du TGI ou du TI

L'art. 41 al. 1 du C.P.C. admet la validité des clauses qui dérogent au taux de compétence entre le TI et le TGI, c'est-à-dire la prorogation de quantité « *quantitate ad quantitatem* »[803], en disposant que : « le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande.» Cet article signifie que, lorsque la compétence d'attribution se répartit entre le TGI et le TI en raison du montant de la demande, (qui vise la matière personnelle et mobilière[804]), les parties sont libres de soumettre par convention, leur litige à la juridiction qui ne serait pas compétente si les règles étaient strictement appliquées[805]. En clair, le TI peut par convention, être saisi à la place du TGI alors même que le montant du litige dépasse sa compétence, et l'inverse est aussi envisageable[806]. Par exemple, est valable, la clause attributive de compétence, en faveur du juge des référés du TI, portant sur un litige relatif à des droits personnels et mobiliers qui auraient dû lui échapper en raison du montant de la demande, et être, par conséquent, soumis au président du TGI[807]. En outre, cette convention, n'est valable que si elle a été conclue (ou confirmée) une fois le litige né[808]. Par conséquent, Le clause attributive de compétence *ratione valoris* insérée dans le contrat de vente est nulle, puisque le litige n'était pas encore né.

C'est le seul texte en droit français qui se rapporte aux clauses attributives de compétence d'attribution. Solen une partie de la doctrine française, en dehors de l'art 41 du C.P.C. « aucune prorogation de compétence *ratione materiae* n'est permise »[809]. Mais, puisque le TGI étant juridiction civile de droit commun, peut-il connaître des litiges entrant dans la compétence d'une juridiction d'exception ?

---

[803] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. et loc. cit*.
[804] N. Fricero, « Tribunaux de grande instance, organisation et compétence », *op. cit.,* n° 170.
[805] P. Julien, obs. sous Paris, 10 décembre 1984, *D.*, 1985. IR., p. 263.
[806] N. Fricero, « Tribunaux de grande instance, organisation et compétence », *op. et loc. cit*.
[807] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 298.
[808] *Ibid*.
[809] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1021, p. 808.

§2 : Les clauses attributives de compétence en faveur de la juridiction de droit commun (TGI)

Certains auteurs soutiennent que la prorogation de compétence du TGI, en dehors de l'art 41 du C.P.C., est possible, se fondant, en cela, sur la compétence universelle de principe du TGI qui le rendent compétent par défaut, pour tous les litiges qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction[810].

Selon Monsieur Cayrol, « la principale prorogation est celle, en faveur du président du [TGI], juge des référés de droit commun, de difficultés contentieuses relevant de la compétence d'une juridiction d'exception, à condition que celle-ci, ne soit pas exclusive »[811]. Pour Cas et Bout, il était admis, sous l'empire du l'ancien C.P.C., que les parties pouvaient proroger la compétence du TGI, notamment en matière commerciale, dès lors que ce tribunal est la juridiction de droit commun, étant, par là-même, compétente en toutes matières, sauf dans les hypothèses où les lois réservent l'exclusivité de la compétence à certains tribunaux[812]. Le C.P.C. actuel n'a ni confirmé ni infirmé cette solution, son fondement demeure ainsi, toujours valable[813]. Deux décisions de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence[814] l'ont pour cette raison, maintenue en présence d'une clause entre deux sociétés, prévoyant la compétence du juge civil dans un marché de construction[815].

Il reste encore à aborder les clauses attributives de compétence en faveur des juridictions spécialisées ou des juridictions d'exceptions.

§3 : Les clauses attributives de compétence en faveur des juridictions spécialisées ou des juridictions d'exceptions

Il s'agit ici de savoir si, les parties peuvent par une convention de prorogation de compétence, attribuer la compétence à une juridiction des référés spécialisée, ou une juridiction d'exception (par exemple J.A.F. ou juge des référés du tribunal de commerce), alors que le litige relève de la compétence du juge des référés du TGI ?

---

[810] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 113, p. 205.
[811] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 298.
[812] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n °18.
[813] *Ibid.* ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. et loc. cit.*
[814] Aix en Provence, 26 juin 1989, Bull., 1989, n° 79. ; Aix en Provence, 15 mai 1979, Bull., 1979-2, n° 106.
[815] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. et loc. cit.*

Selon Monsieur Cayrol, le principe est qu'« il n'est pas […] permis […] de proroger la compétence des juridictions des référés d'exception »[816]. Une juridiction spécialisée ne peut donc être, saisie même d'un commun accord, de litiges pour lesquels la loi ne lui donne pas expressément compétence[817]. Ce principe a été confirmé par la Cour de cassation française, qui avait jugé que des parties non-commerçantes ne pouvaient valablement attribuer compétence, au tribunal de commerce pour statuer sur des litiges ayant pour objet un immeuble[818]. Au Koweït et en Égypte, les juridictions spécialisées ont une compétence exclusive, (par exemple, le juge des référés koweïtien du tribunal des marchés de capitaux) et donc, insusceptible d'être dérogée par une convention.

Cependant, en présence d'actes mixtes[819] est-il possible de proroger la compétence au profit du tribunal de commerce ? En droit koweïtien et égyptien, les actes mixtes relèvent, selon la valeur du litige[820], de la compétence du TGI ou du TI (chambres commerciale, chambres civiles et chambres civile et commerciale). Les parties ne sont pas autorisée à soulever l'exception d'incompétence, lorsque celle-ci vise la distribution des affaires au sein du tribunal entre les chambres. Puisqu'il s'agit d'une division interne du travail non exclusive[821]. Concernant le régime juridique des actes mixtes en droit français, il faut au préalable, étudier, les clauses attributives de compétence en faveur du tribunal de commerce pour les actes mixtes internes (A) et internationaux (B).

A : Les clauses attributives de compétence en faveur du tribunal de commerce concernant les actes mixtes internes

En droit français, on parle d'actes mixtes[822], lorsque l'acte est civil pour le demandeur et commercial pour le défendeur. De plus, le demandeur non-commerçant dispose d'une option, lui permettant d'assigner le défendeur commerçant au choix, devant la juridiction civile ou

[816] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 296.
[817] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. et loc. cit*.
[818] Com., 21 octobre 1963, n° 61-11801, Bull., III, n° 429, p. 362, *D*., 1964, juris., p. 199. Cassant l'arrêt de la cour d'appel de Rouen, 6 janvier 1961, *D*., 1961, juris., p. 244-246 note G. Pochon.
[819] La notion d'« acte mixte » est une notion doctrinale et jurisprudentielle, qui ne figure pas dans le C. com. L'expression utilisé dans ce code, l'acte qui est simultanément civil pour l'une des parties et commercial pour l'autre. S. Pierre-Maurice, « Tribunal de commerce, organisation et compétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2014, n° 525.
[820] Les articles 29 et 34 al. 1 du C.P.C.K., ainsi que les articles 42 al. 1 et 47 al. 1 du C.P.C.É.
[821] H. Almasri, *Le droit commercial koweïtien « Étude comparative »*, 2e éd., Koweït, Dar Alkitab, 1995-1996, n° 44, p. 73.
[822] V. S. Pierre-Maurice, « Tribunal de commerce, organisation et compétence », *op. cit.*, n° 531-537.

devant la juridiction consulaire[823]. Lorsqu'il existe une clause d'attribution de compétence en faveur de la juridiction commerciale, celle-ci sera ici valable[824]. Et donc parfaitement opposable au demandeur non-commerçant, contre qui il produira tous ses effets[825]. En contrepartie, il est permis au défendeur non-commerçant, de renoncer à se prévaloir de cette option, celle-ci n'étant pas d'ordre public, et accepter le principe de la compétence de la juridiction commerciale[826]. A condition de le faire, avant la naissance du litige. En outre, « la clause ne dérogeant pas vraiment à la compétence du tribunal de commerce, celui-ci étant éventuellement compétent. Il y aurait simple renonciation à l'option »[827]. Et par conséquent, la juridiction civile (TGI ou TI) sera incompétente, le demandeur non-commerçant ne pourra alors saisir uniquement le juge des référés du tribunal de commerce. Le juge des référés du TGI est incompétent par suite de l'effet négatif de la clause attributive de compétence, laquelle « rend incompétent le tribunal qui aurait été normalement compétent »[828]. Il en résulte en fin que le défendeur commerçant pourra demander le renvoi de l'affaire devant le juge des référés du tribunal de commerce.

Il subsiste cependant une hypothèse jurisprudentielle, où une clause attributive de compétence au tribunal de commerce, est inopposable au défendeur non-commerçant. En effet, selon la Cour de cassation française : « est inopposable à un défendeur non-commerçant une clause attributive de compétence au tribunal de commerce »[829], qui rend nulle, la clause. Lorsque celle-ci est invoquée par le commerçant alors que le défendeur non-commerçant, soulève l'exception d'incompétence[830]. Puisque le commerçant ne dispose pas, comme le civil, de l'option entre juridiction civile et juridiction commerciale[831]. L'exception d'incompétence du juge des référés du tribunal de commerce, soulevée par le défendeur civil, doit alors, être

---

[823] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n °18. ; D. Plantamp, « La clause attributive de compétence matérielle et le demandeur non commerçant dans le contentieux des actes mixtes », *RTD com.*, 2013, p. 429, n° 7.
[824] V. S. Pierre-Maurice, « Tribunal de commerce, organisation et compétence », *op. cit.*, n° 556. ; G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. et loc. cit*.
[825] Com., 20 juillet 1965, *D.*, 1965, juris., p. 581, note G. Tixier. ; 1re Civ., 6 décembre 1977, *JCP*, 1978, IV, p. 43.
[826] Com., 20 juillet 1965, n° 63-10699, Bull., III, n° 469, p. 426. ; 2e Civ., 17 mai 1982, n° 80-16063, Bull., II, n° 76, p. 54, *RTD com.*, 1982, p. 540, obs., A. Bénabent et J.-C. Dubarry.
[827] F. Labarthe et F. Jault-Seseke, « L'inopposabilité au défendeur non commerçant d'une clause attributive de compétence au tribunal de commerce » *D.*, 1998, p. 2.
[828] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 1017, p. 805.
[829] Com., 10 juin 1997, n° 94-12316, Bull., IV, n° 185, p. 162, *D.*, 1998, p. 2, obs. F. Labarthe et F. Jault-Seseke. ; *JCP*, 1997, I, n° 4064, chron., n° 9, note, L. Cadiet.
[830] Com., 24 octobre 1995, n° 94-10661, Bull., IV, n° 258, p. 238, *D.*, 1996, somm., 247-248, note Y. Serra.
[831] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n °18. ; V. D. Plantamp, « La clause attributive de compétence matérielle et le demandeur non commerçant dans le contentieux des actes mixtes », *op. cit.*, p. 429, n° 6.

accueillie[832].

Il reste à préciser, qu'une clause attributive de compétence, qui dérogerait à la fois à la compétence territoriale et à celle, d'attribution, sera considérée comme nulle car ayant pour objet, la compétence territoriale (une des deux parties n'ayant pas la qualité de commerçant). Elle conserverait cependant plein effet concernant la compétence d'attribution[833]. Selon Cadiet « il était incohérent d'annuler celles-ci et valider celles-là alors qu'elles forment une stipulation contractuelle unique »[834].

B : Les clauses attributives de compétence en faveur du tribunal de commerce concernant les actes mixtes internationaux

Dans le cas des actes mixtes internationaux[835], à l'occasion d'un arrêt en date du 9 janvier 2007, la première Chambre civile de la Cour de cassation française a jugé que : « l'article 23 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, reconnaît la validité de la clause attributive de juridiction aux seules conditions, que l'une des parties au moins, soit domiciliée dans un État signataire et que la juridiction désignée soit celle d'un État contractant, de sorte que la clause attributive de compétence convenue entre une société luxembourgeoise et un Français, même non commerçant, résidant à Londres, donnant compétence au tribunal de commerce de Paris, est valable »[836]. Les règles de compétence interne (de droit français) sont donc totalement écartées[837]. Une partie de la doctrine française, il se pose la question de savoir, si la Cour de cassation n'est pas dans cette affaire, allée au-delà de l'objet du règlement. Laquelle vise avant tout, la compétence intracommunautaire ? En semblant considérer que le règlement traite non seulement de compétence internationale, mais aussi de compétence territoriale, ainsi de compétence d'attribution internes[838].

---

[832] Com., 24 octobre 1995, n° 94-10661, Bull., IV, n° 258, p. 238, *D.*, 1996, somm., 247-248, note Y. Serra.
[833] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. et loc. cit.* ; V. S. Pierre-Maurice, « Tribunal de commerce, organisation et compétence », *op. cit.*, n° 555. ; Paris, 10 février 1993, *JCP*, 1995, II, nº 22438, p. 209-212, note Ph. Guez.
[834] L. Cadiet, « De l'inefficacité des clauses attributives de compétence matérielle dans les actes mixtes » *JCP*, 1997, I, n° 4064, chron., n° 9. ; V. aussi, J. Normand, « Protection des consommateurs et clauses attributives de juridiction », *RTD civ.*,1980, p. 804-805.
[835] V. D. Plantamp, « La clause attributive de compétence matérielle et le demandeur non commerçant dans le contentieux des actes mixtes », op. cit., p. 429, n° 9.
[836] 1re Civ., 9 janvier 2007, n° 05-17741, Bull., I, n° 5, p. 4.
[837] X. Delpech, « Validité de la clause attributive de juridiction dans un contexte international », *D.*, 2007, p. 314 n° 26, obs. sous 1re Civ., 9 janvier 2007, n° 05-17741, Bull., I, n° 5, p. 4.
[838] C. Nourissat, « Droit civil de l'Union européenne », *D.*, 2008, p. 40, n° 26.

Il convient à présent de s'intéresser aux clauses dérogeant au degré de juridiction.

Sous-section 3 : La validité des clauses dérogeant au degré de juridiction

« Les conventions dérogeant au degré de juridiction sont également nulles, la hiérarchie judiciaire étant d'ordre public »[839]. On distinguera cependant, les clauses qui dérogent de manière positive au degré de juridiction (§1), en instituant un deuxième appel, et celles qui y dérogent de manière négative (§2), en supprimant le premier degré ou en renonçant à l'appel.

§1 : Dérogation positive au degré de juridiction

Il n'est pas permis aux plaideurs de créer un second degré de juridiction lorsque la loi ne le prévoit pas[840]. Ainsi, « Lorsqu'une juridiction a rendu un jugement qui, en raison du montant de l'intérêt litigieux, est en dernier ressort, les plaideurs ne peuvent interjeter appel en prétendant proroger la compétence de la cour d'appel. Une telle prorogation aboutirait, en effet, à demander à la cour d'appel de statuer sur une demande qui, par sa valeur, se situe en dehors du pouvoir juridictionnel que la loi lui confère et que seule elle peut lui conférer, puisque, s'agissant de l'organisation et du degré des juridictions, ses dispositions sont d'ordre public »[841]. Les parties ne peuvent convenir que l'ordonnance de référé du premier président ou celle rendue en dernier ressort[842] est susceptible d'appel, autrement elles dérogeraient à l'art. 490 du C.P.C. qui prévoit que : « l'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande ». Cette convention sera nulle et nul effet. La solution sera identique s'agissant de clauses par lesquelles les parties dérogeraient à la hiérarchie des juridictions en créant une deuxième instance d'appel[843]. Où lorsque celles-ci veulent ajouter un troisième degré de juridiction. En France, cette hypothèse n'était pas purement théorique jusqu'à l'abrogation de l'article R. 211- 2, C.O.J.[844]. Lequel faisait du TGI,

---

[839] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.,* n° 17.
[840] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 340.
[841] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 580, p. 634.
[842] Pour l'applicabilité des taux de ressort devant les juridictions des référés, V. Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p.682-690.
[843] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 17. ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 113, p. 205.
[844] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 1494, p. 1063.

l'instance d'appel contre certains jugements rendu par les tribunaux d'instance. Au Koweït et en Égypte en revanche, cette règle processuelle y est maintenue et prévue respectivement aux articles 34 du C.P.C.K., et 47 du C.P.C.É.[845]. Il en résulte que la Cour d'appel n'a pas le pouvoir de juger les affaires soumises à la chambre des Appels du TGI.

Mais l'art. 41 du C.P.C. autorise les parties à convenir que leur différend soit jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande. Peut-on pour autant dire que cette prorogation aboutirait indirectement à ce que les différends qui entrent dans la compétence du juge des référés du TI en raison du montant de la demande et être, par conséquent, soumis au président du TGI, est susceptible d'être frappée d'appel ? La cour d'appel de Toulouse a répondu négativement à cette question en jugeant que : « [L'art. 41 du C.P.C.] évoqué par un intimé pour faire trancher le litige par la cour au cas d'acceptation de débat par l'appelant, malgré l'irrecevabilité de l'appel, ne peut recevoir application car la prorogation de compétence qu'il prévoit ne concerne que le montant d'une demande et non le taux de ressort au-dessous duquel l'appel n'est pas ouvert »[846].

En sens inverse, la dérogation au degré de juridiction, pourra être négative.

§2 : Dérogation négative au degré de juridiction (suppression le premier degré ou renonciation à l'appel)

Les clauses dérogeant au degré de juridiction seront vues comme négatives si elles ont pour objet la suppression du premier degré (A) ou la renonciation à l'appel (B).

A : Clause de suppression du premier degré

Les clauses ayant pour objet de proroger la compétence de la juridiction d'appel, emportant suppression du premier degré de juridiction sont nulles et de nul effet. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation française cette « nullité résultant de l'inobservation de la règle du double degré de juridiction, d'ordre public, ne peut être couverte par la renonciation

[845] Ces articles donnent aux TGI le pouvoir de juger en tant que juridiction d'appel (par les chambres des Appels), les affaires tranchées par le juge d'instance et celui des référés.
[846] Toulouse, 17 Mai 1991, Juris-Data nº 046753.

même expresse des parties »[847]. La Cour de cassation du Koweït et celle d'Égypte, a jugé que : « La règle du double degré de juridiction, est un des principes fondamentaux de l'ordre judiciaire et, est d'ordre public, insusceptible d'être dérogée par les juges, et les parties ne peuvent y renoncer »[848]. Cette règle du double degré de juridiction est d'ordre public, en ce qu'elle vise à garantir aux plaideurs une justice éclairée et impartiale[849]. Par exemple, les parties ne peuvent pas convenir, en vue de saisir directement le premier président de la Cour d'appel, sans passer par les juges du premier degré, que ce soit le juge du fond ou celui des référés, de première instance.

Au terme de la jurisprudence, la sanction pour les parties qui ignoreraient le double degré de juridiction, serait une incompétence absolue et d'ordre public de la juridiction saisie[850]. La Cour de cassation française a jugé à cette égard qu': « il ne saurait dépendre des parties de supprimer absolument le premier degré de juridiction, constitué par la loi, et de saisir directement de l'action, un tribunal qui ne doit en connaître, qu'à la suite de l'appel ; il s'agit là d'une incompétence non pas relative, mais d'ordre public, qui ne peut être couverte par le silence des parties »[851].

Si selon la Cour de cassation la suppression du premier degré, doit être sanctionnée d'une incompétence absolue[852] et d'une nullité qui ne saurait être couverte par une renonciation expresse des parties[853]. Il nous semble, à la suite de certains auteurs, qu'il s'agit plus d'« une fin de non-recevoir que d'une exception d'incompétence »[854]. En particulier lorsque l'on prend en compte la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, qui impose à toute cour d'appel, de vérifier la régularité de sa saisine[855]. Tout cela nous renforce dans notre analyse que nous

---

[847] 1re Civ., 27 décembre 1960, *D.*, 1961, juris., p. 469, note L. Crémieu.
[848] Civ.É., 23 mai 1972, n° 393/37, recueil de la jurisprudence, 23e année, p. 981. ; Civ.É., 29 novembre 1981, n° 1013/78, recueil de la jurisprudence, 32e année, p. 2156. ; Ass. plén.K., 31 mai 2003, Commerciale, n° 100/19 ; Com.K., 3 juin 2007, Commerciale/2, n° 330/2006. ; Com.K., 27 janvier 2014, n° 1494/2012.
[849] L. Crémieu, note sous 1re Civ., 27 décembre 1960, *D.*, 1961, juris., p. 469.
[850] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 583, p. 636.
[851] 2e Civ., 22 janvier 1953, *D.*, 1953, juris., p. 236, obs., P. Hébraud, *RTD civ.*, 1953, p. 377. ; V. Dans le même sens : Civ., 8 mai 1922, *D.*, 1923, I, p. 13.
[852] 2e Civ., 22 janvier 1953, *D.*, 1953, juris., p. 236.
[853] 1re Civ., 27 décembre 1960, *D.*, 1961, juris., p. 469, note L. Crémieu.
[854] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 1494, p. 1063. ; Dans le même sens : S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 118, p. 215. ; K.-A. Atef, *L'attendu de l'autorité de la chose jugée d'irrecevabilité de la forme et du fond*, 1re éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2012, p. 73.
[855] 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 06-46220, Bull., II, n° 186, p. 171. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-40541, Bull., II, n° 187, p. 172. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-41465, Bull., II, n° 188, p. 172. ; 2e Civ.,15 octobre 2015, n° 14-20165, Non publié au Bull.

sommes bien en présence d'une fin de non-recevoir. En raison également, du caractère non limitatif de ce moyen de défense énuméré à l'art. 122 C.P.C. ainsi que du caractère d'ordre public de l'organisation judiciaire. C'est d'autant moins une question de compétence, car il ne s'agit ici que de répartition du pouvoir juridictionnel entre les degrés de la juridiction, y compris au sein d'un même degré de juridiction. Comme la division du pouvoir entre la juridiction du fond et celle du référé. Au surplus, le juge d'appel n'est pas habilité à aborder une demande nouvelle en appel[856] et il doit, au terme de l'art. 564[857] du C.P.C., relever d'office l'irrecevabilité.

Pour mieux analyser cette controverse, considérons les deux hypothèses de suppression du premier degré de juridiction :

Dans le premier cas, la juridiction de deuxième degré est directement saisie par le plaideur, en occultant le juge de première instance. La sanction encourue en sera alors, selon certains auteurs, une incompétence absolue et d'ordre public[858], car la prorogation de la compétence de la cour d'appel serait ici inopérante[859]. Même s'il s'agit plus d'« une fin de non-recevoir que d'une exception d'incompétence »[860]. Car c'est la fin de non-recevoir, qui est selon nous, tirée du défaut de pouvoir juridictionnel de la cour d'appel, en raison du fait que le plaideur ne remplit pas les conditions (chefs) de saisine de la cour d'appel. Il s'agit précisément d'un problème de saisine et non de compétence. Un conflit de compétence suppose une hésitation entre deux juridictions devant lesquelles la même demande pourrait être réitérée de façon identique en vue d'un même résultat[861]. « Il leur suppose donc un pouvoir juridictionnel identique »[862]. Le pouvoir de juridiction de première instance n'est pas similaire à celui de la cour d'appel, ni à celui de la Cour de cassation. Le moyen de défense sera alors non pas l'exception d'incompétence, mais une fin de non-recevoir tirée d'une méconnaissance de la saisine de la cour d'appel. Elle n'a tout simplement pas le pouvoir juridictionnel de statuer en

---

[856] Ne constituent pas une demande nouvelle, selon le propos de la Cour de cassation « les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément ». 3e Civ., 14 janvier 2016, no 14-19092, Bull., III, n° 77 p. 47.
[857] L'art. 564 du C.P.C. dispose que « À peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions, si ce n'est 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. »
[858] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 583, p. 636.
[859] *Ibid.*, n° 581, p. 635.
[860] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. et loc. cit*.
[861] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 630, p. 681.
[862] J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.,* p. 782 . ; Dans le même sens : X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, *op. cit.*, n° 4, p. 9.

tant que juge du premier degré, sauf si la loi, le lui attribue exceptionnellement, dans une matière précise.

Le deuxième cas, selon certains auteurs se présentera « en cas de demande nouvelle formée à l'occasion d'un appel, elle n'admet plus qu'une incompétence relative, car la violation du degré de juridiction est moins intense. Le premier juge a été saisi »[863]. Nous pensons au contraire qu'il s'agit là encore d'une fin de non-recevoir et non d'incompétence relative[864]. L'art. 564 du C.P.C., stipule clairement que les nouvelles prétentions soumises à la cour d'appel doivent être sanctionnées par l'irrecevabilité qui doit être relevée d'office, par le juge. Il n'y a pas lieu de parler d'incompétence. La solution était identique avant la réforme dudit article, par l'art. 10 du décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009. Jugé à l'époque par la Cour de cassation française que: « le moyen soutenant qu'une demande est irrecevable comme nouvelle en appel constitue non pas une exception de procédure devant être présentée avant toute défense au fond mais une fin de non-recevoir susceptible d'être soulevée en tout état de cause »[865].

Il en résulte que quelque soit le moyen de suppression du premier degré par une convention des parties, celle-ci sera nulle, et les prétentions seront sanctionnées par une fin de non-recevoir soulevée d'office par le juge. « L'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'irrecevabilité d'une demande formée pour la première fois en cause d'appel n'interdit pas à son auteur d'agir devant les juges du premier degré »[866]. Il en serait logiquement de même dans la première hypothèse que l'on vient d'étudier.

Malgré le caractère d'ordre public attaché à la règle du double degré de juridiction, il faut souligner que dans les trois systèmes étudiés les parties sont autorisées à renoncer à l'appel, sous réserve de respecter certaines conditions.

---

[863] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 1494, p. 1063. ; Dans le même sens, V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit*., n° 583, p. 637.

[864] Pour la Cour de cassation égyptienne, il s'agit d'incompétence absolu et d'ordre public. Civ.É., 28 avril 1980, n° 1239/47 et n° 1227/47.

[865] 2e Civ., 24 janvier 2008, n° 07-15433, Bull., II, n° 20, p. 13, *Rev. Procédures*, 2008, nº 103, obs. R. Perrot. ; V. Y.-M. Serinet, « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », *JCP*, 2010, n° 545, p. 1018-1023.

[866] Com., 12 janvier 1993, n° 90-17764, Bull., IV, n° 4, p. 2.

B : Clause de renonciation à l'appel

Au Koweït, les parties peuvent convenir que le juge du premier degré, statuera en dernier ressort sur leur litige, et renoncer ainsi à l'appel, puisqu'il s'agit de leurs intérêts privés, même si aucun texte du C.P.C.K. ne le prévoit[867]. En effet, le droit de renoncer à la voie d'appel résulte du caractère facultatif du recours. La Cour de cassation koweïtienne admet la renonciation à l'appel, dès lors que la convention de renonciation été conclue postérieurement à l'arrêt d'appel[868]. En Égypte, l'art. 219 al. 2 du C.P.C.É. autorise les parties à convenir, y compris, avant le procès en première instance, que leur différend sera jugé en dernier ressort. La Cour de cassation égyptienne déduit de cet article que la clause de renonciation à l'appel est valide[869].

En France, il est également, possible de renoncer à la voie d'appel. Les articles 41, al. 2, 556 et 557 du C.P.C. admettent la convention de renonciation à l'appel, aux conditions suivantes : que le litige soit né[870], que les parties aient la libre disposition de leurs droits[871]. Et qu'en outre, la clause de renonciation à l'appel profite aux deux parties. Jugé à cet égard par la cour d'appel de Rouen que : « la règle du double degré de juridiction est instituée dans l'intérêt de toutes les parties en cause ; si celles-ci peuvent y renoncer et attribuer au juge du premier degré le pouvoir de statuer en dernier ressort sur leur litige, une telle renonciation doit être réciproque ; en l'espèce la renonciation n'était pas réciproque, puisqu'elle était prévue seulement pour le cas où, à la demande du bailleur, le juge des référés ordonnait l'expulsion du locataire »[872].

Après avoir étudié les conditions de validité de la clause de renonciation à l'appel, il convient, à présent de déterminer sa qualification juridique. Certains auteurs l'abordent dans la

---

[867] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 340.
[868] Com.K., 2 février 2014, Commerciale/2, n° 768/2010.
[869] Civ.É., 24 novembre 1976, n° 32/45. [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_Images.aspx?ID=111122316 (Consulté le 1/9/2017).
[870] 3e Civ., 12 juillet 1988, n°86-17944, Bull., III, n° 127, p. 70. La Cour a jugé que : « la Cour d'appel dont la saisine ne pouvait être limitée par une clause antérieure à la naissance du litige, a fait une exacte application de ses pouvoirs en statuant à nouveau, sans violer l'article 25 du décret du 30 septembre 1953, sur la chose jugée par l'ordonnance [du juge des référés] qui était remise en question par l'appel ». ; Metz, 4 septembre 2012, n° 09/03801, Juris-Data nº 00545. ; Cependant, en matière d'arbitrage la renonciation à l'appel « peut être faite par tous moyens ; qu'elle peut résulter de l'exécution d'une clause compromissoire antérieure valant compromis ». 2e Civ., 5 octobre 1977, *Gaz. Pal.*, 1978, 1re sem., juris., p. 91-92, note R. D.
[871] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 17. ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 113, p. 205.
[872] Rouen, 8 février 1974, Juris-Data nº 600289.

prorogation conventionnelle de compétence[873], comme nous l'avons fait nous-mêmes. Or, la question qui se pose ici est celle de connaître la nature juridique des clauses de renonciation à l'appel, et plus généralement celle des clauses de renonciation aux recours. S'agit-il d'une question de compétence ou de recevabilité des recours (de l'appel) ? La cour d'appel de Metz a qualifié la clause de renonciation à l'appel de simple clause attributive de compétence, en ayant jugé que : « que cette clause du contrat [clause de la renonciation au droit de faire appel] qui ne comporte aucune convention d'arbitrage ne s'analyse pas en une clause compromissoire, mais en une simple clause attributive de compétence »[874]. Il nous semble qu'il s'agit d'une clause rendant le recours (ou l'appel) irrecevable[875]. Autrement dit, le moyen tiré de la clause de renonciation au recours constitue une fin de non-recevoir qui est d'origine conventionnelle[876]. Il s'agit d'un moyen tiré d'une méconnaissance de la saisine de la cour d'appel, que le juge doit relever d'office[877]. L'appel ne sera pas ouvert, et l'appelant ne pourra pas toujours saisir la cour d'appel, en raison de la volonté commune, qui peut déterminer l'étendue de la saisine du juge d'appel [878].

Après avoir tenté de démontrer, que dans le cas où les parties dérogeraient par convention, aux degrés de juridictions, elles ne dérogeraient pas aux règles de compétence d'attribution. Puisque les conditions restrictives de validité des clauses de prorogation de compétence *stricto sensu* ne s'appliquent pas en cette hypothèse. De plus, ces clauses relèvent d'une question de saisine et non de compétence. De fait, ne serait-il pas temps d'admettre que la répartition des degrés de juridiction, ne correspond pas à la compétence d'attribution ? Il sera sans doute difficile pour la doctrine française de l'admettre, mais ne s'agit-il pas de pouvoir juridictionnel plutôt d'une question de compétence ?

Après avoir tenté d'analyser la question controversée de la prorogation conventionnelle de la compétence d'attribution. Il convient à présent de nous intéresser à la prorogation conventionnelle de la compétence territoriale. Laquelle pose des questions moins complexes.

---

[873]H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, t. II, n° 584, p. 638-639. ; G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op.cit.*, n °17. ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. et loc. cit.*

[874] Metz, 4 septembre 2012, n° 09/03801, Juris-Data n° 00545.

[875] Dans le cas où cette clause considérée comme nulle, la cour déclare que l'appel est recevable. Metz, 4 septembre 2012, n° 09/03801, Juris-Data n° 00545.

[876] V. N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.,* n° 330 - 336.

[877] « La fin de non-recevoir tirée de l'absence d'ouverture de l'appel doit être soulevée d'office ». 2e Civ., 15 novembre 1995, *JCP*,1996, IV, n° 19, p. 3.

[878] En ce sens V. N. Cayrol, « La saisine du juge », *op. cit.*, p. 107-108.

Section 2 : La prorogation conventionnelle de compétence territoriale

En droit français et égyptien, la loi autorise les parties à désigner par convention, le juge territorialement compétent[879]. Les règles de compétence territoriale, n'ayant en principe, pas le caractère d'ordre public, dans les deux systèmes juridiques[880]. Au Koweït, le problème ne se pose pas, compte tenu de l'absence d'organisation de compétence territoriale[881]. Il reste alors à étudier en premier lieu, la validité des conventions de prorogation de compétence territoriale, dans les systèmes français et égyptien (Sous-section 1). Et en second lieu, l'opposabilité de ces clauses (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La validité des clauses attributives de compétence territoriale

Jusqu'à la réforme du C.P.C., intervenue en 1975, ces clauses étaient largement admises par la jurisprudence, sauf si la loi les interdisait expressément (comme en matière de droit du travail). Cette règle se justifiait tout à la fois, par l'intérêt des parties et la sécurité juridique que représentait pour eux la connaissance préalable de la juridiction compétente, en cas de litige.

La souplesse de cette règle a cependant conduit à de nombreux abus, les commerçants multipliant ce type de clauses dans leurs contrats qui les liaient aux consommateurs. Ce qui ne manqua pas d'engendrer un surencombrement des juridictions. Notamment, du fait que les clauses désignaient souvent les tribunaux du lieu du siège social des grandes entreprises. Il en résulta en particulier pour les consommateurs, une exacerbation des difficultés d'accès au juge déjà submergés par leurs recours. Cette dernière conséquence, explique par ailleurs, le caractère volontairement très strict de la nullité édictée par l'art. 48 du C.P.C.[882]. Laquelle dispose en effet, que toute clause destinée, directement ou indirectement, (telle, la clause relative à l'exécution d'une obligation[883]) à modifier les règles légales de compétence territoriale sera

[879] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 371.
[880] A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution*, *op. cit.*, p. 1266. ; M. Abdelkader, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, *op. cit.*, 1998, p. 48.
[881] V. *Supra,* p. 74-75.
[882] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 21. ; Com., 28 juin 1983, n° 82-12049, Bull., IV, n° 189, p. 163. ; 2e Civ., 29 mars 1989, n° 88-10734, Bull., II, n° 86, p. 41.
[883] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. et loc. cit.*

réputée non écrite, dès lors, qu'elle aura été insérée dans un contrat où au moins l'une des parties n'est pas commerçante[884]. Il faut souligner qu'avant l'adoption du nouveau C.P.C., un grand nombre de litiges était né sur la seule question du doute sur l'authenticité de la volonté de la partie faible[885], ici le consommateur. L'interdiction de telles clauses, visait précisément à éviter ces abus[886].

Pour autant, les législateurs français et égyptien permettent au parties, de déroger aux règles internes de compétence territoriale, sous certaines conditions cependant (§1). Ainsi, la portée du principe de la prohibition des clauses attributives de compétence territoriale, trouve une limite, lorsque le litige a un caractère international[887](§2).

§1 : La validité des clauses attributives de compétence territoriale en droit interne

Le législateur français a fixé, très précisément, le régime des clauses attributives de compétence territoriale, à l'art 48 du C.P.C.[888]. Celles-ci ne seront valablement dérogatoires aux règles de compétence territoriale qu'à la condition de satisfaire aux conditions énumérées par ledit article. Devant le juge des référés, aussi bien que devant le juge du fond[889]. L'art. 48 prévoit ainsi, des conditions subjectives[890] (A), celles tenant au fond (B) et d'autres liées à la forme[891](C). L'absence d'une seule de ces conditions est sanctionnée par la nullité desdites clauses. Le système égyptien a quant à lui, codifié les règles de compétence territoriale à l'art. 62 du C.P.C.É.[892].

---

[884] M. Douchy-Oudot, « compétence », *op. cit.*, n° 151.
[885] Com., 17 décembre 1957, n° 1.129, Bull., III, n° 350, p. 300. ; 1re Civ., 5 décembre 1973, n° 72-11162, Bull., I, n° 338, p. 299, *D.*, 1974, juris., 398-400, note H. Solus et R. Perrot.
[886] M. Douchy-Oudot, « Compétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2014, n° 152.
[887] *Ibid.*, n° 154.
[888] L'art 48 du C.P.C. prévoit que « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée. »
[889] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 24, p. 35.
[890] J. Normand, « Les clauses attributives de compétence territoriale convenues entre commerçants », *RTD civ.*, 1980, p. 610.
[891] *Ibid.,* p. 610-612.
[892] L'art. 62 du C.P.C.É. dispose que « si les parties conviennent d'attribuer la compétence territoriale à un tribunal spécifique, c'est ce tribunal sera territorialement compétent ».

A : Conditions subjectives

L'art. 48 du C.P.C. vise les professionnels ayant qualité de commerçant. A l'exclusion des non-commerçants y compris lorsqu'ils sont des professionnels. Cependant, avant d'examiner les critères d'accès au statut de commerçant, tels qu'ils ressortent de la loi et de la jurisprudence, il est utile d'en rappeler au préalable, les motifs, ainsi que la portée.

Malgré son hostilité de principe à l'égard des clauses attributives de compétence territoriale, le législateur de 1975 a été guidé par le souci de permettre aux commerçants (professionnels aguerris) de prendre des risques commerciaux pour développer leurs affaires. D'un autre côté, il fallait éviter de les enfermer dans la loi des parties. En donnant à la partie bénéficiaire de la clause la faculté d'y renoncer à tout moment[893]. Et s'il l'invoque, il ne renonce pas pour autant au droit d'option qui lui est reconnu, en matière contractuelle, par l'art. 46, al. 2, du C.P.C. pour le cas où la clause serait jugée non conforme aux exigences de l'art. 48 dudit code [894].

Selon la jurisprudence, si ledit article a été codifié pour servir les intérêts des commerçants, il n'est pour autant, pas dirigé contre les non-commerçants. Elle justifie cette exclusion, en y voyant aussi, une forme de protection des intérêts du non-professionnel : L'art. 48 du C.P.C. « décidant qu'une clause dérogatoire aux règles de compétence est réputée non écrite lorsque l'une des parties n'est pas commerçante, a pour but de protéger non pas celle qui l'est, mais celle qui ne l'est pas »[895].

Concernant sa portée, l'art. 48 du C.P.C. limite la validité des clauses dérogeant aux règles de compétence territoriale aux seules personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant[896]. Il en résulte logiquement, que lesdites clauses sont valables entre sociétés commerciales. Sauf si un des cocontractants est une caution, agissant en garantie des engagements de ces mêmes sociétés. La caution est très souvent le dirigeant de la société (le président-directeur général d'une société anonyme ou le gérant d'une société à responsabilité limitée). Ce n'est là qu'une stricte application de l'art. 48, la caution n'ayant pas du seul fait de

[893] Com., 14 février 1989, n° 86-17140, Non publié au Bull.
[894] Com., 2 mars 1993, n° 91-11393, Bull., IV, nº 81, p. 56, *D.*, 1993, IR., p. 81. ; G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 22.
[895] Paris, 18 mai 1977, *JCP*, 1978, II, n° 18877, note J.A.
[896] M. Douchy-Oudot, « Compétence », *op. cit.,* n° 150.

statut de dirigeant de société commerciale, qualité de commerçant [897]. De la même manière, le caractère commercial du contrat de cautionnement n'entraîne pas *ipso facto*, la qualité de commerçant pour le dirigeant[898].

Pour déterminer les critères d'accès au statut de commerçant, il convient au préalable, de distinguer les personnes physiques en principe non-commerçantes (a). Des personnes morales, par nature commerçantes (b).

a : Personnes physiques

La détermination de la qualité de commerçant donne lieu à un contentieux abondant. Compte tenu du caractère très extensif de la définition du commerçant, donnée par le Code de commerce. Ainsi, selon l'art. 1er du Code de commerce, parmi les personnes physiques exerçant une activité professionnelle, : « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle »[899].

Par ailleurs, la qualité de commerçant, doit s'apprécier à la date de conclusion de la convention[900]. La double-condition contenue dans la définition légale (exercer régulièrement des actes de commerce), peut caractériser la qualité de commerçant. Même en l'absence de formalité d'enregistrement. Il n'est pas ainsi pas suffisant, pour dénier à une personne la qualité de commerçant, de relever qu'elle n'est pas inscrite au Registre du commerce et qu'elle n'a pas accompli d'actes de commerce : les juges du fond doivent rechercher si, dans les circonstances

---

[897] Com., 10 février 1981, n° 79-15687, Bull., IV., n° 75, p. 59, *Gaz. Pal.*, 1981, 2e sem., juris., p. 475, note J. Dupichot. ; Aix en Provence, 15 mai 1979, Bull., 1979-2, n° 106. ; Paris, 10 février 1993, *JCP*, 1995, II, no 22438, p. 209-212, note Ph. Guez. ; Com., 25 mars 1997, n° 95-10430, Bull., IV, n° 79, p. 69.
[898] Paris, 17 mars 1987, *D.*, 1987, IR., p. 98. ; Paris, 10 juin 1987, *D.*, 1987, IR., p. 164 ; 2e Civ., 29 mars 1989, n° 88-10734, Bull., II, n° 86, p. 41. ; Com., 13 mai 1997, n° 94-20772, Bull., IV, n° 139 p. 124. ; Com., 2 mars 1993, n° 91-11393, Bull., IV, no 81, p. 56, *D.*, 1993, IR., p. 81. ; G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 22.
[898] Paris, 18 mai 1977, *JCP*, 1978, II, n° 18877, note J.A.
[898] M. Douchy-Oudot, « compétence », *op. cit.,* n° 150.
[898] Com., 10 février 1981, n° 79-15687, Bull., IV., n° 75, p. 59, *Gaz. Pal.*, 1981, 2e sem., juris., p. 475, note J. Dupichot. ; Aix en Provence, 15 mai 1979, Bull., 1979-2, n° 106. ; Paris, 10 février 1993, *JCP*, 1995, II, no 22438, p. 209-212, note Ph. Guez. ; Com., 25 mars 1997, n° 95-10430, Bull., IV, n° 79, p. 69.
[898] Paris, 17 mars 1987, *D.*, 1987, IR., p. 98. ; Paris, 10 juin 1987, *D.*, 1987, IR., p. 164. ; 2e Civ., 29 mars 1989, n° 88-10734, Bull., II, n° 86, p. 41. ; Com., 13 mai 1997, n° 94-20772, Bull., IV, n° 139 p. 124. ; Com., 8 novembre 1994, n° 93-14509, Bull., IV, n° 324, p. 265, *D.*, 1994, IR, p. 264.
[899] Com., 10 février 1981, n° 79-15687, Bull., IV., n° 75, p. 59, *Gaz. Pal.*, 1981, 2e sem., juris., p. 475, note J. Dupichot. ; Com., 11 mai 1993, n° 90-18893, Non publié au Bull., *Gaz. Pal.*, 1994, 2, pan. de la Cass., p. 199. ; G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.,* n° 23.
[900] Paris, 28 octobre 1992, *JCP E,* 1992, pan., d'actualité, p. 456, n° 1412, Juris-Data n° 022699.

de la cause, elle n'a pas acquis cette qualité[901].

Il a par ailleurs, été jugé qu'un boucher qui a cédé divers brevets d'invention ne pouvait se prévaloir de la clause attributive de compétence, insérée à l'acte dès lors qu'il n'a pas contracté à l'occasion de son commerce, mais en qualité d'inventeur [902]. Enfin, cette qualité ne pourra non plus, être attribuée au tiers, ayant accompli un seul acte, de nature commerciale[903].

b : Personnes morales

Le caractère commercial d'une société doit être constaté dès son immatriculation achevée[904]. Contrairement aux personnes physiques. Par voie de conséquence, une société ayant démarré ses activités, mais non encore immatriculées et en voie de l'être, n'aura pas le statut de commerçant[905]. Il en est de même d'une clause attributive de compétence opposée à une association qui, se bornant à organiser des voyages pour ses membres, n'a pas la qualité de commerçant[906], comme d'une clause opposée à un GIE (groupement d'intérêt économique) dont l'objet est civil[907].

En l'absence de cette condition, la clause sera nulle et de nullité absolue. Puisque la partie faible ne peut renoncer à cette protection, même si elle y a un intérêt économique[908]. Cette sanction est d'ordre public[909]. Cette absence de souplesse a été critiquée par un auteur qui estime que la loi aurait dû laisser à la partie non-commerçante se déterminer au mieux de ses intérêts[910].

---

[901] Com., 10 décembre 1991, n° 88-17057, Non publié au Bull. ; Com., 4 janvier 1994, n° 92-11654, Bull., IV, n° 1, p. 1, *JCP*, 1994, IV, p. 77. ; Com., 8 novembre 1994, n° 93-14509, Bull., IV, n° 324, p. 265, *D.*, 1994, IR, p. 264.
[902] Aix-en-Provence, 18 mai 1977, Bull., 1977-2, n° 194, *RTD civ.*, 1980, p. 610, obs. J. Normand. ; M. Douchy-Oudot, « compétence », *op. cit.*, n° 156.
[903] Com., 2 octobre 1985, n° 84-10156, Bull., IV, n° 227, p. 190. ; Ou intervenant au nom d'une société non encore immatriculée. V. Com., 25 mars 1997, n° 95-12018, Non publié au Bull.
[904] Art. L210-1 du C. com. qui prévoit que : « Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.
Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions ».
[905] Com., 8 novembre 1994, n° 93-14509, Bull., IV, n° 324, p. 265, *D.*, 1994, IR, p. 264.
[906] Paris, 31 mai 1989, *D.*, 1989, IR., p. 208.
[907] Paris, 11 juin 1997, n° 97/08237, Juris-Data n° 022096, *Rev. Procédures*, 1997, comm. 263, obs. H. Croze.
[908] 2e Civ., 13 juillet 2006, n° 03-15605, Non publié au bull. ; 2e Civ., 4 juillet 2007, n° 06-16140, Bull., II, n° 189, p. 161. ; 3e Civ., 4 juin 1980, n° 79-11781, Bull., III, n° 111, p. 83, *Gaz. Pal.*, 1980, 2e sem., juris., p. 767-770, note J. Dupichot. ; 2e Civ., 29 mars 1989, n° 88-10734, Bull., II, n° 86, p. 41.
[909] Com., 28 juin 1983, n° 82-12049, Bull., IV, n° 189, p. 1963.
[910] M. Douchy-Oudot, « Compétence », *op. cit.*, n° 153.

B : Conditions de fond tenant à la nature de l'acte

L'étude des conditions de fond, n'appelle aucune difficulté. Il suffit de préciser qu'en sus de la nécessité que les parties aient toutes, la qualité de commerçant, l'objet du contrat doit être lui-même à caractère commercial ou au moins professionnel. S'il est civil (par exemple, pour des besoins personnels ou familiaux [911]), y compris, si les parties sont toutes commerçantes, les clauses seront nulles car vues comme non écrites[912] .

Il en va tout autrement des actes dit « mixtes », lesquels induisent une confusion, y compris pour les juges du fond (a). Ce qui a engendré une contradiction de la loi, selon des auteurs (b).

a : La confusion entre la qualité de non-commerçant et les actes dit « mixtes »

En effet, ils ont parfois déduit la nature de l'acte, en fonction de la qualité du cocontractant non-commerçant. En clair, celui-ci étant civil, certaines décisions en ont conclu que l'acte était nécessairement mixte. D'autres décisions ont à l'inverse, déduit d'un acte commercial par nature, la qualité de commerçant d'une partie qui ne l'était pourtant pas.

C'est l'objet du contrat qui détermine la nature de l'acte. Et non la qualité des cocontractants. Un acte est donc soit, de nature commerciale ou professionnelle, soit de nature civile. De la sorte, si l'un des cocontractants n'est pas commerçant, l'acte ne peut pour cette seule raison, être qualifié de « mixte », même si la jurisprudence les qualifie ainsi, en refusant leur validité[913]. L'exclusion des actes passés entre un commerçant et un non-commerçant prévu par l'art.48, vise non pas la nature de l'acte, mais la qualité des cocontractants. Car un acte passé entre un commerçant et un non-commerçant, peut être commercial par nature. Dans ce cas, quel sera le régime juridique applicable au regard de l'art. 48 ? Faut-il considérer le statut des personnes ou celui de l'acte lui-même ?

C'est cette question qu'a tranchée la Cour de cassation dans une série d'arrêts,

---

[911] Aix-en-Provence, 18 mai 1977, Bull., 1977-2, nº 122.
[912] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 24.
[913] Com., 28 juin 1983, n° 82-12049, Bull., IV, n° 189, p. 163. ; 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 07-17788, Bull., I, n° 161, p. 152, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 336, obs. R. Perrot. ; *D.*, 2010, p. 1869, obs. X. Delpech. ; *RTD civ.*, 2010, p. 780, obs. B. Fages.

notamment celui du 10 février 1981[914]. À l'occasion de cet arrêt, la Haute-Cour sanctionne la Cour d'appel, ayant rejeté l'exception d'incompétence, au motif que la nature commerciale de l'acte, emportait pour son auteur, pourtant non-commerçant, la qualité de commerçant. La cassation est prononcée dans des termes particulièrement énergiques : « Attendu qu'en attribuant la qualité de commerçant à une personne accomplissant un acte isolé ayant caractère commercial, la Cour d'appel a violé textes susvisés [art. 1er C. com. et art. 48 du C.P.] »[915]. Aux termes de cette jurisprudence, seule la qualité de commerçant doit être recherchée, indépendamment de la nature des actes passés, qu'ils soient de nature commerciale ou civile. Ainsi un acte peut être commercial, par nature ou par accessoire, l'art. 48 ne s'appliquera pas dès lors qu'un des cocontractants n'a pas le statut de commerçant. Dans une autre espèce, un des cocontractants était un agent commercial. La Cour a rappelé que malgré l'adjectif « commercial », un agent commercial n'a pas la qualité de commerçant. Ici la Cour d'appel avait fait une application correcte de la loi, comme cela ressort du dispositif de l'arrêt : « Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que l'action avait été introduite par le mandant contre le mandataire, agent commercial, qui n'avait pas la qualité de commerçant, c'est à bon droit que la cour d'appel a déduit de ces seules constatations que l'exception d'incompétence soulevée devait être accueillie ; que le moyen ne peut être accueilli »[916].

b : La contradiction induite par l'exclusion des personnes non-commerçantes

Certains auteurs critiquent l'exclusion des personnes non-commerçantes de la capacité de conclure des clauses attributives de compétences territoriales. Ils y voient une contradiction : les personnes non-commerçantes, mais exerçant en qualité de professionnels, peuvent conclure des clauses de compétence territoriales au profit d'un arbitre, mais non d'un juge étatique. En effet la loi du 15 mai 2001, a ouvert à tout professionnel la possibilité de conclure un compromis d'arbitrage ou une clause compromissoire, de compétence territoriale. Pourvu qu'elles soient conclues à raison « d'une activité professionnelle » (art. 2061 du C. civ.)[917]. Or les garanties procédurales sont beaucoup plus faibles en matière d'arbitrage que de procès étatique. Ils en tirent le constat, - à juste raison - que la justification de l'exclusion des non-commerçants, tient

[914] Com., 10 février 1981, n° 79-15687, Bull., IV., n° 75, p. 59, *Gaz. Pal.*, 1981, 2e sem., juris., p. 475, note J. Dupichot.
[915] J. Dupichot, note sous Com., 10 février 1981, n° 79-15687, Bull., IV., n° 75, p. 59, Gaz. Pal., 1981, 2e sem., juris., p. 475.
[916] Com., 24 octobre 1995, n° 94-10661, Bull., IV., n° 258, p. 238.
[917] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 293.

moins au souci de protéger leurs intérêts qu'à celui de protéger l'ordre public. Il s'agit notamment d'éviter d'aggraver l'engorgement des tribunaux de la capitale, tout en assurant la survie de beaucoup de cabinets d'avocats situés hors de Paris et qui ne survivraient pas à un dépaysement massif vers Paris, des affaires relevant de leur spécialité[918].

Il convient toutefois de nuancer ces critiques, car il ne s'agit pas ici, de n'importe quel non commerçant, mais de professionnels aguerris, sans avoir le statut de commerçant, sont bien au fait du droit commercial et des risques commerciaux qu'ils prennent (à l'exemple de l'agent commercial). Permettre à des professionnels de conclure des clauses de compétence, de manière limitée, répond aussi à une nécessité économique pour eux. Pouvoir conclure des contrats commerciaux avec des commerçants.

C : Conditions de forme

Celles-ci relèvent aussi bien du siège de l'engagement de la partie à laquelle la clause est opposée (a), qu'à la nature de cet engagement, telle qu'elle ressort de l'art. 48 C.P.C. (b).

a : Localisation de la clause dans l'engagement des parties

Pour être valable entre commerçants, la clause attributive de compétence territoriale doit figurer « dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée » Cette disposition condamne toute clause extérieure et, par voie de conséquence, postérieure au contrat. C'est une modalité de preuve que la partie a qui elle est opposée l'avait acceptée[919].

Monsieur Normand rappelle qu'avant l'adoption de l'art. 48, la jurisprudence admettait la validité de clauses insérées dans des documents extérieurs, voire postérieurs au contrat. Ces clauses ne pouvaient remises en cause, qu'à la condition d'établir qu'elles étaient connues de la partie à qui elles étaient opposées. Ledit article ne vient donc que faciliter l'administration de la preuve ; l'engagement devant désormais être inscrit dans le contrat-cadre, et non plus dans des documents annexes ou postérieurs, sauf exception[920].

---

[918] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 115, p. 207.
[919] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 26.
[920] J. Normand, « Les clauses attributives de compétence territoriale convenues entre commerçants », *op. cit.*, p. 612.

b : Caractère très apparent de la clause

Perrot approuve une solution de la Cour de cassation, fondée au départ sur une ordonnance de référé, ayant débouté un demandeur pour cause de « clause peu apparente ». Ce demandeur en référé, ayant le statut de commerçant, entendait voir mise en œuvre, une clause attributive de compétence territoriale, dans le cadre d'un litige qui l'opposait à une autre partie, elle-même commerçante. L'ordonnance de référé, confirmée en appel a été ensuite approuvée par la Cour de cassation, au motif que les juges du fait, avaient souverainement établi, que l'existence de la clause n'était pas « très apparente » dans le contrat[921].

Dans le prolongement de ce qui précède, Monsieur Normand, souligne l'importance du degré de clarté de la clause, induite par le choix de l'adverbe « très ». Il précise en effet que l'art. 48 du C.P.C. ne fait que consacrer une jurisprudence établie de longue date en faveur de la partie faible. L'apport de l'art. 48 du C.P.C. consiste en un degré supplémentaire de sévérité, qu'induit précisément l'adverbe « très ». Cette sévérité assumée se retrouvant dans la jurisprudence émanant y compris, des juridictions du fond[922].

En droit égyptien, les parties peuvent convenir au préalable de déroger aux règles de compétence territoriale de façon expresse, avant de recourir au juge des référés. Cela peut également intervenir de façon implicite après avoir eu recours à un juge des référés incompétent territorialement, et ceci, parce que le défendeur ne soulève pas l'exception d'incompétence territoriale[923] de ce juge[924].

Au total, il apparaît que cette condition de « caractère très apparent » exigée par l'art. 48, a pour objet de protéger la partie faible, contre la mauvaise foi, dont a pu faire preuve son co-contractant, dans la jurisprudence abondante à ce sujet, ainsi en est-il de la clause insérée au verso des bons de commandes, surlignée en couleur, mais aux caractères trop illisibles pour répondre aux exigences de clarté posées audit article.

---

[921] 2e Civ., 7 juin 2012, n°11-13105, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 241, obs. R. Perrot.
[922] J. Normand, « Les clauses attributives de compétence territoriale convenues entre commerçants », *op. cit.,* p. 610-612.
[923] L'art. 108 du C.P.C.É.
[924] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 414, p. 805.

Si la clause est rédigée en caractères très apparents, il ne semble dès lors, pas nécessaire qu'y figure, la signature de la partie à laquelle, elle est opposée. En effet, exiger cette signature serait : ajouter une condition de forme supplémentaire non prévue par l'art. 48 du C.P.C. et contraire au principe du consensualisme, qui consiste à respecter la totale liberté des parties dans la présentation des documents contractuels [925]. C'est ce que la Cour de cassation a clairement souligné dans ses motifs en indiquant que : « mais attendu qu'abstraction faite du motif pertinemment critiqué par le pourvoi », en l'occurrence, la sanction par la cour d'appel de l'absence de signature de l'acheteur. Avant de ramener la Cour d'appel, à l'essentiel ; le respect des conditions posées par l'art. 48, lesquelles ne comportent pas l'exigence d'une signature. Ainsi : « justifie sa décision de rejet d'un contredit la Cour d'appel qui relève qu'une clause attributive de juridiction figurait au verso d'un bon de commande et était imprimée en caractères grisâtres et peu lisibles. Ainsi elle a constaté que les conditions de [l'art. 48 du C.P.C.] n'étaient pas réunies et que dès lors la clause devait être réputée non écrite »[926].

Le caractère de clarté exigé par l'art. 48, suppose aussi que qu'il n'y ait pas contrariété de clauses[927], ainsi, une jurisprudence bien établie écarte les clauses attributives de compétence dès lors qu'elles sont contredites par d'autres clauses de compétence qui ont été insérées dans les différents écrits de l'une des parties [928] ou de chacune des parties [929]. Lorsque cette contrariété oppose une clause compromissoire à une clause attributive de compétence[930], la jurisprudence donne prééminence à la clause compromissoire [931]. Sauf si elle est nulle, manifestement inapplicable, ou si la clause de compétence lui est antérieure[932].

En revanche, en présence de deux clauses attributives de compétence territoriales, la contrariété sera sanctionnée par une annulation. Ainsi, lorsque dans un contrat de vente, une

[925] G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n ° 25.
[926] Com., 30 novembre 1981, n° 80-12353, Bull., IV, n° 415, p. 329.
[927] D. Lebeau, « 160 : Compétence des tribunaux de commerce. –Clauses attributives de compétence », Juris-Classeur Procédure civile, Paris, LexisNexis, 2011, n° 13.
[928] Jugé par la cour d'appel de Paris qu' « En l'état de deux clauses contradictoires attributives de compétence comme désignant deux tribunaux différents figurant l'une sur le devis estimatif, l'autre sur la facture se référant expressément audit devis, leur incompatibilité rend nécessairement équivoque et incertaine l'acceptation alléguée de la première. Il convient, en conséquence, de faire application des règles de droit commun de compétence territoriale ». Paris, 18 janvier 1995, Juris-Data n° 020096. ; Com., 20 novembre 1984, n° 83-15956, Bull., IV, n° 313, p. 253, *JCP*, 1987, II, n° 20832, obs. A. Blaisse. ; 1re Civ., 28 mars 1995, n° 93-13237, Bull., I, n° 140, p. 100, *JCP*,1995, IV, n° 1321.
[929] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé,* t. II, *op. cit.*, n° 568, p. 624.
[930] Paris, 7 juin 1982, Juris-Data n° 026124, *D.* 1983, IR., p. 121, obs. B. Mercadal.
[931] 2e Civ., 18 décembre 2003, n° 02-13410, Bull., II, n° 393, p. 325.
[932] 1er Civ., 27 avril 2004, n° 01-13831 et n° 01-15975, Bull., I, n° 112, p. 91, *RTD civ.*, 2004, p. 770, obs. Ph. Théry. ; 1er Civ., 14 novembre 2007, n° 06-21629, Non publié au Bull.

clause des conditions générales du vendeur attribue compétence à un tribunal alors qu'une clause figurant dans les conditions d'achat de l'acheteur prévoit la compétence d'un autre tribunal, les deux clauses attributives étant inconciliables, elles ont pour effet de s'annuler. Il est fait application du droit commun [933].

L'art. 48 du C.P.C. a d'abord pour objet de protéger la partie faible n'ayant pas qualité de commerçant[934], mais aussi le commerçant. L'ordre public est aussi concerné car s'il faut, combattre les clauses abusives qui obligeraient les défendeurs à se déplacer, il convient également d'éviter la concentration d'un trop grand nombre d'affaires devant une seule juridiction. Les contrats ont en effet tendance à désigner la juridiction parisienne, ce qui aggrave son encombrement[935].

La portée de l'ordre public n'est cependant que relative, compte tenu des limitations apportées au pouvoir du juge, de se déclarer d'office incompétent (et donc de faire échec, de sa propre initiative, aux clauses qui attenteraient à l'ordre public). Le juge ne peut en effet décliner sa compétence que lorsqu'une partie invoque la nullité de la clause, pour cause d'illégalité, devant lui. Le nouveau texte de 1972, a quelque peu amélioré cette situation. Le juge peut désormais se déclarer d'office incompétent, mais uniquement lorsque la loi prévoit nommément que sa compétence territoriale est exclusive. Or il existe très peu d'hypothèses d'exclusivité de cette compétence. Selon certains auteurs, il eût mieux valu que la loi prévoie d'écarter toute clause en matière de compétence territoriale, dès lors que celle-ci était d'ordre public. En lieu et place d'opérer une distinction entre l'ordre public relatif (le juge ne peut agir qu'à la demande d'une partie), et l'ordre public absolu (dans de rares hypothèses, le juge peut agir d'office) [936].

Il faut enfin préciser que lorsqu'elle répond aux exigences posées par l'art. 48, la clause attributive de compétence territoriale, acquière une autonomie pleine et entière par rapport au contrat dont elle est issue. De telle sorte que l'annulation éventuelle du contrat n'atteindra pas la clause[937].

---

[933] Com., 20 novembre 1984, nº 83-15956, Bull., IV, nº 313, p. 253, *JCP*, 1987, II, nº 20832, obs. A. Blaisse. ; 1re Civ., 28 mars 1995, n° 93-13237, Bull., I, n° 140, p. 100, *JCP*,1995, IV, n° 1321. ; G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n° 26.
[934] Paris, 18 mai 1977, *JCP*, 1978, II, n° 18877, note J.A.
[935] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 114, p. 206-207.
[936] V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé,* t. II, *op. cit.*, n° 614, p. 662.
[937] 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 07-17788, Bull., I, n° 161, p. 152, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 336, obs. R. Perrot. ; *D.*, 2010, p. 1869, obs. X. Delpech. ; *RTD civ.*, 2010, p. 780, obs. B. Fages. ; D. Mazeaud, « Le rayonnement des clauses processuelles », *D.*, 2014, p. 121. ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 114, p. 206-207. ; M. Douchy-Oudot, « Compétence », *op. cit.*, n° 159.

Il en va tout autrement, lorsque la clause attributive de compétence territoriale, concerne un contrat international privé.

§2 : La validité des clauses attributives de compétence territoriale en droit international privé

En droit égyptien, selon l'art. 32 du C.P.C.É. les parties peuvent convenir d'attribuer la compétence aux tribunaux égyptiens. Alors qu'en droit français, il existe un principe général d'interdiction (sauf exception), des conventions en matière de compétence territoriale, sur le plan interne. Le principe est inversé en matière internationale. Ainsi, « le principe de prohibition des clauses attributives de compétence territoriale trouve cependant une limite lorsque le litige a un caractère international »[938]. La jurisprudence française considère que le texte de l'art. 48 du C.P.C. ne concerne que la compétence territoriale interne, mais ne saurait être applicable en matière de litiges internationaux [939]. Ce type de clause sera par exemple valable, en cas d'urgence. Ce principe a été conforté par la Cour de cassation française jugeant que : « lorsque l'urgence est établie ou que la sécurité des personnes ou la conservation de leurs biens est en péril, le juge des référés français est compétent pour ordonner toutes mesures de sauvegarde, même en l'état d'une clause attribuant compétence à une juridiction étrangère pour connaitre du fond du litige »[940].

Il existe cependant, une hypothèse générale qui rend les clauses attributives de compétence territoriale internationale, inopposables au juges internes. C'est lorsque la loi interne réserve la compétence territoriale à une juridiction interne (hypothèse de la compétence territoriale impérative). Ainsi que cela a été tranché par la cour de cassation française, jugeant que : « les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu'il s'agit d'un litige international et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française ; et [l'art. 48 du C.P.C.] doit s'interpréter en ce sens que doivent être exclues de la prohibition qu'il édicte les clauses qui ne modifient la compétence

[938] M. Douchy-Oudot, « Compétence », *op. cit.*, n°154. ; G. Cas et R. Bout, « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *op. cit.*, n ° 20.
[939] 1er Civ., 17 décembre 1985, n° 84-16338, Bull., I, n° 354, p. 318, *D.*, 1986, IR., p. 266. ; 1re Civ., 25 novembre 1986, n° 84-17745, Bull., I, n° 277, p. 265. ; Paris, 11 mars 1987, *D.*, 1987, IR., p. 90-91. ; Paris, 20 décembre 1989, *D.* 1990., IR., p. 29. ; Versailles, 8 avril 1993, *D.* 1993, IR., p. 154.
[940] 1re Civ., 17 décembre 1985, n° 84-16338, Bull., I, n° 354, p. 318. En l'espèce le juge des référés étranger avait déjà été saisi, et avait désigné un expert, d'où le moyen avait été déclaré non fondé par la Cour de cassation.

territoriale interne qu'en conséquence d'une modification de la compétence internationale »[941].

Concernant le critère du caractère « très apparent », un auteur ajoute qu'il ressort de cet arrêt que : « si l'art. 48 [du C.P.C.] ne fait pas obstacle en principe à la validité des clauses attributives de juridiction en matière internationale, il convient en revanche de maintenir dans tous les cas l'exigence qu'une telle clause ait été incontestablement connue de la partie à qui on l'oppose. […] En définitive, il semble en outre, [toujours selon l'auteur] que le principe de licéité formulé par l'art. 48 [du C.P.C.] (ou une condition analogue), […] soit en passe d'être érigé en règle matérielle de droit international »[942]. Ainsi la cour d'appel de Pau, a appliqué le critère de la clause « très apparente » pour écarter une clause insérée dans un contrat international. Il s'agissait en l'occurrence, de la clause insérée dans le contrat d'adhésion liant Facebook aux internautes possédant un compte Facebook. Celle-ci donnant compétence aux tribunaux américains. La cour d'appel a considéré ici que la clause devait être vue comme non écrite, car non apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée. Un auteur fait remarquer que la cour a appliqué l'art. 48, alors que la partie à qui elle opposée n'est pas commerçante, ni même un professionnel[943].

Cependant, la jurisprudence a jugé en sens contraire que les conditions nées de l'art. 48, étaient dans certains cas, inopérantes[944]. Au surplus, lorsque les conditions générales de validité d'un contrat sont absentes, la clause sera nulle. Ainsi, en l'absence de toute signature du sous-traitant, apposée au bas d'une clause d'attribution de compétence désignant une juridiction koweïtienne, celle-ci ne lui sera pas opposable. Même s'il est établi qu'il la connaissait parfaitement[945]. De la même manière, la clause sera vue comme non écrite, si le consentement de celui à qui on l'oppose n'est pas établi de manière irréfutable[946]. Il en sera de même pour toute action dirigée dans le cadre excédant le champ contractuel. Il a été ainsi jugé, par la CJUE, qu'une clause ne saurait être opposable à la victime, dans le cadre de son action directe contre l'assureur[947].

---

[941] 1re Civ., 17 décembre 1985, n° 84-16338, Bull., I, n° 354, p. 318, *D.*, 1986, IR., p. 266, note B. Audit. ; *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 537, note H. Gaudemet-Tallon.
[942] B. Audit, note sous 1re Civ., 17 décembre 1985, n° 84-16338, Bull., I, n° 354, p. 318, *D.*, 1986, IR., p. 266.
[943] C. Manara, note sous Pau, 23 mars 2012, n° 12/1373, *D.*, 2012, p. 1061.
[944] M. Douchy-Oudot, « Compétence », *op. cit.*, n° 158. ; 1re Civ., 17 février 2010, n° 08-12749 et n° 08-15024, Bull., I, n° 38, p. 36, *D.*, 2010, p. 588, obs. X. Delpech.
[945] 1re Civ., 28 mars 1995, no 93-14046, Non publié au Bull.
[946] CJUE 28 juin 2017, aff. C-436/16, Leventis, *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 236, note C. Nourissat.
[947] CJUE 13 juillet 2017, aff. C-368/16, Assens Havn, *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 235, note C. Nourissat.

Le principe de validité des clauses dans un contexte international étant acquis, sauf exception, il convient à présent, d'examiner la mise en œuvre de ce type de clauses selon leur degré de précision. Selon nous, lorsque les parties désignent une juridiction internationale, jusqu'à trois critères peuvent résulter de ce choix en fonction de la précision des clauses attributives de juridiction :

1- Le critère unique de l'internationalité, en l'absence de toute autre précision (c'est le cas si la clause se contente d'une désignation générale des juridictions d'un État[948]. Par exemple « les juridictions françaises »).

2- La superposition de deux critères. Lorsqu'au critère de l'internationalité, s'ajoute celui du tribunal du lieu précisément nommé (la clause désigne ici précisément la juridiction étrangère à laquelle, elle entend réserver la compétence territoriale. Par exemple, « une juridiction consulaire française »)

3- Le cumul de trois critères, si un troisième critère vient compléter les deux premiers ; exemple, la clause désigne clairement le tribunal compétent à raison de la matière. Par exemple, « le Tribunal de commerce de Paris ».

A contrario, en cas de silence des parties, les règles internes trouveraient à s'appliquer. Notamment par la procédure de renvoi ; ainsi, si les parties n'avaient pas désigné précisément la juridiction compétente (le Tribunal de commerce de Paris), mais s'étaient contentées de manière plus floue, d'invoquer « le Tribunal de Paris » ou le « tribunal de commerce ». Il conviendrait alors, en application du droit français, de désigner le tribunal matériellement et/ou territorialement compétent[949].

La validité d'une clause attributive de compétence territoriale interne ou internationale implique, en principe, qu'elle soit opposable.

---

[948] Jugé par la Cour de cassation française que : « la désignation globale des juridictions d'un État dans une clause de prorogation de compétence est licite, du moins si le droit interne de cet État permet de déterminer le tribunal spécialement compétent ». 1re Civ., 17 décembre 1985, n° 84-16338, Bull., I, n° 354, p. 318. ; Dans le même sens : Com., 19 mars 1991, n° 88-14068, Bull., IV, n° 115, p. 80.

[949] X. Delpech, « Validité de la clause attributive de juridiction dans un contexte international », *D.*, 2007, p. 314, n° 26, obs. sous 1re Civ., 9 janvier 2007, n° 05-17741, Bull., I, n° 5, p. 4.

Sous-section 2 : L'opposabilité des clauses attributives de compétence territoriale

Pour étudier l'opposabilité des clauses attributives de compétence territoriale, il convient d'aborder au préalable, leurs effets à l'égard du juge des référés (§1). Avant d'examiner l'étendue des pouvoir de celui-ci, de relever d'office son incompétence territoriale, en cas de méconnaissance de l'art. 48 du C.P.C. (§2).

§1 : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale à l'égard du juge des référés

La question qui se pose ici est celle savoir quelle est l'incidence sur la compétence territoriale du juge des référés d'une clause attributive de compétence rédigée de manière générale, ou concernant le juge du fond (A). Ou lorsque cette clause vise expressément la juridiction des référés (B).

A : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale visant la juridiction du fond, à l'égard du juge des référés

La question qui se pose ici est celle de savoir si, au cas où les parties ont conclu une clause d'attribution de compétence territoriale au fond, cette clause doit s'appliquer à la procédure de référé ?

Du point de vue de la doctrine française, selon Solus et Perrot, en principe, « toute prorogation conventionnelle valablement consentie au profit du tribunal de grande instance bénéficie de la même manière à son président »[950]. Autrement dit, si on applique le principe selon lequel le juge des référés compétent est l'émanation de la juridiction à laquelle il appartient, « une réponse affirmative semblait s'imposer. Mais spécialement dans un lieu déterminé, il est bien évident que l'application au référé de la compétence convenue dans la clause attributive de juridiction serait pratiquement et à tous égards très fâcheuse ; elle dépouillerait le juge des référés du lieu où la mesure conservatoire doit être prise et où la constatation doit être faite de la compétence territoriale que très logiquement et opportunément

[950] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1314, p. 1116.

lui reconnaît une jurisprudence solidement établie »[951].

Sous l'empire du l'ancien C.P.C., la jurisprudence[952] française a répondu à cette question, considérant que cette clause est inopposable au juge des référés, dès lors que le demandeur peut toujours saisir le juge des référés compétent, selon les règles de compétence territoriales[953] nonobstant l'existence d'une clause attributive de compétence[954]. En 1992, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait jugé que ces clauses ont un impact sur la compétence territoriale du juge des référés[955]. Six ans plus tard, elle est revenue sur sa position en décidant qu'« une clause attributive de compétence territoriale est inopposable à la partie qui saisit le juge des référés »[956]. Peut-on pour autant dire que cet « arrêt avait fondé cette solution sur une interprétation de la volonté des parties, en présumant qu'il avait été dans leurs intentions de faire échapper les mesures urgentes à l'application de la clause de compétence »[957] ? Notons toutefois, que l'arrêt indique que la clause est « inopposable » à la partie qui saisit le juge des référés. Il en résulte que les parties conservent la faculté de saisir le juge des référés conventionnellement choisi, si elles l'estiment opportun. Et à condition qu'aucune d'entre elles ne s'y oppose[958]. Une partie de la doctrine française conteste que cette jurisprudence « doive être transposée aux clauses attributives de compétence d'attribution »[959]. De leur côté, la doctrine et la jurisprudence égyptiennes n'ont point traité cette question.

En outre, il faut souligner que concernant la compétence territoriale du juge des référés dans le ressort duquel est né l'incident ou dans le ressort duquel les mesures urgentes doivent être prises. Il est toujours possible de saisir ce juge des référés, même si les parties sont convenues d'une clause attributive de compétence[960]. Et cela en raison de « la nécessité d'éviter

---

[951] *Ibid*., t. II, n° 613, p. 661.
[952] Req., 28 janvier 1919, *S*., 1921, 1re partie, p. 345, note A. T. ; Riom, 27 octobre 1938, *Gaz. Pal*. 1938, 2e sem., p. 826.
[953] V. *Supra*, p. 75-76.
[954] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit*., n° 1321, p. 1123.
[955] J. Heron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 403, p. 330. ; 2e Civ., 18 novembre 1992, n° 90-15914, Bull., II, n° 264, p. 131.
[956] 2e Civ., 17 juin 1998, n° 95-10563, Bull., II, n° 200, p. 118. ; V. aussi 2e Civ., 19 novembre 2008, n° 08-11646, Non publié au Bull.
[957] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit*., n° 1321, p. 1124.
[958] R. Perrot, obs. sous 2e Civ., 19 novembre 2008, n° 08-11646, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 77.
[959] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. et loc. cit.*
[960] 2e Civ., 19 novembre 2008, n° 08-11646, Non publié au Bull.

les déplacements, et donc les pertes de temps qui pourraient nuire à l'efficacité de la mesure »[961]. Ce principe a été déjà souligné en 1978 et 1992[962].

Cela explique sans doute pourquoi, ce type de clause (visant la juridiction du fond), est inopposable à la partie qui saisit le juge des référés, dans le cas où la clause désigne expressément la juridiction des référés[963].

B : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale visant expressément la juridiction des référés

La question qui se pose ici est la suivante : dans le cas où les parties ont conclu une clause attributive de compétence territoriale visant expressément la juridiction des référés, cette clause affecte-t-elle la compétence du juge des référés et celle du juge du fond ? La réponse doit être nuancée, il faut distinguer les effets de cette clause, respectivement à l'égard du juge des référés (a), et à celui du juge du fond (b).

a : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale visant expressément la juridiction des référés, sur la compétence du juge des référés

On sait qu'en droit français ainsi qu'égyptien, les parties disposent d'une option de compétence territoriale[964]. Ils peuvent saisir soit, le juge des référés émanant de la juridiction du fond saisi du litige, soit celui du lieu d'exécution des mesures sollicitées. Si la volonté des parties a été clairement d'inclure le juge des référés dans le champ d'application de leur clause, on devrait distinguer les effets par rapport ces deux juge des référés.

En premier lieu, concernant les effets sur la compétence du juge des référés émanant de la juridiction du fond saisi du litige, il conviendra de distinguer le régime juridique en vigueur en droit français et en droit égyptien. En droit français, « on devrait logiquement considérer que

[961] R. Perrot, obs. sous 2e Civ., 19 novembre 2008, n° 08-11646, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 77.
[962] Toulouse, 3 juin 1987, *D.* 1987, somm., p. 233, obs. P. Julien. ; Jugé aussi, en 1992 par la cour d'appel de Rouen que : « la clause attributive de juridiction est sans incidence en cas de saisine du juge des référés, notamment en application de l'art. 808, le législateur ayant nécessairement entendu, en instituant une procédure fondée sur l'urgence, que le juge saisi puisse être celui du lieu où les constatations doivent être faites et l'essentiel des mesures urgentes exécutées ». Rouen, 2 avril 1992, *JCP*, 1993, IV, n° 810, p. 91, Juris-Data n° 047885.
[963] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit*., n° 1321, p. 1124.
[964] V. *Supra,* p. 77-78.

le magistrat que désigne la loi devient incompétent au profit de celui que désigne la convention des parties »[965]. On notera cependant que : « la jurisprudence considère que la convention des parties ne déroge qu'à la compétence du juge des référés émanant de la juridiction du fond qui doit normalement connaître du litige »[966]. Alors qu'il apparaît dans la jurisprudence égyptienne[967], que les parties peuvent convenir de déroger aux règles de la compétence territoriale du juge des référés, prévues à l'art. 59 al. 1 du C.P.C.É.[968]. Cette convention s'impose au juge conventionnel choisi, et au défendeur[969]. Mais cette dérogation issue du droit égyptien, ne fait qu'ouvrir une option de compétence au demandeur, entre le juge conventionnel choisi et le juge des référés compétent au terme de l'art. 59 al. 1 du C.P.C.É. Cette solution a été énoncée par la Cour de cassation égyptienne lorsqu'elle a jugé que : « l'art. 62 du [C.P.C.É.], dispose que l'accord commun des parties conduit à attribuer la compétence territoriale au tribunal incompétent, mais celle-ci n'écarte pas la compétence du tribunal du domicile du défendeur, en principe compétent. Puisque cette compétence, comme la prévoit la note explicative, est la compétence de principe, et ne peut de ce fait, être annulée par convention de compétence territoriale désignant un autre tribunal. Le demandeur dispose donc d'une option de compétence entre le tribunal désigné par la convention et celui du domicile du défendeur »[970]. En conséquence en droit égyptien, lorsque le défendeur soulève l'exception d'incompétence territoriale du juge des référés conventionnellement choisi, il suffira à celui-ci de démontrer l'existence d'un accord exprès, entre les parties le désignant territorialement compétent, pour prendre les mesures provisoires[971].

En second lieu, concernant les effets sur la compétence du juge des référés, dans le ressort duquel est né l'incident ou dans le ressort duquel les mesures urgentes doivent être prises ; « il est constant en jurisprudence que la convention des parties n'a aucune portée à l'égard du [ce juge] ; celui-ci sera donc toujours compétent en dépit des termes de la convention des parties »[972]. Pour cette raison, certaines décisions sont allées plus loin, en

---

[965] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit*., n° 1321, p. 1123. ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 403, p. 330.
[966] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 294.
[967] TI du Caire, chambre des référés, 22 juillet 1980, n°1980/2980. ; TI du Caire, chambre des référés, 21 mai 1981, n°1981/1811.
[968] V. *Supra,* p. 77.
[969] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 414, p. 805.
[970] Civ.É., 1er juin 1998, n°3241/60, recueil de la jurisprudence, n° 114, p. 474. ; [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111112858.pdf (Consulté le 4/5/2017).
[971] TI du Caire, chambre des référés, 22 juillet 1980, n° 1980/2980. ; TI du Caire, chambre des référés, 21 mai 1981, n° 1981/1811.
[972] N. Cayrol, « Référé civil », *op.et loc. cit.*

jugeant la clause nulle, pour le motif tiré de l'atteinte à l'ordre public. Estimant qu'« une telle clause ne peut, en effet, être tenue pour valable, car elle paraît contraire aux règles d'ordre public qui président à une bonne administration de la justice »[973]. Cette solution s'explique par le souci d'éviter une centralisation du contentieux devant un juge peut-être fort éloigné du lieu où doivent être prises, les mesures imposées par l'urgence, au mépris des impératifs de rapidité et d'efficacité qui sont le propre du référé[974]. Jugé à cet égard, sous l'empire de l'ancien C.P.C., que : « l'attribution conventionnelle de compétence à un juge des référés unique pour tout le territoire français, est antinomique avec la notion de référé en ce qu'elle revient en définitive à supprimer cette procédure, et une telle clause, attentatoire à la notion de référé, est nulle et de nul effet, et doit être réputée non écrite […] Le juge des référés du lieu de l'accident peut désigner, en raison de l'urgence, un expert »[975]. Selon Hébraud : « C'est sur cette idée que la jurisprudence a fondé la compétence du juge du lieu où les mesures doivent être prises, et la maintient même en présence d'une clause attributive de juridiction. La Cour de Caen permet ainsi à l'acheteur d'un automobile, victime d'un accident qu'il impute à un vice de construction, de s'adresser, en vue d'expertises, au juge des référés de son domicile »[976]. Si la solution se justifie dans son principe, la sanction de l'annulation paraît cependant inutilement sévère, car ayant pour effet d'enlever tout libre arbitre aux parties. À l'égard d'une telle clause, il serait en effet plus judicieux de prononcer une inopposabilité en lieu et place d'une nullité ; avec cette conséquence que les parties conservent la faculté de saisir le juge des référés conventionnellement choisi, si elles l'estiment opportun[977].

Au total, « la compétence ainsi reconnue au juge réellement le plus proche de l'action n'exclut pas celle du juge de la convention. Les plaideurs disposent donc d'une option entre

[973] Tribunal de commerce de Niort (référés), 8 septembre 1958, *Gaz. Pal.*, 1959, 1er sem., juris., p. 66, *RTD civ.*, 1959, p. 151, obs. P. Hébraud. ; dans le même sens : TGI de Caen, 22 novembre 1962, *D.* 1963, juris., p. 164, *RTD civ.*, 1963, p. 396, obs. P. Hébraud.
[974] P. Hébraud., « Compétence du juge des référés du lieu de l'incident, en présence d'une clause attributive de juridiction », *RTD civ.*, 1959, p. 151. ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1321, p. 1124.
[975] TGI de Caen, 22 novembre 1962, *D.*, 1963, juris., p. 164, *RTD civ.*, 1963, p. 396 obs. P. Hébraud. ; Dans le même sens, V. Montpellier, 19 novembre 1931, Gaz. Pal., 1932, 1er sem., p. 100. : « Si, en principe, le juge appelé à statuer sur un référé doit appartenir à la juridiction qualifiée pour prononcer sur le fond, cette compétence n'exclut pas, pour les mesures urgentes, celle du juge dans le ressort duquel est né l'incident qui nécessite le recours. … Alors même que les parties auraient signé une clause attributive de juridiction au seul juge des référés du tribunal du domicile du vendeur ».
[976] P. Hébraud, « Référé ; conditions de recevabilité et pouvoirs du juge », *RTD civ.*, 1963, p. 396.
[977] P. Hébraud., « Compétence du juge des référés du lieu de l'incident, en présence d'une clause attributive de juridiction » *RTD civ.*, 1959, p. 152. ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1321, p. 1124.

les deux »[978]. Cette solution est conforme à l'esprit de la jurisprudence de la Cour de cassation égyptienne[979].

En résumé, la compétence du juge des référés du lieu de l'incident, (où les mesures urgentes doivent être prises), est insusceptible d'être dérogée par une convention d'attribution de compétence. Autrement dit, une telle clause attributive de compétence territoriale n'aura pas pour effet de rendre « le juge du lieu » incompétent. Le demandeur pouvant saisir soit le juge des référés du lieu où est né l'incident, soit celui du lieu dans le ressort duquel doivent être prises les mesures qui lui sont demandées, soit le juge des référés conventionnellement choisi.

Il en va de même en droit international et européen. Ainsi lorsqu'un juge des référés, est conventionnellement désigné sur la base de l'art. 17 de la Convention de Bruxelles, il peut fonder ses ordonnances de mesures conservatoires ou provisoires, tirées du droit français. Écartant le droit européen, pourtant conventionnellement choisi, sur la base de l'art. 24 de cette convention ; y compris au regard de l'exigence d'effectivité. En clair, même si un juge étranger est mieux placé pour prescrire les mesures sollicitées[980]. Ainsi dans un litige, opposant un fabricant de bouteilles italien et un viticulteur français, la cour d'appel d'Orléans, a retenu la compétence du juge français, pour ordonner des mesures provisoires. Alors que le verrier italien contestait la compétence du juge des référés de Tours, pourtant conventionnellement désigné. Au motif qu'un juge italien eût été mieux placé pour le faire[981].

b : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale visant expressément la juridiction des référés, sur la compétence du juge du fond

Selon, Monsieur Cayrol en l'absence de stipulations précises, l'on doit s'interroger sur la portée des prorogations de compétence territoriale du juge des référés à l'égard du juge du fond : plus précisément, celles-ci porte-t-elles aussi, dérogation à la compétence de la juridiction du fond dont émane le juge des référés ? En pratique, : « vouloir plaider devant le juge des référés de Tours permet-il de présumer que, si l'affaire doit aller au fond, la juridiction

[978] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 270.
[979] Civ.É., 1er juin 1998, n°3241/60, recueil de la jurisprudence, n° 114, p. 474, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111112858.pdf (Consulté le 4/5/2017).
[980] B. Ancel, « Des pouvoirs du juge des référés saisi par l'effet d'une clause attributive de juridiction pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 326.
[981] Orléans, 7 novembre 2002, *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 326, note B. Ancel.

de fond de Tours sera, elle aussi, territorialement compétente ? Une telle présomption serait un hommage à l'autonomie de la volonté »[982]. Si on ne peut répondre par l'affirmative de manière péremptoire, rien ne permet non plus, de présumer qu'il avait été dans l'intention des parties, de faire échapper la compétence de la juridiction de fond légalement compétent, dans une instance ultérieure. Ainsi que l'a illustré un arrêt de la Cour de cassation jugeant que : « l'instance de référé étant distincte de l'instance au fond, une cour d'appel retient justement que le fait pour une partie de ne pas invoquer une clause attributive de compétence dans le cadre d'une instance de référé, ne manifestait pas la volonté non équivoque de cette partie de renoncer à s'en prévaloir dans le cadre d'une instance ultérieure au fond, quand bien même les deux instances concerneraient le même litige »[983].

Lorsque les clauses de prorogation de compétence territoriale affectent la compétence du juge des référés, celui-ci peut voire, devra dans certains cas, soulever d'office son incompétence.

§2 : L'étendue des pouvoirs du juge des référés de relever d'office son incompétence territoriale en cas de méconnaissance de l'art. 48 du C.P.C.

L'efficacité des clauses attributives de juridiction repose nécessairement sur l'étendue des pouvoirs du juge, de relever d'office son incompétence territoriale. Ceux-ci ont une incidence à un double titre :

D'une part, cette obligation vise les matières où la loi le prescrit expressément, en dépit d'un commun accord des parties. Comme en matière d'injonction de payer devant le président du TGI. L'art. 1406 al.1 du C.P.C. lui commande de soulever son incompétence territoriale et l'art. 1406 al. 2 et 3, du C.P.C. précise que : « le juge territorialement compétent est celui du lieu, où demeure le ou l'un des débiteurs poursuivis. Les règles prescrites aux alinéas précédents sont d'ordre public. Toute clause contraire est réputée non écrite. Le juge **doit** relever d'office son incompétence... ». Jugé a cet égard par la 2ème chambre civile de la cour de cassation qui écrit : « selon l'article 2 du Décret du 28 août 1972 relatif au recouvrement de certaines créances [(devenu l'art. 1406)], la demande doit être portée devant le juge du domicile

[982] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 294.
[983] Com., 28 mai 1991, n° 89-19683, Bull., IV, n° 189, p. 134.

du débiteur ; elle est de la compétence exclusive de ce juge nonobstant toute clause attributive de juridiction et tout autre juge doit se déclarer d'office incompétent ; la présence du défendeur à l'audience d'un tribunal incompétent et le fait qu'il ait fourni des explications sur le fond du litige ne peut pas faire admettre qu'il ait accepté la compétence de ce tribunal dans des conditions qui ne lui permettraient plus de remettre en cause cette compétence ; cassation de la décision du tribunal de commerce Marennes qui aurait dû, même d'office, se déclarer incompétent au profit du tribunal de commerce de Paris »[984].

D'autre part, le juge a le pouvoir de relever d'office son incompétence territoriale, dans les matières relatives à l'état des personnes, et dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction[985]. Il en résulterait que « toute convention de prorogation risque d'être tenue en échec par le juge s'il décide d'invoquer sa propre incompétence »[986]. Au surplus, en cas de nullité de la clause, consécutive à la méconnaissance de l'art. 48 du C.P.C., le juge saisi qui a été conventionnellement choisi peut relever d'office son incompétence, si le défendeur fait défaut[987]. Et cela, « quelque soit le caractère, d'ordre public ou d'intérêt privé, de la règle méconnue »[988].

Selon Solus et Perrot, ces restrictions limitant le pouvoir du juge enlèvent toute efficacité aux sanctions frappant les clauses qui violent l'ordre public. En effet, celles-ci, resteront lettre morte, tant que la partie à laquelle est opposée une clause illégale, s'abstiendra d'en soulever la nullité, devant le juge[989]. Il est pour cette raison, fâcheux que celui-ci ne puisse soulever d'office son incompétence. Ainsi, une clause même frappée d'une illégalité d'ordre

---

[984] 2e Civ., 8 décembre 1977, n° 76-14925, Bull., II, n° 235, p. 171.

[985] Puisque, l'art. 77 du C.P.C. reconnaît expressément au juge le pouvoir de relever d'office son incompétence territoriale en ce cas. ; V. *Supra,* p. 89-90 .

[986] V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit*., n° 614, p. 662-663. ; J. Normand, « Les clauses attributives de compétence territoriale convenues entre commerçants », *op. cit.*, p. 612-613.

[987] Jugé par la Cour de cassation française qu': « en vertu de [l'art. 93 du C.P.C. (devenu l'art. 77)], le juge peut relever d'office son incompétence territoriale si le défendeur ne comparaît pas. En application de [l'art. 48] du même code, la clause d'un contrat conclu entre commerçants qui déroge aux règles de compétence territoriale n'est valable que si elle figure de façon très apparente audit contrat. A légalement justifié sa décision rejetant le contredit formé à la suite d'un jugement d'un Tribunal de commerce se déclarant d'office incompétent territorialement, la Cour d'appel qui a énoncé souverainement que ne répondait pas à l'exigence de [l'art. 48 du C.P.C.] la clause imprimée au verso non paraphé du bon de commande dans un texte contenant les conditions générales de vente et comportant un grand nombre de lignes écrites en petits caractères avec des renvois, de telle sorte qu'une lecture rapide laissait entendre que le vendeur voulait essentiellement exclure les juridictions des pays étrangers et celles des territoires d'Outre-mer ». 2e Civ., 20 février 1980, n° 78-14437, Bull., II, n° 37, p. 27, *JCP*, 1980, IV, p. 173-174.

[988] J. Normand, « Les clauses attributives de compétence territoriale convenues entre commerçants », *op. cit.*, p. 613.

[989] V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, n° 614, p. 663.

public, peut s'appliquer, si le défendeur comparaît (et s'abstient de soulever l'exception), et en dehors des autres cas (litiges relatifs à l'état des personnes et hypothèses de compétence exclusive du juge). Ce qui a fait dire à ces auteurs, que le législateur de 1972, a pêché par manque d'inspiration, en n'ayant pas décidé, que le juge pouvait relever d'office son incompétence, toutes les fois où une clause méconnaissait l'ordre public[990]. D'autant plus, ajoute Monsieur Normand, que les juges sont dans leur majorité hostiles à ce type de clauses et manifestent aujourd'hui leur ferme résolution à les sanctionner sévèrement, lorsqu'ils en ont la possibilité[991].

En définitive, une clause même illégale, peut être appliquée, si le défendeur, de manière volontaire ou non, s'abstient de soulever l'exception d'incompétence, en temps utile[992]. Lorsqu'elle la soulève, et en dehors des cas prévus à l'art. 77 du C.P.C., seul le défendeur « non commerçant est habilité à se prévaloir de l'inanité de la clause dérogatoire, puisque [l'art. 48 du C.P.C.] a pour seul but de protéger le non-commerçant »[993]. Il en est de même pour le défendeur commerçant, lorsque la clause n'est pas très apparente. Les parties ne peuvent pas reprocher au juge de ne pas avoir soulevé l'incompétence[994], puisqu'il s'agit ici d'une simple faculté[995]. En outre, elles doivent invoquer la clause relative à la compétence, *in limine litis* et simultanément avec les autres exceptions de procédure, car sa source contractuelle n'occulte pas sa qualification d'exception de procédure[996].

Il reste encore à aborder l'incidence de la convention d'arbitrage sur la compétence du juge des référés.

---

[990] *Ibid.*
[991] J. Normand, « Les clauses attributives de compétence territoriale convenues entre commerçants », *op. cit.*, p. 613.
[992] P. Julien, note sous 3e Civ., 16 mai 1979, *D.*, 1980, IR., p. 49. ; N. Alhoti, *Les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil en première instance. Étude comparative entre le droit français et koweitien, op.cit.*, p. 197.
[993] A. (J.), note sous Paris, 18 mai 1977, *JCP*, 1978, II, n° 18877.
[994] Ce n'est pas une obligation. V. *Supra,* p. 89-90.
[995] J. Normand, « Les clauses attributives de compétence territoriale convenues entre commerçants », *op. et loc. cit.*
[996] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 115, p. 207.

Chapitre II
La convention d'arbitrage [997]

L'objectif sera ici d'étudier les effets d'une convention d'arbitrage, sur la compétence du juge des référés, aussi bien, en droit français, égyptien, que koweïtien (section 2). Cela, après avoir tenté de cerner la notion de convention d'arbitrage (section 1).

Section 1 : La notion de convention d'arbitrage

L'arbitrage est un des modes alternatifs de règlement des litiges[998], les plus connus. Elle consiste aussi en une juridiction privée, à laquelle les parties peuvent légalement avoir recours, lorsqu'elles le souhaitent, et lorsque la loi le permet[999]. Les arbitres se substituent dès lors, et en toute légalité aux juges de l'État. Les arbitres rendent des véritables décisions juridictionnelles, que l'on appelle sentences arbitrales, et ayant es-qualité, l'autorité de la chose jugée[1000]. Les législateurs koweïtien et égyptien ont sur le modèle du droit français, introduisent dans leur droits, la possibilité d'avoir recours à des juges privés, en lieu et place des juges étatiques[1001].

L'arbitrage ainsi défini, pose immédiatement la question des formes qu'elle peut emprunter (sous-section 1), ainsi que celle de la répartition des compétences entre les juridictions étatiques et les juridictions d'arbitrales. D'où l'importance de cerner la qualification du moyen tiré de la présence d'une convention d'arbitrage, en l'occurrence, l'exception d'arbitrage[1002] (sous-section 2).

---

[997] V. J.-L. De Grandcourt, « Les compétences respectives du juge des référés et de l'arbitre international », in. Y. Loussouarn, *L'internationalisation du droit,* Paris, Dalloz, 1994, p. 203 - 217.
[998] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, 2e éd., Koweït, Dar Alkitab, 2012, la note de bas de page n° 3, p. 153.
[999] O. Pomiès, *Dictionnaire de l'arbitrage*, préf. J. Paillusseau, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 31.
[1000] l'art. 1484 du C.P.C. ; l'art. 53 du Code de la preuve koweïtien. ; l'art. 55 de la loi égyptienne n° 27 du 21 avril 1994 relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale.
[1001] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 14.
[1002] Cette appellation « l'exception d'arbitrage » a été utilisé par la Cour de cassation française : V. 1re Civ., 12 novembre 2009, 09-10575, Non publié au Bull. ; 1re Civ., 24 juin 2015, 14-14448, Non publié au Bull. ; Et également par la doctrine : M. Mboucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, th. Nice, 2011, n° 43, p. 55. ; A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage,* Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2013, p. 286-297.

Sous-section 1 : Les formes de la convention d'arbitrage

L'étude comparative des trois systèmes, fait par ailleurs, apparaître, deux grandes formes de conventions d'arbitrage, lorsque les parties entendent avoir recours à l'arbitrage.

Elles peuvent soit le prévoir par avance dans le contrat ; on parle alors de clause compromissoire. Le C.P.C. définit ainsi la clause compromissoire comme la convention par laquelle, les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage, les litiges qui pourraient naître de ce ou ces contrats[1003].

Soit ne choisir d'y recourir, qu'après la survenue d'un litige qui n'a pas été anticipé ; c'est l'hypothèse du pacte compromis. Ici contrairement à la clause compromissoire, la convention d'arbitrage est conclue une fois le litige né[1004].

Là encore, le droit koweïtien a adopté le même régime juridique et prévoit lui aussi, qu'il est possible de conclure une convention d'arbitrage, avant ou après la naissance d'un litige. Comme l'atteste l'alinéa 1, de l'art. 113 du C.P.C. koweïtien[1005]. Il stipule qu'« il est possible de convenir de l'arbitrage dans un litige donné, de même qu'il est possible de convenir de l'arbitrage dans tous les différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat donné ». Une partie de la doctrine koweitienne estime qu'il ressort de ce texte que l'arbitrage pourra revêtir les deux figures adoptées par le C.P.C. à l'art. 1442[1006]. Analyse qui a été validée par les décisions de la jurisprudence koweitienne[1007].

Définition légale, reprise aussi par le législateur égyptien, à l'art. 10 de la loi n° 27, du 21 avril 1994 relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale[1008].

[1003] L'art. 1442 du C.P.C. ; V. 1re Civ., 23 septembre 2015, n° 14-22149, Non publié au Bull., *Rev. Arb.*, 2015, p.1225-1226.
[1004] L'art. 1442 du C.P.C.
[1005] A. Alenezi, *L'arbitrage et l'urgence en droit française et en droit koweïtien*, Mémoire de master 2, Université Jean Moulin « Lyon 3 », 2016, p. 7.
[1006] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 62. ; S. Alrakf, *L'arbitrage en droit koweïtien*, Mémoire de master 2, Université des États Arabes, le Caire, 2004, p. 64-65.
[1007] Com.K., 17 mai 2001, n° 740/2001.
[1008] L'art. 10 prévoit que « La convention d'arbitrage est une convention par laquelle les deux parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage pour résoudre tout ou partie des litiges [...] La convention d'arbitrage peut être antérieure à la naissance du litige […] La convention d'arbitrage peut aussi être conclue après la naissance du litige». ; [En ligne], loi n° 27 du 21 avril 1994 relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale, Disponible en langue français sur : http://www.jus.uio.no/lm/egypt.l_arbitrage.civile.et.commerciale.loi/doc.html (consulté le 01/12/2017).

Sous-section 2 : La nature juridique de l'exception d'arbitrage

Elle fait encore l'objet d'une controverse. En effet, elle est vue, par certains auteurs et praticiens, comme une fin de non-recevoir, et par d'autres, comme une exception d'incompétence, ou encore, comme un incident procédural d'une autre nature (§1). Cette question n'est pas que de pure forme, car ayant des conséquences pratiques, sur l'exercice de l'exception d'arbitrage (§2). Ainsi que sur la prescription de l'action[1009], puisque selon la Cour de cassation française, « la règle qui donne effet interruptif de la prescription à la saisine d'un juge incompétent ne relève pas de la conception française de l'ordre public international et que la convention d'arbitrage déroge nécessairement à cette règle, de sorte que la saisine d'un tribunal de commerce qui n'avait pas pouvoir de juger [(en raison de la convention d'arbitrage)] n'avait aucun effet sur la prescription de l'action »[1010].

Cette solution jurisprudentielle est cependant vouée de manière certaine, à être abandonnée, car pour la Cour de cassation, il ne s'agit plus d'une question de pouvoir juridictionnel. Mais bien d'une exception d'incompétence[1011].

§1 : La controverse sur la qualification du moyen tiré de la présence d'une convention d'arbitrage (l'exception d'arbitrage)

Les désaccords persistent en effet, quant à la qualification du moyen tiré de la présence d'une convention d'arbitrage. S'agit-il d'une exception d'incompétence ou d'une fin de non-recevoir[1012] ? Autrement dit, la partie qui invoque une convention d'arbitrage devant la juridiction étatique, conteste-t-elle le pouvoir juridictionnel de celle-ci, ou affirme-t-elle simplement, que la juridiction saisie, en l'occurrence étatique, n'était pas la bonne[1013] ?

[1009] Laquelle est interrompue par la saisine d'une chambre arbitrale, puisque la demande d'arbitrage conforme à la clause compromissoire est assimilable à une citation en justice. V. 2e Civ., 11 décembre 1985, n° 84-14209, Bull., n° 195, p. 131, *JCP*, 1986, II, n° 20677, note J.-J. Taisne.

[1010] 1re Civ., 30 juin 1998, n° 96-13469, Bull., I., n° 227, p. 157, *Rev. Arb*., 1999, p. 80-85, note critique M.-L. Niboyet. ; V. également, Ph. Théry, « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *RTD civ*., 2010, p. 808.

[1011] 1re Civ., 3 février 2010, n° 09-13618, Bull., I, n° 31, p. 28, *Rev. Arb.,* 2010, p. 495-502 note P. Callé. ; 1re Civ., 14 avril 2010, n° 09-12477, Bull., I, n° 96, p. 88, *RJ com*., 2012, p. 52, obs. B. Moreau. ; *Rev. Arb*., 2010, p. 495-502 note P. Callé. ; *Dr. et proc.,* 2011, p. 14-16, obs. A. De Laforcade.

[1012] J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage,* 1re éd., Paris, P.U.F., 2016, n° 302, p. 231.

[1013] Th. Théry, note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Rev. Arb*., 2002, p. 376.

L'évolution de la notion d'exception d'arbitrage et les hésitations jurisprudentielles : du défaut de pouvoir juridictionnel à l'exception d'incompétence en passant par l'exception de procédure. Les cas français et koweïtien d'une part et égyptien de l'autre.

L'exception d'arbitrage constitue une dérogation, aux règles qui gouvernent les exceptions d'incompétence, qui s'appliquent aux juridictions étatiques. Cette dérogation découle du caractère privé des intérêts visés par la convention d'arbitrage[1014]. Celle-ci ayant pour objet de faire légalement obstacle à la juridiction de l'État pour juger le litige[1015], à condition cependant qu'une des parties la soulève[1016].

Se pose dès lors, la question de sa nature : est-elle une fin de non-recevoir ou une exception d'incompétence ? autrement dit, est-elle fondée sur un défaut de pouvoir juridictionnel, ou sur une incompétence ?

La jurisprudence de la Cour de cassation française a pendant longtemps manqué de lisibilité. Ainsi, pour qualifier l'exception tirée d'une exception d'arbitrage la première chambre civile s'était clairement prononcée en faveur du « pouvoir de juger » au lieu d'une « incompétence ». Reprenant ainsi la terminologie de Motulsky, qui parlait de défaut de pouvoir juridictionnel[1017], conformément à la règle selon laquelle : « chaque juridiction n'exerce ce pouvoir qu'en un domaine et une aire géographique préétablis »[1018]. Or, le tribunal arbitral dispose jusqu'à une certaine limite du même pouvoir de trancher un litige, qu'un juge étatique. La Cour de cassation française aurait dû, dès lors, en tirer toutes les conséquences, en appliquant la fin de non-recevoir. Elle le qualifie pourtant d'« exception de procédure », et non d'« exception d'incompétence ».

[1014] J. Alshameri, « Le rôle des juridictions dans la mise en œuvre de l'arbitrage », *Rev. de l'institut judiciaire*, Institut des études judiciaires et juridiques du Koweït, 2008, 7e année, n° 16, décembre, p. 43. ; V. Com.K., 28 septembre 2005, Commercial/2, n° 66/2004.

[1015] A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage, op. cit.*, p. 247 et 279.

[1016] K. Abdulhamed, « Le domaine du pouvoir obligatoire de la convention d'arbitrage », *Rev. de l'institut judiciaire*, Institut des études judiciaires et juridiques du Koweït, 2008, 7e année, n° 16, décembre, p. 16.

[1017] H. Motulsky, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », *JCP*, 1954, I, n° 1194. ; H. Motulsky, « Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale », *JCP*, 1957, I, n° 1383. ; H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, Paris, Dalloz, 2010, n° 10, p. 215-216. ; H. Motulsky, obs. sous 2e Civ., 20 juin 1957, n° 7.209, Bull., II, n° 459, p. 300, *JCP*, 1958, II, n° 10773.

[1018] Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de droit international privé,* th. Paris II, 1981, p. 10, nº 10.

La deuxième chambre civile a à son tour adopté la notion d'« exception de procédure »[1019], alors qu'elle évoquait jusque là « l'exception d'incompétence »[1020], ce qui nous semblait inapproprié[1021]. Ce faisant, deuxième chambre civile a fait ici application de l'art. 74 du C.P.C. En l'espèce, le demandeur en cassation avait fondé son moyen de défense sur l'argument selon lequel : « le moyen tiré de l'existence d'une clause compromissoire (…) constitue une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence (…) ». La Cour a rejeté le pourvoi en jugeant nettement que : « l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure »[1022]. Cette jurisprudence se fonde sur l'art. 1458 (actuellement 1448) du C.P.C. qui prévoit expressément l'incompétence. Par ailleurs, concernant la mise en œuvre d'une exception d'arbitrage, lorsqu'un juge étatique est saisi d'un litige pour lequel une clause compromissoire existe, il doit en principe décliner sa compétence[1023]. Au surplus, l'art. 81 du C.P.C. (ancien art. 96), stipule que : « lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir »[1024].

Certains auteurs approuvent cette solution[1025]. Au motif que le moyen tiré de l'existence de la clause compromissoire ne pouvait être assimilé à une fin de non-recevoir. Celle-ci sanctionne un défaut de droit d'agir. Certes l'exception d'arbitrage affecte le droit d'action devant le juge étatique, mais pas devant le juge arbitral, par ailleurs, seul habilité à l'examiner[1026]. Si la convention d'arbitrage, écarte la compétence de l'ensemble des juridictions étatiques, elle ne saurait pour autant faire naître une fin de non-recevoir, qui supposerait que même l'arbitre serait incompétent. Au total, il ne s'agit pas d'une fin de non-recevoir, mais

---

[1019] 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116.
[1020] 2e Civ., 17 janvier 1996, n° 93-18361, Bull., II, n° 3, p. 2, *Rev. Procédures*, 1996, comm. no 70, obs. R. Perrot. ; *Rev. Arb*., 1996, p. 620-624, note L. Cadiet.
[1021] V. (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 193.61, p. 754. ; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, n° 302, p. 232.
[1022] 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *RTD com.*, 2002, p. 46, note É. Loquin. ; *Dr. et proc*., 2002, p. 108-110, obs. M. Douchy. ; *Rev. Arb*., 2002, p. 371-377, obs. Ph. Théry. ; *JCP*, 2002, II, 10174, p. 2024-2028, note C. Boillot. ; *Rev. Procédures*, 2002, comm. no 1, obs. R. Perrot.
[1023] Ph. Théry, « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *op. cit*., p. 808.
[1024] V. *Supra,* p. 70-71. ; (Dir.) B. Moreau, « Arbitrage en droit interne », *RÉP. PR. CIV.*, 2017, n° 176. ; H. Motulsky, obs. sous 1re Civ., 17 octobre 1956, *JCP*, 1956, II, n° 9647.
[1025] É. Loquin, « L'exception d'incompétence du juge étatique tirée de l'existence d'une clause compromissoire est une exception de procédure et non une fin de non-recevoir », *RTD com.*, 2002, p. 46, note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116.
[1026] *Ibid*.

simplement de l'effet négatif de la convention d'arbitrage qui est de retirer la compétence à la juridiction étatique, pour l'attribuer au tribunal arbitral[1027].

Cependant, la majorité de la doctrine française s'oppose à la conception jurisprudentielle de l'exception d'incompétence. Une doctrine majoritaire[1028] estime que, le juge étatique n'est pas à proprement parler incompétent, mais simplement dépourvu de pouvoir juridictionnel, ce qui devrait aboutir à une fin de non-recevoir[1029]. Car lorsque qu'elle est valable, la clause compromissoire, donne à l'arbitre tout pouvoir de trancher les litiges, comme le juge étatique[1030]. Selon ces représentants, la jurisprudence « applique la sanction d'exception de procédure alors même qu'il ne s'agit pas *stricto sensu* d'un problème de compétence »[1031]. Plus généralement, la doctrine regrette la tendance de la jurisprudence qui la conduit à : « malheureusement, [….] appliquer parfois une exception de procédure à des hypothèses qui ne relèvent pas de l'incompétence »[1032].

En droit koweitien[1033] (comme en droit français[1034]), l'exception tirée de la présence d'une convention d'arbitrage est une exception d'incompétence. Ici la loi le stipule clairement. Cependant, la Cour de cassation du Koweït, considère le moyen tiré de la présence d'une convention d'arbitrage, comme une exception d'incompétence juridictionnelle[1035]. Laquelle consisterait ici en un défaut du pouvoir juridictionnel. Mais que le juge ne pourrait pas relever d'office, et que les parties devront soulever sous forme d'exception de procédure[1036].

[1027] K. Alamirah, *Les principes du droit de l'arbitrage privé koweïtien « étude comparative avec les droits de l'arbitrage égyptien et français »,* 1re éd., Koweït, Dar Alkitab, 2016, p. 127.
[1028] V. par ex. M. Douchy, obs. sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116. ; P. Callé note sous 1re Civ., 3 février 2010, n° 09-13618, Bull., I, n° 31, p. 28, et 1re Civ., 14 avril 2010, n° 09-12477, Bull., I, n° 96, *Rev. Arb.*, 2010, p. 495-502.
[1029] P. Ancel et M. Cottin, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D,* 2003, p. 1386.
[1030] C. Boillot, « Exceptions et fins de non-recevoir - De l'efficacité des clauses compromissoires ? à celle des clauses de médiation et de conciliation », *JCP*, 2002, II, n° 10174, p. 2028.
[1031] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 96, p. 188.
[1032] *Ibid.*, n° 116, p. 208.
[1033] L'art. 173 al. 4 du C.P.C.K. ; Civ.K., 11 octobre 2004, n°18/2004. ; J. Alshameri, « Le rôle des juridictions dans la mise en œuvre de l'arbitrage », *op. et loc. cit*.
[1034] L'art. 1448 al. 1 du C.P.C. ; V. N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 123.
[1035] Com.K., 4 novembre 1996, n° 132/1996.
[1036] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 178-179.

En droit égyptien, elle est désormais vue, comme une fin de non-recevoir[1037]. Après là encore des hésitations jurisprudentielles, entre les deux conceptions. En effet, avant la loi égyptienne n° 27, du 21 avril 1994 relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale, la Cour de cassation égyptienne avait d'abord qualifié ce moyen de fin de non-recevoir[1038]. Avant de se prononcer pour l'exception d'incompétence, laquelle doit être soulevée comme une exception de procédure[1039].

Une partie de la doctrine égyptienne[1040], approuve cette règle législative, reprenant à son compte, l'analyse de la doctrine française. Lorsque le défendeur soulève l'exception d'arbitrage, il soulève le défaut d'intérêt légitime à agir. Ces auteurs souhaitent que le législateur égyptien aille encore plus loin en permettant au défendeur de soulever l'exception d'arbitrage en tout état de la cause[1041].

En revanche d'autres auteurs égyptiens, ainsi que français et koweitiens critiquent la conception du législateur égyptien[1042]. Ils soulignent que l'exception d'arbitrage se distingue de la fin de non-recevoir, précisément par le fait que la deuxième procédure, peut être soulevée, en tout état de la cause.

Au terme de cette analyse sur la controverse entre défaut de pouvoir juridictionnel, et incompétence, il nous apparaît qu'une des causes possibles de cette confusion soit l'utilisation inconsidérée du terme « pouvoir ». En effet celui-ci est souvent utilisé sans précautions, pour toute tâche relevant de l'activité du juge. Ainsi, « on dira d'un tribunal incompétent qu'il n'a

---

[1037] L'art. 13 al. 1 de la loi égyptienne relative à l'arbitrage dispose que : « La juridiction saisie du litige pour lequel il existe une convention d'arbitrage doit déclarer l'action irrecevable, si le défendeur le demande avant toute demande ou défense au fond ». Il faut noter que l'exception de l'existence d'une convention d'arbitrage est soumise aux règles des exceptions procédurales, c'est-à-dire qu'elle périme dès l'examen du fond et dont les parties devront se prévaloir sans que le juge puisse l'invoquer de lui-même bien qu'elle soit une fin de non-recevoir. V. A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien, op. cit.*, p. 154.

[1038] F. Walli, *Le droit de l'arbitrage théorique et pratique*, 1re éd., Alexandria, L'institution de Almaaref, 2007, p. 183.

[1039] Civ.É., 12 février 1985, n° 1965/50, recueil de la jurisprudence, 36e année, p. 253. ; Civ.É., 10 janvier 1991, n° 2207/59, recueil de la jurisprudence, 42e année, p. 172.

[1040] K.-A. Atef, *L'attendu de l'autorité de la chose jugée d'irrecevabilité de la forme et du fond*, *op. cit.*, p. 73.

[1041] *Ibid.*, p. 73- 74.

[1042] A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage, op. cit.*, p. 241-242. ; B. Fillion-Dufouleur et Ph. Leboulanger, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994, n° 17, p. 672. ; A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 153.

pas le pouvoir de juger »[1043]. On en vient donc à confondre les problèmes de saisine et ceux relevant de la compétence[1044].

Par ailleurs, une auteure a analysé le travail de la distribution d'un litige à la justice privée ou à la justice publique[1045], comme la recherche de « la compétence juridictionnelle générale »[1046]. Or, « en rendant incompétents l'ensemble des tribunaux étatiques, la convention d'arbitrage n'a pas un effet très différent de celui d'une clause attributive de compétence à des juridictions étrangères »[1047]. En effet, l'incompétence de la juridiction étatique en raison de la compétence d'une juridiction étrangère ne relève pas *stricto sensu* d'une question de compétence[1048]. Quoiqu'il s'agisse, selon la Cour de cassation française d'une « exception de procédure »[1049] et non une fin de non-recevoir, même s'il s'agit pour elle, de retirer le pouvoir de trancher le litige au profit d'une juridiction d'un État étranger[1050]. La cour de cassation française précise que : « l'existence d'une clause compromissoire insérée dans un contrat mettant en cause les intérêts du commerce international ne concerne pas la répartition de la compétence entre les tribunaux étatiques des différents pays, mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différends relatifs à ce contrat »[1051]. Par ailleurs, entre l'arbitre et le juge étatique il n'y a pas de répartition de compétence, comme c'est le cas entre des juridictions de deux États souverains[1052]. Selon nous au contraire, dès lors que la loi prévoit une juridiction privée de nature arbitrale, comme c'est le cas dans les trois systèmes, il y'a répartition de

---

[1043] N. Cayrol, « La saisine du juge », *op. cit.*, p. 110.
[1044] *Ibid.*
[1045] M. Mboucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 17, p. 27.
[1046] *Ibid.*, n° 18, p. 27.
[1047] Th. Théry, note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Rev. Arb.*, 2002, p. 376.
[1048] Selon nous, il s'agit d'une répartition de compétence territoriale de nature internationale. Ayant un effet interruptif de la prescription. V. 1re Civ., 21 janvier 1975, n° 73-13851, Bull., I, n° 22, p. 21. ; V. *Supra,* p. 96-97.
[1049] 1re Civ., 23 mai 2012, n° 10-26188, Bull., I, n° 110, p. 100, obs. Ph. Théry, « Le désordre des moyens de défense : exception d'incompétence et fin de non-recevoir... », *RTD civ.,* 2012, p. 566. ; Plus précisément une exception d'incompétence pour la deuxième chambre civile de la Cour de cassation française V. 2e Civ., 7 juin 2007, n° 06-15920, Bull., II, n° 145, p. 121.
[1050] Jugé par la Cour de cassation que: « attendu qu'en matière internationale, la contestation élevée sur la compétence du juge français saisi ne concerne pas une répartition de compétence entre les tribunaux nationaux mais tend à lui retirer le pouvoir de trancher le litige au profit d'une juridiction d'un État étranger ; que dès lors, le pourvoi en cassation contre le jugement ayant statué sur cette exception de procédure a pour fin de prévenir un excès de pouvoir ; qu'il est immédiatement recevable, même s'il n'est pas mis fin à l'instance ». 1re Civ., 7 mai 2010, n° 09-11177, Bull., I, n° 106, p. 99, *D.*, 2010, p. 2196, note I. Gallmeister. ; Ph. Théry, « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *op. et loc.cit.* ; A. Bolze et L. Perreau-Saussine, « Vers une nouvelle configuration de l'exception d'incompétence internationale? », *D.*, 2010, p. 2196. ; 1re Civ., 7 mai 2010, n° 09-14324, Bull., I, n° 107, p. 100, obs. R. Perrot, « Pourvoi en cassation immédiat: effet préventif de l'excès de pouvoir », *RTD civ.*, 2010, p. 617.
[1051] 1re Civ., 9 octobre 1990, n° 89-12561, Bull., I, n° 205, p 147, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy, *Rev. Arb.*, 1991, p. 308. ; *RTD civ.*, 1991, p. 603, obs. R. Perrot.
[1052] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 193.61, p. 753-754.

compétence. En effet il en découle une option de compétence qui précisément justifie l'existence de clauses compromissoires. Il y'a potentiellement conflit de compétence, entre le juge étatique et l'arbitre, puisque celui-ci, dispose autant que celui-là, du pouvoir de trancher les litiges (« *juridictio* »). Même si les sentences arbitrales ne sont pas munies de « *l'impérium* »[1053].

Il reste à présent, à caractériser la portée de l'exception d'arbitrage (absolue ou relative ?). La portée de l'incompétence qui en découle, a été longtemps controversée[1054]. En effet, elle a pendant longtemps, vue comme absolue du fait d'une assimilation de la compétence arbitrale à la compétence d'attribution du juge étatique. Assimilation contestable, car comme l'indique Motulsky, la compétence arbitrale n'entraîne le dessaisissement des tribunaux de l'État, qu'en raison de la convention des parties[1055]. Dès lors si le tribunal arbitral constitue un véritable tribunal (d'exception), il ne l'est que par la volonté commune émanant de parties. Il serait donc injustifié pour Motulsky, d'inscrire, la juridiction arbitrale dans l'organisation judiciaire, du seul fait de son caractère juridictionnel même si celui-ci est avéré. Au risque, d'ailleurs d'évacuer indûment la volonté des parties[1056]. Motulsky se prononce en définitive pour l'incompétence relative[1057]. Car d'autre part, écrit-il, «…, l'arbitre incompétent n'est en rien assimilable à un juge incompétent ; en effet si le second reste toujours un juge, l'arbitre, incompétent, n'est pas un juge qui excède ses pouvoirs, il n'est plus un juge du tout »[1058]. L'arbitre n'aurait qu'une compétence subsidiaire[1059], puisque celle-ci est née d'un contrat. Précisément, l'histoire du droit arbitral est marquée par la volonté de la juridiction arbitrale de sortir des limites du cadre contractuel pour constituer une juridiction de plein exercice à part entière. Et de disposer d'une véritable compétence. Cette lutte d'influence qui est porteuse de difficultés continue cependant de produire ses effets dans tous les actes juridiques[1060]. Le juge étatique reste cependant compétent par défaut, à moins que les parties n'en décident autrement, au travers d'une clause compromissoire.

[1053] Pouvoir régalien de faire exécuter les jugements, réservé au juge étatique qui agit au nom de l'État. Alors que l'arbitre agit au nom d'intérêts particuliers.
[1054] J. Rubellin-Devichi, *Essai sur la nature de l'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1965, n° 272s.
[1055] É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2016, n° 34.
[1056] H. Motulsky, obs. sous 2e Civ., 20 juin 1957, n°7.209, Bull., II, n° 459, p. 300, *JCP*, 1958, II, n° 10773.
[1057] *Ibid*.
[1058] H. Motulsky, *Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale*, *JCP*, 1957, I, n° 1383. ; H. Motulsky, Écrits. Études et notes sur l'arbitrage, *op. cit.*, n° 10, p. 215-216. ; V. A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 44.
[1059] Paris 14 mai 1959, *D.*, 1959, p. 473, note J. Robert.
[1060] P. Hébraud, « La juridiction arbitrale et la notion de compétence », *RTD civ.*, 1962, p. 160-161.

C'est cette conception qui s'est imposée en droit français et l'incompétence du juge étatique est aujourd'hui considérée comme relative. La loi elle-même le consacre désormais. En effet l'art. 1448 al. 2 du C.P.C. précise que : « la juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence ». En clair, « ce n'est jamais qu'un litige donné qui se trouve soustrait à la juridiction normalement compétente pour être porté […] devant l'arbitre »[1061].

On peut relever d'autres éléments tirés du droit processuel, allant tous, dans le sens de l'incompétence relative. Ainsi, l'on se rappelle que lorsque le juge ne peut relever d'office son incompétence, c'est qu'on est en présence d'une incompétence relative. Or nous nous trouvons dans le même cas de figure ; le juge ne peut relever d'office son incompétence. Une autre règle procédurale autorise les parties à renoncer à soulever l'exception d'arbitrage[1062]. Là encore, il en résulte tacitement une incompétence relative. Enfin, l'art.1448 du C.P.C., suggère aussi le caractère relatif de cette incompétence, en ne rendant le juge étatique incompétente qu'en présence d'une convention d'arbitrage[1063]. On peut en effet, en déduire *à contrario*, qu'en l'absence de clause compromissoire, la compétence du juge étatique s'applique.

La loi connaît par ailleurs, des applications jurisprudentielles, qui vont dans le sens de l'incompétence relative. Il faut cependant souligner que la jurisprudence française en matière de droit de l'arbitrage a pendant longtemps été divisée sur cette question. Cette hésitation, ayant affecté aussi bien les décisions de fond que les arrêts de la Cour de cassation[1064]. La conception en faveur de l'incompétence relative, semble aujourd'hui, solidement établie. Ce qui explique que la Haute Cour considère l'exception tirée de cette incompétence, non pas comme une fin de non-recevoir mais comme une exception de procédure[1065], et plus précisément comme une exception d'incompétence[1066].

[1061] Th. Théry, note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Rev. Arb*., 2002, p. 375.
[1062] É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 33s.
[1063] Ph. Théry, « Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques », *RTD civ.,* 2006, p. 143.
[1064] En faveur de l'incompétence absolue, V. 2e Civ., 20 juin 1957, n°7.209, Bull., II, n° 459, p. 300, *JCP*, 1958, II, n° 10773, obs. H. Motulsky. ; Paris, 13 décembre 1950, *Gaz. Pal.*, 1951, 1er sem., juris., p. 269. ; Paris, 7 janvier 1954, *Gaz. Pal.*, 1954, 1er sem., juris., p. 224. ; Paris, 19 janvier 1954, *Gaz. Pal.*, 1954, 1er sem., juris., p. 332. ; Pour l'incompétence relative aujourd'hui en vigueur, V. 1re Civ., 3 janvier 1966, n° 64-11412, Bull., 1966, I, n° 4, p. 5. ; 2e Civ., 20 juin 1968, n ° 66-14637, Bull., 1968, II, n° 185, p. 130. ; 1re Civ., 17 juin 1975, *Rev. Arb*., 1976, p. 189, note É. Loquin. ; Paris, 14 mai 1957, *Rev. Arb*., 1957, p. 64. ; Paris, 12 décembre 1957, *D*., 1958, p. 230, note J.-D. Bredin. ; Paris 14 mai 1959, *D.*, 1959, p. 473, note J. Robert.
[1065] 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116.
[1066] 1re Civ., 3 février 2010, n° 09-13618, Bull., I, n° 31, p. 28, *Rev. Arb*., 2010, p. 181-182. ; 1re Civ., 14 avril 2010, n° 09-12477, Bull., I, n° 96, p. 88, *Rev. Arb*., 2010, p. 391.

Au total, il nous apparaît qu'en droit français, l'exception d'incompétence des juridictions étatiques, tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, est de nature relative[1067].

Le système juridique koweïtien repose sur une conception similaire. Ainsi, pour la chambre de cassation de la cour d'appel koweïtienne (plus haute juridiction au Koweït à l'époque), « l'arbitre est un juge »[1068], mais non statutaire car « il ne tire pas son investiture de la loi comme le juge étatique, mais de l'accord commun des parties pour l'arbitrage »[1069]. C'est pourquoi « si la convention d'arbitrage est annulée, l'arbitre ne sera plus ni compétent, ni investi »[1070], il ne sera non plus un juge[1071]. Le constat objectif du caractère relatif de l'incompétence du juge étatique, s'impose là encore.

Après avoir analysé la nature et la portée de l'exception d'incompétence, il convient à présent, de se pencher sur le régime de cette incompétence.

§2 : L'incompétence en raison de la présence d'une convention d'arbitrage

La présence d'une convention d'arbitrage, rend le juge étatique incompétent. Il conviendra dès lors d'étudier le régime juridique du moyen tiré de l'incompétence du juge étatique, en raison d'une clause d'arbitrage (A). Et dans un deuxième temps, l'étendue des pouvoirs du juge étatique de relever d'office son incompétence (B).

A : Régime juridique de l'exception d'arbitrage

Si l'on considère comme une exception de procédure, le moyen tiré de l'existence d'une convention d'arbitrage, les articles 74 du C.P.C., 108 al. 1 du C.P.C.É. et 77 al. 1 du C.P.C.K.,

---

[1067] 1re Civ., 23 janvier 2007, n° 06-10652, Non publié au Bull., *Rev. Arb.*, 2014, p. 290-295, obs. E. Teynier et P. Pic. ; 1re Civ., 3 février 2010, n° 09-13618, Bull., I, n° 31, p. 28, *Rev. Arb.*, 2010, p. 495-502, note P. Callé. ; 1re Civ., 14 avril 2010, n° 09-12477, Bull., I, n° 96, p. 88, *RJ com.*, 2012, p. 52, obs. B. Moreau. ; *Rev. Arb.*, 2010, p. 495-502 note P. Callé.

[1068] Cour d'appel koweïtienne, chambre de cassation, 29 décembre 1976, n°48/1975. ; V. A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 45.

[1069] Cour d'appel koweïtienne, chambre de cassation, 18 février 1987, n°184/1986. ; Cour d'appel koweïtienne, chambre de cassation, 10 juin 1987, n°19/1987.

[1070] T. Clay, *L'arbitre,* Paris, Dalloz, 2001, n° 126, p. 140. ; Sur la distinction entre compétence et investiture, V. M. Mboucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 360-362, p. 301-303.

[1071] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. et loc. cit.*

trouveront alors à s'appliquer. L'exception d'arbitrage, doit comme toutes les exceptions de procédure, être soulevée simultanément avec toutes les autres[1072], mais avant toute défense au fond[1073] ou fin de non-recevoir. À défaut, « quand bien même la procédure serait orale, la défense au fond rendrait irrecevable la présentation ultérieure d'une exception d'incompétence [tirée d'une clause compromissoire] »[1074]. En clair, la juridiction saisie restera compétente du fait que les parties auront conclu au fond et ainsi tacitement renoncé[1075] à la convention d'arbitrage de façon non équivoque[1076]. En effet, « le demandeur qui saisit une juridiction étatique, nonobstant l'existence d'une convention d'arbitrage, offre à son adversaire de renoncer à la convention d'arbitrage au profit de la juridiction saisie »[1077]. La Cour de cassation égyptienne a adopté cette solution[1078]. Alors qu'en droit koweïtien cette faculté de renonciation a été prévue par l'art. 173 al. 5 du C.P.C.K., qui permet aux parties de renoncer de manière expresse ou tacite aux exceptions d'incompétence tirées de l'existence d'une convention d'arbitrage[1079]. Cependant, la saisine par l'un des plaideurs, du juge des référés a été considérée comme équivoque, puis que la compétence de celui-ci peut coexister avec celle des arbitres[1080]. Jugé à cet égard par la Cour de cassation koweïtienne que: « le fait pour une partie de ne pas soulever la convention d'arbitrage, en référé, n'emportait pas renonciation expresse de sa part, à s'en prévaloir en cas d'action au fond ultérieure »[1081].

[1072] 1re Civ., 14 mai 2014, n° 13-19329, Non publié au Bull., *Rev. Arb.*, 2014, p. 519.
[1073] 2e Civ., 21 décembre 2006**,** n° 06-13669, Non publié au Bull., *Rev. Arb.*, 2007, p. 132-133. ; 1re Civ., 23 janvier 2007, n° 06-10652, Non publié au Bull., *Rev. Arb.*, 2014, p. 290-295, obs. E. Teynier et P. Pic. ; 2e Civ., 10 avril 2014**,** n° 13-16116, Non publié au Bull., *Rev. Arb.*, 2014, p. 514. ; Com.K., 15 mai 1994, n° 197/1993. ; Com.K., 4 octobre 2001, n° 365/2011.
[1074] 2e Civ., 19 octobre 2017, n° 16-21813, Non publié au Bull. ; Dans le même sens : V. 2e Civ., 6 mai 1999, n ° 96-22143**,** Bull., II, n° 82, p. 60, *RTD civ.*, 1999, p. 700, obs. R. Perrot.
[1075] Pour la renonciation à l'incompétence créée par la convention d'arbitrage, V. É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 39-43.
[1076] (Dir.) B. Moreau, « Arbitrage commercial », *RÉP. PR. CIV.*, 2013, n° 109.
[1077] É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 40. ; I. Mohaisen, *La nature de l'exception d'arbitrage dans l'instance civile,* 1re éd., Jordanie, Amman, Dar Althaqafah, 1990, p. 96-97. ; K. Alamirah, *Les principes du droit de l'arbitrage privé koweïtien « étude comparative avec les droits de l'arbitrage égyptien et français »,, op. cit.*, p. 133-134.
[1078] Civ.É., 1 juin 1976, n° 119/42.
[1079] Com.K., 28 septembre 2005, Commercial/2, n° 66/2004. ; V. également la note explicative de l'art. 173 du C.P.C.K. qui considère l'exception d'arbitrage soulevé tardivement comme une renonciation implicite.
[1080] É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 43. ; Dans le même sens*,* 1re Civ., 3 juin 1986, n° 84-17880, Bull., I, n° 148, p. 149. ; 2e Civ., 7 mars 2002, n° 00-11526, Bull., II, n° 31, p. 27, *Rev. Arb.*, 2002, p. 214. ; A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 154. ; Il en est au contraire lorsque l'assignation en référé est postérieure à la mise en place du référé arbitral organisé par une institution d'arbitrage. ; É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. –Compétence arbitrale.–Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire», *op. et loc. cit.* ; dans le même sens, M.-L. Niboyet-Hoegy, note sous 1re Civ., 9 octobre 1990, n° 89-12561, Bull., I, n° 205, p. 147, *Rev. Arb.*, 1991, p. 305-316. ; Douai, 4 Juin 2014, n° 14/00046, Juris-Data n° 019034.
[1081] Com.K., 19 décembre 1993, n° 157/1993.

Irrecevable aussi, sera l'exception d'incompétence du juge des référés, qui a omis de faire état de l'existence d'une convention d'arbitrage, visant à écarter la compétence du juge des référés près le tribunal de commerce[1082]. La Cour de cassation française appliquera la même règle concernant une procédure au fond impliquant un intervenant volontaire à titre accessoire. Elle a en effet jugé que : « l'exception l'incompétence [en faveur de la juridiction arbitrale] à l'égard d'un intervenant volontaire à titre accessoire, qui ne peut se prévaloir d'aucun droit propre est irrecevable par application de [l'art. 74 du C.P.C.], cette exception ayant été soulevée après que les défendeurs ont conclu au fond contre le demandeur principal »[1083].

Au total, dans les trois systèmes étudiés, le défendeur représenté en première instance, et qui invoque l'exception d'arbitrage, pour la première fois devant la Cour d'appel, sera irrecevable[1084]. En résumé, l'exception d'arbitrage doit être soulevée avant tout autre moyen de défense. À défaut, le juge étatique retrouverait son pouvoir de faire échec à l'application du principe compétence-compétence[1085].

Il se pose par ailleurs, la question l'applicabilité de l'art. 75 du C.P.C. à l'exception d'arbitrage. Cet article fait obligation de motiver le déclinatoire tout en désignant la juridiction estimée compétente. Ces conditions ne sont exigées, ni au Koweït ni en Égypte[1086]. Dans une espèce jugée par la Cour de cassation française en 1987[1087], cet article avait été appliqué en présence d'une convention d'arbitrage. La Cour avait estimé que les conditions de l'art. 75 étaient respectées, dès lors que le défendeur pouvait invoquer une clause compromissoire prévoyant que le litige serait soumis à un ou plusieurs arbitres désignés[1088].

Cependant, dans le cadre de cette option de compétence entre la juridiction étatique compétente et la juridiction arbitrale[1089], dont dispose le défendeur, une question se pose aussi

---

[1082] Lyon, 24 mai 2011, n° 10/00444.
[1083] 1re Civ., 3 février 2010, n° 09-13618, Bull., I, n° 31, p. 28, *Rev. Arb*., 2010, p. 495-502, note p. Callé.
[1084] 1re Civ., 14 avril 2010, n° 09-12477, Bull., I, n° 96, p. 88, *RJ com*., 2012, p. 52, obs. B. Moreau. ; *Rev. Arb*., 2010, p. 495-502 note p. Callé. ; Cour d'appel koweïtienne, chambre de cassation, 8 juin 1983, n°191/1982.
[1085] B. Moreau, note sous Rennes, 15 mars 2011, *Rev. Arb*., 2011, p. 489.
[1086] V. *Supra,* p. 59.
[1087] La Cour de cassation a jugé que : « Mais attendu que la Cour d'appel retient à bon droit que les conditions de recevabilité de l'exception d'incompétence énoncées à l'article 75 du nouveau Code de procédure civile avaient été respectées dès lors que la société Klockner Ina avait invoqué une clause compromissoire prévoyant que le différend serait soumis à un ou plusieurs arbitres désignés selon les règles de la Chambre Internationale de Commerce de Paris ». 2e Civ., 6 mai 1987, n° 86-11394, Non publié au Bull.
[1088] L. Cadiet, note sous Paris, 23 juin 1993, *Rev. Arb*., 1994, n° 10, p. 162.
[1089] Selon Cornu et Foyer : « les parties ont une option entre la justice étatique et la justice arbitrale ». G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 11, p. 69.

concernant l'obligation qui impose à l'auteur du déclinatoire, de désigner la juridiction estimée compétente. Cette option de compétence permet-elle légalement au défendeur de revendiquer les deux juridictions compétentes, c'est-à-dire les juridictions arbitrales, et étatique compétentes ? Et cela que la compétence en cause soit matérielle ou territoriale ?

La réponse doit être nuancée, ce qui nous amène à distinguer deux cas. D'une part, lorsqu'une partie décline la compétence du juge, en n'ayant pas choisi entre une juridiction arbitrale et un tribunal de commerce, selon la Cour d'appel de Paris, elle ne s'acquittait pas de son obligation de désigner la juridiction estimée compétente[1090]. Ce aussi ce qu'elle a jugé dans une espèce où un plaideur avait désigné principalement une juridiction étatique et subsidiairement la juridiction arbitrale[1091]. Cette dernière décision, sera cependant, cassée par la deuxième chambre civile de la cour de cassation française dans un arrêt du 17 janvier 1996. Au motif que les règles de l'art. 75 du C.P.C. ne s'appliquaient pas dans ce cas[1092]. Monsieur Loquin approuve cette solution, qui se justifie selon lui, par le fait que lorsqu'une partie désigne la juridiction compétente, celle-ci ne peut être, que le tribunal arbitral prévu par la convention d'arbitrage, de telle sorte qu'il est sans intérêt de s'interroger sur l'applicabilité de l'art. 75 du C.P.C.[1093].

Cette jurisprudence qui autorise le défendeur à soulever l'incompétence territoriale de la juridiction saisie à titre principal, et celle de la juridiction arbitrale à titre subsidiaire, s'inscrit en droite ligne de l'arrêt du 19 novembre 1991, qui considérait déjà, l'existence d'une convention d'arbitrage comme une question de pouvoir juridictionnel[1094].

Se pose alors la question de savoir, si la jurisprudence née de l'arrêt du 17 janvier 1996, pourrait être modifiée par l'arrêt du 22 novembre 2001, lequel considère l'exception d'arbitrage comme une exception de procédure[1095]? Selon nous, les règles posées par l'art. 75 du C.P.C.

[1090] Paris, 21 décembre 1968, *D.*, 1969, somm., p. 27-28.
[1091] L. Cadiet, note sous Paris, 23 juin 1993, *Rev. Arb.*, 1994, p. 151-163.
[1092] Elle a jugé que : « Si le demandeur à une exception d'incompétence doit faire connaître, à peine d'irrecevabilité, la seule juridiction devant laquelle il demande que l'affaire soit portée, cette règle n'est pas applicable lorsqu'il invoque l'incompétence territoriale de la juridiction saisie et l'existence d'une convention d'arbitrage ». 2e Civ., 17 janvier 1996, n° 93-18361, Bull., II, n° 3, p. 2. ; Cette jurisprudence a été renforcé en 1999 par la Cour de cassation française, 1re Civ., 2 février 1999, n° 96-22285, Non publié au Bull. ; V. également, Rouen, 9 janvier 2014, n° 13/03792, Juris-Data no 001002.
[1093] É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 38.
[1094] 1re Civ., 9 octobre 1990, n° 89-12561, Bull., I, n° 205, p 147.
[1095] 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116.

doivent trouver à s'appliquer, en cas de déclinatoire de la compétence des juridictions de l'État, par une exception d'arbitrage. Elle rendrait plus cohérent, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 12 octobre 1994, qui déclare le déclinatoire de compétence recevable, à la condition que le défendeur invoque à titre principal la désignation de la juridiction arbitrale, et subsidiairement la juridiction commerciale[1096]. Monsieur Loquin l'explique par le fait que la simple invocation d'une convention d'arbitrage y compris à titre subsidiaire, au soutien d'une exception d'incompétence, écarte la compétence du juge étatique. L'art. 75 du C.P.C. devient alors sans objet et rend inutile l'indication d'une autre juridiction étatique devenue incompétente, par le seul effet de la convention d'arbitrage[1097]. À l'opposé, Monsieur Cadiet soutient la solution dégagée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 12 octobre 1994. Critiquant par là même, la jurisprudence de l'arrêt du 17 janvier 1996, estimant que : « lorsqu'une convention d'arbitrage est invoquée, cette revendication exclut, dans son principe même, la compétence de la justice étatique, il est donc logique que la compétence de la juridiction arbitrale soit invoquée en premier lieu, à titre principal. Cette logique fait défaut lorsque la convention d'arbitrage n'est invoquée qu'à titre subsidiaire »[1098].

Enfin, la juridiction étatique ne sera pas incompétence par le seul fait qu'une partie avait soulevé l'exception d'arbitrage. Il faut que la convention d'arbitrage existe[1099]. La preuve par tout moyen étant recevable[1100].

Après avoir étudié l'hypothèse de l'exception d'arbitrage soulevée par les parties, il convient de s'intéresser à présent, à l'hypothèse inverse dans laquelle, c'est le juge, qui relève d'office son incompétence.

[1096] Paris, 12 octobre 1994, D., 1995, IR., p. 37, JCP, 1995, I, n° 3846, p. 217, n° 26. obs. L. Cadiet. ; V. également, Dijon, 6 avril 2017, n° 16/00970. Jugeant que : « les dispositions de l'article 75 du code de procédure civile sont en conséquence respectées dès lors que deux exceptions de nature différentes sont soulevées successivement ».

[1097] É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 38.

[1098] L. Cadiet, note critique sous 2e Civ., 17 janvier 1996, n° 93-18361, Bull., II, n° 3, p. 2, *Rev. Arb.*, 1996, p. 621-622.

[1099] G. Chabot, « Incompétence », *op. cit.*, n° 39. ; A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage, op. cit.*, p. 314.

[1100] 1re Civ., 6 novembre 2013, n ° 11-18709, Bull., I, n° 211, p. 209, *Rev. Procédures*, 2014, Comm. n° 10, obs. L. Weiller. ; *RTD civ.*, 2014, p. 113, obs. H. Barbier.

B : L'étendue des pouvoirs du juge étatique de relever d'office son incompétence

En droit français l'art. 1448 al. 2 du C.P.C. pose comme principe l'impossibilité pour le juge étatique de relever d'office son incompétence. Il dispose en effet que : « la juridiction ne peut relever d'office son incompétence ». L'on se rappelle, que les incompétences relatives ne peuvent être relevées d'office par le juge. En application de l'art. 76 du C.P.C. (ancien art. 92), c'est uniquement, en cas de violation d'une règle de compétence d'ordre public que l'incompétence peut être prononcée d'office par le juge. La règle posée par l'art. 1448 al. 2 du C.P.C. doit être approuvée. La quasi-totalité de la doctrine, bien avant la réforme du droit de l'arbitrage, s'était prononcée en faveur de l'incompétence relative[1101], y compris Motulsky[1102] « ou s'était ralliée à cette solution »[1103]. Ainsi Monsieur Théry souligne le fait : « que cette compétence soit exclusive ou non, qu'elle soit ou non d'ordre public n'en change pas la nature mais affecte seulement l'office du juge en lui ouvrant plus ou moins largement la possibilité de relever d'office une éventuelle incompétence »[1104].

Ainsi, l'art. 1448 C.P.C. interdit au juge de se déclarer d'office incompétent lorsqu'il est saisi d'un litige dès lors, qu'il existe une convention d'arbitrage, même si la convention est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, que le tribunal arbitral ait été saisi ou non au moment où le juge statue[1105]. Il a été jugé par ailleurs, que l'absence de comparution du défendeur ne pouvait faire échec aux dispositions impératives de ce texte[1106].

En Égypte, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation, que le juge étatique n'est pas autorisé à soulever d'office, l'exception d'arbitrage[1107]. Puisque cette exception ne relève pas de l'ordre public, mais liée aux intérêts privés des parties. Et dont la mise en œuvre

---

[1101] É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 36.
[1102] Motulsky a dit : « Nous ne dissimulerons pas, quant à nous, notre préférence pour le système de l'incompétence relative ». H. Motulsky obs. sous 2e Civ., 20 juin 1957, n°7.209, Bull., II, n° 459, p. 300, *JCP*, 1958, II, n° 10773.
[1103] É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. et loc. cit.*
[1104] Ph. Théry, « À propos du défaut de pouvoir juridictionnel : observations sur l'usage abusif d'une notion dévoyée », *op. cit.*, p. 722.
[1105] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 351.105, p. 1234.
[1106] Paris, 13 mars 1991, nº 90/21469, Juris-Data n° 022909. ; V. aussi G. Chabot, « Incompétence », *op. cit.,* n° 77.
[1107] Civ.É., 6 janvier 1976, n° 9/42, recueil de la jurisprudence, 27e année, p. 138. ; Une partie de la doctrine égyptienne est d'un avis contraire, K.-A. Atef, *L'attendu de l'autorité de la chose jugée d'irrecevabilité de la forme et du fond*, *op. cit.*, p. 73-74.

leur appartient. Cela même si en Égypte, l'exception d'arbitrage, constitue au terme de l'art.13 de la loi relative à l'arbitrage, une fin de non-recevoir[1108].

Le droit koweïtien ne comporte pas de texte similaire. Mais il est possible de déduire de l'art. 173 al. 5 du C.P.C.K. la même règle. La loi permet en effet, aux parties de renoncer de manière expresse à l'incompétence tirée du motif de la convention d'arbitrage. Et par voie de conséquence, de rendre compétente la juridiction de l'État. Seules les parties étant cependant autorisés à soulever cette incompétence[1109].

Il convient à présent, de s'intéresser à la question de la compétence du juge des référés, en présence d'une convention d'arbitrage.

[1108] A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage, op. cit.*, p. 298.
[1109] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 177-178.

Section 2 : L'effet de la convention d'arbitrage à l'égard du juge des référés

La question qui se pose ici est celle de savoir si l'existence d'une convention d'arbitrage fait obstacle à la compétence du juge des référés. Autrement dit, quel sera son effet juridique à l'égard du juge des référés ?

Antérieurement au C.P.C. de 1975, il était admis « que l'existence d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage ne faisait pas obstacle à la compétence du juge des référés, pour prendre les mesures provisoires ou conservatoires qui s'imposaient en cas d'urgence »[1110]. Cette règle générale subsiste aujourd'hui encore ; ainsi la seule existence d'une convention d'arbitrage ne peut avoir pour effet, d'interdit pas aux parties de recourir au juge des référés pour ordonner une mesure provisoire[1111]. Il convient cependant de distinguer deux périodes : l'impact de la convention d'arbitrage sur le juge des référés avant (Sous-section 1) et après (Sous-section 2) la constitution du tribunal arbitral.

Sous-section 1 : Référé avant la constitution du tribunal arbitral

En présence d'une convention d'arbitrage, aucun juge étatique du fond ne sera compétent, par conséquent, cette règle n'affectera pas la compétence du juge des référés. Se pose alors la question de la justification de cette règle. Plusieurs auteurs l'expliquent d'abord par l'urgence en tant que condition de compétence du juge des référés[1112]. Alors qu'en réalité cette condition de l'urgence ne peut constituer un chef de compétence mais celui de saisine[1113]. Laquelle urgence est exigée comme condition supplémentaire pour saisir le juge des référés en présence d'un convention d'arbitrage (§2). Étant cependant entendu que sa compétence

---

[1110] Ph. Bertin, « Le juge des référés et le nouvel arbitrage », *Gaz. Pal.*, 1980, 2e sem., Doct., p. 520. ; À note cependant que la Cour de cassation a référé aux « pouvoir du juge des référés », en jugeant que : « l'existence d'une clause compromissoire ne peut en cas d'urgence dûment constatée, faire échec à l'exercice des pouvoirs de la juridiction des référés ». 3e Civ., 7 juin 1979, n° 78-10595, Bull., III, n° 122, p. 93. ; Dans le même sens : 2e Civ., 17 juillet 1957, n° 8.608, Bull., II, n° 545, p. 354.

[1111] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.,* n° 1028, p. 886. ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 404, p. 331.

[1112] V. par ex. É. Loquin, « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *op. cit.*, n° 18-19.; V. aussi Aix-en-Provence, 2 février 2017, n° 16/13284, Juris-Data n° 005581.

[1113] V. la nature de l'urgence, *Infra*, p. 310-312 . ; Selon certaines auteures : « ce n'est pas l'urgence qui pourrait, le cas échéant, justifier la compétence exceptionnelle du juge étatique pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoire. Celle-ci constitue en effet une condition du pouvoir juridictionnel du juge des référés, une fois sa compétence admise ». V. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 400, p. 355.

demeure exceptionnelle puisque limitée sur le plan temporel à la constitution du tribunal arbitral (§1).

§1 : Saisir le juge des référés avant la constitution du tribunal arbitral

La doctrine en France, en Égypte et au Koweït est unanime sur le fait que si un tribunal arbitral n'est pas constitué, un plaideur doit pouvoir s'adresser au juge des référés pour obtenir une mesure provisoire imposée par l'urgence[1114] qui traditionnellement fonde cette solution[1115]. Quelque soit, la convention d'arbitrage visant que la juridiction du fond ou elle comporte aussi les matières des référés. Tant que le tribunal arbitral n'a pas encore été constituée, les parties n'ont d'autre moyen, pour la prise des mesures provisoires, que la saisine de la juridiction de référé qui en a la compétence adéquate[1116], alors que « la juridiction arbitrale est une juridiction éphémère »[1117] qui ne peut être disponible à tout moment, telle que la juridiction des référés de l'État[1118]. La jurisprudence française, dans ses nouvelles décisions, a affirmé que « la clause compromissoire n'exclut pas, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, la faculté de saisir le juge des référés aux fins de mesures provisoires »[1119]. Donc, avant la constitution du tribunal arbitral, le juge des référés reste compétent, malgré la convention d'arbitrage[1120]. Et, rien ne s'oppose à ce qu'une mesure provisoire urgente puisse être ordonnée par ce dernier, dès lors que le tribunal arbitral n'est pas constitué.

Par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, le législateur français a codifié certaines décisions de jurisprudence visant à améliorer certaines règles d'arbitrage. En effet, l'art. 1449 al. 1 du C.P.C. prévoit que « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant

---

[1114] R. Perrot, obs. sous 1re Civ., 25 avril 2006, n° 05-13749, Bull., I, n° 197, p. 173, *Rev. Procédures*, 2006, comm. n° 150. ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. et loc. cit.* ; A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage, op. cit.*, p. 167. ; A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 188. ; M. Alanzi, « Le pouvoir du tribunal arbitral sur la demande en référé, en droit koweïtien et comparé », *Revue de La Charia et de droit*, L'université des Émirats Arabes Unis, 2014, 28e année, n° 58, avril, p. 250. ; S. Mahmod, « Le pouvoir de l'arbitre, d'ordonner des mesures provisoires, en droit comparé, koweïtien et égyptien », *Revue de droit*, L'université du Koweït, 2001, 25e année, n° 3, septembre, p. 92.

[1115] G. Couchez, « Référé et arbitrage, essai de bilan… provisoire », *Rev. Arb.*, 1986, p. 157. ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 1864, p. 1335. ; V. Dans le même sens : X. Tandeau de Marsac, « Le référé français et l'arbitrage internationale », *Gaz. Pal.*, 1984, 2e sem., Doct., p. 377.

[1116] A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage, op. cit.*, p. 168.

[1117] R. Perrot, obs. sous 1re Civ., 25 avril 2006, n° 05-13749, Bull., I, n° 197, p. 173, *Rev. Procédures*, 2006, comm. n° 150.

[1118] A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage, op. et loc. cit*.

[1119] 2e Civ., 7 mars 2002, n° 00-11526, Bull., II, n° 31, p. 27. ; 1re Civ., 6 décembre 2005, n° 03-16572, Bull., I, n° 463, p. 391, *RTD com.*, 2006, p. 297, obs. É. Loquin. ; Reims, 3 juillet 2012, n° 11/01889, Juris-Data n° 019059.

[1120] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1310, p. 1111.

que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État, aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ». Dans ce cas, le juge des référés compétent sera celui du droit commun, au terme de l'art. 810 du C.P.C. lequel vise « à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé et donc, à la matière de l'arbitrage »[1121]. En l'espèce, le juge des référés matériellement compétent « est celui de la juridiction qui, sans la convention d'arbitrage, aurait été appelée à connaître du fond du litige »[1122]. Ainsi, le juge des référés territorialement compétent, en France, est « celui du lieu où la même convention aurait situé les opérations d'arbitrage ; à défaut encore, celui du lieu où demeure l'un des défendeurs à l'incident ; enfin celui du lieu où demeure le demandeur, si le défendeur unique ne demeure pas en France »[1123]. Il convient de prendre également en compte, le juge des référés, soit du lieu où est né l'incident, soit de celui, où la mesure demandée, doit être exécutée ou prise [1124].

En outre, comme nous l'indiquions *supra*, en droit français, en présence d'une convention d'arbitrage, le juge des référés ne sera compétent qu'à titre exceptionnel[1125], une fois le tribunal arbitral constitué. Cela, en application de l'art. 1449 du C.P.C. Cette compétence exceptionnelle est en effet de nature temporelle.

Il est à ce propos, intéressant d'établir un parallèle, avec la situation du juge des référés, avant la désignation d'un J.M.E ; dans le cadre d'une action au fond. Ici, le juge des référés reste compétent, jusqu'à ce que le J.M.E soit désigné. Alors que dans notre cas, le juge des référés restera exceptionnellement compétent, jusqu'à la constitution du tribunal arbitral. Comme pour le J.M.E, il subsiste des discussions, sur le problème de la détermination du moment où le tribunal arbitral est considéré, comme constitué. Dans l'arrêt 25 avril 2006, la Cour de cassation française a déterminé précisément le moment auquel la convention arbitrale fait obstacle à la compétence du juge des référés en jugeant que : « l'instance arbitrale n'est en cours qu'à partir du moment où le tribunal est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est-à-dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission »[1126].

[1121] Paris, 8 avril 1988, *Rev. Arb*., 1990, p. 651-656. ; dans le même sens, V. Nancy, 23 mai 1995, *JCP*, 1996, IV, n°1588, p. 203.
[1122] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit*., n° 1310, p. 1110-1111.
[1123] J. Robert, « La législation nouvelle sur l'arbitrage », *D.*, 1980, Chron., p. 192.
[1124] V. *Supra,* p. 77-78.
[1125] V. *Supra,* p. 180.
[1126] 1re Civ., 25 avril 2006, n° 05-13749, Bull., I, n° 197, p. 173, *Rev. Procédures*, 2006, comm. n° 150, obs. R. Perrot. ; Dans le même sens, 1re Civ., 6 février 2007, n° 05-20137, Non publié au Bull. ; 1re Civ., 30 mars 2004, n° 01-11951, Bull., I, n° 98, p. 79.

Reprenant les termes de l'art. 1456 al. 1 du C.P.C., qui dispose que : « le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. À cette date, il est saisi du litige ». En outre « la compétence du juge des référés s'appréciant au jour de sa saisine »[1127]. Les C.P.C.É et C.P.C.K. ne comportent pas de texte similaire. Néanmoins, c'est la même solution qui a été préconisée par les doctrines koweïtienne[1128] et égyptienne[1129], et appliquée par la Cour constitutionnelle égyptienne[1130].

Une fois l'office du tribunal d'arbitral achevé, le juge des référés recouvre son entière compétence. Jugé à cet égard par la Cour d'appel de Saint-Denis que : « En l'espèce le tribunal arbitral, après avoir rendu quatre sentences, n'existe plus et aucun autre tribunal arbitral n'est à ce jour constitué. Par conséquent la demande d'expertise sollicitée sur le fondement de l'article L 223-37 peut être examinée par les juridictions de l'ordre judiciaire [statuant en référé] »[1131].

Enfin, il ressort de l'art. 1456 al. 1 du C.P.C., que c'est seulement la constitution de la juridiction arbitrale qui fait obstacle à la compétence du juge des référés de droit commun. Il suffit pour que le juge des référés se déclare incompétent « qu'il constate qu'une procédure arbitrale destinée à mettre fin au différend […] était engagée »[1132]. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris a cependant induit une forme d'autonomie de la constitution du tribunal arbitral, par rapport à sa saisine. En clair, un tribunal arbitral peut être déjà constitué même si aucune des parties ne l'a saisie[1133].

En conclusion, en présence d'une convention d'arbitrage, si le juge des référés français est compétent, il ne pourra l'être qu'à titre exceptionnel. En outre, il ne pourrait être saisi que dans les cas d'urgence.

[1127] Paris, 25 octobre 2012, n° 12/07285.
[1128] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 217. ; K. Alamirah, *Les principes du droit de l'arbitrage privé koweïtien « étude comparative avec les droits de l'arbitrage égyptien et français », op. cit.*, p. 156.
[1129] O. Almeligi, *Le tribunal d'arbitrale*, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2004, p. 101.
[1130] Consti.É., 17 décembre, 1994, n° 13/15.
[1131] Saint-Denis, 7 juillet 2017, n° 15/01997. ; Saint-Denis, 7 juillet 2017, n° 15/01996.
[1132] 2e Civ., 18 juin 1986, n° 85-12086, Bull., II, n° 97, p. 66.
[1133] Notons que la cour d'appel de Paris, a récemment rendu un arrêt qui a méconnu les art. 1449 et 1456 al. 1 du C.P.C., jugeant qu' : « En l'espèce, [...] le tribunal arbitral de Londres désigné par le contrat est bien constitué mais qu'il n'a été saisi par aucune des parties. [...]. L'absence de saisine de la juridiction arbitrale permet donc le recours au juge étatique dans les conditions d'urgence [...] ». Paris, 28 octobre 2016, n° 15/15720.

§2 : L'urgence : condition supplémentaire pour saisir le juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage

En Égypte et au Koweït, la condition d'urgence est toujours requise pour saisir le juge des référés puisqu'il n'existe qu'un seul cas de saisine, qui est la condition de l'urgence. Condition classique de l'action en référé [1134]. En France, le nouvel art. 1449 du C.P.C. al. 2[1135], consacre cette condition de l'urgence, pour toutes les hypothèses où le juge des référés serait compétent, et en présence d'une convention d'arbitrage[1136]. C'est-à-dire, dans tous les cas d'ouverture à référé, sauf sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C. On sait que la condition d'urgence est exigée pour le *référé-urgence*[1137] prévu par l'art. 808 du C.PC. et pour le cas de *référé-sauvegarde*[1138], prévu par l'art. 809 al. 1 du C.PC. et qui vise à prévenir un dommage imminent et à faire cesser un trouble illicite. Cependant, cette condition n'est pas requise pour le cas de *référé-provision*[1139], prévu par l'art. 809 al. 2 du C.P.C.[1140], sauf « dans le cas particulier d'un litige relevant au fond de la compétence d'un tribunal arbitral »[1141] . Cette condition de l'urgence étant exigée quelque soit la nature interne ou internationale de l'arbitrage. La détermination de cette nature n'avait pas d'importance pratique[1142].

En effet, l'exigence de la condition d'urgence posée par l'art. 1449 du C.P.C., a été rappelée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation française, jugeant que « la compétence exceptionnelle reconnue au juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage, pour

---

[1134] V. *Infra*, p. 306 s.

[1135] Lequel dispose que : « L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.
Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, **en cas d'urgence**, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage ».

[1136] L. Weiller, obs. sous 1re Civ., 26 octobre 2011, n° 10-17708, Bull., I, n° 175, p. 170, *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 11.

[1137] V. *Infra*, p. 306 s.

[1138] V. *Infra*, p. 340 s.

[1139] V. *Infra*, p. 354.

[1140] J. Normand, « De quelques limites du référé provision », *op. cit.*, p. 177.

[1141] X. Vuitton, « Fasc. 1200-90 : RÉFÉRÉS. – Généralités. – Compétence », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2016, n° 78.

[1142] L. Degos, note sous 2e Civ., 2 avril 1997, n° 94-14223, Bull., I, n° 108, p. 62, et 1re Civ., 21 octobre 1977, n° 95-18561, Bull., I, n° 286, p. 193, *Rev. Arb.*, 1998, p. 679. ; A. Hory, note sous, Com., 29 juin 1999, n° 98-17215, Bull., IV, n° 147, p. 122, *Rev. Arb.*, 1999, p. 820. ; V. 1re Civ., 21 octobre 1977, n° 95-18561, Bull., I, n° 286, p. 193, *Rev. Arb.*, 1998, p. 673-679, note, L. Degos.

accorder une provision, est soumise à la condition de l'urgence »[1143]. Il s'agit là d'une règle dérogatoire au droit commun contenu dans l'art. 809, al. 2, du C.P.C., lequel n'exige pas une telle condition, s'agissant du référé-provision[1144]. Cependant, l'urgence continuera d'être exigée, en cas de recours au tribunal étatique, en présence d'une clause d'arbitrage[1145].

L'objectif de l'art. 1449 du C.P.C. étant de ne conférer à l'intervention du juge des référés, qu'un caractère exceptionnel, en raison précisément, de la volonté des parties de faire échapper leur litige à la compétence du juge[1146].

En conclusion, en présence d'une convention d'arbitrage, lorsque le juge des référés a été régulièrement saisi (avant la constitution du tribunal arbitral), et qu'il estime que la condition de l'urgence n'est pas remplie, il ne se déclare pas incompétent, mais décide qu'il n'y a pas lieu à référé[1147]. En revanche, s'il a été saisi en cours d'arbitrage, il se déclarera incompétent, et renverra les parties à mieux se pourvoir.

Sous-section 2 : Référé en cours d'arbitrage [1148]

Après la constitution de la juridiction arbitrale, le référé en cours d'arbitrage devant le juge étatique reste possible. À condition que les parties aient prévu de réserver la compétence de prendre des mesures provisoire et conservatoire au juge des référés. À défaut, la question de savoir, si elles peuvent saisir le juge des référés pour prendre des mesures provisoires et conservatoires ou si cela entre dans la compétence de la juridiction arbitrale ? La réponse dépend de l'objet de la convention d'arbitrage. S'il est rédigé de manière générale, ou s'il ne concerne que le juge du fond (§1). Ou lorsque cette convention comporte expressément la matière des référés (§2).

[1143] 1re Civ., 21 octobre 1997, n° 95-18561, Bull., I, n° 286, p. 193. ; Com., 29 juin 1999, n° 98-17215, Bull., IV, n° 147, p. 122. ; 2e Civ., 13 juin 2002, n° 00-20077, Bull., II, n° 130, p. 104, *JCP*, 2000, II, n° 10228, note X. Vuitton. ; *D.*, 2002, p. 2439, note I. Najjar. ; 1re Civ., 26 octobre 2011, n° 10-17708, Bull., I, n° 175, p. 170, *Rev. Procédures*, 2012, comm. n°11, obs. L. Weiller.

[1144] « L'article 73 du décret du 9 septembre 1971 dans la rédaction qui lui a été donnée par l'article 178-15 du décret du 17 décembre 1973 n'exige pas la constatation de l'urgence mais seulement celle de l'existence d'une obligation non sérieusement contestable comme condition à l'octroi d'une provision par le président du tribunal statuant en référé ». 1re Civ., 4 novembre 1976, n° 75-14617, Bull., I, n° 330, p. 264. ; 2e Civ., 18 janvier 1978, n° 76-13863, Bull., II, n° 20, p. 16.

[1145] I. Najjar, note sous 2e Civ., 13 juin 2002, n° 00-20077, Bull., II, no 130, p. 104, *D.*, 2002, p. 2439.

[1146] L. Weiller, obs. sous 1re Civ., 26 octobre 2011, n° 10-17708, Bull., I, n° 175, p. 170, *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 11.

[1147] Ce qu'a été conformé par la Cour de cassation lorsqu'elle a jugé que : « attendu qu'ayant relevé l'existence d'une clause d'arbitrage, la cour d'appel retient exactement qu'à défaut d'urgence il n'y a pas lieu à référé ». 2e Civ., 18 octobre 2001, n ° 00-13721, Non publié au Bull.

[1148] V. N. Cayrol, « référé civile », *op. cit.*, n° 116-123.

§1 : Référé en cours d'arbitrage lorsque la convention d'arbitrage ne vise que la juridiction du fond

Il convient de rappeler d'emblée qu'en droit français le référé de l'art. 145 du C.P.C. *référé-in futurum* ne sera exclu en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage[1149], qu'à partir de moment où le tribunal arbitral est saisi. Cet article exige comme chefs de saisine, que la demande soit introduite avant tout procès au fond. Autrement dit, il exige l'absence d'un instance au fond[1150]. « Il en résulte naturellement que la demande ne peut être formulée qu'avant la saisine du tribunal arbitral »[1151]. De fait, la saisine de la juridiction arbitrale, fait obstacle au pouvoir du juge des référés d'ordonner, sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C., toutes les mesures d'instruction *in futurum*[1152].

En droit français, la compétence du juge étatique d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires était traditionnellement considérée, comme d'ordre public[1153]. Par conséquent, les parties ne pouvaient pas l'exclure pour les cas d'urgence[1154]. En 1852 il a été jugé par la Cour d'appel de Douai, qu' : « en cas d'urgence, le juge des référés est compétent pour statuer au provisoire, même sur des difficultés concernant des matières, dont le principal appartient à des juge d'exception, tels que des arbitres forces »[1155]. Il résulte de cette jurisprudence que cette compétence existait alors même qu'un tribunal arbitral avait déjà été constitué entre les parties[1156]. C'est donc l'urgence, qui avait justifié l'intervention du juge des référés en cours d'arbitrage, lequel n'est pas exigé par l'art. 809 al. 2 du C.P.C. De la vient la règle selon laquelle, dès lors que le tribunal arbitral est saisi, il n'est plus possible d'obtenir du juge des référés, la provision prévue par ledit article[1157]. Il est alors logique que le demandeur présente

---

[1149] Art. 1449 al. 2 du C.P.C. ; 2e Civ., 20 décembre 1982, n° 81-15746, Bull., II, n° 260, p. 195. ; Dans le même sens : 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 92-20496, Bull., II, n° 235 p. 137.
[1150] V. *Infra.* p. 324 s.
[1151] J.-C. Dubarry et É. Loquin, « Clause compromissoire. Absence de saisine du tribunal arbitral, Juge des référés. Mesures d'instruction *in futurum*, Art. 145 NCPC, Compétence », RTD com., 1996, p. 664. ; V. également N. Cayrol, « Référé civil », op. cit., n° 118.
[1152] 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 92-20496, Bull., II, n° 235, p. 137. ; 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 92-20265, Non publié au Bull. ; 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 93-11006, Non publié au Bull.
[1153] J. Normand, « Arbitrage et référé provision », *RTD civ.,* 1985, p. 210.
[1154] V. M-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage,* Paris, L.G.D.J., 2002, n° 282, p. 201.
[1155] Douai, 20 janvier 1852, *D.* 1853, 2e partie, p. 54.
[1156] G. Oudinet, *De la compétence du juge des référés dans les matières qui ne relève pas de la compétence du tribunal civil, op. cit.*, p. 28.
[1157] 1re Civ., 14 mars 1984, n° 82-15619, Bull., I, n° 93 p. 77, *D.*, 1984, p. 629-638., concl. Favre, note J. Robert. ; *JCP*, 1984, II, n° 20205, concl. avocat générale Gulphe, obs. H. Synvet. ; *RTD civ.*, 1985, 208-211, obs. J. Normand. ; N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 119.

aux arbitres la provision qu'il estime justifiée, « soit que le règlement d'arbitrage aménage à cette fin, une procédure spécifique, soit que les arbitres soient effectivement à même de donner suite »[1158]. Cependant, la compétence du juge des référés n'est pas totalement écartée. En effet, la Cour de cassation française a admis en date du 1er février 1989[1159], sous réserves de respecter certaines conditions, que le juge des référés reste compétent malgré la saisine de la juridiction arbitrale[1160]. La compétence du juge des référés et celle de l'arbitre avaient été alors cumulatives. La Cour de cassation fera évoluer sa jurisprudence, en exigeant désormais que le tribunal arbitral soit constitué pour écarter la compétence du juge des référés. Elle juge en effet que : « la clause compromissoire n'exclut pas, tant que le tribunal arbitral **n'est pas constitué**, la faculté de saisir le juge des référés aux fins de mesures provisoires »[1161]. La loi a gravé dans le marbre cette jurisprudence : ainsi le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, a modifié l'art. 1449 du C.P.C., en la codifiant. Toute possibilité d'intervention du juge des référés est désormais exclue, dès que le tribunal arbitral est constitué[1162]. Ce qui a pour effet de rendre exclusif la compétence de l'arbitre en matière de référés. Cela en raison aussi de l'art. 1468 al. 1 du C.P.C.[1163] qui attribuer au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner selon certaines conditions, toute mesure conservatoire ou provisoire, qu'il juge opportune, sauf les saisies conservatoires[1164] et les sûretés judiciaires. Lesquelles continuent de relever de la compétence exclusive des juridictions de l'État. On peut s'interroger sur le risque de voir ces dispositions nouvelles rendre caduque la jurisprudence de la Cour de cassation française qui a autorisé le référé en cours d'arbitrage[1165].

Selon nous il semble que le nouveau texte créé par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, remette en cause toutes les possibilités de saisir le juge des référés en cours d'arbitrage.

[1158] J. Normand, « Arbitrage et référé provision », *op. cit.*, p. 211.
[1159] 2e Civ., 1 février 1989, n° 86-15288, Non publié au Bull.
[1160] Sur la compétence du juge des référés de prescrire des mesures conservatoires lorsque les arbitres sont saisis V. N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 107 s. ; V. aussi Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 545. ; V. également G. Couchez, note sous 2e Civ., 1 février 1989, n° 86-15288, Non publié au Bull., 2e Civ., 20 mars 1989, n° 87-20180, Bull., II, n° 84, p. 40, et 1re Civ., 20 mars 1989, n° 86-17204, Bull., I, n° 193, p. 92, *Rev. Arb*., 1989, p. 495-503. ; V. également, G. Peyrard note sous 1re Civ., 1 février 1989, *Rev. Arb*., 1989, p. 494-503.
[1161] 2e Civ., 7 mars 2002, n° 00-11526, Bull., II, n° 31, p. 27. ; 1re Civ., 6 décembre 2005, n° 03-16572, Bull., I, n° 463, p. 391.
[1162] X. Vuitton, « Fasc. 1200-90 : RÉFÉRÉS. – Généralités. – Compétence », *op. cit.*, n° 85.
[1163] L'art. 1468 al. 1 du C.P.C. prévoit que « le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune [...]».
[1164] En aucun cas un tel pouvoir ne pou appartenir à des arbitres. R. Perrot, « mesures conservatoires et arbitrage », *RTD civ.*, 1989, p. 625. ; V. Com., 25 mars 1952, n° 38.710, Bull., III, n° 144, p. 109.
[1165] Sur cette question V. N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 116 s.

sauf en matière de saisies conservatoires[1166], et de sûretés judiciaires. Certains auteurs en appellent à un retour à la solution antérieur[1167]. Nous approuvons cette position. Il nous semble qu'il s'agit en effet, d'incompétence temporelle non liée pas à l'ordre public. Puisqu'elle est de nature conventionnelle. Le juge des référés n'a pas le pouvoir de soulever d'office son incompétence. Il en est de même en matière d'arbitrage international. Jugé a cette égard qu': « en matière d'arbitrage international, le tribunal arbitral est une juridiction internationale autonome et il n'entre pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir dans le déroulement d'une instance devant une telle juridiction »[1168].

En Égypte, la doctrine est divisée sur l'impact d'une convention d'arbitrage (ne visant que la juridiction de fond), sur la compétence de la juridiction des référés, et lorsqu'au surplus, un tribunal arbitral est déjà constitué[1169]. Ce désaccord a été tranché par la jurisprudence qui a jugé que : « dans l'hypothèse où une convention d'arbitrage ne viserait pas expressément les matières relevant du référé ; rien ne s'opposerait alors à ce que la partie y ayant intérêt, ait recours au juge des référés. Cela, en vue de le voir prendre des mesures provisoires si la condition de l'urgence est remplie »[1170]. La jurisprudence justifie cette solution au motif : « qu'il ne serait pas de bonne justice, que d'interdire à un juge des référés de prendre des mesures provisoires, pour prévenir un dommage imminent et sauvegarder des droits. Dans l'attente que le litige soit tranché par le tribunal d'arbitrage. Procédure au fond, dont le délai est par nature long. Voire dans l'hypothèse où, le litige était réellement, par la suite soumis au tribunal arbitral »[1171]. La loi n° 27 du 21 avril 1994 relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale, est lorsque la convention d'arbitrage n'inclut pas les questions en référé, le législateur égyptien a réservé à la juridiction des référés compétente, en application des règles générales, la compétence de prendre les mesures provisoires et conservatoires. En effet, l'art. 14 de cette loi, dispose que : « la juridiction visée à l'article 9[1172] de la présente loi peut ordonner, à la demande de l'une des deux parties à l'arbitrage, des mesures provisoires ou conservatoires

[1166] Précisons cependant que cette solution jurisprudentielle a été adoptée avant le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, V. par ex. 2e Civ., 8 juin 1995, n° 93-11446, Bull., II, n° 170, p. 98.
[1167] X. Vuitton, « Fasc. 1200-90 : RÉFÉRÉS. – Généralités. – Compétence », *op. cit.*, n° 85. ; X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, *op. cit.,* n° 303, p. 149-150. ; V. également, N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 121.
[1168] 1re Civ., 12 octobre 2011, n° 11-11058, Bull., I, n°163, p. 157, *Rev. Procédures*, 2011, comm. no 371, note L. Weiller. ; Dans le même sens, V. Paris, 13 février 1990, *D.*, 1990, p. 593, note G. Peyrard. ; 1re Civ., 6 mars 1990, n° 88-16369, Bull., I, n° 64, p. 47.
[1169] M. Amber, *Le précis de la juridiction des référés,* 3e éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 1988, n° 24, p. 11.
[1170] TI de Bani-Sowaif, chambre des référés, 8 janvier 1930, recueil d'avocat, 11e année, n° 11, p.183. ; TI du Caire, chambre des référés, 8 novembre 1982, n° 1981/1857.
[1171] TI du Caire, chambre des référés, 5 décembre 1951, recueil d'avocat, 32e année, p. 853.
[1172] Il s'agit du tribunal compétent conformément aux règles générales.

soit avant le commencement de la procédure d'arbitrage, soit pendant son déroulement ».

En droit koweïtien, l'art. 173, al. 6 du C.P.C.K. dispose que « l'arbitrage ne peut porter sur les questions de référé sauf lorsque les parties en conviennent autrement ». Il ressort de cet article que le législateur koweitien, à l'instar de ses homologues français et égyptien, permet aux parties de confier au tribunal arbitral, la compétence de prendre les mesures provisoires. Par ailleurs, la note explicative dudit article précise que « ce texte a mis fin aux disputes entre la doctrine et la jurisprudence sur la question de l'inclusion des matières relevant du référé dans la convention d'arbitrage. Le législateur a voulu que la convention d'arbitrage ne puisse désormais viser les matières à référé que si les parties l'ont expressément prévu[1173]. Au total, le principe en droit koweïtien, est que le juge des référés reste compétent, même en présence d'une convention d'arbitrage[1174], et selon la Cour de cassation koweïtienne, il n'y a ici pas lieu de lier la compétence de la juridiction des référés, à celle de la juridiction de fond[1175].

Il en va autrement si la convention d'arbitrage comporte les matières des référés, aussi bien pour le droit koweïtien que celui égyptien.

§2 : Référé en cours d'arbitrage lorsque la convention d'arbitrage vise aussi les matières à référé

Dans une convention d'arbitrage, il arrive parfois que les parties conviennent que la compétence du tribunal arbitral soit étendue aux matières relevant du référé. La convention d'arbitrage va même parfois jusqu'à prévoir les noms des arbitres, appelés à statuer en référé même si cette hypothèse est en pratique rare[1176]. Qu'en sera-t-il de la compétence du juge étatique ? Est-elle écartée ? En d'autres termes, « dans l'hypothèse où les parties ont octroyé aux arbitres le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et conservatoires, leur convention d'arbitrage fait-elle également obstacle à la compétence du juge des référés, pour prononcer ces mesures ? »[1177].

[1173] La Cour de cassation koweïtienne a confirmé, dans l'une de ses décisions, le contenu de la note explicative. V. Com.K., 19 décembre 1993, n° 157/1993.
[1174] S. Mahmod, *L'instance dans l'arbitrage judicaire*, 1re éd., Koweït, Dar Alkitab, 1997, p. 117.
[1175] Com.K., 25 novembre 2008, Commercial/1, n° 647/2006.
[1176] Dans le même sens, V. R. Perrot, obs. sous 1re Civ., 25 avril 2006, n° 05-13749, Bull., I, n° 197, p. 173, *Rev. Procédures*, 2006, comm. n° 150.
[1177] A. Alenezi, *L'arbitrage et l'urgence en droit française et en droit koweïtien*, *op. cit.*, n° 21, p. 27.

En France, avant la réforme introduite par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, et ayant mené à l'actuelle jurisprudence ; la Cour de cassation française avait, dans un arrêt du 18 novembre 1986, reconnu le rôle de la volonté des parties dans la faculté de renoncer à la compétence du juge des référés, au profit de l'arbitre[1178]. Cette volonté des parties devait cependant être clairement exprimée. Si bien que la compétence du juge des référés ne pouvait « être écartée que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation »[1179]. Cette jurisprudence impliquait que si la convention d'arbitrage ne vise pas les questions de référé. Et ne manifestait pas clairement la volonté des parties d'écarter la compétence du juge des référés, celui-ci restait compétent même si le tribunal arbitral avait été déjà saisi. En clair, « l'intervention du juge des référés n'était possible que si les parties n'avaient pas entendu l'exclure expressément »[1180]. Cette solution avait été rappelée dans deux arrêts de la Cour de cassation en matière de référé-provision[1181]. Il faut noter qu'elle n'avait cependant pas cessé, de faire l'objet de débats nourris[1182].

Aujourd'hui, le C.P.C. n'opère aucune distinction, entre les conventions d'arbitrage qui visent les matières des référés et les autres, qui ne les visent pas expressément. Il en résultera que quelque soit le contenu la convention, le juge des référés sera incompétent, dès lors le tribunal arbitral est saisi. C'est ce qui a été jugé par la cour d'appel de Caen au motif que : « le tribunal arbitral était définitivement constitué dès le 1er octobre 2012, de sorte que le juge des référés du tribunal de commerce de Coutances, saisi postérieurement le 4 octobre 2012, était incompétent »[1183].

[1178] V. M-A. Bahmaei, *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage, op. cit.,* n° 283, p. 202. ; C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n° 400, p. 355.

[1179] 1re Civ., 18 novembre 1986, n° 85-11324, Bull., I, n° 269, p. 257. Elle a jugé que : « le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires, ne peut être écarté que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation ».

[1180] X. Vuitton, « Fasc. 1200-90 : RÉFÉRÉS. – Généralités. – Compétence », *op. cit.*, n° 79.

[1181] La Cour de cassation a précisé que : « Et attendu qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des productions que la saisine du juge des référés ait été expressément exclue par la convention d'arbitrage ni qu'un nouveau compromis ait été signé avant cette saisine ; D'où il suit que la cour d'appel, hors de toute dénaturation, n'a pas encouru les reproches du moyen ». 2e Civ., 20 mars 1989, n° 87-20180, Bull., II, n° 84, p. 40, *Rev. Arb.*, 1989, p. 497-503, note G. Peyrard. ; V. également, 1re Civ. 6 mars 1990, n° 88-16369, Bull., I, n° 64, p 47.

[1182] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit.,* n° 125.

[1183] Caen, 10 janvier 2013, n° 12/03701.

En droit koweïtien, si la convention d'arbitrage est rédigée de manière générale, ou ne vise que le fond du litige, le juge des référés reste compétent[1184]. En revanche, au terme de l'art. 173 al. 6 du C.P.C.K. les parties peuvent convenir de manière expresse, d'exclure la compétence du juge des référés. Alors qu'en Égypte, l'art. 24 al. 1, de la loi n° 27 du 21 avril 1994, relative à l'arbitrage en matière civile et commerciale, dispose que « les deux parties à l'arbitrage peuvent convenir que le tribunal arbitral pourra, à la demande de l'une d'elles, ordonner à l'autre, de prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires qu'il jugera nécessaires eu égard à la nature du litige [...] ». Une partie de la doctrine égyptienne et koweïtienne estime qu'après la saisine du tribunal arbitral, et dans la mesure où les parties en conviennent, la compétence du juge des référés est écartée[1185]. La cour d'appel de Paris avait jugé dans ce sens, en matière d'arbitrage international, que : « la compétence internationale de la juridiction française des référés, justifiée par l'urgence, est cependant exclue dès lors que le tribunal arbitral est saisi, et peut l'être, dans tous les cas, par la convention des parties »[1186]. Nous souscrivons à cette analyse, car, d'une part, le tribunal arbitral qui juge le fond du litige connaît mieux l'affaire que le juge des référés. D'autre part, si la convention d'arbitrage désigne un où plusieurs arbitres, pour ne statuer que sur les questions des référés ; il se pose alors la question de la solution à adopter en cas de contradiction entre leur décision et celle du juge des référés. La litispendance ne joue pas ici, il n'y aura pas lieu de renvoyer l'affaire. L'un des deux juges sera compétent.

En conclusion, si les parties entendent écarter la compétence du juge des référés étatique, leur volonté devra être respectée[1187], et celui-ci doit se déclarer incompétent, dès lors que l'une des parties soulève l'exception d'arbitrage en temps et en heure[1188].

Après avoir étudié la compétence du juge des référés étatique, il convient à présent d'étudier son pouvoir juridictionnel.

[1184] S. Mahmod, *L'instance dans l'arbitrage judicaire*, *op. cit.*, p. 117.

[1185] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 188. ; Il est au contraire pour une partie de la doctrine égyptienne. A. Abdaltawb, *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage, op. cit.*, p 201-202.

[1186] Paris, 13 février 1990, *D.,* 1990, p. 593, obs. G. Peyrard.

[1187] V. S. Mahmod, « Le pouvoir de l'arbitre, d'ordonner des mesures provisoires, en droit comparé, koweïtien et égyptien », *op. cit.*, p. 105.

[1188] Jugé à cet égard par la cour d'appel de Paris que : « Qu'il s'ensuit que la convention d'arbitrage exclut expressément tout recours en justice, incluant en ce le juge des référés, et que c'est la loi des parties qui doit prioritairement s'appliquer ; que dès lors, la juridiction des référés doit se déclarer incompétente pour statuer sur la demande de provision fondée sur le contrat de consulting ; que l'ordonnance sera en conséquence sur ce point infirmée ». Paris, 23 octobre 2012, n° 11/12066.

DEUXIÈME PARTIE
Le pouvoir juridictionnel du juge des référés

Le pouvoir juridictionnel est le pouvoir du juge, d'exercer sa fonction juridictionnelle, c'est-à-dire de dire le droit et trancher les litiges. Autrement dit, « le pouvoir juridictionnel est le pouvoir de dire le droit : le juge dit ce qui est conforme au droit »[1189]. Celui-ci doit dire le droit pour trancher les litiges[1190]. Ce concept moderne[1191] est cependant utilisé de manière indifférenciée également comme synonyme de la compétence du juge des référés[1192]. La compétence du juge « ne doit pas être confondue avec l'*imperium* du juge, c'est-à-dire le pouvoir de trancher un litige ; car elle présuppose ce pouvoir »[1193]. Pourtant, comme le dit un auteur, l'usage de la notion de « pouvoir juridictionnel »[1194], « soulève non pas un problème de choix de la juridiction [(conflits de compétence)], mais la question de savoir si le juge saisi a ou non, la possibilité de trancher la demande qui lui est soumise »[1195].

Se pose alors la question de savoir, comment est sanctionné le défaut de pouvoir juridictionnel. La Cour de cassation française, a dans une espèce, jugé que : « le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel de la juridiction saisie constitue une fin de non-recevoir »[1196]. L'analyse de ce moyen de défense se réduit dès lors, à l'examen du pouvoir juridictionnel du juge[1197]. « Autrement dit, nous sommes bien, lorsqu'il est question des pouvoirs du juge, dans le registre du pouvoir juridictionnel du juge et dans le champ des fins de non-recevoir, et non

---

[1189] N. Cayrol, « La saisine du juge », *op. cit.*, p. 107-108.
[1190] D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges, op. cit.,* p. 123 et 256.
[1191] *Ibid.,* p. 129.
[1192] *Supra,* p. 4.
[1193] M. Douchy obs. sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Dr. et proc*., 2002, p. 110 n° 8.
[1194] Selon Madame D'Ambra :« la spécificité du pouvoir juridictionnel ne se trouve ni dans la fonction créatrice ni dans la fonction normalisatrice du juge mais plutôt dans son principe qui est de trancher les litiges ». D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges, op. cit.,* p. 256.
[1195] M. Kebir, « Étendue du pouvoir juridictionnel du juge de l'exécution », *Dalloz actualité*, 22 janvier 2015, note sous 2e Civ., 8 janvier 2015, n° 13-21044, Bull., II, n° 3, p. 2.
[1196] 2e Civ., 8 janvier 2015, n° 13-21044, Bull., II, n° 3, p. 2. ; 2e Civ., 8 juillet 2010, n° 09-65256, Bull., II, n° 134, p. 120. ; Dans le même sens : 2e Civ., 21 avril 2005, n° 03-15607, Bull., II, n° 116, p. 105, *Dr. et proc.,* 2005, p. 291, note M. Douchy-Oudot. ; Com., 22 octobre 1996, n° 94-20372, Bull., IV, n° 251, p. 215.
[1197] S. Guinchard, *Méga nouveau code de procédure civile :* [*texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations*], *op. cit.*, comm. sous l'art. 126 du C.P.C., p. 241, n° 007. ; M. Douchy obs. sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Dr. et proc*., 2002, p. 110, n° 8.

dans celles des nullités de procédure »[1198].

Selon Monsieur Cayrol, le choix de la qualification de fin de non-recevoir par la Cour de cassation : « devrait conduire à distinguer deux catégories de fins de non-recevoir : celles tirées d'un défaut d'action et celles tirées d'une méconnaissance de la saisine »[1199]. Compte tenu par ailleurs, du « caractère non limitatif des fins de non-recevoir énumérées à [l'art. 122 C.P.C.]»[1200].

Ainsi en l'absence des conditions d'action et de saisine, il n'y a pas de pouvoir juridictionnel[1201]. En inversant le raisonnement, on peut alors en déduire la règle selon laquelle deux types de conditions doivent être remplies pour que le juge des référés dispose du pouvoir juridictionnel. Dans cet objectif, nous nous proposons d'étudier, en premier lieu, les conditions de recevabilité de l'action en référé (TITRE I), avant d'indiquer les conditions de saisine du juge des référés (TITRE II).

[1198] Y. Strickler, « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *op. cit.*, comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.
[1199] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 97.
[1200] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 193.12, p. 741. ; Ch. mixte, 14 février 2003, n° 00-19423 et n° 00-19424, Bull., Ch. mixte, n° 1, p. 1.
[1201] Sur le lien entre l'action en justice et le pouvoir juridictionnel V. Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de droit international privé, op. cit.*, p. 141-144, n° 153-156. ; Sur le lien entre la saisine et le pouvoir juridictionnel. V. N. Cayrol, « La saisine du juge », *op. cit.*, p. 109-110. ; La saisine s'agit pour Monsieur Cayrol, « plus qu'une question de pouvoir ». N. Cayrol, « référé civile », *op. cit.*, n° 304.

TITRE I
Les conditions de recevabilité de l'action en référé

Dès lors « toute action en référé est une action en justice » [1202]. Si l'une des parties « n'a pas d'action pour cette raison élémentaire que l'on ne peut être admis à demander au juge ce qu'il n'a pas le pouvoir d'accorder »[1203]. En revanche, « si la demande est jugée recevable, le tribunal **peut**, […], procéder à l'examen du fond »[1204], aux fins de trancher le litige. « Le lien entre l'action en justice et le pouvoir du juge est manifeste : la première n'a d'autre raison d'être que de déclencher le second : **pas de juge, pas d'action**. L'irrecevabilité, par son trait spécifique qui est de traduire une non-intervention judiciaire, est bien la sanction la mieux adaptée à l'absence de pouvoir juridictionnel »[1205]. Les fins de non-recevoir appellent parfois des moyens d'irrecevabilité[1206]. Ainsi, le lien entre ces moyens et l'action en justice est clairement fait, aussi bien dans le C.P.C. [1207], que dans les C.P.C.É. et C.P.C.K.

On peut distinguer deux catégories de conditions de recevabilité[1208]. Celles qui sont regardées comme positives[1209], lorsqu'un élément spécifique doit être présent (chapitre I). À l'inverse, lorsqu'un élément spécifique doit être absent, les conditions seront alors considérées comme négatives (chapitre II).

[1202] 1re Civ., 10 mai 2000, nº 97-22651, Bull., n° 133, p. 89.
[1203] J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.,* p. 782.
[1204] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, n° 220 p. 195.
[1205] Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de droit international privé, op. cit.*, p. 144, n° 155. ; V. *Supra,* p. 11.
[1206] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 313, p. 290.
[1207] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 6.
[1208] Sur les conditions négatives et positive de recevabilités de demande en référé V. S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.,* p. 25.
[1209] Selon Motulsky, les condition positives de l'existence du droit d'action sont « les conditions qui doivent être alléguées ». H. Motulsky, *Droit processuel*, *op. cit.,* p. 99.

Chapitre I
Les conditions positives de la recevabilité de l'action en référé

Sur le plan général, les conditions de recevabilité de l'action en justice, sont communes à toutes les demandes en justice[1210], y compris les demandes en référé. « Les conditions de recevabilité de la demande permettent ainsi de déterminer l'existence ou non de l'action en justice. L'existence (ou l'ouverture) de l'action s'identifie donc, à elles »[1211]. Trois types de conditions peuvent être distinguées : les conditions subjectives (section 1), les conditions objectives (section 2) et celles liées au respect des délais à agir (section 3)[1212].

Section 1 : Les conditions subjectives

Pour que le juge des référés ne déclare pas « la demande irrecevable parce que le demandeur est dépourvu du droit d'agir »[1213], il faut remplir les conditions légales de recevabilité de l'action en justice, que sont l'intérêt et la qualité[1214].

Le respect de ces conditions est cependant apprécié « en matière de référé, d'une manière atténuée, en raison à la fois du caractère d'urgence qui commande le plus souvent le choix de cette procédure, et du caractère provisoire des mesures susceptibles d'être ordonnée »[1215]. Au surplus, pour une partie de la doctrine française, « la juridiction présidentielle n'est pas rien qu'ouvrage avancé de la juridiction du fond dont elle émane ; [...] la recevabilité des demandes des parties devant elle, est naturellement subordonnée aux conditions qui prévalent devant les juridictions dont elle est l'auxiliaire, et le complément »[1216].

Une condition supplémentaire aurait pu s'ajouter aux deux conditions de recevabilité

[1210] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 222, p. 197.
[1211] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.,* n° 127, p. 58.
[1212] V. H. Vizioz, *Étude de procédure, op. cit.*, n° 19, p. 203.
[1213] G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 84, p. 370.
[1214] « Le défaut de qualité et le défaut d'intérêt, constituent des fins de non-recevoir ». 3e Civ.,12 mai 1976, n° 75-70142, Bull., III, n° 203, p. 158.
[1215] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n°41, p. 50.
[1216] J. Normand, « Intérêt et qualité pour agir en référé », *RTD civ.,* 1985, p. 766.

sus-énumérées. Il s'agit de la capacité à agir[1217]. Avant même l'adoption du C.P.C. français, pour une partie de la doctrine française, elle était considérée comme une condition de recevabilité[1218], mais son absence est sanctionnée par la nullité, laquelle ne peut être relevée d'office par le juge[1219]. Depuis la promulgation de la loi, cette opinion est toujours défendue par une autre génération d'auteurs[1220]. Alors même que l'incapacité à agir est clairement désignée par l'art. 117 du C.P.C.[1221], comme une irrégularité de fond. Ainsi que cela a été jugé par la Cour de cassation française, analysant que : « l'irrégularité d'une procédure engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique constitue une irrégularité de fond qui ne peut être couverte »[1222]. Selon Cornu et Jean Foyer, « le défaut de capacité d'ester en justice constitue donc une irrégularité de fond sanctionnée par la nullité de l'acte »[1223].

S'il s'agit d'une condition de recevabilité, la sanction devrait être une fin de non-recevoir. Malgré le fait que « le régime juridique de la nullité des actes de procédure pour irrégularité de fond et celui des fins de non-recevoir sont quasiment identiques »[1224]. Alors qu'une partie de la doctrine française estime que le défaut de personnalité juridique (qui induit le défaut de capacité), est une condition de recevabilité de la demande[1225]. La chambre commerciale de la Cour de cassation française avait jugé dans ce sens[1226]. Une partie de la doctrine koweitienne et égyptienne était allée dans le sens contraire[1227]. En effet, pour la

---

[1217] La capacité pour agir, « requise pour agir ou défendre à l'action est celle d'une personne capable d'effectuer de tels actes » P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 41, p. 49.
[1218] V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. et loc. cit.*
[1219] *Ibid.*, n° 293, p. 271. ; Aujourd'hui, au terme de l'art. 120 al. 2 « Le juge peut relever d'office la nullité, pour défaut de capacité d'ester en justice ».
[1220] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.,* n° 60, p. 129.
[1221] L'art. 117 du C.P.C. prévoit que : « Constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte :
Le défaut de capacité d'ester en justice ;
Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ;
Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice. »
[1222] 2e Civ.,11 septembre 2003, n° 01-14493, Bull., II, n° 253 p. 209. ; Dans le même sens, V. 2e Civ., 13 janvier 1993, n° 91-17175, Bull., II, n° 15, p. 7, obs. P. Julien, *D.*, 1993, somm., p. 181.
[1223] G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 111, p. 497.
[1224] P. Julien, obs. sous 2e Civ., 13 janvier 1993, n° 91-17175, Bull., II, n° 15, p. 7, *D.*, 1993, somm., p.181. ; Dans le même sens : N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 86.
[1225] P. Julien, obs. sous 2e Civ., 13 janvier 1993, n° 91-17175, Bull., II, n° 15, p. 7, *D.*, 1993, somm., p.181.
[1226] Com., 20 juin 2006, 03-15957, Bull., IV, n° 146, p. 155. ; en l'espèce la Cour de cassation a jugé irrecevables les prétentions émises contre la société en formation, au motif de son incapacité à agir en justice. Elle semble ériger l'absence de personnalité morale et, par conséquent, le défaut de capacité, au rang de fin de non-recevoir de toute action en justice, en application des articles 32 et 126 du C.P.C. D. Gibirila, « L'incapacité d'ester en justice d'une société en formation et ses enjeux », *RJDA*, chron., p. 916.
[1227] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 563 et 601.

doctrine[1228] et la jurisprudence koweitienne[1229] et égyptienne[1230], la capacité à agir étant une condition d'exercice de l'action, son défaut doit être sanctionné par l'exception de nullité[1231]. Nous pensons quant à nous, que la capacité est plutôt une condition de régularité de la procédure. Car si la capacité à agir est perdue en cours d'instance, cela n'annule pas l'action, et ne conduit pas à l'irrecevabilité, mais à une interruption de l'instance[1232].

Cependant, la nécessité de l'existence d'une capacité à agir, devant la juridiction de référé est moins rigoureusement sanctionnée, que devant la juridiction du fond. Jugé à cet égard par la Cour de cassation égyptienne que : « n'est pas exigée pour exercer l'action en référé, que les plaideurs aient la pleine capacité d'ester en justice (en l'espèce, des mineurs). Car cela est incompatible avec la notion de l'urgence, qui suppose entre autres, une représentation légale, laquelle exige un long délai de préparation »[1233] . Les doctrines égyptienne et française, appellent de leurs vœux, une confirmation de cette jurisprudence[1234]. La doctrine française, ayant déjà eu l'occasion de souligner que : « la voie du référé a toujours été ouverte largement aux mineurs, pour peu qu'ils fussent dotés de discernement »[1235]. « Ainsi, il est, en effet, généralement admis que toute personne dotée de discernement, fut-elle notamment mineure, peut valablement introduire un référé alors même qu'elle ne serait pas habilitée »[1236]. En conséquence, le mineur, capable de discernement peut en pratique, agir en référé contre son tuteur ou sa tutrice et demander au juge des référés, de prendre des mesures provisoires. Hors de cette hypothèse, l'incapable même mineur, ne peut agir en référé[1237]. Concernant les autres particularités, il suffit de se référer aux règles générales de droit commun, qui régissent la

---

[1228] *Ibid.* ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.,* p. 25. ; M. Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 334, p. 163. Cet auteur estime aussi que le défaut de capacité doit être sanctionné par une fin de non-recevoir.

[1229] Com.K., 22 juin 2007, n° 641/2006, recueil de la jurisprudence, l'année 35, p. 269, n° 47. La Cour de cassation koweïtienne a jugé clairement, au contraire, dans cette affaire, que la capacité à agir n'est pas une condition de recevabilité, mais une condition de régularité des procédures, le défaut de cette condition est sanctionné par l'exception de nullité.

[1230] Civ.É., 28 février 2000, 7353/64.

[1231] Laquelle pourrait être invoquée en tout état de la cause et le tribunal la relève d'office. Civ.K, 29 octobre 2007, n° 420/2005.

[1232] W. Fahmy, *Les principes de l'instance civile*, 1re éd., Le Caire, Dar Alfikr Alarabi, 1978, p. 118. Dans le même sens : S. Mahmod, *Les origines des contentieux, selon le code de procédure civile*, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2009, p. 229.

[1233] Civ.É., 26 mars 1981, n° 69/48, recueil de la jurisprudence, n° 177, p. 960, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111118170.pdf (Consulté le 26/1/2018). ; Dans le même sens : TI d'Alexandria, chambre des référés, 8 décembre 1937, recueil d'avocat, 18e année, p. 377.

[1234] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés,* t. I, *op. cit.*, n° 48, p. 98-99.

[1235] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 41, p. 49.

[1236] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *op. cit.*, n° 19.

[1237] Y. Ghanem, *La juridiction des référés et ses enjeux pratiques dans les pays arabes, op. cit.,* p. 177. ; M. Abdelkader, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 118.

capacité à agir.

En outre, le C.P.C. n'exige que deux conditions subjectives de recevabilité de l'action, l'intérêt (sous-section 1) et la qualité (sous-section 2)[1238]. Le défaut de qualité ne devant pas être confondu avec celui de capacité[1239].

Sous-section 1 : L'intérêt à agir

L'adage « pas d'intérêt pas d'action », nous rappelle la condition essentielle de l'action qui est l'intérêt. Avoir un intérêt à agir, signifie que l'on s'attend à retirer des bénéfices et des avantages de son action en justice, qu'ils soient de nature martiale, ou morale[1240], substantiels ou non[1241]. « En un mot, l'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux »[1242] .

Dans ce cadre strict, et au terme de l'art. 30 du C.P.C. « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, … ». Il résulte de cet article, que l'intérêt en tant que condition subjective de recevabilité de l'action, ne sera reconnu qu'une fois, vu comme légitime (§1). Simultanément à la légitimité, d'autres caractères sont aussi exigés. L'intérêt doit aussi d'une part, être né et actuel[1243](§2), et d'autre part, être personnel et direct (art. 3 du C.PC.É.) (§3). Le défaut de cette intérêt sanctionné par une fin de non-recevoir[1244].

§1 : L'intérêt légitime

Il faut d'abord noter que l'intérêt légitime, tel qu'exigé par l'art. 31 du C.P.C. et l'art. 2 du C.P.C.K. ainsi l'art. 3 du C.PC.É. « est celui qui se fonde dans l'avantage attendu, tel qu'il

---

[1238] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.,* n° 130, p. 60.
[1239] G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, n° 111, p. 497. ; Sur la distinction entre la qualité et la capacité V. M. Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 328-334, p. 160-163.
[1240] S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.,* p. 26.
[1241] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés,* t. I, *op. cit.*, n° 48, p. 90.
[1242] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 226, p. 200.
[1243] *Ibid*.
[1244] Selon les articles 125 al. 2 du C.P.C. et 3 al. 3 du C.P.C.É. le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de défaut d'intérêt. Le C.P.C.K. ne comporte pas du texte similaire, cependant la doctrine koweïtienne reconnaît au juge koweïtien le pouvoir de relever d'office le défaut d'intérêt. A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 564. ; En outre selon les articles 123 du C.P.C., 81 du C.P.C.K. et 115 du C.P.C.É. la fin de non-recevoir tirée de défaut d'intérêt peut relever en tout état de la cause par les parties.

apparaît au travers de l'objet du litige exprimé par les conclusions du plaideur »[1245]. Il en résulte que pour être légitime, l'intérêt : « doit être sérieux[1246], la prétention, en tant que telle, [n'] être contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs »[1247]. Monsieur Cayrol ne dit pas autre chose, en écrivant que la légitimité de l'intérêt suppose que les prétentions soient licites et morales[1248]. Lesquelles prétentions, doivent par ailleurs être, selon nous, rangées dans les conditions objectives, que nous nous proposons d'analyser plus loin[1249].

Il faut ne pas confondre le bien-fondé de la demande (le fond du droit) et la recevabilité de l'action[1250] (l'action). Les Cours de cassation koweïtienne[1251] et égyptienne[1252], font actuellement cette confusion. Ainsi d'ailleurs, - il faut le souligner - que la Cour de cassation française, dans son ancienne jurisprudence. Puisqu'elle considérait que la concubine n'avait pas d'intérêt légitime juridiquement protégé, en cas de décès accidentel de son concubin, car dépourvue de droit subjectif à réparation vis-à-vis du responsable du dommage[1253].

Prenons l'hypothèse d'une demande de provision devant le juge des référés, formulée par la concubine. Celui-ci déclarera-t-il la demande irrecevable pour cause de défaut d'intérêt légitime ? « Il était d'une évidence absolue que la concubine avait intérêt à agir, l'accident l'ayant privée de celui qui subvenait en fait à ses besoins. La vraie question était donc de savoir si la concubine avait un droit substantiel, à la réparation de son préjudice »[1254]. « La loi ne

---

[1245] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 63, p. 133.
[1246] Selon Motulsky « l'intérêt doit être légitime, c'est-à-dire sérieux. Cela implique de ne pas agir par esprit de chicane, et pose une partie de la question de l'abus de droit ». H. Motulsky, *Droit processuel, op. cit.,* p. 71. ; Par ex. « le plaisant, le bravache, n'a pas d'intérêt légitime à agir en justice » N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 247. ; Jugé à cet égard par le CE. que :« Celui qui, pour demander l'annulation de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande tendant à l'annulation des articles 808, 809 et 810 du [C.P.C.] relatifs aux pouvoirs du président du TGI en matière de référé, se borne à faire état de sa qualité d'élu régional qui, exprimant régulièrement et publiquement son opinion, pourrait ainsi se voir appliquer ces dispositions ne justifie pas, à ce titre, d'un intérêt personnel suffisamment direct et certain pour lui donner qualité pour demander l'annulation du refus d'abroger ces dispositions ». CE., 5 juillet 2000, n° 201628, Publié au recueil Lebon, *D.*, 2000, IR., p. 238.
[1247] G. Wiederkehr, « La légitimité de l'intérêt pour agir », in. S. Guinchard, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Paris, Dalloz, 2010, p. 882.
[1248] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 227.
[1249] *Infra,* p. 213 s.
[1250] G. Wiederkehr, « La légitimité de l'intérêt pour agir », *op. cit*, p. 878. ; Selon Monsieur le Doyen Desdevises : « il ne semble pas exagéré d'affirmer que l'intérêt légitime, c'est le droit ». Y. Desdevises, *Le contrôle de l'intérêt légitime : essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, th. Nantes, 1973, p. 272. ; Dans le même sens V. W. Fahmy, *Les principes de l'instance civile*, *op. cit.*, p. 119.
[1251] Civ.K., 6 mai 2002, n° 2001/369.
[1252] Civ.É., 30 avril 2001, n° 1193/69.
[1253] 2e Civ., 18 mars 1965, n° 61-13872, Bull., II, n° 290, p.199.
[1254] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 68, p. 72. ; V. aussi, H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 228, p. 203.

saurait réparer tous les préjudices que peut causer le décès d'une personne. Elle limite le droit à réparation à un cercle limité des personnes, dont elle exclut les simples voisins ou les amis »[1255]. Or, ici l'intérêt à agir de la concubine, n'était pas en cause mais sa qualité[1256]. Nous pensons pour notre part, que le bien-fondé de la demande, lui-même faisait défaut. Ainsi que l'écrivent Solus et Perrot : la « demande n'est donc pas irrecevable ; elle est mal fondée »[1257]. Cependant, en 1970, dans l'arrêt Dangereux[1258], la jurisprudence, « pour déclarer recevable l'action de la concubine, avait renoncé à l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé »[1259]. Qui selon Motulsky, est synonyme de droit subjectif substantiel[1260] (fond du droit). Or il n'y a que l'interprétation du terme « intérêt légitime » qui a changé. Comme le souligne Monsieur Cayrol : « ce sont les mœurs qui ont évolué ; et qui font qu'aux yeux des magistrats de la Cour de cassation, la demande de la compagne de la victime n'est plus illégitime »[1261]. Puisque le droit à réparation n'a pas changé, il s'agit donc bien de fin de non-recevoir[1262]. Et non pas de défense au fond.

Pour une partie de la doctrine koweïtienne et égyptienne, la recherche d'un intérêt légitime ou juridique conduit le juge à examiner le fond du droit alors qu'il se trouve dans l'étape de l'examen des conditions de recevabilité[1263]. Ce qui signifie comme l'analysent Solus et Perrot que : « pour apprécier l'intérêt, le juge doit procéder à une analyse des résultats éventuels de la demande, en s'interrogeant sur le point de savoir si cette demande, à la supposer fondée, est de nature à modifier la situation présente de celui qui en prend l'initiative »[1264]. C'est là, en effet, une source de confusion entre l'intérêt et le fond du droit. Nous pensons, au contraire, que l'examen de la légitimité de l'intérêt, ne suppose pas nécessairement, un examen au fond. Or en matière de référé, toute demande suppose, un

---

[1255] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. et loc. cit.*
[1256] Pour une partie de la doctrine française, l'intérêt de la concubine à agir n'était pas en cause mais sa qualité, car « l'intérêt à agir n'est jamais que l'expression d'une qualité à agir, C'est l'existence de celle-ci qui fait que celui-là est considéré comme légitime ». *Ibid.*
[1257] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 228, p. 203.
[1258] Ch. mixte, 27 février 1970, n° 68-10276, Bull., Ch. mixte, n° 1, p. 1.
[1259] G. Wiederkehr, « La légitimité de l'intérêt pour agir », *op. et loc. cit.*
[1260] H. Motulsky, *Droit processuel, op. cit.,* p. 71.
[1261] N. Cayrol, *Les actes ayant pour objet l'action en justice,* Préf. F. Grua, Economica, 2001, n° 76, p. 51.
[1262] *Ibid.*
[1263] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 546-547. ; Cela est une conséquent de confondre l'examen du défaut d'intérêt et l'absence de droit. V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 228, p. 204. ; Selon Monsieur le Doyen Desdevises, l'intérêt légitime est d'ailleurs un élément qui peut faire douter de la radicale autonomie de l'action par rapport au droit substantiel. Y. Desdevises, *Le contrôle de l'intérêt légitime : essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, *op. cit.*, p. 244.
[1264] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 228, p. 203. ; V. les observations de Monsieur le Doyen Desdevises, sur cette position, Y. Desdevises, *Le contrôle de l'intérêt légitime : essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, *op. cit.,* p. 240-242.

examen du fond de droit, pour apprécier la légitimité de l'intérêt. Alors que le juge des référés ne peut jamais examiner le fond du droit. Il se trouve donc, paralysé. La doctrine et la jurisprudence[1265] koweïtienne et égyptienne n'ont pas échappé à cette confusion. En réalité, « le mot *intérêt* surtout lorsqu'il utilisé au pluriel, est souvent synonyme de *droit*. Quand on dit d'une personne qu'elle défend (ses intérêts), très généralement, on entend par là qu'elle défend ses droits »[1266]. Pour lever cette confusion, il nous paraît judicieux de tenter de répondre aux deux questions suivantes : d'abord, concernant la recherche de l'intérêt légitime. En clair, y'aura-t-il des avantages au profit du demandeur s'il gagne son procès ? Si oui, le juge doit vérifier s'ils sont à la fois sérieux[1267] et conformes à l'ordre public, et aux bonnes mœurs ? En d'autres termes, quelle est la finalité de la demande[1268]? Celle-ci doit être examinée de manière subjective, c'est-à-dire, du point de vue de l'auteur de la demande. Si le juge estime « la demande en justice de mauvaise foi, il devra alors la déclarer irrecevable pour cause d'illégitimité de l'intérêt »[1269]. La deuxième question tient au bien-fondé des prétentions. Autrement dit, le droit allégué par le demandeur existe-il ou non ? Si c'est le cas, le juge ne doit examiner le fond du droit, qu'une fois la demande jugée recevable.

La Cour de cassation française, pour éviter la confusion entre la recevabilité et le bien-fondé, affirme que « l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action »[1270].

Par ailleurs, la légitimité de l'intérêt, ne suffit pas à rendre la demande en référé recevable, l'intérêt doit aussi être né et actuel.

[1265] Ainsi, dans une espèce, un juge des référés égyptien avait été saisi d'urgence, en vue d'interdire la sortie d'un film, pour cause de plagiat. Le juge conclue à une action mal fondée, et inutile sans désigner d'expert, tel que souhaité par le demandeur. Il déclare alors la demande en référé irrecevable (défaut d'intérêt légitime) au motif qu'au vu du scénario, de l'histoire, et des autres éléments d'appréciation, il n'y avait pas d'apparence de plagiat. Il y'a donc en l'espèce, une confusion manifeste entre le bien-fondé d'une demande (alors qu'il s'agit ici d'une action en référé) et sa recevabilité (ici non examinée par le juge des référés). TI du Caire Chambre des référés, 13 janvier 1943, recueil d'avocat, 23e année, p. 109.

[1266] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 226, p. 200.

[1267] Jugé à cette égard par le TI du Caire qu' : « est recevable l'action en référé pour désigner un gardien puisque les héritiers ont un intérêt sérieux à agir en référé ». TI du Caire, chambre des référés, 24 octobre 1950, recueil d'avocat, 31e année, p. 1815.

[1268] N. Omar, *La fin de non-recevoir et son régime juridique,* Alexandria, Dar AlJamiah Aljdidah, 2004, n° 49, p. 61.

[1269] Civ.É., 30 avril 2001, n° 1193/69. ; V. dans le même sens : F. Walli, *Le traité de droit judiciaire civil*, t. I, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2017, p. 156. ; A. Fourneau, *À la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire pour une conception objective de l'action en justice*, th. Aix-en-Provence, 1951, p. 234.

[1270] 1re Civ., 2 novembre 2005, n° 02-17697, Bull., I, n° 394, p. 329. ; 3e Civ., 16 avril 2008, n° 07-13846, Bull., III, n° 71. ; Com., 24 mai 2011, n° 10-24869, Bull., IV, n° 80, p. 93.

§2 : L'intérêt né et actuel

Quant à l'intérêt, il doit être né et actuel, peu importe que le code l'exige (comme l'art. 2 du C.P.C.K. et l'art. 3 du C.P.C.É.) ou non (comme l'art. 31 du C.P.C.). En principe, un intérêt simplement virtuel ou éventuel est insuffisant. « Le demandeur doit pouvoir tirer un avantage de la prétention qu'il a émise, dans le cas où elle serait déclarée bien fondée »[1271]. De nos jours, la Cour de cassation française a fait évoluer la notion d'intérêt né et actuel, elle y rattache, selon Perrot pour qui : « toute menace suffisamment sérieuse sur un rapport de droit, constitue d'ores et déjà, un « intérêt de sécurité » qui, lui, est né et actuel »[1272].

Une question se pose, qui est celle de savoir, à quel moment l'intérêt doit exister. L'intérêt doit exister, au moment où la demande est présentée[1273]. Si l'intérêt était né avant le jour de l'exercice de l'action, et qu'il cessait d'être actuel ce jour, la prétention encourerait l'irrecevabilité[1274]. Il en est tout autre, pour la Cour de cassation égyptienne[1275]. Alors que la Cour de cassation française a jugé « qu'en statuant ainsi, alors que même si, en raison de l'évolution des faits depuis la décision de référé ayant prescrit la fermeture dominicale de l'établissement, la mesure ordonnée était devenue sans objet, l'intimé conservait un intérêt né et actuel à demander la confirmation de l'ordonnance, pour la période écoulée jusqu'à l'autorisation préfectorale, devant la juridiction du second degré qui devait apprécier sa régularité en se plaçant au moment de la saisine du juge des référés, la cour d'appel a violé les textes …[du C.P.C.] »[1276]. L'intimé conservait un intérêt né et actuel à demander la confirmation de l'ordonnance, pour la période écoulée jusqu'à l'autorisation préfectorale, devant la juridiction du second degré qui devait apprécier sa régularité en se plaçant au moment de la saisine du juge des référés. Au surplus, si au jour de la saisine du juge, l'intérêt faisait défaut, et que par la suite, à l'examen des conditions de recevabilité, le juge constate son existence, déclarera-t-il la demande irrecevable ? Une partie de la doctrine égyptienne estime que cette

---

[1271] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 69, p. 73. ; Dans le même sens : N. Omar, *La fin de non-recevoir et son régime juridique, op. cit.*, n° 63, p. 79.
[1272] R. Perrot, « Intérêt à agir : la notion d'intérêt né et actuel », *RTD civ.*, 2012, p. 146, note sous 3e Civ., 21 septembre 2011, n° 10-17036, Non publié au Bull.
[1273] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 229, p. 204. ; S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.,* n° 64, p. 134. ; V. 1re Civ., 31 janvier 1990, n° 88-16497, Bull., I, n° 30, p. 21.
[1274] 1re Civ., 3 mars 2010, n° 08-13500, Bull., I, n° 53, p. 51, *D.*, 2010, p. 1608, note L. Mauger-Vielpeau. ; *RTD civ.*, 2010, p. 305, obs. J. Hauser. ; *RTD civ.*, 2010, p. 365, obs. B. Vareille. ; TGI du Nord Caire, Chambre des référés, 27 février 1980, n° 1896/1979.
[1275] Civ.É., 13 février 1986, n° 961/52. ; V. A. Nader et Y. Ismaïl, *L'encyclopédie des pratiques du débat juridictionnel, « La juridiction des référés »*, 1re éd., Le Caire, 2014, p. 72.
[1276] Soc., 24 juin 2003, n° 01-17441, Non publié au Bull.

demande devrait être déclarée irrecevable. Mais qu'il ne serait pas de bonne justice, de prononcer l'irrecevabilité, dès lors que le demandeur y a intérêt[1277]. Pour cette raison le TI du Caire considère que l'apparition d'un intérêt après la saisine, régularise la procédure de manière rétroactive[1278]. Alors qu'en droit français, suivant le premier al. de l'art. 126 : « dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est régularisée, l'irrecevabilité doit être écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue »[1279].

De la même manière, lors d'une action en référé, la recevabilité de la demande est subordonnée, à l'existence d'un intérêt à agir, au jour de la saisine du juge des référés. Y compris dans l'hypothèse d'un dommage qui n'existe pas encore, c'est-à-dire futur. L'intérêt du demandeur est tout de même considéré comme actuel. Car le dommage bien que futur est suffisamment certain actuellement[1280] .

La question d'un intérêt né et actuel, fondé sur un dommage futur, a aussi été évoquée par Motulsky, pour qui : « il n'y a pas encore de véritable litige, mais on estime qu'il y a menace, ou bien l'on voudrait être fixé, ou du moins sauver les preuves d'un dépérissement. Est-ce possible ? » [1281].

Il existe des exceptions légales, par exemple en droit français l'art 145 du C.P.C. permet à tout intéressé de demander au juge des référés d'ordonner toute mesure d'instruction admise par la loi s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige[1282]. De même, l'art. 809 al. 1 du C.P.C. permet au juge des référés de prendre des mesures conservatoires pour prévenir un dommage imminent[1283]. Peut-on pour autant aller jusqu'à affirmer que l'articles 809 et 145 du C.P.C. n'exigent pas, pour la saisine du juge des référés, un intérêt à agir né et actuel[1284] ? Selon Monsieur Strickler, l'intérêt de ces cas est futur, et il doit être certain[1285].

[1277] H. Altawil, *La fin de non-recevoir*, Alexandria, L'institution d'Almaaref, 1998, p. 152-153.
[1278] TI du Caire, Chambre des référés, 10 octobre 1979, n° 2979/1979.
[1279] Com., 19 juin 1979, n° 78-11540, Bull., IV, n° 208, p. 168, *D.*, 1979, IR., p. 538. ; 1re Civ., 4 mai 2011, n° 09-68983, Bull., I, n° 82, p. 79, *D.*, 2012. p. 971, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau. ; *AJ fam.,* 2011, p. 330, obs. C. Siffrein-Blanc. ; *RTD civ.,* 2011, p. 515, obs. J. Hauser.
[1280] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.,* n° 65, p. 134.
[1281] H. Motulsky, *Droit processuel, op. cit.,* p. 72.
[1282] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 186, p. 154.
[1283] *Ibid.*
[1284] V. 3e Civ., 2 février 2010, n° 08-21457, Non publié au Bull.
[1285] Y. Strickler, « Délai », *RÉP. PR. CIV.*, 2014, n° 68.

S'agissant du droit Koweitien et Égyptien, les deux législateurs ont mis en place le principe général, inscrit à l'art. 2 du C.P.C.K et l'art. 3 du C.P.C.É disposant qu'il « ne sera admis aucune demande ou défense qui n'a pas d'intérêt actuel ». Puis ils ajoutent que « toutefois un intérêt éventuel suffit si l'objet de la demande est la prévention d'un dommage imminent, ou la conservation d'un droit dont la disparition de sa preuve est crainte au cours du litige »[1286]. Ainsi, il n'est pas obligatoire que l'intérêt soit né et actuel, pour les actions préventives et les actions conservatoires, qui sont introduites par une action de référé tel que la désignation d'un gardien judiciaire ou une action déclaratoire, ou encore les invitations à entendre les témoignages de personnes qui risquent de décéder par leur âge avancé ou une maladie ou de personnes qui vont émigrer[1287].

La jurisprudence française s'est également prononcée sur cette question et semble valider l'existence d'un intérêt actuel, mais fondé sur un dommage éventuel, car futur. Comme l'atteste un arrêt de la Cour de cassation française ayant rejeté une action pour défaut d'intérêt. Aucun préjudice né et actuel n'ayant pu être démontré au jour de l'action. Puisque : « l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action, et que l'existence du préjudice invoqué n'est pas une condition de recevabilité de l'action, mais de son succès »[1288]. Nous sommes sur la même ligne qu'une partie de la doctrine égyptienne, pour laquelle, la majorité des exceptions à l'intérêt né et actuel, ne correspond pas *stricto sensu* à la notion de l'intérêt, mais plutôt à celle de litige ou de préjudice, lequel fait naître l'intérêt à agir[1289].

Dans le même ordre d'idées, il semble qu'un intérêt puisse être vu comme né et actuel, même revêtu d'un simple caractère probatoire[1290]. Jugé à cet égard, par le TI du Caire que « l'héritier par apparence, dont la qualité d'hériter n'est pas encore établie par la juridiction du fond, a un intérêt à voir prononcée une mesure conservatoire, en vue d'éviter un dommage imminent »[1291].

Au total, afin de voir ses prétentions accueillies, le demandeur doit justifier auprès du

---

[1286] V. Civ.É., 2 mars 1999, n° 106/64.
[1287] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 550. ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.,* p. 28.
[1288] 2e Civ., 13 septembre 2012, n° 11-19941, Non publié au Bull., Juris-Data : n° 021121.
[1289] N. Omar, *La fin de non-recevoir et son régime juridique, op. cit.*, n° 47, p. 58.
[1290] M. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », *D.*, 1980, n° 27, p. 210.
[1291] TI du Caire, chambre des référés, 20 septembre 1953, recueil d'avocat, 34e année, p. 509.

juge des référés, d'un intérêt à la fois légitime, né et actuel, personnel et direct[1292].

§3 : L'intérêt personnel et direct [1293]

« En principe, la recevabilité des prétentions est subordonnée à un intérêt direct et personnel »[1294]. Seront alors irrecevables les prétentions pour autrui[1295]. L'intérêt personnel et direct implique que le titulaire de l'action doit défendre personnellement ses intérêts en justice. Aucune autre personne n'est autorisée à agir à sa place. Ce principe trouve sa justification dans le souci de protéger la liberté d'agir personnellement en justice, afin de défendre ses droits. Liberté dont on peut cependant se dessaisir[1296] (caractère facultatif de l'action en justice). Au profit d'une autre personne, à la condition que celle-ci puisse justifier d'un mandat accordé par ledit titulaire de l'action (hypothèse classique de l'avocat). Ou si elle a qualité à agir, en raison d'une habilitation légale (hypothèse d'un syndicat ayant qualité à agir pour défendre les intérêts matériels et moraux des salariés syndiqués)[1297].

Contrairement au C.P.C. et C.P.C.K., le C.P.C.É. l'exige de manière explicite depuis la loi n° 81 de 1996, qui a modifié l'art. 3 du C.P.C.É. Mais la portée pratique de ce texte est limitée, étant entendu que si l'intérêt n'est ni personnel ni direct, il n'y aura alors pas d'intérêt du tout. Par exemple, personne ne peut agir en référé sous prétexte que les droits de son voisin sont violés. Le juge doit ainsi vérifier que le demandeur recueillera personnellement les fruits de sa demande, si celle-ci est favorablement accueillie[1298]. La doctrine et la jurisprudence exigent que l'intérêt soit personnel et direct, afin de lutter contre l'utilisation abusive du droit d'agir, en particulier, lorsque celui-ci viole les droits et libertés d'autrui. Il en est ainsi du mauvais usage de l'action « Hisbah »[1299]. Dont, la Cour de cassation égyptienne a admis la recevabilité. Le « Hisbah » est une action intentée dans l'intérêt de Dieu, et dont le but est la préservation et le respect des normes religieuses. À été ainsi accueillie, l'action d'un tiers qui n'avait d'« intérêt » ni personnel, ni direct à l'annulation d'un mariage entre une musulmane et

[1292] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 463.
[1293] V. G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir ? », in. S. Guinchard, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Paris, Dalloz, 2010, p. 597-605.
[1294] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 359.
[1295] *Ibid.*, n° 368.
[1296] N. Omar, *La fin de non-recevoir et son régime juridique, op. cit.*, n° 64, p. 80.
[1297] Y. Desdevises et O. Staes, « Fasc. 500-75 : ACTION EN JUSTICE. – Recevabilité. Conditions subjectives. – Intérêt », Juris-Classeur Procédure civile, Paris, LexisNexis, 2016, n° 75.
[1298] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 559.
[1299] *Ibid.*, p. 559-560.

un non-musulman[1300]. La réforme de l'art. 3 du C.P.C.É. n'a pas pour objet d'annuler l'action « Hisbah », puisqu'elle est l'un des fondements de la loi islamique, mais simplement de l'organiser[1301].

En France, le président du TGI de Paris, avait, dans une espèce, déclaré irrecevable, la demande de trois parlementaires de l'opposition qui voulaient faire interdire la publication d'un sondage relatif au projet de référendum, un moment envisagé par les pouvoirs publics[1302]. Aux termes des motifs de l'ordonnance : « dès lors qu'aucune de ces trois personnalités demanderesses n'a été mise en cause à titre personnel et individuel dans les publicités dont elles demandent l'interdiction, il convient de déclarer leur demande irrecevable »[1303].

Dans une autre espèce, un boulanger qui exerçait dans un centre commercial et fermé un jour par semaine, avait assigné une boulangerie industrielle, ouverte tous les jours de la semaine. Cela, au motif de la violation de l'arrêté préfectoral imposant un jour de fermeture par semaine. Le boulanger qui subit personnellement, un trouble manifestement illicite né du non-respect de la fermeture hebdomadaire obligatoire, démontre avoir un intérêt personnel et direct à agir[1304].

À défaut d'intérêt personnel et direct, seule une habilitation à agir permet à un plaideur d'être entendu sur le fond des prétentions de la personne l'ayant habilité, en vue d'agir en son nom et pour son compte. Les habilitations valables au principal valent aussi pour le référé[1305].

Faut-il pour autant confondre l'intérêt personnel et direct et la qualité, comme le font la jurisprudence égyptienne[1306], et une partie de la doctrine égyptienne ? Elles affirment en effet que : « l'intérêt personnel et direct, est la qualité. … Si l'action en référé est irrecevable en raison du défaut de qualité, cela signifie que l'intérêt n'est ni personnel ni direct »[1307] . La Cour

---

[1300] B. Atallah, « Le Code de procédure civile et commerciale de 1968 de la R.A.U », *op. cit.,* p. 587, la note de bas de page n° 10.
[1301] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op.et loc. cit*.
[1302] J. Normand, « Intérêt et qualité pour agir en référé », *op. cit.,* p. 766. ; P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 42, p.51.
[1303] TGI de Paris, réf., 14 août 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, 2e sem., Somm., p. 444.
[1304] Paris, 25 Janvier 2006, Juris-Data : n° 299745.
[1305] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 464.
[1306] TI du Caire, chambre des référés, 28 mars 1974, n° 1119/1974. ; TI du Caire, chambre des référés, 14 février 1980, n° 6937/1979.
[1307] M. Harjah, *Dispositions et opinions sur la juridiction des référés*, *op. cit.*, p. 677. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 48, p. 94.

de cassation égyptienne a jugé que : « l'existence d'un intérêt à agir, n'exige nécessairement pas l'existence d'une qualité à agir »[1308]. Une partie de la doctrine égyptienne et koweïtienne estime que la qualité se confond avec l'intérêt personnel et direct, si c'est le demandeur qui agit personnellement et pour son propre compte[1309]. Une partie de la doctrine française avait abondé dans le même sens, dans les cas où la loi n'attribue précisément pas l'action en justice à certaines personnes, en posant le principe selon lequel : « a qualité pour agir celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. La qualité n'étant alors qu'un aspect particulier de l'intérêt, elle est absorbée par lui »[1310].

Il faut cependant essayer de les distinguer[1311], car comme le souligne Motulsky, « l'intérêt reste la condition essentielle toujours requise, alors que la qualité n'a qu'une valeur autonome de condition, et ne doit donc être prise en considération que dans certains cas »[1312]. Notamment, dans le cas ou le plaideur a été habilité par le titulaire de l'intérêt personnel et direct, pour agir en son nom et pour son compte.

En résumé, l'intérêt est une condition nécessaire mais pas toujours suffisante à l'existence du droit d'agir[1313]. Il faut encore la qualité pour agir.

Sous-section 2 : La qualité à agir

La qualité se définit comme le : « pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice »[1314]. Il existe un grand nombre d'hypothèse légales, où seules certaines personnes ont le droit d'agir ; elles disposent alors d'office de la qualité à agir[1315].

La condition de la qualité est exigée dans toute les actions, y compris, celles en référé.

[1308] Civ.É., 21 janvier 1982, n° 390/34.
[1309] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 565. ; En outre, jugé par la Cour d'appel de Lyon que : «il [le demandeur] a qualité pour agir dès lors qu'il invoque un intérêt personnel au succès de sa prétention ». Lyon, 19 mai 2016, n° 15/07704.
[1310] Y. Desdevises et O. Staes, « Fasc. 500-80 : ACTION EN JUSTICE. – Recevabilité. Conditions subjectives. – Qualité », *op. cit.*, n° 14.
[1311] Jugé à cet égard par la cour d'appel de Paris que l'« intérêt à demander la rétractation d'une ordonnance sur requête s'entend de l'intérêt légitime, direct et personnel à s'opposer à la mesure, distinct de la qualité à agir ». Paris, 29 Novembre 2016, n° 16/04423. ; Sur la distinction entre la qualité et l'intérêt personnel et direct, en droit koweïtien V. A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 569-571.
[1312] H. Motulsky, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 67.
[1313] F. Kernaleguen, « Intérêt, qualité, pourvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? » in. S. Guinchard, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Paris, Dalloz, 2010, p. 773.
[1314] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 262, p. 243.
[1315] G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir ? », *op. cit.*, p. 597.

Il est inenvisageable qu'une personne agisse devant le juge des référés, pour une affaire qui lui est étrangère[1316].

En principe la qualité pour agir en tant que condition de recevabilité de l'action, doit s'apprécier au jour de la saisine du juge des référés. Jugé par la cour d'appel de Bastia que : « comme l'a rappelé le juge des référés, la recevabilité de l'action s'analyse au jour de l'introduction des demandes. [...] c'est donc à cette date [...] que doivent être examinés la qualité [...] pour agir, ainsi que la qualité pour défendre »[1317]. Soulignons cependant, que dans les trois systèmes étudiés, au cas où le défaut de qualité est susceptible d'être régularisé, de manière rétroactive, cette régularisation étant réputée précéder le moment où le juge des référés statue, l'irrecevabilité sera dès lors, écartée. Cela en application de l'art.126, al. 1, du C.P.C. ce qui a été confirmé par la Cour de cassation française, lorsqu'elle a donné raison a : « une cour d'appel ayant constaté qu'une société avait assigné la partie adverse avant l'expiration du délai de prescription et qu'elle avait été, après l'expiration de ce délai, subrogée dans les droits de celui qui avait qualité pour agir, déduit de ces constatations que les droits de la société s'étaient trouvés ainsi conservés jusqu'à la date où la subrogation intervenue lui avait conféré la qualité pour agir avant le moment où le juge d'appel avait statué »[1318].

« Il appartient au juge des référés de se prononcer sur la fin de non-recevoir tirée d'un prétendu défaut de qualité du demandeur en référé, que la contestation de cette qualité par la partie adverse soit ou non sérieuse »[1319]. Alors que le juge des référés n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la qualité de porteur légitime du tiers[1320].

Ainsi, dans une espèce, il a été jugé par la Cour de cassation française que : « la nomination d'un expert, lorsqu'elle constitue un simple moyen d'information, est une disposition provisoire qui entre dans la compétence du juge des référés en cas d'urgence. On ne saurait donc faire grief à la juridiction des référés, saisie par le propriétaire d'un immeuble reconstruit au titre des dommages de guerre sous la surveillance et sur les plans d'un architecte d'une demande en nomination d'expert pour dire si les lézardes et infiltrations apparues dans cet immeuble étaient imputables à un vice de construction ou à la responsabilité des locataires,

[1316] N. Omar, *La fin de non-recevoir et son régime juridique, op. cit.*, n° 64, p. 81.
[1317] Bastia, 31 Mai 2017, n° 16/00193.
[1318] Com., 23 mai 1989, n° 86-17068, Bull., IV, n° 165, p. 109.
[1319] Soc., 22 juin 1993, n° 91-40736, Bull., V, n° 177, p. 120, *D.*, 1993, p. 187.
[1320] Com., 9 décembre 1974, n° 73-14513, Bull., IV, n° 321, p. 265.

d'avoir fait droit à cette demande bien que l'architecte ait soutenu que s'agissant de "simples troubles" survenus postérieurement à la réception définitive des travaux, le demandeur était sans qualité à agir contre lui, n'ayant à son endroit aucune action contractuelle ou quasi délictuelle. Et la juridiction des référés, ayant constaté l'urgence et n'étant pas en l'état des affirmations contradictoires des parties, a même de se prononcer sur l'étendue des dégradations invoquées, a pu en effet, par l'octroi d'une mesure qui réservait les droits en conflit et dont les juges appelés à connaitre du fond du litige auraient à apprécier les résultats, rejeter les conclusions d'irrecevabilité de l'architecte et statuer sans préjudicier au principal ni encourir par suite les griefs de l'architecte demandeur au pourvoi »[1321].

Un demandeur peut assigner une commune en référé, sans avoir au préalable produit de mémoire, à l'adresse du Préfet. La commune ne peut à l'inverse, agir sans autorisation préalable. De son côté, un syndic de copropriété peut agir en référé, même en dehors de l'autorisation de l'assemblée générale[1322].

La qualité du demandeur fait partie des questions primordiales que le juge des référés se doit de vérifier, à travers une étude des pièces du procès. S'il est établi que le demandeur ne possède pas certaines qualités, le juge doit déclarer le référé irrecevable[1323]. En droit français, la qualité apparaît dans l'art. 31 du C.P.C. « comme associée par principe à la condition d'intérêt et ce n'est qu'à titre dérogatoire qu'elle se détache de lui »[1324]. Parallèlement, le C.P.C.K et le C.P.C.É n'exigent pas que le demandeur ait une qualité, et cela dans le sens où la qualité et l'intérêt se cofondent si l'intérêt est personnel et direct[1325]. Cependant, parfois, même doté d'un intérêt personnel et direct, on ne peut pas agir car la loi réserve l'action à certaines personnes qu'elle qualifie à cette fin. Par exemple, dans une action attitrée, telle la demande en divorce, seuls les époux ont la qualité pour agir et ceci dans les trois systèmes. La distinction entre « l'intérêt personnel et direct » et la « qualité » apparaît donc claire dans le cas où l'action est exercée par un représentant. Souligné par Solus et Perrot, « la condition d'intérêt s'appréciant en la personne du représenté, tandis que la qualité s'apprécie en la personne du représentant, lequel doit justifier du pouvoir qui l'habilite à agir au nom d'autrui »[1326]. Par

[1321] 2e Civ., 16 mars 1960, n° 58-11633, Bull., II, n° 180, p. 123.
[1322] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *op. cit.*, n° 19.
[1323] N. Alakras, *L'interprétation du code de procédure civile «Étude comparative»,* 2e éd., Jordanie, Amman, Dar Althaqafah, 2010, p. 313.
[1324] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 70, p. 141.
[1325] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 565.
[1326] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 263, p. 245.

exemple « l'expert-comptable désigné par le comité d'entreprise en application de l'article L. 2325-35 du code du travail, disposant d'un droit de communication des documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, a qualité pour saisir le juge des référés d'une demande de communication de ces pièces »[1327].

Les prétentions du demandeur et l'objet du litige aident le tribunal dans la détermination de la personne ayant qualité à agir[1328], mais le juge des référés, lorsqu'il examine si les conditions de la qualité à agir, sont réunies, a uniquement besoin d'apporter la preuve de son existence à l'aide des pièces du dossier, et des documents, sans étudier en profondeur l'objet du litige. Car il s'agirait alors d'une atteinte au fond du droit des parties[1329]. À ce sujet il a été jugé par la Cour d'appel du Koweït que « la recherche de la qualité ne peut être complète que dans les assignations au fond. Quant aux assignations en référé, leur situation ne permet pas la recherche et la discussion de la qualité en dehors des mesures que nécessite le droit »[1330].

Il est utile de préciser que les prétentions du demandeur en référé ne seront recevables qu'à la condition qu'il dirige sa demande vers son légitime contradicteur[1331], « dont il entend faire cesser le trouble »[1332]. Par conséquent, « doit être déclarée irrecevable et mal fondée, l'action en référé visant à faire cesser l'utilisation frauduleuse d'informations reproduites de manière illicite, dès lors qu'elle est dirigée contre l'animateur d'un site web et non de son propriétaire »[1333].

En droit égyptien, il faut relever certaines spécificités rendant plus souple l'appréciation des conditions relatives à la qualité à agir. À ce sujet, la chambre des référés du TI du Caire a dû se prononcer sur la recevabilité d'un référé pour la cessation de la démolition d'une maison, qui avait fait l'objet d'une donation à des personnes déterminées, avec la désignation d'une personne ayant le pouvoir de gérer le bien. Les bénéficiaires de la donation avaient sollicité le juge des référés pour faire cesser la démolition de cette maison, qui avait été ordonnée par le gestionnaire. Ce dernier conteste la qualité à agir des bénéficiaires de la donation [1334]. La Cour

[1327] Soc., 26 mars 2014, n° 12-26964, Bull., V, n° 89, p. 92.
[1328] Civ.É., 8 février 2000, n° 4887/68.
[1329] TI du Caire, chambre des référés, 14 février 1980, n° 1979/ 6937.
[1330] Cour d'appel koweïtienne, 22 juin 1969, n° 1969/115.
[1331] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 463. ; Dans le même sens Civ.É., 6 avril 1986, n° 590/51. ; Civ.K., 11 février 2002, n° 2001/96.
[1332] C. Bettati, note sous tribunal de commerce de Rouen, réf., 23 avril 2001, *Gaz. Pal.*, 2002, Somm., p. 261.
[1333] Tribunal de commerce de Rouen, réf., 23 avril 2001, *Gaz. Pal*., 2002, Somm., p. 261.
[1334] M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. p. 115.

précise toutefois que « il n'est pas dans la compétence du juge des référés de juger dans les matières en lien avec la qualité à agir devant le tribunal, cela s'opposant à la nature de l'ordonnance en référé qui ne peut porter préjudice au principal »[1335]. Elle jugea également qu' : « il n'y a aucun problème à ce que l'époux assigne en justice le médecin qui s'est chargé de l'accouchement de son épouse et érige pour son compte une action déclaratoire faisant état des dommages subis par celle-ci à cause d'une erreur du médecin, et cela car l'époux qui agit est chargé des dépenses et du traitement de son épouse »[1336] . « Le juge des référés prend en compte la qualité apparente des parties, sans trancher définitivement cette qualité, puisque cela porte préjudice au principal »[1337]. Alors que la Cour d'appel du Caire souligne qu'il : « n'est pas juste que le juge des référés ne puisse pas aborder la qualité des parties, car celle-ci est une des conditions de recevabilité de toutes les actions, y compris celles de référé »[1338].

En droit égyptien, la qualité à agir en référé bénéficie à toutes les personnes qui ont un intérêt personnel et direct, même si celles-ci ne sont légalement pas habilités pour agir[1339]. Elle peut exister pour le demandeur dans l'action en référé et pas dans l'action au fond[1340]. Alors qu'en droit français, est irrecevable l'action en référé, pour laquelle, le demandeur n'avait manifestement pas la qualité à agir[1341].

Enfin, il faut souligner que le juge des référés français, depuis le décret n° 2004-836 du 20 août 2004[1342], peut, selon l'art. 125 al. 2 C.P.C., relever d'office la fin de non-recevoir tirée de défaut de qualité. En revanche lorsque la loi considère la qualité à agir comme d'ordre public, le juge doit relever d'office la fin de non-recevoir. Jugé à cet égard par la cour d'appel d'Orléans que : « la délimitation des pouvoirs de chaque organe d'une procédure collective étant d'ordre public, la fin de non-recevoir tirée du défaut éventuel de qualité de l'administrateur d'un redressement judiciaire doit être relevée d'office par le juge [des référés] »[1343]. Alors que les

---

[1335] TI du Caire, Chambre des référés, 24 août 1935, recueil de la jurisprudence, 7e année, p. 8.
[1336] TI du Caire, Chambre des référés, 14 décembre 1937, recueil d'avocat, 18e année, p. 515.
[1337] TI du Caire, Chambre des référés,14 février 1980, n° 6937/1979. ; Cour d'appel du Caire, 24 mai 1980, n° 321/1980.
[1338] Cour d'appel du Caire, 16 mai 1950, recueil d'avocat, 31e année, p. 557. ; V. H. Altawil, *La fin de non-recevoir*, *op. cit.*, p. 135.
[1339] TI du Caire, Chambre des référés, 21 mars 1935, recueil de la jurisprudence, 7e année, p. 15.
[1340] F. Walli, *Le traité de droit judiciaire civil*, t. I, *op.cit.,* p. 315.
[1341] 3e Civ., 15 février 2012, n° 10-25443 et n° 11-10911, Bull., III, n° 30, p. 25.
[1342] En droit français, avant le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, les juges ne peuvent relever d'office une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité d'une partie. Com., 29 janvier 1980, n° 78-10517, Bull., IV, n° 46, p. 31. ; Com., 10 mai 1982, n° 80-16125, Bull., IV, n° 169, p. 149. ; 2e Civ., 4 janvier 1990, n° 88-10406, Bull., II, n°3, p. 1. ; 2e Civ., 1 juillet 1992, n° 90-21659, Bull., II, n° 192, p. 96, *D.*, 1993, p. 184, obs. P. Julien.
[1343] Orléans, 23 Décembre 2004, Juris-Data : n° 289169.

juges des référés koweïtiens et égyptiens ne le peuvent pas[1344]. Ce sont les parties qui le peuvent, selon l'art. 81 du C.P.C.K. et l'art. 115 du C.P.C.É., et en tout état de la cause, comme l'affirme la Cour de cassation française[1345]. En revanche, en cas de défaut de qualité de défendeur[1346] la sanction est différente en droit koweïtien et égyptienne. Aux termes des articles l'art. 81 al. 2 du C.P.C.K. et l'art. 115 al. 2 du C.P.C.É., « si le tribunal trouve que la fin de non-recevoir tirée de défaut de qualité du défendeur est bien fondée, il ajourne l'audience, pour permettre une nouvelle assignation du défendeur qui a qualité à agir (ici, à se défendre) ». Selon une partie de la doctrine égyptienne, cet article appelle une double observation : d'une part, malgré le fait qu'il n'ait pas identifié avec certitude, le défendeur qui doit faire l'objet de l'assignation, le demandeur doit tout de même agir. D'autre part, cette article ne s'applique pas devant la cour d'appel, car on doit respecter le principe du double degré de juridiction[1347].

Après avoir abordé les conditions subjectives de recevabilité d'une demande en référé, il convient à présent de s'intéresser aux conditions objectives.

[1344] Jugé à cet égard par la Cour de cassation égyptienne que : « La fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité de l'un des plaideurs, n'est pas d'ordre public. Puisqu'elle vise à préserver l'intérêt d'une des parties en le protégeant. Le tribunal ne peut donc pas la soulever d'office ». Civ.É., 22 octobre 1974, n° 371/39. ; Civ.É., 13 novembre 1974, n° 609/39. ; Civ.É., 10 décembre 1981, n° 899/43. ; V. également, M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 122-123. ; Il en est de même pour la Cour de cassation koweïtienne. V. Civ.K., 14 janvier 2007, n°186/2005, recueil de la jurisprudence, 35e année, n° 48, p. 287.
[1345] 3e Civ., 16 juin 1982, n° 81-10121, Non publié au bulletin, *Gaz. Pal.,* 1982, 2e sem., Pan., p. 329.
[1346] Puisqu' « il faut avoir qualité pour agir en justice tant en demande qu'en défens » Y.-M. Serinet, « La qualité du défendeur », *RTD civ.*, 2003, p. 203.
[1347] F. Walli, *Le traité de droit judiciaire civil*, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2017, t. II, n° 36, p. 109.

Section 2 : Les conditions objectives

Les conditions objectives de recevabilité des prétentions sont aussi appelées « conditions matérielles de recevabilité ». Elles servent à contrôler l'objet des prétentions »[1348]. Le juge effectue son contrôle selon deux axes, celui de la logique (sous-section1) et celui de la licéité (sous-section 2) des prétentions. Mais, puisque la fin de non-recevoir -en tant que moyen d'irrecevabilité- constitue au terme de l'art. 122 du C.P.C. : « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir ». Cela revient-t-il à dire que le juge qui contrôle la recevabilité, doit s'abstenir de tout examen au fond ? Selon une partie de la doctrine Égyptienne la recevabilité de l'action doit être distinguée de la validité de l'objet de l'action, laquelle seule doit fonder un examen du bien-fondé de la prétention[1349]. Les C.P.C.K. et C.P.C.É. ne comportent pas de texte abordant la défense au fond[1350], comme l'art. 71 du C.P.C.[1351]. Mais, en pratique et malgré les controverses sur la légitimité de l'intérêt, qui exige selon certaines auteurs[1352], un examen au fond, le juge peut contrôler la logique[1353] et la licéité des prétentions sans examen au fond.

Sous-section 1 : Prétentions logiques

Pour que l'action en référé soit recevable, l'objet des prétentions doivent être logique et rationnel. La logique juridique visée ici, consiste à présenter au juge une demande juridiquement admissible. Par conséquent, une prétention illogique est irrecevable[1354]. Cette logique suppose cumulativement, une cohérence d'une part, entre les prétentions et la fonction de la juridiction de référé (§1), et d'autre part, entre les prétentions elles-mêmes (§2).

[1348] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 236.
[1349] S. Mahmod, *Les origines des contentieux, selon le code de procédure civile*, *op. cit.*, p. 192-193.
[1350] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 618.
[1351] L'art. 71 du C.P.C. prévoit que : « constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire ».
[1352] V. *Supra,* p. 199-201.
[1353] Monsieur Cayrol, pense que le contrôle de l'objet des prétentions, dont les prétentions **illogiques** indigne d'un examen au fond. N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 237 et n° 239.
[1354] *Ibid.*, n° 240.

§1 : Cohérence entre les prétentions et la fonction de la juridiction de référé

Ici, la prétention sera vue comme logique, si son objet correspond à celui de la fonction juridictionnelle, y compris en matière de référé. Sera donc, irrecevable car illogique, toute prétention ayant pour objet de faire ordonner l'impossible par les juridictions des référés. Ainsi, toute prétention sans objet déterminé, devrait être frappée d'irrecevabilité selon Monsieur Cayrol[1355]. Nous pensons pour notre part, qu'une prétention sans objet tient plus d'une prétention illogique, même si elle est sanctionnée par l'irrecevabilité, pour défaut d'objet déterminé. Pour autant, « une demande en justice non chiffrée n'est pas, de ce seul fait, irrecevable »[1356].

L'irrecevabilité est aussi encourue lorsque l'objet est incompatible avec les missions des juridictions de référé. Ainsi que cela a été jugé par la Cour de cassation pour laquelle : « la circonstance qu'il n'y a pas lieu à référé n'entraîne pas la nullité de l'assignation mais l'irrecevabilité de la demande. Tel est le cas lorsque le juge des référés a été saisi, aux seules fins d'obtenir le renvoi à une audience du tribunal statuant au fond »[1357].

De la même manière, sera jugé irrecevable la demande soumise cette fois, au juge du fond, non pas pour obtenir une décision au fond, mais afin de voir adoptées des mesures provisoires, même conservatoires, ou encore, des mesures d'instruction. Est par conséquent irrecevable, une demande d'expertise devant le juge du fond, non précédée d'une demande au principal[1358]. Comme l'écrit un auteur, il est plus pertinent de saisir le juge des référés en application de l'art. 145 du C.P.C., aux fins d'une expertise[1359].

Devant la Cour d'appel, l'appel sera également jugé irrecevable si les prétentions sont vues comme illogiques. Jugé à cet égard, que : « il résulte des articles 122 et 546 du nouveau

---

[1355] *Ibid.,* n° 237.
[1356] 2e Civ., 14 décembre 2006, n° 05-20304, Bull., II, n° 350, p. 323.
[1357] 2e Civ., 16 mai 2012, 11-11998, Bull., II, n° 90, p. 87.
[1358] TI Aix-les-Bains, 14 mai 2009, n° 11-08-000107, *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2009, n° GP20090919003, p. 10. ; V. N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 237. ; V. *supra*. p. 20, note de bas de page n° 162.
[1359] V. Trequattrini, « L'article 232 du Code de procédure civile ne constitue pas un fondement autonome de demande d'expertise », note sous TI Aix-les-Bains, 14 mai 2009, n° 11-08-000107, *Gaz. Pal*., 19 septembre 2009, n° GP20090919003, p. 10.

Code de procédure civile que la partie qui a eu gain de cause en première instance est irrecevable d'interjeter appel à titre principal »[1360].

Enfin, nous pensons, que constitue une condition nécessaire de l'action en justice l'obligation d'alléguer tous les faits pertinents, dont l'absence sera sanctionnée par l'irrecevabilité, pour cause de prétentions illogiques. En effet, selon Motulsky, « si la partie n'a pas satisfait à la charge d'alléguer- sauf dispense- tous les éléments générateurs du droit invoqué, le juge n'a pas à rechercher si la prétention est justifiée au fond : il n'y a pas de droit d'action, l'action est irrecevable »[1361]. Car ne pas alléguer de manière exhaustive l'ensemble des faits pertinents, compte tenu des prétentions revendiquées, laissent des questions sans réponses. Sauf si le juge suppléait le demandeur, ce qu'il n'est pas habilité à faire, en vertu du principe dispositif[1362]. Il serait dès lors vain, d'examiner la véracité des faits allégués. Puisque la demande ferait l'objet d'un rejet, pour irrecevabilité, même si les faits étaient avérés[1363]. En définitive, l'absence d'allégation de l'ensemble des faits utiles, conduit rend les prétentions illogiques, pour insuffisance des faits, à l'appui des prétentions. Mais aussi, en raison de la contrariété entre les prétentions.

§2 : Non contrariété entre les prétentions

Il suffit ici de préciser qu'une prétention ne peut prospérer si elle a pour objet une prétention contraire. Sans même un examen au fond, assure Monsieur Cayrol[1364]. La Cour de cassation sanctionne cette contrariété par l'irrecevabilité. Elle a ainsi jugé que « la partie qui a formé une demande en justice est dépourvue d'intérêt à contester la qualité de celle-ci pour y défendre, ce qui entraînerait l'irrecevabilité de son action »[1365]. Dans une autre affaire, elle a rejeté pour irrecevabilité la prétention, d'un demandeur qui avait contesté la compétence territoriale de la juridiction qu'il avait lui-même saisie[1366].

[1360] 2e Civ., 7 octobre 1982, n° 81-10623 et n° 81-10626, Bull., II, n° 119, p. 88.
[1361] H. Motulsky, *Droit processuel*, *op. cit.,* p. 66.
[1362] G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir ? », *op. cit.,* p. 604-605.
[1363] N. Fricero et P. Julien, *Procédure civile*, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 2014, n° 68-89, p. 41-42.
[1364] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 241.
[1365] Soc. 30 juin 1976, n° 73-14952, Bull., V, n° 408 p. 336, *JCP*, 1976, IV, 282.
[1366] 2e Civ., 29 novembre 1978, n° 76-15612, Bull., II, n° 252, p. 193. ; 1re Civ., 28 avril 1982, n° 81-18438, Bull., I, n°150. ; 2e Civ., 7 décembre 2000, n° 99-14902, Bull., II, n° 163, p. 117. ; V. *Supra,* p.55, précisément la note de bas de page n° 394.

Agir contre soi-même constitue aussi une modalité de prétention contradictoire, selon la Cour de cassation française. En application d'ailleurs de la loi. Ainsi au terme de l'art. 1300 du C. civ. : « la confusion des qualités de créancier et de débiteur dans la même personne ne fait pas qu'éteindre les deux créances »[1367]. Une décision plus ancienne de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation, concluait déjà au début du XXIème siècle qu' : « en règle générale, la confusion fait matériellement obstacle à l'exercice de l'action du créancier qui ne peut plus agir contre lui-même »[1368].

En conclusion, on pourrait appliquer ici le raisonnement de la Cour de cassation, concernant le défaut de motifs, et ayant jugé que : « la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs »[1369]. Par un raisonnement analogique, on considérera alors, que des prétentions totalement contraires, devraient conduire le juge à les déclarer irrecevables pour défaut de prétentions. À ce stade de l'analyse, il est utile de distinguer deux formes de contradiction de prétentions : soit parce qu'une prétention a pour objet son contraire ; soit parce que plusieurs des prétentions se contredisent. À l'inverse, une contradiction partielle ne devrait pas faire encourir une irrecevabilité globale des prétentions, mais viser uniquement les prétentions qui se contredisent, ou celles qui ont pour objet leur contraire.

Le critère de la logique des prétentions ne suffit pas, le juge doit en outre, contrôler leur licéité.

Sous-section 2 : Prétention licite

Avant d'étudier le régime juridique de la demande illicite, il convient au préalable, de définir la notion de prétention illicite. Celle-ci peut être comprise comme une prétention dont l'objet est illicite. Selon la jurisprudence, l'objet d'une prétention est illicite, lorsque qu'il est

---

[1367] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 242.
[1368] Req., 11 mai 1926, *DH*, 1926, p. 314.
[1369] Civ., 7 janvier 1891, *DP*, 1891, 1, p. 51. ; Soc., 15 janvier 1960, n° 57-12005 et n°57-12027, Bull., V, n° 55, p. 44. ; 2e Civ., 30 mars 1960, n° 58-11269, Bull., II, n° 218, p. 148. ; 2e Civ., 27 octobre 1960, n° 58-12650, Bull., II, n° 612, p. 415. ; 2e Civ., 9 février 1961, n° 57-50412, Bull., II, n° 108, p. 78. ; 2e Civ., 1 mars 1962, Bull., n° 61-10648, II, n° 255, p. 178. ; 2e Civ., 14 mars 1963, n°61-12903, Bull., II, n° 252, p.185. ; 2e Civ., 24 juin 1965, n° 63-10460, Bull., II, n° 556, p. 388. ; 2e Civ., 25 novembre 1965, n° 64-12977, Bull., II, n° 930, p. 657. ; 3e Civ., 23 octobre 1973, n° 72-70262, Bull., III, n° 541, p. 394. ; Dans le même sens : Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 72-40054, Bull., Ch. mixte, n° 2, p. 3. ; 2e Civ., 10 janvier 1979, n° 78-10178, Bull., II, n°11 p. 8. ; Com., 16 mai 1966, n° 63-11663, Bull., III, n° 253, p. 109. ; Com.K., 12 juin 2007, 822/2005. : Civ.É., 29 novembre 1961, n° 158/27, recueil de la jurisprudence, n° 120, p. 725, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111147310.pdf (Consulté le 10/3/2018).

contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs[1370]. À supposer qu'il existe une distinction entre l'objet de la prétention (rendre l'argent issu de la vente de substances illicites) et sa cause. En cas d'illicéité de la cause (commerce de substances illicites), le juge déclarera-t-il irrecevable la demande ou la rejettera-t-il après examen au fond ? La doctrine française classique[1371] et une partie de la doctrine actuelle répond par la négative. Comme cela a été rapporté par Monsieur Cayrol pour qui : « comme l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet, la prétention illicite ne peut faire l'objet d'un examen au fond de la part du juge »[1372]. Jugé à cet égard par la Cour de cassation française que : « les parties qui ont sciemment participé à une convention immorale ne sont pas recevables à fonder sur elle une action, soit pour son exécution, soit pour la réparation du préjudice qui en découle »[1373]. « La terminologie de l'arrêt est d'ailleurs fâcheuse en ce qu'elle semble mêler la question de recevabilité et la question de fond qu'il importe de bien distinguer »[1374].

En outre, les juges se soucient de l'ordre et de la morale publics. Ainsi, sera jugé irrecevable, les prétentions qui ont un objet immoral. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la chambre des Requêtes de la Cour de cassation, rendu le 1er octobre 1940, à propos d'un litige soulevé par la cession d'une maison de débauche. La chambre des Requêtes y juge qu' : « attendu que l'objet du différend concernait une exploitation contraire aux bonnes mœurs, et chacune des parties ayant pris part sciemment à la convention immorale, elles n'étaient pas recevables à demander en justice qu'il fût statué sur leur différend »[1375].

Par la suite, un jugement du tribunal civil de la Seine[1376] sera cassé, toujours sur le fondement de l'ordre public et des bonnes mœurs. En l'espèce, il s'agissait d'une femme légalement mariée, mais qui vivait en concubinage avec un autre homme. Elle intente une action en réintégrande afin d'être remise en possession de l'appartement de son concubin. Le juge de paix accueille sa prétention. Sur appel, le tribunal infirme la sentence et rejette avec raison, la demande comme irrecevable, « l'ordre public et les bonnes mœurs s'opposant au rétablissement d'une situation de fait, qui avait pour origine le délit d'adultère »[1377].

[1370] H. Vizioz, *Étude de procédure, op. cit.*, n° 19, p. 203.
[1371] *Ibid.*
[1372] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 254.
[1373] Civ., 27 décembre 1945, *Gaz. Pal.*, 1946, 1er sem., p. 88.
[1374] H. Vizioz, *Étude de procédure, op. cit.*, n° 22, p. 204.
[1375] Req., 1 octobre 1949, *Gaz. Pal.*, 1940, 2e sem., p. 146.
[1376] Tribunal civil de la Seine, 10 juin 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, 2e sem., p. 129.
[1377] H. Vizioz, *Étude de procédure, op. cit.*, n° 22, p. 204.

Dans le même sens, la Cour de cassation égyptienne a jugé : « irrecevable la demande d'un mari d'examiner l'état de virginité de son épouse. Puisqu'il s'agit d'une atteinte contre la liberté individuelle et la dignité des femmes »[1378].

Les doctrines égyptienne et koweitienne abordent la condition de la licéité des prétentions du point de vue des conditions subjectives. Plus précisément selon que l'intérêt juridiquement protégé est licite ou non. Au prétexte qu'une demande doit encourir l'irrecevabilité, dès lors que l'objet de la demande est interdit par la loi. En raison du fait que loi ne protège pas ce qu'elle interdit[1379]. Nous pensons pour notre part qu'il s'agit plutôt d'une irrecevabilité objective. Si cette demande est illicite, elle sera toujours objectivement irrecevable, sans tenir compte des situations subjectives des demandeurs.

À côté des conditions de recevabilité subjectives, outre celles liées à l'objet de la demande, il existe une troisième modalité de conditions de recevabilité, de nature temporelle.

[1378] Civ.É., 21 juin 1956, n° 430/22, recueil de la jurisprudence, 7e année, p. 737. ; V. A. Nader et Y. Ismaïl, *L'encyclopédie des pratiques du débat juridictionnel, « La juridiction des référés »*, *op. cit.*, p. 84.
[1379] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 546.

Section 3 : Les conditions temporelles pour agir

Le temps est une des composantes majeures du procès civil[1380], et donc du droit d'agir. Dès lors, il devient par là-même, une condition de recevabilité des prétentions. « En référé comme au principal, on ne peut pas agir en justice n'importe quand. L'action est ouverte si et seulement si, le plaideur soumet ses prétentions, ni trop tard [(Sous-section 2)] ni trop tôt [(Sous-section 1)] »[1381].

Sous-section 1 : Agir non prématurément

Si la loi exige le respect préalable de diligences précises, avant de pouvoir agir en justice, toute saisine de la juridiction compétente, en violation de cette règle, sera, sanctionnée par l'irrecevabilité des prétentions, sur le fondement de l'action prématurée[1382]. Le droit d'agir du demandeur sera alors momentanément suspendu. Ce cas peut être illustré par l'action en révision du loyer, en matière de baux réglementés : ici elle ne pourra dans certains cas être exercée que trois ans après le début du bail (l'art. L. 145-38 du C. com.)[1383]. Ou en matière de payer un arriéré de loyers et de charges, visant la clause résolutoire insérée au bail et se référant à l'art. 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1999. Selon la Cour de cassation française, la mise en œuvre de ladite clause ne pourra être demandée au juge des référés, qu'après l'expiration d'un délai de deux mois, consécutif à un commandement de payer demeuré infructueux comme le prévoit l'article[1384].

Par exemple, le droit koweïtien prévoit dans l'art. 24 du décret-loi n° 35/1978, modifié par le décret-loi n° 2/1988, que l'augmentation du loyer en matière de bail immobilier, n'est possible qu'au terme de 5 années de contrat. Il en est de même concernant la demande d'expulsion d'un locataire, est sous réserve de réunir les autres conditions. Jugé par la Cour d'appel du Koweït, qu'est : « irrecevable, l'expulsion d'un locataire, en raison d'une action prématurée, le bailleur ayant agi en justice, sans avoir attendu le délai de 3 mois, pendant lequel, il doit adresser une mise en demeure au locataire »[1385].

[1380] S. Amrani Mekki, *Le temps et le procès civil,* préf. L. Cadiet, Dalloz, Paris, 2002, n° 3-4, p. 4-8.
[1381] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 448.
[1382] 3e Civ., 24 juin 1998, nº 96-19730, Bull., III, n°131, p. 88.
[1383] I. Pétel-Teyssié, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *RÉP. PR. CIV.,* 2013, n° 57.
[1384] 3e Civ., 29 septembre 2004, n° 00-16524, Non publié au Bull., Juris-Data : n° 025017.
[1385] Cour d'appel koweïtienne, chambre des locations des biens immobiliers (ch. cassation), 18 février 2008, n°1235/2007. ; Cour d'appel koweïtienne, chambre des locations des biens immobiliers (ch. cassation), 10 mars 2008, n°1273/2007.

En outre, la Cour de cassation égyptienne a ainsi jugé qu'était : « irrecevable la demande de liquidation judiciaire, pour cause d'action prématurée, cette demande n'avait pas été préalablement présentée, au conseil d'administration de la société »[1386].

Dans ce cadre, l'on peut s'interroger sur les effets des modes alternatifs de règlement des litiges, notamment les médiations et conciliations préalables (§1) sur une action en référé ultérieure. Celle-ci sera-t-elle recevable ou non ? La même question se posera si la saisine intervient avant la naissance du litige (§2).

§1 : Les modes alternatifs de règlement des litiges

Il existe plusieurs modes alternatifs de règlement[1387], au premier rang desquels, l'arbitrage, que l'on a déjà étudié[1388]. Ainsi que la convention de procédure participative, notion voisine de la médiation et de la conciliation. Mode amiable de règlement alternatif des litiges, prévu par l'art. 2065 du C. civ. disposant que : « tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative conclue avant la saisine d'un juge rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Toutefois, l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige. En cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties ». Le juge des référés peut prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nonobstant l'existence d'une convention de procédure participative[1389].

La conciliation est historiquement, la forme de règlement pacifique des litiges, la plus ancienne. Elle a pendant longtemps, été partie intégrante de la procédure civile française. Car conçue comme une des étapes devant obligatoirement précéder le procès civil. On parlait alors de pré-instance, puisqu'un juge devait dans chaque affaire, privilégier la conciliation[1390]. Celle-ci est aujourd'hui, devenue une exception, n'étant un préalable obligatoire que dans certaines

---

[1386] Civ.É., 15 juin 2016, n° 4525/82, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111240239.pdf(Consulté le 10/3/2018).

[1387] Par ex. la transaction. Elle est définie par l'art. 2044 du C. civ. comme « … un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître». Selon Monsieur Strickler « le moyen de défense tiré de l'existence d'une transaction donne bien lieu à une fin de non-recevoir». Y. Strickler, « Effet de la transaction sur le droit d'agir », obs. sous 1re Civ., 28 mars 2018, n° 17-11628, Bull., I, *Rev. Procédures*, 2018, comm. n° 177.

[1388] *Supra*. p.163-191.

[1389] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 322.

[1390] S. Amrani Mekki, *Le temps et le procès civil, op. cit.*, n° 345, p. 343.

matières s'y prêtant parfaitement en matière de baux ruraux (l'art. 887 du C.P.C.)[1391] et de divorce (l'art. 1108 du C.P.C. et l'art. 252 du C. civ.)[1392].

Contrairement à la conciliation, la médiation fait appel à un tiers, nommé médiateur dont le rôle est « d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose »[1393]. Il est aussi appelé « go between », en droit anglo-saxon[1394].

Il convient tout d'abord, de distinguer les clauses fondées sur un texte, et celles, d'origine contractuelle[1395]. Même si la sanction de leur méconnaissance est la même (irrecevabilité[1396]). En droit français, le principe est l'irrecevabilité des actions devant le juge étatique, s'il n'y a pas eu mise en œuvre préalable des clauses, sauf en matière de référé, si l'urgence le justifie, comme cela sera étudié dans le paragraphe suivant. Ainsi lorsque la loi ou la convention entre les parties, le prévoient comme préalable à l'action en justice, celle-ci est alors suspendue jusqu'à l'échec de la tentative de conciliation. Toute action prématurée, en violation de cette règle sera alors sanctionnée par une fin de non-recevoir[1397], au terme de la jurisprudence de la Cour de cassation[1398]. Cette sanction visant à encourager les parties, à ne s'adresser au juge qu'après une tentative de règlement amiable, prévue par une clause[1399]. Il en résulte que la clause de conciliation ou de médiation, retarde la saisine du juge étatique[1400].

[1391] Jugé par la Cour de cassation française que :« la procédure de conciliation est une formalité indispensable à la régularité de toute la procédure subséquente devant le Tribunal paritaire. Dès lors qu'une des parties a saisi directement le tribunal, statuant en juridiction de jugement, il doit être fait droit à la fin de non-recevoir tirée de cette irrégularité, lorsqu'elle a été soulevée dès le début de l'instance ». 3e Civ., 15 février 1978, n° 76-14779, Bull., III, n° 83, p. 64.
[1392] S. Amrani Mekki, *Le temps et le procès civil, op. et loc. cit.*
[1393] L'art. 131-1 al.1 du. C.P.C.
[1394] S. Amrani Mekki, *Le temps et le procès civil, op. cit.*, n° 348, p. 346.
[1395] La convention des parties, comme la clause de conciliation ou de médiation peut créer des fins de non-recevoir, s'impose au juge si une partie l'invoque. V. H. Motulsky, *Droit processuel, op. cit.,* p. 100.
[1396] Jugé par la Cour d'appel de Paris que : « le moyen tiré d'une clause préalable de conciliation ne constitue pas une exception d'incompétence mais une question relative à la recevabilité des demandes ». Paris, 28 juin 2016, nº 15/03504. ; V. aussi C. Boillot, « Exceptions et fins de non-recevoir -De l'efficacité des clauses compromissoires ? à celle des clauses de médiation et de conciliation », *JCP*, 2002, II, n° 10174, p. 2024-2028. ; P. Ancel et M. Cottin, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.*, 2003, p. 1386.
[1397] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 377, p. 293-294.
[1398] Com., 22 février 2005, n° 02-11519, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2005, comm. n° 120, obs. R. Perrot. ; Ch. mixte, 12 décembre 2014, n° 13-19684, Bull., Ch. mixte, n° 3, p. 7, *D.*, 2015, p. 298, note C. Boillot. ; *RTD civ.*, 2015, p. 187, note Ph. Théry. ; 3e Civ., 6 octobre 2016, n° 15-17989, Bull., III, n° 131, p. 139.
[1399] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 463.
[1400] C. Boillot, « Le régime des clauses relative au litige », *RTD com.,* 2013, p. 1, n° 20.

Par exception cependant, en cas d'urgence, le droit français prévoit que la méconnaissance de cette clause ne puisse pas faire échec à l'action en référé. En effet, aussi légitime soit-elle, la clause n'interdit pas aux parties de saisir le juge des référés en cas d'urgence[1401] classique de l'art. 808 du C.P.C.[1402], ce qui s'explique logiquement[1403]. Ou de manière plus évidente, en cas de survenance d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite. En application de l'art. 809 du C.P.C., qui autorise le juge des référés de prononcer les mesures rendues nécessaires par la survenance d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite[1404]. Il peut aussi prononcer une mesure d'instruction, sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C.[1405]. En revanche, en cas de référé-provision prévue à l'al. 2 de l'art. 809 du C.P.C., est-il possible de saisir le juge des référés, en présence d'une clause de conciliation ou de médiation. La question peut en effet se poser, dès lors, qu'il a été jugé que : « la clause instituant une procédure de médiation préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si une partie l'invoque. Toutefois, toutefois, une telle clause ne prive pas le juge des référés du pouvoir d'allouer, dans les conditions de [l'art. 873 du.C.P.C.], une provision au créancier si l'urgence justifie de passer outre le processus de règlement amiable du conflit »[1406]. Une partie de la doctrine française était allée dans le même sens, en estimant que l'intervention de la juridiction des référés doit conserver un caractère exceptionnel en cas d'urgence, en raison de la priorité donnée par les parties au règlement conventionnel et extrajudiciaire de leurs différends[1407].

En droit koweïtien et égyptien[1408], en présence d'une clause de médiation et de conciliation entre les parties, il n'y aura pas d'irrecevabilité de l'action, menée sans mise en

---

[1401] Soc. 4 mai 1977, n° 75-12250, Bull., V, n° 289, p. 228.

[1402] Jugé par la Cour d'appel de Paris que : « l'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation n'exclut pas que la partie intéressée puisse, en cas d'urgence, saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions ». Paris, 23 mai 2001, n° 2001/03340, *Rev. Arb.*, 2003, p. 403-416, note Ch. Jarrosson. ; Dans le même sens : Aix-en-Provence, 19 juin 2007, Juris-Data n° 342525. ; Toulouse, 9 mars 2006, Juris-Data n° 299563. ; V. également G. Huchet, « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *LPA*, 30 octobre 2008, p. 3, n° 7.

[1403] Cette solution préserve le droit fondamental des parties à une protection juridictionnelle provisoire. C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, préf. S. Guinchard, Dalloz, Paris, 2007, n° 203, p. 217. ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 377, p. 296-297.

[1404] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 462.

[1405] 3e Civ., 28 mars 2007, n° 06-13209, Bull., III, n° 43, p. 37, *Rev. Procédures*, 2007, comm. n° 104, obs. R. Perrot ; *RTD civ.*, 2007, p. 807, note Ph. Théry. ; V. également N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 321.

[1406] Paris, 13 octobre 2006, n° 06/13726*, Rev. Arb.*, 2007, p. 343.

[1407] G. Huchet, « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *op. cit.,* n° 10.

[1408] En droit musulman, « la médiation est un mode de règlements des litiges bien ancré dans le système musulman. Consacrée par le Coran, elle fonctionne d'une manière purement consensuelle en dehors du champ juridique ». S. Jahel, « Le concept de médiation dans l'Islam », *RID comp.*, 2017, p. 105.

œuvre préalable de ladite clause. Il en ira de même si une clause prévoit que l'affaire doit être préalablement soumise à un expert[1409]. Cela, en raison du fait que les droits koweitien et égyptien ignorent ces types des mesures, et les modes alternatifs de règlement des litiges.

Le droit égyptien tout en prévoyant, une obligation de recours préalable à la médiation, ne rend pas pour autant, *de facto*, irrecevable, une action en référé, exercée sans mise en œuvre préalable de la médiation. Ainsi la loi n° 83 de 2002, sur les zones économiques spéciales, instaure une médiation obligatoire, en tant que mode de résolution des conflits. Tout en prévoyant une exception à son art. 58 qui précise : « sauf les demandes qui entrent dans la compétence du juge des référés. En dehors de ce cas, la saisine de la juridiction étatique ne pourra intervenir qu'après avoir soumis le litige à l'un des comités **compétents**, au Centre de résolution des conflits… ». Il résulte de cet article un double effet : d'une part, la médiation obligatoire dans certaines matières commerciales (spéciales), n'emporte aucun effet sur la recevabilité des demandes, devant le juge des référés. D'autre part, la jurisprudence égyptienne[1410], suivie par la doctrine égyptienne, sanctionne la saisine de la juridiction étatique sans être, au préalable passé par la médiation obligatoire par l'incompétence[1411].

Au Koweït, certains auteurs estiment, qu'en présence d'une clause de médiation, le juge étatique ou l'arbitre peuvent suspendre l'instance pendant un délai raisonnable[1412], en fixant 30 jours, puis en cas d'échec de la médiation, le juge reprend l'instance[1413]. En tous les cas la clause de médiation n'aura aucun effet sur la recevabilité des demandes devant le juge des référés[1414]. Cette solution s'expliquant très simplement par la nécessité de prendre des mesures provisoires ou conservatoires, que ni le médiateur, ni le conciliateur n'ont le pouvoir juridictionnel[1415] de prononcer.

La qualification de fin de non-recevoir est une sanction plus dure que l'exception de procédure, puisque l'action en justice serait définitivement irrecevable et non simplement

---

[1409] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 579.
[1410] Cour d'appel du Caire, chambre commerciale n° 91, 27 juillet 2005, n° 103/121.
[1411] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. cit.*, p. 32. ; F. Walli, *Le droit de l'arbitrage théorique et pratique*, *op. cit.*, p. 22.
[1412] A. Abdulfattah, *Le droit de l'arbitrage koweitien*, *op. et loc. cit.*
[1413] A. Alhusainan, *Le rôle de la médiation en tant que mode alternatif de résolution le conflit au Koweït « Étude comparative entre réalité et prospective* », th. Case Western Université, 2018, p. 171.
[1414] *Ibid.*, p. 172.
[1415] Ils n'ont ni *jurisdictio*, ni *imperium*. G. Huchet, « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *op. cit.*, n° 9.

paralysée temporairement[1416]. Il en résulte que le défaut de mise en œuvre d'une clause préalablement à la saisine du juge, n'est pas susceptible d'être régularisé en cours d'instance[1417]. Ainsi une Cour d'appel, ayant constaté que la partie appelante avait omis de saisir le conseil régional de l'ordre des architectes, en préalable à son action, a exactement décidé que la demande était irrecevable[1418].

En définitive, quel que soit l'origine de la clause de médiation et de conciliation, légale ou conventionnelle[1419], et quelle que soit judicaire ou extrajudiciaire. Sur la compatibilité entre la fin de non-recevoir et le caractère contractuel d'une clause, la jurisprudence a estimé que l'action prématurée en violation des clauses, y compris d'origine contractuelle, doit faire l'objet d'une fin de non-recevoir[1420]. Sauf en matière de référé.

Après avoir étudié le régime juridique de l'action non prématurée, notamment par la mise en œuvre préalable (à l'action en justice) des clauses de conciliation et de médiation. Il convient de distinguer celles-ci, des actions dites préventives, en principe prohibées par la loi, car elles interviennent avant la naissance de tout litige.

§2 : La saisine avant la naissance du litige

Il existe en droit français, trois catégories d'actions préventives : les actions provocatoires (appelées aussi *action de jactance*[1421]), les actions interrogatoires, et celles tendant à obtenir des mesures d'instruction *in futurum*[1422]. La recevabilité de ces actions est en principe, fonction de la survenance d'un litige. Dès lors : « les actions provocatoires ou

---

[1416] S. Guinchard, *Méga nouveau code de procédure civile : [texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations], op. cit.*, comm. sous l'art. 126 du C.P.C., p. 242, n° 010.
[1417] 3e Civ., 16 novembre 2017, n° 16-24642, Bull., III, [En ligne], Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000036055183&fastReqId=962291922&fastPos=1 (Consulté le 20/3/2018).
[1418] Ch. mixte, 12 décembre 2014, n° 13-19684, Bull., Ch. mixte, n° 3, p. 7, *D.*, 2015, p. 298, note C. Boillot. ; *RTD civ.*, 2015, p. 187, note Ph. Théry. ; La deuxième chambre civile ainsi que la chambre commerciale avaient admis la possibilité d'une régularisation en cours d'instance. 2e Civ., 16 décembre 2010, n° 09-71575, Bull., II, n° 212, p. 190, *RTD civ.,* 2011, p. 170, note R. Perrot. ; V. aussi Com., 3 mai 2011, n° 10-12187, Non publié au Bull.
[1419] Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge, quelle que soit la nature de celle-ci ». 1re Civ., 1 octobre 2014, n° 13-17920, Bull., n° 157, p. 171.
[1420] Ch. mixte, 12 décembre 2014, n° 13-19684, Bull., Ch. mixte, n° 3, p. 7, *D.*, 2015, p. 298, note C. Boillot. ; *RTD civ.*, 2015, p. 187, note Ph. Théry. ; G. Chabot, « Incompétence », *op. cit.*, n° 40.
[1421] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 232, p. 208.
[1422] I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum,* Préf. G. Wiederkehr, Dalloz, Paris, 2004, n° 31, p. 25.

interrogatoires sont irrecevables »[1423]. Ce qui n'est pas le cas des mesures engagées à titre conservatoire[1424], c'est-à-dire, *in futurum*. Ou du référé probatoire de l'art. 145 du C.P.C. qui permet de solliciter du juge une mesure d'instruction « avant tout procès ». En vue de conserver ou d'établir la preuve d'un fait dont pourrait dépendre la solution d'un litige. Lequel n'est encore qu'éventuel, ce qui devrait rendre toute action au fond irrecevable, car prématurée[1425].

Une condition jurisprudentielle avait été ajoutée par la Cour de cassation française, concernant les mesures d'instruction préventives, en présence d'un litige simplement potentiel, lorsque le demandeur dispose d'une option[1426]. Tel est le cas lorsqu'un « bailleur n'a pas exercé l'option de l'article L.145-57 du C. com. il n'existera alors, aucun litige potentiel permettant d'ordonner une mesure d'instruction sur le fondement de [l'art. 145 du C.P.C.][1427]». Par ailleurs, la Cour de cassation française précisera deux ans plus tard, que « l'existence d'un litige potentiel n'était pas une condition de recevabilité de la demande mais de son succès[1428]»

Alors qu'en droit koweïtien et égyptien, toutes les actions préventives sont en principe recevables[1429], à l'inverse du système français. En effet, en matière d'actions provocatoires (actions en dénigrement), les notes explicatives des articles 2 du C.P.C.K. et. 3 du C.P.C.É., valident ces actions, à la condition cependant, qu'elles aient un caractère à la fois public et sérieux[1430]. En droit égyptien[1431] aussi bien, que koweïtien[1432]. Tout cela au motif de l'intérêt potentiel. Il existe à cet égard, deux types d'actions préventives : celles qui préparent la preuve et celles qui visent à la constater.

Au rang des actions préparatoires, citons les actions de témoignage(l'art. 96 du Code de la preuve, égyptien, et l'art. 51 du Code de la preuve koweïtien), les actions visant à prouver

---

[1423] S. Amrani Mekki, *Le temps et le procès civil, op. cit.*, n° 62, p. 54.
[1424] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 461.
[1425] *Ibid*.
[1426] *Ibid.,* n° 462.
[1427] 3e Civ., 16 avril 2008, n° 07-15486, Bull., III, n° 72, p. 68, *JCP,* 2008, I. Doct., n° 206, §n° 12, obs. Y.-M. Serinet. ; *Rev. Procédures*, 2008, comm. n° 174, J. Junillon.
[1428] 3e Civ., 8 avril 2010, n° 09-10226, Bull., III, n° 79, p. 72, *AJDI*, 2010, p. 720, note Y. Rouquet. ; *D.* 2011, p. 1786, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.
[1429] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 548-559.
[1430] Sur l'irrecevabilité des actions provocatoires en droit française. V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 232, p. 208-209.
[1431] Une partie de la doctrine égyptienne estime qu'aujourd'hui il faut puisqu'il s'agit d'une action non normale, non connu qui est le demandeur et le défendeur et quel est le tribunal territorialement compétence. F. Walli, *Le traité de droit judiciaire civil*, *op. cit.*, t. I, n° 116, p. 279.
[1432] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 557.

l'état de l'objet (l'art. 133 du Code de la preuve, égyptien, et l'art. 72 du Code de la preuve koweïtien), devant toutes deux être présentées devant le juge des référés, et les actions de vérification d'écriture (l'art. 45 du Code de la preuve, égyptien, et l'art. 37 du Code de la preuve koweïtien) devant le juge du fond et non pas devant celui des référés[1433]. Parmi les actions visant à constater la preuve, il y'a l'action en contrefaçon de l'original (l'art. 59 du Code de la preuve, égyptien, et l'art. 38 du Code de la preuve koweïtien) devant le juge du fond aussi[1434].

En dehors de ces actions préventives qui sont l'exception, l'action non prématurée demeure la règle de principe.

En définitive, en vue de respecter les conditions temporelles de l'action en justice, il faut, agir de manière non seulement, non prématurée. Mais aussi, non tardive.

Sous-section 2 : Agir non tardivement

Dans l'étude comparative des trois systèmes, l'action en justice ne peut être mise en œuvre indéfiniment. Par exemple, en droit français, l'art. 145 du C.P.C. ne peut fonder une action devant le juge de référés, qu'avant la saisine du juge du fond. Autrement cette saisine serai vue comme tardive[1435]. Il a été ainsi jugé que : « le juge des référés ne peut ordonner en référé, en application de [l'art. 145 du C.P.C.], une mesure d'instruction en vue de rechercher des preuves lorsque le juge du fond est saisi du procès en vue duquel la mesure est sollicitée[1436]». Lorsque le demandeur a agi de manière tardive, son action sanctionnée par l'irrecevabilité des prétentions[1437]. De telle sorte son action est soit prescrite (§1) soit forclose (§2), une fin de non-recevoir peut être soulevée par le défendre en application de les articles 123 du C.P.C., 81 du C.P.C.K. et 115 du C.P.C.É. puisque le délai d'agir en justice a été écoulé. La prescription ou la forclusion de l'action du fond, importe en principe, d'ambulé la prescription ou la forclusion l'action en référé.

[1433] *Ibid.*, p. 554.
[1434] Cela excède le pouvoir du juge des référés. Civ.É., 14 décembre 1982, n° 1021/49. ; Civ.É., 19 décembre 1985, n° 497/52. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 169-173. ; TI du Caire, chambre des référés, 28 novembre 1979, n° 1380/1979. ; M. Harjah, *Les jurisprudences sur la juridiction des référés et les contentieux d'exécution provisoire*, *op. cit.*, n° 541, p. 323.
[1435] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 454.
[1436] 2e Civ., 10 décembre 1998, n° 95-22146, Non publié au Bull. ; Dans le même sens : 2e Civ., 2 avril 1990, n° 88-20014, Bull., II, n° 69, p. 37. ; 2e Civ., 24 octobre 1990, n° 89-16125, Bull., II, n° 216, p. 109. ; 2e Civ., 16 juillet 1992, n° 91-12486, Bull., II, n° 213, 106.
[1437] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 577.

§1 : La prescription

Il s'agira ici, d'analyser le régime juridique du moyen de défense tiré de la prescription (B). Cela après avoir déterminé la nature juridique de la prescription elle-même (A).

A : La nature juridique de la prescription

La prescription civile se définit selon Messieurs Guinchard et Debard comme : « la consolidation d'une situation, par l'écoulement d'un certain délai. La prescription est acquisitive, lorsque l'écoulement du délai, a pour effet, de faire acquérir un droit réel, à celui qui en fait l'exerce (on l'appelle aussi, usucapion). Elle est extinctive, lorsqu'elle fait perdre un droit réel ou un droit personnel, du fait de l'inaction prolongée du titulaire du droit (encore appelée, prescription libératoire) »[1438].

La prescription peut cependant être interrompue ou suspendue. Ainsi, au terme de l'art. 2241 du C. civ.[1439], la prescription est interrompue aussi bien que suspendue par une assignation au fond[1440] (les articles du C. civ.É et du C. civ.K.) et en référé (l'art. 2241 al. 1 du C. civ). Par ailleurs, la suspension de la prescription peut intervenir en référé *in futurum*, au titre de l'art. 2239 al. 1 du C. civ.[1441]. Mais uniquement au bénéfice du demandeur de la mesure d'instruction présentée avant tout procès[1442].

En dehors de ces exceptions légales, passé le délai de prescription les prétentions seront vues comme tardives et seront déclarées irrecevables par le juge des référés comme l'aurait fait le juge du fond[1443] .

[1438] S. Guinchard et T. Debard (Dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 826.

[1439] L'art. 2241 du C. civ. prévoit que : « la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription. […] ». Alors que l'art. 2242 du C. civ. prévoit que « l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance ». ; Cependant, il faut souligner que la « procédure de référé devant le Premier président (art. 956 et s.) […] ne relève donc à aucun titre des articles 2241 et 2242 puisque cette requête n'est enfermée dans aucun autre délai que la durée de la procédure devant la cour. Ph. Théry, « Des conséquences de la loi du 17 juin 2008 sur la régularisation des actes de procédure : il faut prendre le législateur au mot... », *RTD civ.*, 2018, p. 964.

[1440] Selon la chambre de cassation de la Cour de d'appel koweïtienne : « Le délai de la prescription se distingue du délai de déchéance. Le premier peut être interrompu ou suspendu ». Cour d'appel koweïtienne, chambre de cassation, 4 février 1987, n° 157/1986, recueil de la jurisprudence, l'année 87, p. 107, n° 15. ; Dans le même sens : Cour d'appel koweïtienne, chambre sociale de cassation, 11 décembre 1989, n° 20/1989, recueil de la jurisprudence, l'année 1989, p. 17, n° 426. ; Soc.K., 18 février 2002, n° 74/2001.

[1441] L'art. 2239 al. 1 du C. civ. prévoit que : « La prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès ».

[1442] 2e Civ., 31 janvier 2019, n° 18-10011, Bull., II, *D.*, p. 254, Juris-Data n° 001169. ; *Dalloz actualité*, 7 mars 2019, note M. Kebir. ; *JCP*, 25 mars 2019, n° 307, note J.-J. Taisne.

[1443] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 451.

Concernant précisément sa nature juridique, il s'agit de déterminer si, la prescription figure aussi au nombre des fins de non-recevoir, puisqu'il produit des effets aussi bien sur le droit d'agir que sur le droit substantiel[1444]. Au terme de la loi[1445], l'objet de la prescription peut en effet, être double : elle peut soit viser uniquement l'action en justice ou le droit substantiel, soit les deux simultanément[1446].

Pour répondre à cette question, nous examinerons en premier lieu le régime juridique en vigueur au Koweït. Le droit koweïtien distingue deux situations : la prescription et le passage du temps qui prive le demandeur du droit d'être entendu par un tribunal. En effet le C. civ.K. n'avait pas retenu la prescription, comme le C. com.K.[1447], mais la notion de passage du temps[1448]. La note explicative de l'art 438 du C. civ.K. explique clairement que le passage du temps ne conduit pas à la disparition du droit substantiel mais au droit d'être entendu par un tribunal. Ce qui implique que le demandeur ne dispose pas du droit d'agir, même s'il est doté d'un droit substantiel. En ce qui concerne la durée de la prescription, l'art. 118 du C. com.K. prévoit qu'en matière commerciale, les obligations des commerçants, nées des actes commerciaux noués entre eux, se prescrivent par dix ans. À titre de comparaison, l'art. 374 du C. civ.É. prévoit que : « sauf les cas spécialement prévus par la loi et en dehors des exceptions [suivantes], l'obligation se prescrit par quinze ans ». En droit français, l'art. 2224 du code civil, prévoit une durée de 5 ans, en disposant que : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Concernant la nature juridique du passage du temps, prévu dans le système koweïtien, nous pensons, comme une partie de la doctrine koweïtienne[1449] ainsi que la jurisprudence[1450], qu'il s'agit ici, non pas de fin de non-recevoir, mais plutôt de moyen de défense au fond. Puisqu'il est juridiquement question de nier ou de reconnaître le droit allégué par la partie adverse. Alors qu'en ce qui concerne la prescription, il s'agit de fin de non-recevoir dans les droits koweïtien et français. En revanche, en droit égyptien : « le moyen tiré

[1444] A. Trescases, « Les délais préfix », *LPA* du 30 janvier 2008, p. 6, n° 25.
[1445] Ce dédoublement potentiel d'objets, découle de la loi. C'est l'art. 122 du C.P.C. qui sanctionne le défaut d'action dans les délais, par la prescription. Et l'art. 1234 du C. civ. en fait une des causes d'extinction des obligations.
[1446] M. Bandrac, « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *RID comp.*, 1994, n° 5, p. 362. ; N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 349.
[1447] V. la note explicative de l'art 438 du C. civ.K.
[1448] L'art. 438 du C. civ.K. prévoit que : « n'est pas entendue l'action, en cas de dénégation de ce droit subjectif, et après le passage de 15 ans. Sauf les cas où la loi indique d'autres délais, et des autres cas prévus dans les articles suivants ».
[1449] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 618.
[1450] Soc.K., 27 janvier 2010, n° 38/2010.

de la prescription est une défense au fond »[1451], selon la Cour de cassation.

En droit français également, la prescription acquise et le délai préfix, constituent des fins non-recevoir de l'art. 122 du C.P.C. Comme le soulignait le Doyen Vizioz : « la prescription de l'action n'est pas un moyen de défense au fond, mais au sens strict et technique, une fin de non-recevoir, qui constate le droit d'agir du demandeur »[1452]. L'objectif étant d'enfermer l'action dans des délais raisonnables, tout en la protégeant des abus procéduraux[1453].

En définitive, l'extinction de l'obligation n'induit pas celle du droit substantiel, mais uniquement celle du droit d'agir, Autrement dit, « l'extinction de l'action ne correspondent pas nécessairement avec celles du droit »[1454]. Par exemple, « le créancier ne disposerait donc plus d'action, mais l'obligation du débiteur ne disparaîtrait pas pour autant. Car, appartenant à la catégorie des obligations naturelles »[1455]. Dénommées aussi « l'obligation civile dégénérée »[1456]. Cette règle a été instituée, en vertu du fait qu'il existe des droits sans obligations de nature civile, mais dites naturelles[1457]. En application de cette règle, le juge ne pourrait contraindre - dans l'hypothèse de sa saisine -, un débiteur à honorer sa dette. Il en résulte que la nature juridique de la prescription est d'être une fin de non-recevoir. Mais uniquement lorsqu'elle ne vise que le droit d'agir. Lorsque son objet s'étend au droit substantiel, elle devient alors, une défense au fond[1458]. Aussi bien en droit français qu'en droit égyptien. Alors que le droit koweïtien ne connaît pas la prescription du droit substantiel, mais celle consécutive au passage de temps[1459].

Il est bien entendu que les délais de prescription sont en principe, les mêmes en matière de référé, comme au fond. Sauf particularité du référé probatoire de l'art. 145 du C.P.C., qui organise un régime spécifique de prescription. C'est ce qu'illustre un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 2003. Au terme de cet arrêt en effet, pour la Cour cassation : « l'action

---

[1451] Civ.É., 20 mars 1963, n° 59/28, recueil de la jurisprudence, n° 49, p. 320, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111115941.pdf (Consulté le 20/3/2018). ; Civ.É., 18 mai 1966, n° 231/32, recueil de la jurisprudence, n° 160, p. 1170, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111242277.pdf (Consulté le 20/3/2018).
[1452] H. Vizioz, *Étude de procédure, op. cit.*, n° 46, p. 232.
[1453] Y. Strickler « Délai », *op. cit.*, n° 69.
[1454] S. Joly, « La nouvelle génération des doubles délais extinctifs », *D.*, 2001, p. 1450, n° 3.
[1455] V. Lasserre-Kiesow, « La prescription, les lois et la faux du temps », *JCP N*, 2004, n° 122, §n° 50.
[1456] R. Bout, « Obligation naturelle », *RÉP. PR. CIV.*, 2008, n° 18.
[1457] Comme par ex. les devoirs alimentaires entre frères et sœurs.
[1458] M. Bandrac, « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *op. cit.*, n° 5, p. 362, précisément la note de bas de page n° 6.
[1459] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 618.

purement probatoire fondée sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile n'est pas une action née du contrat de transport »[1460]. Elle échappe dès lors, au délai de prescription annal, prévu par la loi, en cette matière[1461].

Il s'agit là de ce que Monsieur Croze considère comme une nouvelle preuve de l'autonomie du référé probatoire de [l'art. 145 du C.P.C.]. Ajoutant que cela mettait en exergue les limites de la prescription de l'action en justice[1462]. Autonomie d'autant plus flagrante que, comme le soulignent Messieurs Croze et Chabot, la jurisprudence admet que le référé probatoire soit dirigé contre un tiers au litige[1463]. Monsieur Chabot affirme que c'est en effet, la finalité purement probatoire de l'art. 145 qui, en l'espèce, a exclu la prescription annale, propre au fond. L'action fondée sur l'art. 145 n'échappe pour autant pas à toute forme de prescription, puisqu'étant elle-même issue d'une action en justice. Il demeure que sa mise en œuvre crée une ambiguïté et place les magistrats face à un dilemme. En effet, comme dirait Monsieur Chabot : « si l'action fondée sur l'article 145 ne peut, en raison de sa finalité strictement probatoire, se voir opposer la prescription annale tirée du droit substantiel, l'action au fond qui pourrait ultérieurement être engagée pourrait se heurter, quant à elle, à ladite prescription »[1464]. La mise en œuvre de l'art. 145, et en particulier son effet interruptif de la prescription[1465], exige cependant qu'il existe un lien entre le but de la mesure réclamée et l'objet de l'action[1466], comme l'exigé la Cour de cassation française[1467].

Mais la prescription de l'action au fond n'ayant aucun lien, avec celle de l'action purement probatoire fondée sur l'art. 145 du C.P.C., n'y a-t-il pas erreur d'appréciation à considérer, comme le fait la Cour de cassation, que l'assignation en référé, interrompt le délai de la prescription, même en présence d'un lien entre le but de la mesure réclamée et l'objet de l'action ?

Il reste à analyser le régime juridique du moyen tiré de la prescription.

[1460] Com., 13 mai 2003, n° 01-10955, Bull., IV, n° 81, p. 92, *JCP*, 2003, II, n° 10193, note G. Chabot. ; *Rev. Procédures*, 2003, comm. nº 173, obs. H. Croze.
[1461] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 453.
[1462] H. croze, obs. sous Com., 13 mai 2003, n° 01-10955, Bull., IV, n° 81, p. 92, *Rev. Procédures*, 2003, comm. n° 173.
[1463] 1re Civ., 31 mai 1988, n° 86-11596, Bull., I, n° 168, p. 116.
[1464] G. Chabot, note sous Com., 13 mai 2003, n° 01-10955, Bull., IV, n° 81, p. 92, *JCP*, 2003, II, n° 10193.
[1465] 2e Civ., 6 mars 1991, n° 89-16995, Bull., II, n° 77, p. 42. ; *RTD civ.*, 1991, p. 595, obs. R. Perrot ; *RTD civ.*, 1995, p. 429, obs. J. Normand.
[1466] M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », in. P. Drai, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 314.
[1467] 3e Civ., 15 février 1995, n° 92-17159, Bull., III, n° 49, p. 35.

B : Le régime juridique du moyen tiré de la prescription

En ce qui concerne le régime juridique du moyen tiré de l'écoulement de délai de la prescription, il faut souligner que le juge n'a pas, en principe, le pouvoir de le soulever d'office. Quant aux parties elles peuvent le relever en tout état de la cause, en particulier, lorsque la prescription vise le droit d'agir. Cela, en application des articles 123 du C.P.C., et 81 du C.P.C.K.

Selon la Cour de cassation du Koweït, la prescription aussi bien que le passage du temps qui prive la partie d'être d'entendue au tribunal, ne sont pas d'ordre public, le juge ne peut en conséquence, pas les soulever d'office[1468]. En revanche, le passage du temps qui prive la partie d'être d'entendue au tribunal, a été qualifié de défense au fond, et en tant que telle, peut être soulevée par les parties, en tout état de la cause[1469]. Y compris pour la première fois devant la cour d'appel. Ce qui n'est pas possible, devant la Cour de cassation[1470]. Cela en application de l'art. 425 du C. civ.K. qui prévoit que : « 1- Le tribunal ne peut prononcer d'office une fin de non-recevoir tirée du passage du temps. Celle-ci doit être demandée par le débiteur, par l'un de ses créanciers, ou par toute personne intéressée, si le débiteur omet de le faire.
2- il est possible de soulever ce moyen en tout état de cause, même pour la première fois en appel ».

En outre, puisque la Cour de cassation égyptienne a qualifié la prescription de défense au fond, il en résulte une double conséquence ; d'une part, le juge ne peut pas relever d'office, ce moyen de défense, comme, du reste, cela a été jugé par la Cour de cassation égyptienne aux motifs que : « la prescription n'étant pas d'ordre public, le tribunal ne peut pas la soulever d'office, et est tenu par ce qui a été demandé par les parties. Sera alors *extra petita* le relèvement d'office de la prescription par le tribunal[1471]. D'autre part, ce moyen peut être invoqué en tout état de cause. Là encore, il a en effet, été jugé par la Cour de cassation égyptienne que : « le moyen tiré de la prescription est une défense au fond ; il est possible de le soulever en tout état

[1468] Com.K., 17 janvier 2004, n° 15/2002, recueil de la jurisprudence, l'année 32, p. 52, n° 8.
[1469] Soc.K. 18 mars 2002, n° 82/2000.
[1470] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 619. ; V. aussi l'art. 619 du C.P.C.
[1471] Civ.É., 20 mars 1995, n° 1830/58, recueil de la jurisprudence, n° 100, p. 506, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111119218.pdf (Consulté le 20/3/2018). ; Dans le même sens : Civ.É., 24 mai 1962 , n° 531/26, recueil de la jurisprudence, n° 105, p. 706, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111149892.pdf (Consulté le 20/3/2018).

de cause, même pour la première fois en appel »[1472]. Cela en application de l'art. 387 C. civ.É.[1473], lequel prévoit que : « 1- Le tribunal ne peut prononcer d'office la prescription. Celle-ci doit être demandée par le débiteur, par l'un de ses créanciers, ou par toute personne intéressée, si le débiteur omet de le faire.
2- La prescription peut être opposée en tout état de cause, même en cause d'appel ».

De même, en droit français, l'art. 2247 du C. civ., dispose que : « les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ». Ainsi, l'art. 2248 du C. civ., prévoit que **:** « sauf renonciation, la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel ». Par exemple, la fin de non-recevoir résultant de l'expiration du bref délai (la prescription[1474]) prévue par l'art. 1648 du C. civ.[1475]. Celle-ci n'est pas d'ordre public, même si l'art. 122 du C.P.C. classe la prescription, ainsi que les délais préfix, parmi les fins de non-recevoir. Elle ne peut donc être soulevée d'office par le juge[1476]. Mais puisque l'art. 125 du C.P.C. oblige le juge à relever d'office lorsque les fins de non-recevoir ont un caractère d'ordre public. Quelle attitude devra adopter le juge confronté à une prescription d'ordre public ? La question peut se poser si l'on sait que la Cour de cassation affirme que les juges ne peuvent

[1472] Civ.É., 18 mai 1966, n° 231/32, recueil de la jurisprudence, n° 160, p. 1170, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111242277.pdf (Consulté le 20/3/2018). ; Civ.É., 22 novembre 1967, n° 318/31, recueil de la jurisprudence, n° 262, p. 1740, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111114837.pdf (Consulté le 20/3/2018). ; Civ.É., 28 février 1968, n° 112/34, recueil de la jurisprudence, n° 60, p. 40, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111115855.pdf (Consulté le 20/3/2018). ; La prescription est un moyen mélangé de fait et de droit insusceptible d'être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. V. Civ.É., 28 novembre 1982, n° 1048/47, recueil de la jurisprudence, n° 191, p. 1059, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111124686.pdf (Consulté le 20/3/2018).
[1473] Civ.É., 7 juin 1993, n° 1905/56, recueil de la jurisprudence, n° 230, p. 575, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111113595.pdf (Consulté le 20/3/2018).
[1474] Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « lorsque, dans le bref délai de l'article 1648 du Code civil, l'acquéreur qui invoque la garantie des vices cachés a assigné son vendeur en référé pour voir ordonner une expertise, il a été satisfait aux exigences de ce texte. Dès lors, c'est la prescription de droit commun qui court à compter de l'ordonnance de référé ». 1re Civ., 21 octobre 1997, n° 95-19755, Bull., I, n° 292, p. 196. ; Monsieur, Normand, a qualifié le bref délai prévu à l'art. 1648 du C. civ. comme un délai préfix. V. J. Normand, « Office du juge et protection du consommateur. La question du délai prévu à l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative au crédit à la consommation », *RTD civ.*, 1987, p. 588-589.
[1475] Lequel prévoit que : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans, à compter de la découverte du vice.
Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents ». Sachant que selon la Cour de cassation française : « une citation en justice, même en référé, interrompt le bref délai pour agir en garantie des vices rédhibitoires ». 1re Civ., 21 novembre 1995, n° 94-10686, Bull., I, n° 428, p. 298. ; Dans le même sens : 3e Civ., 5 novembre 1997, n° 94-21440, Bull., III, n°199, p. 134.
[1476] 1re Civ., 26 octobre 1983, n° 82-13560, Bull., I, n° 249, p. 223. ; 1re Civ., 12 décembre 2000, n° 98-21789, Bull., I, n° 324, p. 210.

soulever d'office la prescription même si celle-ci a un caractère d'ordre public[1477]. Cette solution est toutefois contestée par certains auteurs[1478]. Selon lesquels la fin de non-recevoir tirée de la prescription prévue à l'art. 65 de la loi du 29 juillet 1881, laquelle étant d'ordre public, doit être relevée d'office[1479].

En conclusion, il nous semble que dans les trois systèmes étudiés, le moyen tiré de la prescription ne peut pas être soulevé d'office par le juge, et peut être invoqué par les parties en tout état de cause, sauf pour la première fois devant la Cour de cassation. Comme le dit un auteur : « ceci paraît bien indiquer qu'elle est d'intérêt privé » [1480].

La recevabilité de la demande en référé n'est temporellement pas seulement écartée, par l'écoulement du délai de la prescription, mais aussi par celui du délai préfix.

§ 2 : Le délai préfix [1481]

Le délai préfix comme le délai de prescription, visent tous deux, le droit d'agir et leur expiration fait encourir une fin de non-recevoir[1482]. En conséquence, la formule selon laquelle

---

[1477] Il a été juge par la Cour de cassation française que : « aux termes de l'article 2223 du Code civil, les juges ne peuvent soulever d'office le moyen résultant de la prescription, et cette règle s'applique même lorsque la prescription est d'ordre public. Encourt dès lors la cassation la décision d'un tribunal d'instance qui, pour débouter un créancier de sa demande, relève d'office le moyen tiré de l'expiration du délai de prescription de deux ans prévu par l'article 27 de la loi du 10 janvier 1978, les dispositions particulières du Code civil relatives à la prescription ne permettant pas de faire application de l'article 125 du nouveau Code de procédure civile qui fait obligation au juge de soulever d'office les fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public ». 1re Civ., 9 décembre 1986, n° 85-11263, Bull., I, n° 293, p. 278, *RTD civ*., 1987, p. 590, obs. J. Normand. ; *RTD civ*., 1987, p. 763, obs. J. Mestre. ; *D*., 1987, Somm. p. 455-456, obs. J.- L. Aubert. ; *RTD civ*., 1988, p. 568, obs. J. Normand. ; *JCP*, 1987, II, n° 20862, note E.-M. Bey. ; 1re Civ., 16 juin 1987, n° 86-11040, Bull., n° 200, p. 148. ; Dans le même sens : 1re Civ., 28 juin 1988, n° 86-15400, Bull., I, n° 206, p. 145. ; V. également : J. Normand, « Office du juge et protection du consommateur. La question du délai prévu à l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative au crédit à la consommation », *op. cit.*, p. 589-593. ; I. Pétel-Teyssié, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *op. cit*., n° 99.

[1478] B. Fauvarque-Cosson et J. François, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D*., 2008, p. 2512, n° 30.

[1479] 2e Civ., 24 avril 2003, n° 00-12965 et n° 99-21503, Bull., II, n° 113 p. 96. Dans cet arrêt, il a été jugé qu' : « attendu que les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ; que dans les instances civiles en réparation des délits prévus par la loi précitée, l'action résultant d'une de ces infractions se prescrit après trois mois révolus, à compter du jour où l'infraction a été commise ou du jour du dernier acte de procédure, s'il en a été fait ; que la fin de non-recevoir tirée de l'extinction de l'action civile par cette prescription, d'ordre public, peut être proposée en tout état de cause, et doit être relevée d'office ».

[1480] F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA,* 31 juillet 2009, n° 152, p. 7, § n° 8.

[1481] V. A. Trescases, « Les délais préfix », *LPA* du 30 janvier 2008, p. 6.

[1482] J. Normand, « Office du juge et protection du consommateur. La question du délai prévu à l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative au crédit à la consommation », *op. cit*., p. 589. ; A. Trescases, « Les délais préfix », *op. cit.* n° 33.

une action n'est plus recevable après l'expiration d'un délai, imprime par elle-même, un caractère préfix au délai [1483].

Comme pour le délai de prescription, il sera donc d'abord procédé à l'analyse du régime juridique du moyen de défense tiré de délai préfix (B). Cela après avoir déterminé sa nature juridique elle-même (A).

A : La nature juridique du délai préfix

C'est l'étude de la recevabilité de l'action, qui nous conduit à nous intéresser au délai préfix pour agir.

L'art. 122 du C.P.C. évoque l'existence de délais préfix, mais sans les définir. C'est la doctrine française qui a défini le délai préfix, comme le délai accordé, pour accomplir un acte, à l'expiration duquel on est forclos, faute d'avoir agi à temps[1484]. Le délai préfix est donc un délai de forclusion.

En droit koweïtien et égyptien, l'expression « délai préfix » est inconnue. En effet, ni le C.P.C.K. ni le C.P.C.É. ne le mentionnent. En l'absence de toute définition légale, jurisprudentielle, ou doctrinale, on peut qualifier de délai préfix, tout délai dont l'expiration est fixée par la loi, dès lors, qu'y est associé, le mot « déchéance ». D'autant plus qu'en droit français « la notion de **déchéance** peut révéler la présence d'un délai de forclusion »[1485]. En effet, la déchéance ou la forclusion, sanctionnent le non-respect du délai d'action[1486], que ce soit au fond ou en matière de référé.

En outre, l'art. 129 al .2 du C. civ.É. prévoit que : « 2- L'action tendant à cet effet (contrat conclu par suite de l'exploitation par l'autre partie) devra, sous peine d'irrecevabilité être intentée dans le délai d'un an à partir de la date du contrat ». Son pendant en droit koweïtien, l'art. 161 al. 1 du C. civ.K. est allé dans le même sens. En effet, ce délai, est un délai de déchéance selon la Cour de cassation koweïtienne, et pour cette raison, insusceptible

[1483] A. Hontebeyrie, « Prescription extinctive », *RÉP. CIV.*, 2016, n° 45. ; 1re Civ., 23 novembre 1964, n° 63-11682, Bull., I, nº 513, p. 397, [En ligne], Disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006967343&fastReqId=642930712&fastPos=1 (Consulté le 1/5/2018).
[1484] S. Guinchard et T. Debard (Dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 351.
[1485] A. Hontebeyrie « Prescription extinctive », *op. et loc. cit.*
[1486] Y. Strickler « Délai », *op. cit.*, n° 70.

d'interruption ou de suspension[1487]. Le délai de forclusion se confond alors avec le délai préfix. Et la forclusion sera encourue pour n'avoir pas agi à l'intérieur dudit délai préfix.

À ce stade de la réflexion, il est intéressant de se poser la question de savoir si l'irrecevabilité consécutive à l'écoulement du délai préfix, opposée à l'action n'atteint que le délai d'agir, ou si elle tranche aussi le fond du droit [1488]. Pour la plupart des auteurs, seul le droit d'agir est atteint, mais selon un autre auteur : « la forclusion anéantit la situation juridique soumise au délai et ne subsiste aucune obligation naturelle, ni la possibilité d'invoquer le droit par voie d'exception. La forclusion entraîne la perte de l'action qui n'est pas exercée dans les délais sans que le bénéficiaire du délai ne puisse agir d'une quelconque manière »[1489].

En tout état de cause, toute partie intéressée qui n'aurait pas agi à temps, peut invoquer le relevé de forclusion, s'il en réunit les conditions. Le relevé de forclusion peut se définir comme la procédure de relèvement dont peut bénéficier le titulaire du droit qui n'a pas fait diligence dans le délai requis, il fait lui aussi l'objet de dispositions éparses. Par exemple : l'art. L. 622-26 du code de commerce permet aux créanciers n'ayant pas déclaré leurs créances dans les délais requis, de solliciter auprès du juge-commissaire un relèvement de forclusion, à condition d'avoir établi que leur défaillance est survenue en dehors de leur volonté, et du fait d'une action de leur part, ou d'une inaction de la partie débitrice[1490]. L'art. 540 du C.P.C. prévoit aussi un relevé de forclusion en matière civile[1491].

En conclusion, en présence d'un délai de déchéance ou forclusion[1492], il sera toujours opposé une fin de non- recevoir[1493]. Comme le souligne un auteur : « dans la typologie des défenses, la forclusion est une fin de non-recevoir »[1494]. La Cour de cassation égyptienne a aussi

---

[1487] Com.K., 22 novembre 2006, n° 349/2006, recueil de la jurisprudence, l'année 34e, t. III, p. 339.
[1488] A. Trescases, « Les délais préfix », *op. cit.*, n° 25.
[1489] *Ibid.,* p. 6, n° 33.
[1490] V. Com., 17 décembre 2013, n° 12-26411, Bull., IV, n° 188, p. 238. ; Com., 28 janvier 2014, n° 12-27728, Bull., IV, n° 25, p. 28. ; Com., 12 janvier 2010, n° 09-12133, Bull., IV, n° 6, p. 5. ; Com., 12 janvier 2016, n° 14-18936, Bull., IV, n° 4, p. 6.
[1491] N. Balat, « forclusion et prescription », *RTD civ.,* 2016*,* p. 751, n° 27.
[1492] Comme les articles 752 du C. civ.É. et 807 du C. civ.K. qui prévoient que « Les actions nées du contrat d'assurance est déchéance par trois années à partir de la date de l'événement qui leur a donné naissance. … ». Et L'art. 141 du C. civ.É. et l'art. 186 du C. civ.K. qui prévoient que « L'action en nullité est déchéance par quinze ans à partir de la conclusion du contrat ».
[1493] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 577. ; Civ.K., 27 avril 1998, n° 191/1997. ; Com.K., 24 septembre 2000, n° 1662/1999. ; Com.K., 24 novembre 2000, n° 437/2000.
[1494] N. Balat, « forclusion et prescription », *op. cit.*, p. 751, n° 27.

jugé, que l'écoulement d'un délai préfix légal, pour agir en justice, y compris, en référé, est une fin de non-recevoir, que l'on se doit de distinguer du fond du droit[1495].

Concernant la mise en œuvre du délai préfix en France, il convient de distinguer deux périodes : celle précédant la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, entrée en vigueur le 1er janvier 1986. Et ayant modifié l'ancien art. 2244 C. civ., devenu l'art. 2241 du C. civ., par la loi de 2008. À l'époque, les auteurs[1496] comme la jurisprudence[1497], s'accordaient pour considérer, que le délai préfix ne pouvait en principe, être ni interrompu ni suspendu. S'en tenant probablement, au sens du mot « préfix ». Celui-ci signifiant qu'il n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension[1498].

À partir du 1er janvier 1986, l'ancien art. 2244 C. civ.[1499] (actuel art. 2241 du C. civ.[1500]) est venu opérer une distinction entre les deux notions. D'une part, il étend désormais l'effet interruptif de la citation en justice[1501], à toutes les prescriptions, ainsi qu'au délai pour agir[1502], notamment au délai de forclusion. Y compris, dans le cadre du référé[1503]. Alors qu'en droit koweïtien et égyptien, le délai reste insusceptible d'interruption aussi bien que de suspension[1504]. D'un autre côté, en revanche, l'art. 2241 du C. civ. fixe par la loi, l'usage devenu règle, selon lequel, les délais préfix sont insusceptibles de suspension[1505]. Jugé

[1495] Civ.É., 23 mai 1972, n° 393/37. ; V. également, M. Harjah, *Les jurisprudences sur la juridiction des référés et les contentieux d'exécution provisoire*, *op. cit.*, n° 516, p. 314.
[1496] S. Guinchard et T. Debard (Dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 351.
[1497] Soc., 5 juillet 1989, n° 86-42845 et n° 86-43633, Bull., V, n° 507. ; 3e Civ., 20 juillet 1994, n° 92-19382, Bull., III N° 153 p. 96. ; 1re Civ., 17 juillet 1996, no 94-13875, Bull., I, no 329, p. 229, *RTD com.*, 1997, p. 303, obs. B. Bouloc. ; 2e Civ., 19 mai 1998, n° 96-11935, Bull., II, n° 156 p. 92.
[1498] I. Pétel-Teyssié, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *op.cit.*, n° 37.
[1499] L'ancien art. 2244 C. civ. prévoit que : « Une citation en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir ».
[1500] L'art. 2241 C. civ. prévoit que : « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion ».
[1501] F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *op. cit.*, p. 7, § n° 6.
[1502] Jugé à cet égard par la Cour de cassation française que : « Les dispositions générales de l'article 2246 du code civil [actuellement l'art. 2241], selon lesquelles la citation en justice donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription, sont applicables à tous les délais pour agir et à tous les cas d'incompétence ». Ch. mixte, 24 novembre 2006, n° 04-18610, Bull., Ch. mixte, n°11, p. 31.
[1503] Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « une citation en justice, même en référé, signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire, interrompt la prescription ainsi que les délais pour agir ». Com., 13 février 1996, n° 94-13161, Non publié au Bull. ; Dans le même sens : 3e Civ., 11 janvier 1995, n° 93-10327, Bull., III, n° 10, p. 6.
[1504] A. Bahbahani et J. Alnakas, *Le précis de droit des obligations,* 2e éd., t. II, Koweït, Dar Alkitab, 2007-2006, p. 366.
[1505] Pour la Cour de cassation française, les délais de forclusion ne sont pas susceptibles de suspension. Soc., 24 juin 1970, n° 70-60043, n° 70-60044 et n° 70-60045, Bull., V, n° 438, p. 357. ; Soc., 24 avril 1985, n° 83-16651, Bull., V, n° 255, p. 184. ; 1re Civ., 17 juillet 1996, n° 94-13875, Bull., I, n° 329, p. 229, *RTD com.*, 1997, p. 303, obs. B. Bouloc. ; V. aussi A. Hontebeyrie « Prescription extinctive », *op. cit.,* n° 50.

récemment a cet égard par la Cour de cassation française que : « le délai d'un an prévu par le dernier alinéa de l'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 [fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis] est un délai de forclusion de sorte que la suspension de la prescription prévue par l'article 2239 du code civil[1506] ne lui est pas applicable »[1507].

Après avoir tenté de cerner la nature du délai préfix, il nous reste à présent, à en décrire le régime juridique.

B : Le régime juridique de la fin de non-recevoir tirée de l'écoulement du délai préfix

L'étude du régime juridique du moyen tiré de l'écoulement du délai préfix, nous conduira dans un premier temps, à examiner, le pouvoir du juge de le soulever d'office. Nous décrirons ensuite le rôle des parties, dans les hypothèses où elles sont habilitées à le relever.

Concernant d'abord, le rôle du juge, la différence entre le délai préfix et le délai de prescription, tient notamment au fait que les délais préfix s'imposent, en principe, aux parties et doivent de ce fait, être relevés d'office par le juge. À la condition qu'il n'ait pas été invoqué par leur bénéficiaire [1508], conformément à une jurisprudence bien installée[1509]. D'autres délais bien que qualifiés de préfix, n'obligent pas le juge à relever d'office. « Ils sont, estime-t-on, principalement dictés par des considérations d'intérêt privé »[1510]. Par exemple, le délai de l'action en rescision pour lésion[1511], celui de la garantie décennale[1512], ou le délai de l'action en désaveu de paternité légitime[1513]. Tous les délais de forclusion, prévus par le code de la

[1506] L'art. 2239 al. 1 du C. civ. prévoit que : « La prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès ».
[1507] 3e Civ., 2 juin 2016, n° 15-16967, Bull., III, n° 73, p. 78.
[1508] J. Normand, « Office du juge et protection du consommateur. La question du délai prévu à l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative au crédit à la consommation », *op. cit.*, p. 589.
[1509] Civ., 7 mai 1923, *DP*., 1923, 1re partie, p. 57-60, note L. Sarrut. ; Req., 28 février 1928, *S.*, 1929, 1re partie, p. 225-227, note H. Batiffol.
[1510] J. Normand, « Office du juge et protection du consommateur. La question du délai prévu à l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative au crédit à la consommation », *op. et loc. cit.*.
[1511] L'art. 1676 du C. civ. ; 3e Civ., 6 mars 1979, n° 77-15094, Bull., III, n° 56, p. 43, *JCP*, 1979, IV, p. 171. ; F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *op. cit.*, p. 7, § n° 9.
[1512]Ancien art. 2270 du C. civ. (actuel art. 1792-4-1). ; 3e Civ., 9 mai 1979, n° 77-15402, Non publié au Bull., *JCP*, 1979, IV, p. 228.
[1513] Le délai de deux ans, prévu à l'ancien art. 340-4, al. 3 du C. civ. ; V. également, TGI du Fontainebleau, 14 avril 1976, *JCP*, 1976, IV, n° 6613, p. 217.

consommation, peuvent être soulevées d'office, par le juge selon le nouvel art. R632-1 du code de la consommation[1514].

Alors qu'en droit koweïtien et égyptien, l'une des différences essentielles entre les délais de prescription et de déchéance, tient au fait que le juge peut soulever d'office le moyen tiré de l'écoulement du délai de déchéance. Cela a été souligné par le Doyen Abdelelrazek Alsanhoury[1515]. En effet, en droit koweïtien et égyptien, on considère le délai de déchéance comme d'ordre public, puisqu'il est « inévitable, et est celui au cours duquel les actes doivent être réalisés, à peine de nullité »[1516].

En outre, l'art. 125 du C.P.C., oblige le juge à relever d'office les fins de non-recevoir dès « qu'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 … ». Cet article appelle une double observation ; d'une part, lorsque la forclusion de l'action a un caractère d'ordre public, le juge des référés, doit comme le juge du fond la relever d'office[1517]. A condition cependant de se conformer aux principes généraux du procès, rappelés à l'art. 16 du C.P.C. Lequel oblige le juge en particulier à respecter et faire respecter du principe du contradictoire, et à inviter les parties à présenter leurs observations[1518].

D'autre part, la précision ici apportée par ledit article « évite d'avoir à se demander si les délais d'exercice des voies de recours sont ou non d'ordre public »[1519]. Les délais de recours sont alors un des délais préfix, qui plus est, nécessairement d'ordre public. Les articles 129 du C.P.C.K., et 215 du C.P.C.É., obligent les juges de déclarer d'office irrecevable, le recours formé hors délais. Jugé à cet égard par la Cour constitutionnelle du Koweït, que :« le délai de recours est un délai déchéance insusceptible d'interruption ou de suspension, comme celui de la prescription. … Le tribunal doit déclarer d'office l'irrecevabilité du recours puisqu'il est

[1514] V. V. Avena-Robardet, « Crédit à la consommation : fin de non-recevoir tirée de la forclusion », note sous 1re Civ., 18 septembre 2008, n° 07-15473, Bull., I, n° 207, *D.*, 2008, p. 2499.
[1515] A. Alsanhoury, *L'interprétation du code civile*, t. III, Beyrouth, Dar Ihyaâ Altorathe Alarabi, 1970, n° 594, p. 1000.
[1516] *Ibid.*
[1517] 1re Civ., 9 juin 1993, n° 91-16084, Bull., I, n° 211, p. 147, *RTD com.*, 1994, p. 336, obs. B. Bouloc. ; 1re Civ., 28 mars 2008, 06-19519, Non publié au Bull.
[1518] 1re Civ., 30 octobre 1995, n° 93-04226, Bull., I, n° 385, p. 269. ; Dans le même sens : 1re Civ., 1 juin 2016, n° 15-15422, Non publié au Bull.
[1519] Y. Strickler « Délai », *op. cit.*, n° 70.

d'ordre public »[1520]. Nous adhérons à cette analyse, car estimons en effet, que les délais de recours sont l'une des conditions de la saisine. La différence essentielle entre toutes les conditions de recevabilité et celles de saisine, est que les dernières sont toujours d'ordre public. Y compris pour les conditions de saisine, de nature temporelle. Le juge doit donc relever d'office la fin de non-recevoir tirée de défaut d'une des conditions de saisine[1521]. Sera ainsi déclaré d'office irrecevable, par le premier président de la Cour d'appel, le recours formé contre une ordonnance de référé, après l'expiration du délai de recours.

En second lieu, concernant les parties, elles peuvent relever la fin de non-recevoir tirée de l'écoulement d'un délai préfix en tout état de la cause. Cela, en application des articles 123 du C.P.C., 81 du C.P.C.K, et 115 du C.P.C.É. Jugé à cet égard par la Cour de cassation française que : « l'inobservation d'un délai préfix constitue une fin de non-recevoir qui peut être proposée en tout état de cause »[1522].

En outre le moyen de défense tiré de l'expiration d'un délai de déchéance est insusceptible d'être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation[1523]. La jurisprudence égyptienne l'affirme avec constance[1524]. La Cour de cassation koweïtienne, abonde dans ce sens, ayant jugé que : le moyen tiré de l'écoulement d'un délai déchéance de l'action en garantie légale, est un moyen mélangé de fait et de droit, et ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation »[1525]. Précédée par la Cour de cassation française qui avait déjà jugé que le moyen tiré de l'inobservation du délai de forclusion est « mélangé de fait et de droit, ne saurait être proposé pour la première fois devant la Cour de Cassation »[1526].

Après avoir abordé les conditions positives de recevabilité d'une demande en référé, il convient à présent de s'intéresser aux conditions négatives de la recevabilité de l'action en référé.

[1520] Consti.K., 17 octobre 1992, constitutionnel n° 2/1992.
[1521] V. *Supra.* p. 10-11.
[1522] 2e Civ., 6 novembre 2014, n° 13-23326, Non publié au Bull.
[1523] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 578.
[1524] Civ.É., 18 novembre 1985, n° 1904/49.
[1525] Com.K., 27 novembre 2007, n° 417/2006.
[1526] Soc., 13 novembre 1985, n° 83-14741, Bull., IV, n° 524, p. 381.

Chapitre II
Les conditions négatives de la recevabilité de l'action en référé [1527]

Lorsqu'une décision est revêtue de l'autorité de chose jugée, celle-ci implique par définition l'irrecevabilité de toute prétention tendant à remettre en cause cette décision[1528]. Il en résulte que pour qu'une demande soit recevable, elle ne doit pas se heurter à l'autorité de chose jugée, ni au principal (section 1), ni au provisoire, dans les même circonstances (section 2). Sur ce thème, l'on se souvient qu'en droit égyptien, l'existence de la convention d'arbitrage, conduit non pas à l'incompétence de la juridiction étatique, mais à l'irrecevabilité de la demande en justice[1529]. À l'inverse, la recevabilité d'une demande auprès du juge étatique, suppose l'absence d'une convention d'arbitrage, et, est par là-même, une condition de recevabilité en droit égyptien. Cette absence de convention d'arbitrage, étant par ailleurs, considérée pour une partie de la doctrine égyptienne, comme une troisième condition négative de la recevabilité d'une demande en référé[1530].

Section 1 : Absence de l'autorité de chose jugée au principal

Dès lors qu'une chose est définitivement jugée par le juge du fond, c'est-à-dire, au principal, toute les demandes en référé liées à cette chose, seront elles-mêmes, vues comme irrecevables (Sous-section 1). La fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée au principal, peut, en principe, être soulevée d'office par le juge français. Cette faculté existe aussi pour ses homologues koweïtien et égyptien, pour lesquels, il s'agit même d'une obligation (Sous-section 2).

[1527] Sur les conditions négatives de la recevabilité de l'action V. S. Mahmod, *Les origines des contentieux, selon le code de procédure civile*, *op.cit.*, p. 230-233.
[1528] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 631.
[1529] V. *Supra,* p. 169.
[1530] V. S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.,* p. 40.

Sous-section 1 : L'irrecevabilité de la demande en référé pour cause d'autorité de chose jugée au principal

L'irrecevabilité de la demande en référé procède en principe de l'autorité de chose jugée attachée à la décision rendue par le juge du fond (§2). Cependant, elle peut aussi, exceptionnellement être induite par une ordonnance de référé passée en force de chose jugée (§1).

§1 : La force de chose jugée attachée à l'ordonnance du juge des référés

Qu'une décision provisoire (rendue par le juge des référés, juge du provisoire) puisse avoir un caractère définitif, peut surprendre. Cette possibilité méconnaît surtout l'art. 488 al. 1 du C.P.C. Celui-ci prévoit en effet, que : « L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ». Cependant, peut-on parler de violation de cet article, lorsque c'est la loi elle-même, qui semble donner au juge des référés le pouvoir de trancher de manière définitive ? En l'occurrence, il s'agit de l'art. 145-41 al. 2 du C. com., disposant que : « les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à [l'art. 1343-5 du C. civ.] peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge ». Peut-on déduire de cet article, que l'ordonnance du juge provisoire (qui en l'espèce, accorde des délais, et suspend la réalisation et les effets des clauses de résiliation) peut emporter les mêmes effets que la décision d'un juge du principal ? Pour répondre à cette question il est éclairant de rappeler que la jurisprudence souligne dans plusieurs arrêts que « l'ordonnance de référé ayant constaté l'acquisition de la clause résolutoire [sur le fondement l'art. 145-41 al. 2 du C. com.] n'avait pas autorité de chose jugée au principal »[1531].

Il nous faut ensuite distinguer deux cas :

- lorsque le juge des référés avait été préalablement saisi d'une demande de délais, et qu'il a rejetée, on peut à nouveau, présenter au juge du fond, une demande de délais[1532].

[1531] 3e Civ., 14 octobre 1987, n° 85-11407, Bull., III, n° 170, p. 99. ; 3e Civ., 25 janvier 1989, n° 88-13428, Bull., III, n° 19, p. 10. ; 3e Civ., 9 janvier 1991, 89-13790, Bull., III, n° 15, p. 9. ; 3e Civ.,12 mai 2016, n° 15-14117, Non publié au Bull. ; V. également 3e Civ., 2 mars 2017, n° 15-29022, Non publié au Bull., *RTD civ.*, 2017, p. 727, obs. N. Cayrol. ; *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 120, obs. Y. Strickler.

[1532] L. Lévy, note sous 3e Civ., 9 janvier 1991, 89-13790, Bull., III, n° 15, p. 9, *JCP*, 1991, II, juris, n° 21729, p. 316.

Autrement dit, « la décision de la juridiction des référés refusant d'accorder au preneur des délais n'a pas autorité de chose jugée au principal et ne constitue pas une fin de non-recevoir d'une demande aux mêmes fins formée devant »[1533] le juge du fond[1534].

- lorsque le juge des référés avait été préalablement saisi d'une demande de délais, et qu'il a accordée. Mais que le preneur n'a pas respectés tels qu'octroyés en référé. Dans ce cas le juge du fond n'a plus le pouvoir d'accorder de nouveaux délais[1535]. À cet égard il a été juge par la Cour de cassation française que : « lorsqu'une ordonnance de référé passée en force de chose jugée, a accordé au titulaire d'un bail commercial des délais pour régler un arriéré de loyers et le loyer courant en suspendant la réalisation de la clause résolutoire, la cour d'appel qui, saisie au fond, constate que ces délais n'ont pas été respectés, ne peut en accorder de nouveaux sans violer [l'art. L. 145-41 du C. com.] »[1536]. « La décision du juge des référés se voit ainsi accorder un caractère définitif dont doit tenir compte le juge saisi au fond »[1537]. Peut-on pour autant, dire que la décision du juge des référés, dans ce cas, peut avoir une autorité de chose jugée au principal[1538]? Et donc, conduire à l'irrecevabilité de la nouvelle demande présentée devant le juge du fond ?

Cette question est pertinente si l'on sait que l'autorité de la chose jugée n'est pas la force de chose jugée. « Si l'ordonnance de référé est dépourvue de la première, dès lors qu'elle est définitive, elle acquiert la seconde »[1539]. Du reste, cette différence sémantique a été confirmée par la Cour d'appel de Paris, lorsqu'elle a jugé que : « même si elle n'a pas autorité de la chose jugée au principal, l'ordonnance de référé est passée en force de chose jugée ; les délais ayant été **définitivement** déterminés par cette décision, le juge du fond ne peut revenir sur les

---

[1533] C.-H. Seigneur, « Réflexions sur les articles 488 du code de procédure civile et L. 145-41 du code de commerce », [En ligne], Disponible sur : https://www.village-justice.com/articles/Reflexions-articles-procedure,7114.html (Consulté le 22/5/2018).
[1534] Paris, 25 octobre 2006, n° 04/09079, Juris-Data : n° 323318.
[1535] Selon Monsieur Lévy, « Si le preneur ne s'est pas exécuté dans les conditions fixées par l'ordonnance, on se trouve dans une situation identique à celle où les délais n'auraient pas été accordés ». L. Lévy, note sous 3e Civ., 9 janvier 1991, 89-13790, Bull., III, n° 15, p. 9, *op. et loc. cit.* On comprend du propos de Monsieur Lévy, que le juge du fond peut accorder de nouveaux délais même si le preneur n'a pas respecté ceux qui lui avaient été octroyés par le juge des référés.
[1536] 3e Civ., 2 avril 2003, n° 01-16834, Bull., III, n° 77, p. 70. ; 3e Civ., 15 octobre 2008, n° 07-16725, Bull., III, n° 152, p. 143, *D.*, 2008, p. 2719, note Y. Rouquet. ; *Loyers et Copropriété,* n° 12, 2008, comm. n° 279, obs. E. Chavance. ; *RTD com.*, 2009, p. 81, obs. N.-F. Kendérian. ; Dans le même sens : V. 3e Civ.,14 octobre 1992, n° 90-21657, Bull., III, n° 271, p. 167. ; V. également, 3e Civ., 10 décembre 2008, n° 07-19899, Bull., III, n° 199, p. 185.
[1537] C.-H. Seigneur, « Réflexions sur les articles 488 du code de procédure civile et L. 145-41 du code de commerce », [En ligne], Disponible sur : https://www.village-justice.com/articles/Reflexions-articles-procedure,7114.html (Consulté le 22/5/2018).
[1538] *Ibid.*
[1539] Y. Rouquet, note sous 3e Civ., 15 octobre 2008, n° 07-16725, Bull., III, n° 152, p. 143, *D.*, 2008, p. 2719.

exigences posées par le juge des référés pour écarter l'acquisition de la clause résolutoire »[1540].Selon Perrot, « le mois qu'on puisse dire est que, sur cette question délicate, la jurisprudence n'est pas clairement fixée »[1541].

En outre il faut noter que le juge des référés lui-même, auteur de l'ordonnance, ainsi que tous les autres juges des référés, sont liés par l'ordonnance de référé ayant autorité de chose jugée, au provisoire. Sur le fondement de l'art. l'art. 488 al. 2 du C.P.C. prévoyant qu'« elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ». Ainsi, quelle que soit la décision du juge des référés, si elle a l'autorité de la chose jugée au principal, ou au provisoire, voire lorsque devenue irrévocable, une demande de nouveaux délais ne peut de nouveau, être présentée au juge des référés. Dès lors, la portée de l'autorité de la chose jugée de cette décision conduit à l'irrecevabilité de ladite demande, devant le juge du fond ou celui de la mise en état. C'est la raison pour laquelle, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation, en date du 2 avril 2003[1542], contenu dans le Rapport 2003 de la Cour de cassation, il a pu être affirmé qu': « il s'agit donc d'une exception aux dispositions générales de [l'art. 488 du C.P.C.] qui, bien que strictement limitée aux dispositions prévues par [l'art. L 145-41 du C comm.], est de nature à renforcer l'efficacité des ordonnances du juge des référés »[1543].

Cette exception n'existe cependant qu'en droit français. En droit koweïtien et égyptien, la décision du juge des référés ne peut avoir autorité de chose jugée, s'imposant au juge du principal[1544].

Il faut à cet égard, évoquer un arrêt de la Cour de cassation ayant jugé qu': « il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés de prononcer la résiliation d'un bail »[1545]. Il peut en revanche, la constater en application d'une clause résolutoire. Dans ce cas l'ordonnance de

---

[1540] Paris, 14 mars 2005, n° 03/14884, Juris-Data : n° 275158, *Loyers et Copropriété*, n° 9, 2005, comm. n° 158, obs. Ph.-H. Brault.
[1541] R. Perrot, « Du provisoire au définitif », in. P. Drai, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, n° 5, p. 453.
[1542] 3e Civ., 2 avril 2003, n° 01-16834, Bull., III, n° 77, p. 70.
[1543] Le Rapport 2003 de la Cour de cassation, comm. sous 3e Civ., 2 avril 2003, n° 01-16834, Bull., III, n° 77, p. 70, [En ligne], Disponible sur : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_tude_annuelle_36/rapport_2003_37/troisieme_partie_jurisprudence_cour_44/droit_immobilier_urbanisme_163/baux_6290.html (Consulté le 22/5/2018).
[1544] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 439.
[1545] 3e Civ., 20 décembre 2018, n° 17-16783, Non publié au Bull., Juris-Data n° 023338, *Rev. Procédures*, 2019, comm. n° 64, obs. Y. Strickler. ; Dans le même sens : 3e Civ., 26 février 1985, n° 83-16775, Bull., III, n° 40, p. 29. ; 3e Civ., 25 mars 1987, n° 85-10457, Bull., III, no 64, p. 37. 3e Civ., 27 novembre 1990, n° 89-17249, Bull., III, n° 254 p. 143.

référé, peut, sembler définitive puisqu'elle consacre alors une situation juridique découlant de la mise en œuvre du pacte commissoire. L'ordonnance rendue par le Président, sera à ce point inattaquable, qu'elle ne pourra être contestée, et sera applicable. Mais le juge des référés, ne pouvant juridiquement prononcer de résolution du bail, autrement il serait conduit à porter une appréciation sur le fond[1546].

Précisément, il nous reste à examiner la portée d'une décision définitive du juge du fond, ayant acquis autorité de chose jugée, à l'égard d'une demande formée devant le juge des référés.

§2 : L'autorité de chose jugée émanant d'une décision au principal

Dans les trois systèmes étudiés, comme nous le verrons plus loin, la demande en référé vise à obtenir une mesure provisoire dans l'attente du règlement définitif d'un litige[1547]. Ainsi, le juge des référés étant un juge provisoire[1548], sa décision sera elle-même de nature provisoire, et dont « la résolution de plein droit entérinée par le juge du provisoire n'est pas nécessairement encourue devant le juge du principal »[1549]. En clair, lorsque les parties soumettent leur litige au juge du principal, celui-ci peut toujours remettre en cause la décision de référé. Il a ainsi été jugé que le juge du principal peut ordonner une nouvelle expertise, la révocation d'une mesure provisoire, ou celle de la désignation par le juge des référés, d'un administrateur, chargé de la gestion provisoire d'une communauté de biens[1550]. Cependant l'ordonnance de référé n'est pas annulée, elle est simplement paralysée[1551]. Du moins en droit français, car il en va autrement dans le système juridique égyptien, où dans certaines conditions, lorsque le juge du fond remet en cause l'ordonnance du juge des référés, cela peut entraîner l'anéantissement de celle-ci. À cet égard, la doctrine égyptienne distingue deux cas :

[1546] Y. Strickler, obs. sous 3e Civ., 20 décembre 2018, n° 17-16783, Non publié au Bull., Juris-Data n° 023338, *Rev. Procédures*, 2019, comm. n° 64.
[1547] V. *Infra,* p. 276 s.
[1548] V. Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire,* th. Strasbourg, 1993.
[1549] Y. Strickler, obs. sous 3e Civ., 2 mars 2017, n° 15-29022, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 120.
[1550] 1re Civ., 13 novembre 2003, n° 01-16977, Bull., I, n° 228, p. 180.
[1551] N. Cayrol, « Titre exécutoire. Décision au fond ne remettant pas en cause la chose jugée en référé », *RTD civ.*, 2015, p. 457, obs. sous 2e Civ., 8 janvier 2015, n° 13-25786, Non publié au Bull.

- Si une décision au fond a été prise après l'exécution d'une décision du juge des référés, et que la décision de fond contredit la décision provisoire, la première emporte annulation de la décision du juge des référés.

- Si le juge du fond avait définitivement tranché le fond du droit, avant que n'intervienne l'ordonnance de référé, le juge des référés doit alors déclarer irrecevable[1552], la demande en référé.

En droit français également, le fond s'impose au référé dont les décisions sont provisoires[1553]. Il a été ainsi jugé par la Cour de cassation française que : « la survenance d'un jugement au fond, postérieurement à la clôture des débats en référé, prive de fondement juridique la décision rendue en référé »[1554]. C'est le rôle principal de l'autorité de chose jugée qui est de mettre fin à l'instance, à l'action au fond, ainsi qu'au référé. Cela, en application du triple critère prévu à l'art. 1355 du C. civ. : identité des parties, d'objet et de cause[1555]. Dont la réalisation obligera le juge à déclarer l'action irrecevable. En effet, une fois que les juges du fond ont statué, l'autorité de chose jugée attachée à leur décision s'impose au juge des référés[1556], car privant d'objet, le référé[1557].

Cette règle s'applique quel que soit, l'origine de la décision. Ainsi, une sentence arbitrale a autorité de chose jugée dès son prononcé[1558], y compris en matière d'arbitrage international, lorsque la sentence est rendue à l'étranger[1559].

Il en sera de même, lorsque la décision de fond, non assortie de l'exécution provisoire, est frappée d'appel. Jugé à cet égard par la Cour de cassation française que : « le juge des référés

---

[1552] A. Nader et Y. Ismaïl, *L'encyclopédie des pratiques du débat juridictionnel, « La juridiction des référés »*, *op. cit.*, p. 31.
[1553] X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, *op. cit.,* n° 391, p. 193.
[1554] 2e Civ., 13 juillet 2005, n° 05-15853, Bull., II, n° 197, p. 175.
[1555] C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, préf. J.-L. Bergel, P.U.A.M., 2008, n° 18, p. 22.
[1556] Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « Mais attendu que le juge des référés ne pouvant méconnaître ce qui avait été jugé par le juge du fond, c'est sans violer l'article 1355 du code civil que la cour d'appel a retenu qu'il n'y avait pas lieu à référé ». 2e Civ., 19 mars 2009, n° 08-12778, Non publié au Bull.
[1557] X. Vuitton, « Fasc. 1200-90 : RÉFÉRÉS . – Généralités . – Compétence », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2016, n° 43.
[1558] L'art. 1484 al. 1 du C.P.C. prévoit que : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».
[1559] L'art. 1506 du C.P.C. prévoit que : « À moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles : […] 4° 1479, 1481, 1482, 1484 (alinéas 1 et 2), 1485 (alinéas 1 et 2) et 1486 relatifs à la sentence arbitrale ; […] ».

ne peut méconnaître l'autorité de la chose jugée par le juge du fond, même si le jugement au fond, non assorti de l'exécution provisoire, est frappé d'appel. Il s'ensuit qu'une cour d'appel, saisie de l'appel d'une ordonnance de référé, ne peut méconnaître ce qui avait été précédemment jugé par un tribunal paritaire des baux ruraux »[1560].

Il est cependant des hypothèses, ou le juge des référés, peut valablement statuer postérieurement à une décision de fond, y compris sous astreinte. C'est notamment le cas, en présence de la persistance d'un trouble manifestement illicite, alors même qu'une décision de fond est intervenue, et qu'elle n'est pas appliquée. La mesure provisoire ainsi prononcée, ne doit néanmoins pas porter atteinte à l'autorité de chose jugée de la décision de fond[1561].

On peut donc dire que, la loi et la jurisprudence consacrent une subordination de principe, de l'ordonnance de référé, à la décision de fond, revêtue de l'autorité de chose jugée. Cependant, l'art. 145 du C.P.C. semble introduire une forme d'exception à ce principe en raison de sa « finalité strictement probatoire »[1562]. Dès lors, par un raisonnement analogique, ne pourrait-on pas considérer qu'une décision de fond, qui plus est, revêtue de l'autorité de chose jugée devrait, dans les mêmes conditions, être inopposable à une ordonnance de référé prise sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C. ? Mais aussi en vertu de « son autonomie » [1563]? Il se pose en outre la question de savoir si l'inopposabilité de l'action au fond ne devrait pas plutôt être tirée de l'absence de la condition temporelle. C'est-à-dire, la saisine avant tout procès. En clair, l'action au fond, ne serait inopposable au référé probatoire de l'art. 145 du C.P.C., que si elle a été faite postérieurement, à ladite action en référé. Si elle a été faite antérieurement (avant tout procès), elle ne devrait pas encourir l'irrecevabilité de ce seul chef. Au surplus, l'expression « avant tout procès » vise-t-il tous les procès en général, qu'il y'ait ou non identité d'objet ? Ou uniquement les procès au fond laissant apparaître un lien, entre leur objet et la mesure sollicitée en référé ? La question reste posée.

[1560] 2e Civ., 10 mars 2005, n° 02-20513, Bull., II, n° 60, p. 56, *RTD civ.*, 2006, p. 142, note Ph. Théry.

[1561] X. Vuitton, « Fasc. 1200-90 : RÉFÉRÉS . – Généralités . – Compétence », *op. et loc. cit.*. ; V. Soc., 13 janvier 2010, n° 08-19914, Non publié au Bull. La Cour de cassation a jugé qu' : « Attendu que, dès lors qu'elle constatait la persistance d'un trouble manifestement illicite au jour de sa décision, nonobstant le jugement rendu au principal qui, n'étant pas assorti de l'exécution provisoire ni été signifié, ne pouvait être exécuté, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu l'autorité de la chose jugée attachée au jugement, avait le pouvoir d'ordonner les mesures nécessaires à la cessation de ce trouble ».

[1562] G. Chabot, note sous Com., 13 mai 2003, n° 01-10955, Bull., IV, n° 81, p. 92, *JCP*, 2003, II, n° 10193.

[1563] H. croze, obs. sous Com., 13 mai 2003, n° 01-10955, Bull., IV, n° 81, p. 92, *Rev. Procédures*, 2003, comm. n° 173.

Au total, il apparaît que la recevabilité de l'action en référé est subordonnée à la condition que le fond du droit n'ait pas déjà été tranché.

En définitive, une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au principal, devrait pouvoir être soulevée devant la juridiction de référé, selon le rôle respectif des juges et des parties dans les trois systèmes étudiés.

Sous-section 2 : Le rôle respectif des juges des référés et des parties dans l'invocation de la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au principal

« En principe les fins de non-recevoir doivent être proposées par les plaideurs eux-mêmes »[1564], comme le souligner l'ancienne jurisprudence française[1565]. Mais, les juge ont aussi les pouvoir de les soulever d'office. Il s'agira ici, donc d'étudier le rôle respectif des parties et du juge des référés dans les trois systèmes étudiés, en mettant la lumière sur le fait que la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au fond peut être, soit prononcée d'office par le juge des référés (§1), soit soulevée par les parties (§2).

§ 1 : Le pouvoir du juge des référés de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au principal

En droit français, le principe est de donner aux juges soit du fond, soit des référés ou celle de mise en état, une simple faculté de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée une chose déjà jugée (A). Il subsiste cependant des hypothèses ou cette faculté se transforme exceptionnellement en obligation, dans certaines matières. Dans les droits koweïtien et égyptien, le principe est inverse, les juges sont tenus de le relever d'office (B).

[1564] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 317, p. 294.
[1565] Civ.,15 novembre 1948, n° 38.310, Bull., Section civile, n° 297, p. 950. ; V. en outre, Com., 28 décembre 1953, n° 263, Bull., III, n° 401, p. 284. « les fins de non-recevoir tirée du défaut de qualité ne saurait être soulevée d'office ».

A : En droit français, une simple faculté de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au principal

En la matière, l'office du juge a connu une évolution en deux périodes distinctes : avant et après la réforme de 2004.

Avant 2004, l'autorité de la chose jugée était considérée comme une règle d'intérêt privé. Et ne pouvait à ce titre, être relevée d'office par le Ministère public[1566]. Encore moins par le juge[1567]. Ce qui avait à l'époque, suscité des critiques de la doctrine[1568]. La Cour de cassation a malgré ces réserves, réaffirmé que le juge n'avait pas la possibilité de la relever d'office. Car, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée n'était ainsi, pas vue, notamment par la jurisprudence, comme d'ordre public [1569]. Sauf dans certains cas exceptionnels[1570].

Depuis le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, l'art. 125 al. 2 du C.P.C. énonce que le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée, ce qui « confirme qu'elle n'est pas d'ordre public »[1571], relevant au contraire de l'intérêt des parties, puisque l'autorité de chose jugée relève toujours, en principe, des intérêts privés.

Le caractère hybride de la notion d'autorité de chose jugée, a été bien résumée par Motulsky, pour lequel l'autorité de chose jugée est : « de nature processuelle mais avec des répercussions importantes sur le fond » [1572].

[1566] M. Douchy-Oudot, « Fasc. 900-30 : Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2018, n° 195.

[1567] *Ibid.* ; V. Civ., 26 août 1861, *DP*, 1861, 1, p. 427. ; *S.* 1862, 1, p. 173. ; Civ., 24 octobre 1951, n° 2.844, Bull., Section civile, n° 272, p. 212, *JCP,* 1952, II, n° 6806, note R. Perrot ; *RTD civ*., 1952, p. 254, obs. P. Hébraud. ; 1re Civ., 11 décembre 1963, n° 1.712.Civ.56, Bull., I, n° 546, p. 460, [En ligne], Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006964347&fastReqId=104726945&fastPos=1 (Consulté le 1/6/2018). ; 2e Civ., 10 avril 1995, n° 95-60550, Bull., II, n° 121, p. 69. ; 2e Civ., 4 décembre 2003, n° 02-10010, Bull., II, n° 365, p. 301.

[1568] M. Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 206.

[1569] C. Bouty, « Chose jugée », *RÉP. PR. CIV.*, 2012, n° 273. ; Civ., 24 octobre 1951, n° 2.844, Bull., Section civile, n° 272, p. 212, *JCP,* 1952, II, n° 6806, note R. Perrot. ; *RTD civ*., 1952, p. 254, obs. P. Hébraud. ; Com., 29 mars 1965, n° 61-13133, Bull., III, n° 238, p. 212. ; 2e Civ., 20 juillet 1970, n° 69-12087, Bull., II, n° 251, p. 190. ; 2e Civ., 24 novembre 1976, Bull., II, n° 315, p. 248. ; 3e Civ., 20 mai 1992, n° 90-13598, Bull., III, n° 159, p. 97. ; 2e Civ., 10 avril 1995, n° 95-60550, Bull., II, n° 121, p. 69, *D.* 1996, Somm., p. 135, obs. P. Julien. ; 2e Civ., 4 décembre 2003, n° 02-10010, Bull., II, n° 365, p. 301.

[1570] M. Douchy-Oudot, « Fasc. 900-30 : Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *op. et loc. cit.*

[1571] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 366, p. 296.

[1572] H. Motulsky, note sous 2e Civ., 6 juin 1962, n° 60-13005, Bull., II, n° 500, p. 357, *JCP*, 1963, II, n° 13191, § III. ; H. Motulsky, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, *op. cit*, p. 362.

Il faut préciser que cette nouvelle règle est d'une part, « s'agit incontestablement d'accroître le pouvoir du service public de la justice de trier les dossiers et d'écarter ceux qui sont manifestement irrecevables, selon une technique qui se répand. Du point de vue des conditions de recevabilité »[1573]. D'autre part, est immédiatement entrée en vigueur, en application de l'art. 59 du décret de 2004 [1574]. La Cour de cassation ayant fait application de la loi, pour la première fois dès le 15 septembre 2005[1575].

En application du nouvel art. 125 al. 2 du C.P.C., le juge à désormais, la faculté de relever d'office. Cette faculté ne devenant obligation que dans certains cas limitatifs, où la loi définit elle-même ce qui relève de l'ordre public.

En effet, le législateur n'a pas entendu aller jusqu'à obliger le juge, par principe, de relever d'office. L'autorité de chose jugée, ne relève donc pas automatiquement de l'ordre public. Sauf si la chose jugée elle-même, relève de l'ordre public. Par exemple, lorsque les parties n'ont pas la libre disposition du droit, objet du litige (notamment en droit de la famille), ou concernant les décisions passées en force de chose jugée au cours d'une même instance. Ici le juge aura l'obligation de soulever d'office la fin de non-recevoir.

À ce stade, on pourrait considérer que ce qui est valable pour des décisions entrées en force de chose jugée, le soit pour d'autres revêtues de l'autorité de la chose jugée, rendues dans d'autres instances, et en d'autres lieux. En clair, si des décisions passées en force de chose jugée (souvent rendues par la même instance), sont vues comme relevant de l'ordre public, pourquoi, d'autres décisions, qui disposent d'une autorité supérieure (autorité de chose jugée) ne relèveraient pas, elle-aussi, de l'ordre public. Cela est semble-t-il essentiellement dû à des raisons d'ordre pratique. Le juge français n'ayant pas accès à l'époque de la loi, à la totalité des décisions, le législateur ne pouvait le contraindre à relever d'office le moyen fondé sur l'autorité de chose jugée d'une décision dont il méconnaissait l'existence[1576]. Pour cette raison, le nouvel

---

[1573] R. Perrot et H. Croze, « Commentaire du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *Rev. Procédures*, 2004, étude n° 13, § n° 7.
[1574] C. Bouty, « Chose jugée », *op. cit.,* n° 275.
[1575] La Cour de cassation a étendu l'applicabilité immédiate de cette réforme aux affaires, en cause de cassation. 2e Civ., 15 septembre 2005, n° 01-16762, Bull., II, n° 218, p. 194, *Rev. Procédures,* 2005, comm. n° 248, obs. R. Perrot ; *RTD civ.*, 2005, p. 824, note R. Perrot.
[1576] C. Bouty, « Chose jugée », *op. cit.,* n° 277.

art. 125 al.2 du C.P.C., apparaît dès lors, comme devant participer à une bonne administration de la justice [1577].

Ainsi, le fait pour le demandeur d'avoir soulevé la question en première instance, n'autorise pas pour autant la cour d'appel à statuer d'office sur la question de la chose jugée. En revanche, lorsqu'il s'agit de confirmer un jugement par confirmation des motifs adoptés par les premiers juges qui avaient admis la chose jugée[1578]. On ne peut reprocher aux juges d'appel de soulever d'office la chose jugée[1579].

Concernant plus spécifiquement, le juge des référés, la question qui se pose, est de savoir quelle position il doit adopter, lorsqu'il constate que le fond du droit a déjà été tranché. Et qu'au surplus, le défendeur ne soulève pas la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée. Le juge est-il alors tenu de la relever d'office, ou dispose-t-il d'une simple faculté ? Autrement dit, la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée est-elle ou non d'ordre public[1580] ?

Qu'entend-t-on par ordre public ? La détermination des moyens d'ordre public en procédure civile n'est pas aussi simple[1581]. Mais, il est schématiquement possible de caractériser l'ordre public à l'aide de 3 trois critères déjà bien connus et déjà analysés par certains auteurs : pour qu'il soit vu comme relevant de l'ordre public, un moyen doit être soulevé d'office, en tout état de cause, et enfin, les parties ne peuvent y renoncer[1582]. On aurait pu croire que la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée doit toujours être relevée d'office par le juge français, tel que cela se pratique au Koweït et Égypte, mais tel n'est toujours pas le cas, s'agissant ici, d'intérêts privés. D'une part, le juge des référés français n'est en principe, pas tenu de le soulever d'office. D'autre part, les parties peuvent y renoncer puisque c'est leur droit.

Le juge partage désormais avec les parties, le pouvoir de soulever d'office une fin de non-recevoir, ne relevant pas de l'ordre public. La mise en œuvre de ce nouveau pouvoir obéît cependant à des règles différentes. S'agissant du juge, lorsqu'il décide de soulever d'office un

---

[1577] *Ibid.*
[1578] Soc., 5 janvier 1959, n° 5.575, Bull., IV, n° 6, p. 5.
[1579] M. Douchy-Oudot, M. Douchy-Oudot, « Fasc. 900-30 : Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *op. cit.,* n° 195.
[1580] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 366, p. 296.
[1581] V. A. Dorsner-Dolivet et Th. Bonneau, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, Chron. p. 59-66.
[1582] *Ibid.*, p. 60-61.

moyen, non d'ordre public, il doit préalablement, inviter les parties à présenter leurs observations, cela en vue de satisfaire à l'obligation du respect du contradictoire. En application du principe qui prescrit au juge, de n'examiner d'office, un moyen, même d'ordre public, et non soulevé par les parties, que s'il a invité celles-ci, à présenter leurs observations[1583]. Exceptionnellement cependant, la Cour de cassation admet que le juge du fond ne soit pas tenu à cette formalité. Ainsi dans une espèce, la Cour de cassation, avait estimé que le juge n'était pas tenu de respecter cette formalité, lorsque les faits qui figurent dans le débat, suffisent à une compréhension suffisante de l'affaire et *in fine*, à la résolution du litige[1584]. La Cour de cassation estimant dans ce cas, que le moyen est « nécessairement dans la cause »[1585].

Le juge des référés qui relève d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée d'un jugement, mettant fin au litige au fond, doit toujours respecter le principe du contradictoire tel que le prévoit l'art. 16 du C.P.C., en invitant au préalable les parties à présenter leurs observations. À cet égard, la Cour de cassation française a décidé que : « viole l'article 16 du nouveau code de procédure civile, l'arrêt qui, pour déclarer sans objet l'appel formé par une partie d'une ordonnance de référé qui l'avait condamnée à payer une provision à son créancier, relève d'office le moyen tiré de la chose jugée résultant d'un jugement mettant fin au litige au fond sans inviter les parties à présenter leurs observations »[1586].

Lorsque l'autorité de chose jugée, d'ordre public, le juge français, est tenu de le soulever d'office.

B : L'obligation de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au fond

En droit français, l'art. 125 al. 1 du C.P.C. [1587] stipule que les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office, chaque fois qu'elles ont un caractère d'ordre public. C'est le cas, lorsque la matière elle-même est d'ordre public. Particulièrement en matière de contentieux sur

[1583] 2e Civ., 2 décembre 1992, n° 91-12146, Bull., II, n° 290, p. 144.
[1584] Com., 26 juin 1984, n° 82-16707, Bull., IV, n° 205, p. 171.
[1585] M. Douchy-Oudot, « Fasc. 900-30 : Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *op. cit.*, n° 197. ; 2e Civ., 10 mars 1993, n° 91-18678, Bull., n° 93, p. 50, *RTD civ.*, 1993, p. 890, obs. R. Perrot.
[1586] 2e Civ., 27 février 1985, n° 84-10502, Bull., II, n° 47, p. 33.
[1587] L'art. 125 al. 1 du C.P.C. 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 ».

l'état des personnes et de la nationalité, où la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée est d'ordre public[1588]. De manière générale, toutes les fois où les parties n'ont pas la libre disposition des droits objets de la décision, celle-ci doit être vue comme d'ordre public[1589]. Puisque « la nature des droits substantiels mis en jeu, rejaillit sur la fin de non-recevoir »[1590]. La règle s'applique également en cas de jugements successifs rendus au cours d'une même instance[1591]. Il s'agit ici en particulier d'éviter les contrariétés de décisions, au cours d'une même instance [1592].

En Égypte [1593] et au Koweït, la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée est d'ordre public, en vertu de l'art. 116 C.P.C.É., qui correspond à l'art. 82 du C.P.C.K., et qui dispose que : « le juge soulève d'office, la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée ». Le législateur koweitien a ajouté la phrase : « en tout état de cause ».

Une partie de la doctrine égyptienne affirme clairement que l'autorité de chose jugée est d'ordre public, que les juges doivent toujours relever d'office, en tout état de la cause. S'agissant d'intérêt public [1594].

Donc, au Koweït et en Égypte, ce moyen est par principe, d'ordre public d'autant plus que, d'une part, la note explicative des deux articles énonce que « le législateur la considère d'ordre public pour que les tribunaux ne soient pas occupés avec des actions déjà jugées ». D'autre part, la rédaction des deux articles, suggère la notion d'obligation s'imposant au juge de soulever la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée, puisque le législateur choisit l'impératif « soulève » et non une simple faculté qu'exprimerait le verbe « peut ».

[1588] 1re Civ., 19 mai 1976, n° 74-13821, Bull., I, n° 184, p. 148.
[1589] M. Douchy-Oudot, « Fasc. 900-30 : Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *op. cit.,* n° 193.
[1590] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 366, p. 296.
[1591] 2e Civ., 28 avril 1986, n° 84-16981, Bull., II, n° 67, p. 45. ; Dans le même sens : 3e Civ., 24 février 1976, n° 74-13665**,** Bull., III, n° 85, p. 64. ; 1re Civ., 7 avril 1976, n° 74-14564, Bull., I, n° 113, p. 91. ; 1re Civ., 19 mai 1976, n° 74-13821, Bull., I, n° 184, p. 148. ; Com., 28 juin 1976, n° 75-10480, Bull., IV, n° 216, p. 185. ; 1re Civ., 29 juin 1977, n° 76-12815, Bull., I, n° 304, p. 240. ; Soc., 20 janvier 1982, n° 80-40103, Bull., V, n° 27, p. 20. ; 1re Civ., 29 octobre 1990, n° 87-16605, Bull., I, n° 225, p. 160. ; 2e Civ., 10 mars 1993, n° 91-18678, Bull., n° 93, p. 50, *RTD civ.*, 1993, p. 890, obs. R. Perrot. ; 2e Civ., 25 mai 2000, n° 97-20412, Non publié au Bull. ; Soc., 30 janvier 2001, n° 98-43901, Non publié au Bull. ; Soc., 3 mai 2001, n° 99-40945, Non publié au Bull. ; V. aussi, N. Cayrol, *Les actes ayant pour objet l'action en justice, op. cit.*, n° 73, p. 47.
[1592] C. Bouty « Chose jugée », *op. cit.*, n° 274.
[1593] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 82, p. 139.
[1594] A. Alsawy, *La théorie des présomptions dans le code de procédure civile et commerciale*, 1re éd., t. II, Le Caire, Centre des publications juridique, 2018, p. 111-110.

§ 2 : La fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au fond soulevée par les parties

Concernant le pouvoir des parties de relever la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée, en droit français, il suffit de préciser que depuis l'entrée en vigueur du nouvel art. 125 du C.P.C., les parties ont perdu le monopole de la faculté de soulever l'autorité de la chose jugée. Elles peuvent cependant, toujours renoncer à l'invoquer[1595]. Cette renonciation pouvant être implicite [1596], et soumise à la condition que le juge ne la soulève pas. Ainsi, on peut présumer une renonciation implicite des parties, si en présence de deux décisions contradictoires, elles restent silencieuses ou inertes et ne se prévalent pas de la décision initiale[1597].

Les parties ayant désormais perdu le monopole du pouvoir de soulever l'autorité de la chose jugée. Il en résulte que le procès civil devient, comme le dit un auteur, de moins en moins la « chose des parties »[1598]. La volonté des parties prévaut toujours, mais n'est plus toute-puissante, comme cela fut le cas avant la réforme. Pour cette raison, il n'est pas acquis que l'autorité de la chose jugée, continue de relever essentiellement de l'intérêt privé et que les parties continuent d'être autorisées à y renoncer [1599]. Sauf lorsqu'il s'agit d'autorité de chose jugée, d'ordre public. Seul cas où le juge français, est tenu de le soulever d'office.

Selon la doctrine koweïtienne et égyptienne, la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée peut être soulevée par les parties, en toute état de cause[1600]. Une partie de la doctrine égyptienne énonce clairement que l'autorité de chose jugée est d'ordre public, et qu'à ce titre, les parties n'étaient pas autorisées à y renoncer[1601].

Concernant l'hypothèse où les parties, la soulèvent pour la première fois devant la Cour de Cassation. En vertu du fait que le moyen tiré de l'art. 1355 du C. civ. n'est pas d'ordre public, la Cour de cassation française[1602] a jugé que : « la partie qui n'a pas invoqué devant les juges

---

[1595] M. Douchy-Oudot, « Fasc. 900-30 : Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *op. cit.,* n° 197.
[1596] *Ibid*., n° 199.
[1597] 1re Civ., 10 février 1953, *JCP*, 1953, II, n° 7636.
[1598] Sur le fait que « le procès civil est la chose des parties » en droit koweïtien et égyptien, V. A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 14.
[1599] R. Perrot, obs., sous 2e Civ., 15 septembre 2005, n° 01-16762, *Rev. Procédures,* 2005, comm. n° 248.
[1600] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 634.
[1601] A. Alsawy, *La théorie des présomptions dans le code de procédure civile et commerciale*, *op. cit*., p. 111-110.
[1602] 2e Civ., 12 décembre 1962, n°61-12411, Bull., n° 785, p. 575, [En ligne], Disponible sur :

du fond la fin de non-recevoir tirée de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, qui n'est pas d'ordre public, ne peut le faire pour la première fois devant la Cour de Cassation »[1603]. On peut déduire de cette jurisprudence, qu'à *contrario*, les parties peuvent soulever cette fin de non-recevoir pour la première fois devant la Cour de cassation, lorsque l'autorité de chose jugée relève de l'ordre public. Ce cas sera illustré, dans l'hypothèse ou des décisions successives sont rendues au cours d'une même instance [1604].

Il faut noter que la circonstance qu'un moyen d'ordre public soit susceptible d'être soulevé en tout état de la cause « même pour la première fois devant la Cour de cassation », est approuvé par la doctrine française[1605].

La jurisprudence koweïtienne écarte elle toute exception à l'interdiction de soulever une telle exception, pour la première fois, devant la Cour de cassation. La Cour de cassation koweïtienne a en effet jugé que : « les parties n'ont pas le droit de soulever la fin de non-recevoir, tirée de la chose jugée pour la première fois devant la Cour de cassation. Ce moyen étant mélangé de fait et de droit »[1606]. Cette jurisprudence a été critiquée, par la doctrine Koweitienne[1607].

Il en résulte selon la Cour de cassation koweïtienne que l'autorité de la chose jugée bien qu'étant un moyen d'ordre public, ne saurait pour autant, être invoquée pour la première fois devant elle.

De son côté, le droit égyptien sacralise la notion d'ordre public et en fait le critère principal de la saisine. Ainsi pour la Cour de cassation égyptienne, « l'obligation de respecter

---

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006960786&fastReqId=21767330&fastPos=43 (Consulté le 1/6/2018). ; V. au contraire, Soc., 7 mai 1998, n° 96-18773, Non publié au Bull.

[1603] 1re Civ., 16 décembre 1986, n° 84-17076, Bull., I n° 300, p. 286. ; 1re Civ., 17 janvier 2006, n° 05-10875, Bull., III, n° 11, p. 10. Dans le même sens ; 2e Civ., 4 octobre 1972, n° 71-14080, Bull., II, n° 230, p. 189. ; 2e Civ., 25 octobre 1972, n° 71-12589, Bull., II, n° 254, p. 208. ; 2e Civ.,15 décembre 1980, n° 79-15340, Bull., II, n° 264, p. 180. ; Com., 19 juillet 1983, n° 82-12215, Bull., IV, n° 225, p. 195. ; V. également C. Bouty « Chose jugée », *op. cit.*, n° 273.

[1604] 3e Civ., 6 décembre 1977, n° 76-12870, Bull., III, n° 425, p. 323.

[1605] A. Dorsner-Dolivet et Th. Bonneau, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *op. cit.,* p. 61.

[1606] Com.K., 28 mars 1992, n° 1992/137. ; Dans le même sens, sous l'empire de l'ancien C.P.C. : V. 1re Civ., 18 novembre 1970, n° 69-12107, Bull., n° 307 p. 252. La Cour de cassation française a jugé que : « l'exception de chose jugée ne peut être proposée pour la première fois devant la cour de cassation ». ; 2e Civ., 16 novembre 1960, n° 59-12092, Bull., n° 675, p. 459, [En ligne], Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006955648&fastReqId=21767330&fastPos=54 (Consulté le 1/6/2018).

[1607] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. et loc. cit.*

l'autorité de la chose jugée, est d'ordre public. Le tribunal doit la soulever d'office. Pour les parties, il demeure en tout état de cause, possible de la relever pour la première fois devant la Cour de cassation, à condition que tous ses [l'autorité de la chose jugée] éléments de fait aient déjà été invoqués devant la juridiction du fond »[1608].

Au total, la recevabilité de l'action en référé ne peut être subordonnée à la seule condition que le fond du droit n'ait pas déjà été jugé, mais aussi à la condition que le juge provisoire (que ce soit celui des référés, ou de mise en état), n'ait pas déjà ordonné les mêmes mesures provisoires, dans les mêmes circonstances.

[1608] Civ.É., 10 novembre 1998, n° 10375/66, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111112726.pdf (Consulté le 1/6/2018). ; Civ.É., 23 mai 1995, n° 35/55, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111119159.pdf (Consulté le 1/6/2018). ; Civ.É., 28 mars 1988, n° 1193/57, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111116783.pdf (Consulté le 1/6/2018). ; et disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_Images.aspx?ID=111116783 (Consulté le 1/6/2018).

Section 2 : L'absence de l'autorité de chose jugée au provisoire dans les mêmes circonstances

Les décisions ayant autorité de chose jugée au provisoire, emportent irrecevabilité de toute demande en référé, dans les mêmes circonstances.

Est ici visée, l'autorité de chose jugée au provisoire, quel que soit le juge ayant prononcé la décision provisoire dont elle émane. Cela peut en effet, être aussi bien, le juge du fond, celui des référés, ou celui de la mise en état. Dans tous les cas, il est nécessaire qu'il n'ait pas déjà ordonné les mêmes mesures provisoires, dans des circonstances similaires. Il conviendra dès lors dans un premier temps, d'étudier la notion d'autorité de chose jugée au provisoire (Sous-section 1). Avant d'envisager l'hypothèse où celle-ci peut se voir écartée, en principe, en cas d'existence des circonstances nouvelles (Sous-section 2).

Sous-section1 : Les décisions ayant l'autorité de chose jugée au provisoire

La loi et la jurisprudence ainsi d'ailleurs que la doctrine, opèrent une double distinction entre le jugement au principal et le jugement provisoire, d'une part. Et entre le jugement définitif et le jugement provisoire de d'autre part. Il convient de simplifier cette distinction, tout en maintenant le double-critère : nous distinguerons dès lors deux types de jugements provisoires : ceux rendus par le juge du principal, lorsqu'il statue au provisoire. Et ceux rendus par les juges du provisoire ès-qualité, comme le juge des référés ou celui de la mise en état.

§1 : Les jugements émanant du juge du fond statuant au provisoire

Concernant les jugements provisoires rendus par le juge du fond, il se distingue d'abord des jugements dits définitifs, ceux-ci tranchant le fond du litige et acquièrent dès cet instant, l'autorité de chose jugée. Par ailleurs, il convient de distinguer clairement le jugement définitif et le jugement irrévocable. Le jugement définitif [1609] demeure révocable par les voies de

[1609] L'expression « jugement définitif » n'existe pas dans le C.P.C. Elle est pourtant très fréquemment employée dans le monde judicaire. Y. Strickler, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », in. L. Cadiet et D. Loriferne, *L'autorité de la chose jugée,* IRJS Édition, 2012, n° 12, p. 42. ; Y compris dans certains arrêts de la Cour de cassation française. À titre d'exemple V. 2e Civ., 5 juillet 2018, n° 17-22453, Bull., II, [En ligne], Disponibler sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037196682&fastReqId=544316544&fastPos=1 (Consulté le 1/4/2018).

recours, après l'épuisement des voies de recours ou de leur fermeture par suite de forclusion[1610], le jugement devient irrévocable.

Concernant la notion de jugement au principal, il l'est d'abord, en raison de la source de la décision (le juge du principal) et moins du fait de son objet (jugement statuant sur le droit substantiel)[1611]. Cette définition emporte notre adhésion et nous conduit à adopter le même raisonnement dans la définition du jugement provisoire. Dans le même ordre d'idées, celui-ci est provisoire d'abord parce que prononcé par le juge du provisoire.

Le cadre étant rappelé, on peut lors distinguer deux types de jugements provisoires rendus par le juge du fond statuant au provisoire : les jugements avant-dire droit (A) et les jugements au principal (B), comportant des dispositions à portée provisoire.

A : Les jugements avant-dire droit (jugement ne tranchant pas le fond du droit)

L'expression « jugement provisoire » concerne en effet, avant tout, les jugements avant dire droit, lesquels, aux termes de l'art. 482 du C.P.C. visent dans leur dispositif, exclusivement à ordonner une mesure d'instruction[1612], ou une mesure provisoire. Il en résulte une double conséquence juridique : la première est issue du texte même de l'art. 482 du C.P.C. ; un tel jugement ne saurait avoir **au principal** l'autorité de la chose jugée. La deuxième est précisée par l'article suivant (l'art. 483 du C.P.C.) au terme duquel le juge ne sera pas dessaisi dans une telle hypothèse.

La survenance de faits nouveaux produira cependant des effets sur la portée de l'art. 482 du C.P.C. C'est l'objet de l'art. 1118 du C.P.C. Celui-ci stipule en effet : « qu'en cas de survenance d'un fait nouveau, (…) le juge peut, jusqu'au dessaisissement de la juridiction, supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires qu'il a prescrites ». Ledit article, confère par là même une forme d'autorité de chose jugée au provisoire soulignée par M. Strickler qui a évoqué : « (…) une certaine autorité au provisoire »[1613].

[1610] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 371, p. 301. ; Dans le même sens : V. également Y. Strickler, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », *op. cit*., n° 12, p. 43.
[1611] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 372, p. 302-303.
[1612] V. par ex. Com., 18 décembre 2001, n° 99-20207, Non publié au Bull.
[1613] Y. Strickler, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », *op. cit.*, n° 16, p. 45.

Contrairement aux jugements provisoires rendus par les juges du provisoires, les jugements provisoires rendus par un juge du fond ne peuvent être rétractés qu'en présence de circonstances nouvelles[1614]. De plus lesdites circonstances nouvelles doivent être postérieures à l'ordonnance dont on demande la rétractation[1615].

Soulignons enfin que le droit français de l'arbitrage contient une disposition équivalente codifiée à l'art. 1468 al. 2 du C.P.C. Lequel prévoit que : « le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée ».

En droit égyptien et koweitien, aucun texte ne prévoit d'autorité de chose jugée pour les jugements avant-dire droit. Ceux-ci ne lient donc pas la juridiction du fond qui l'a rendue, lorsqu'elle statuera au principal[1616]. En revanche, les jugements avant-dire droit conservent une autorité de chose jugée au provisoire, sauf circonstances nouvelles[1617]. Cela a été confirmé par la jurisprudence koweitienne et égyptienne[1618]. Ainsi, la chambre de cassation de la Cour d'appel (la plus haute juridiction à l'époque) a clairement posé comme règle, que les jugements préparatoires, ayant pour objet, d'ordonner une mesure d'instruction, n'avaient aucune autorité et ne pouvaient lier les juges qui les ont prononcés[1619].

B : Les jugements interlocutoires

Dans les trois systèmes étudiés, on entend par jugements interlocutoires, les jugements mixtes car comportant des dispositions définitives tranchant le fond, et d'autres provisoires. Un jugement interlocutoire peut être illustré par un jugement de divorce, devenu définitif dans certaines de ses dispositions (par exemple concernant la dissolution du mariage), et n'ayant qu'une portée provisoire dans d'autres[1620] (par exemple, la garde des enfants[1621]). Dans la

---

[1614] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », in. L. Cadiet et D. Loriferne, *L'autorité de la chose jugée,* IRJS Édition, 2012, n° 14, p. 66.
[1615] *Ibid.*, n°14, p. 66-67.
[1616] Selon l'art. 7 du Code de la preuve koweïtien, et l'art. 9 du Code de la preuve égyptien, s'il juge dans un sens contraire à la mesure d'instruction, il ne sera pas non plus lié par ladite décision, à condition d'en justifier les raisons.
[1617] A. Abdulfattah, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. II, *op. cit.*, p. 572-573. ; A. Hendi, *Les procédures civiles et commerciales*, t. II, Alexandria, Dar Aljamiah Aljdidah, 1995, n° 341, p. 432.
[1618] Civ.É., 26 janvier 1982, n° 51/50.
[1619] Cour d'appel koweïtienne, 2 juillet 1986, n° 238/1985.
[1620] A. Hendi, *Les procédures civiles et commerciales*, t. II, *op. cit.*, 1995, n° 341, p. 431. ; A. Abdulfattah, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. II, *op. cit.*, p. 573-574.
[1621] Sur ce thème, la Cour de cassation koweïtienne, a jugé qu'« en principe, la décision du juge du fond sur la garde des enfants, a une autorité de chose jugée au provisoire, puisqu'elle peut être modifiée ou remplacée, en présence de circonstances nouvelles ». Civ.K., 9 janvier 1999, n° 93/1999, recueil de la jurisprudence, 27e année, p. 280. ; Civ.K., 16 mai 2004, n° 217/2003 et n° 219/2003. ; Civ.K., 4 avril 2004, n° 17/2003, recueil de la jurisprudence, 32e année, n° 53, p. 311.

fixation de la résidence des enfants, le juge doit se fonder sur l'intérêt des enfants mineurs. Ainsi, si le mari violentait les enfants devant leur mère, la garde de ceux-ci, sera alors confiée à leur mère. Cette décision n'aura cependant qu'une portée provisoire, des circonstances nouvelles[1622], pouvant survenir, par la suite. Par exemple : s'il advenait que la maman devienne à son tour violente avec ses enfants, il y'aurait alors potentiellement, des circonstances nouvelles et un autre juge des référés pourrait révoquer l'autorité parentale maternelle et la conférer à leur père si celui-ci démontre avoir changé[1623].

La saisine du juge du fond interdit en principe, à son auteur de présenter ultérieurement toute demande de mesure provisoire, devant le même juge. Ainsi, la Cour d'appel de Douai, avait jugé dans un arrêt du 17 novembre 1983, qu': « il n'y a plus lieu à référé lorsque le juge du fond est saisi »[1624]. Mais comme le précise un auteur : « c'était vrai dans une hypothèse où le juge du principal avait déjà rendu une décision exécutoire par provision, si bien que l'appel de l'ordonnance de référé était devenu sans objet »[1625].

En conclusion, la décision du juge du fond d'ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire par un jugement avant dire droit, n'a pas autorité de chose jugée au principal. Cela, bien qu'il soit émis par le juge du fond avant. C'est ce qui est codifié l'art. 482 du C.P.C.[1626]. Cela s'explique par le fait que ce jugement : « intervient (…) en cours d'instance, c'est-à-dire durant le procès. Il s'agit du premier critère (temporel) de ce type de jugement »[1627].

§2 : Les décisions émanant des juges du provisoire statutaires (le juge des référés et le J.M.E.)

Le jugement provisoire peut être défini selon un double-critère : en raison de la source de la décision (le jugement provisoire l'est d'abord parce que prononcé par le juge du provisoire). Ou aussi en raison, de sa principale conséquence : le jugement provisoire ne peut pas lier le juge qui l'a rendu. A la condition toutefois qu'il existe des circonstances nouvelles,

---

[1622] Civ.É., 28 janvier 2003, n° 524/68, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111129110.pdf (Consulté le 14/8/2018). ; Civ.K., 31 janvier 2008, n° 128/2007.
[1623] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 372, p. 302-304.
[1624] Douai, 17 novembre 1983, *D.*, 1984, IR., p. 422, obs. P. Julien.
[1625] L. Lévy, note sous Com., 11 mai 1993, n° 90-20430, Bull., IV, n° 185, p. 131, *JCP*, II, juris., 22275, p. 240.
[1626] l'art. 482 du C.P.C prévoit que : « Le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.
[1627] Y. Sbai, « Les jugements avant dire droit », [En ligne], Disponible sur : https://www2.droit.univ-paris5.fr/atelier_clinique_juridique/wp-content/uploads/2016/07/Jugements-avant-dire-droit-par-Yasmine-SBAI-version-pb.pdf. (Consulté le 1/4/2018).

comme nous le verrons plus loin. Il ne peut à fortiori lier le juge du principal, puisque légalement, une décision provisoire n'a autorité de chose jugée qu'au provisoire, et jamais au provisoire.

Par ailleurs, l'expression "jugement provisoire" n'existe pas dans le C.P.C. qui n'utilise que la notion de "décisions" provisoires[1628].

Ces décisions sont par nature, provisoires, dès lors qu'elles sont rendues par un juge du provisoire, que ce soit le juge des référés[1629] (A), ou celui de la mise en état (B). Dans tous les cas, ils n'auront d'autorité de chose jugée qu'au provisoire, et non au principal. De plus, cette autorité de chose jugée au provisoire s'inclinerait si des circonstances nouvelles venaient à survenir [1630]. Dans l'intervalle, cette autorité de chose jugée rend irrecevable toute demande dans les mêmes circonstances.

A : L'ordonnance de référé

Concernant sa portée, la Cour de cassation française a affirmé que l'ordonnance de référé qui même devenue définitive[1631] : « est revêtue de l'autorité de la chose jugée au provisoire dès son prononcé »[1632].

En effet, l'art. 488 du C.P.C., stipule que l'ordonnance de référé ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles. Ainsi que l'a jugé, la Cour de cassation française jugeant dans un arrêt[1633], qu'une société (en l'occurrence, la société Hypromat), était irrecevable du fait de l'autorité de la chose jugée au provisoire de la précédente ordonnance. Un auteur résume cette règle en écrivant que : « l'ordonnance de référé possède dans le domaine du provisoire qui est le sien l'autorité de la chose jugée, le juge ne peut remettre en question la mesure qu'il a prescrite en l'absence de faits nouveaux »[1634].

[1628] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 5, p. 62.
[1629] 3e Civ., 19 juillet 1995, n° 93-19451, Bull., III, n° 206, p. 137. ; Civ.É., 17 avril 1995, n° 1290/58, recueil de la jurisprudence, 46e année, p. 637.
[1630] V. le jugement de divorce, ayant autorité de chose jugée à la fois au principal et au provisoire. *Supra,* p. 258-259. ; V. aussi, Civ.É., 25 janvier 1995, n° 1407/60, recueil de la jurisprudence, 46e année, p. 238, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111118848.pdf (Consulté le 16/8/2018)
[1631] 2e Civ., 23 février 2017, n° 15-27174, Bull., II, n° 33, p. 38.
[1632] Soc., 12 juillet 2016, n° 15-23433, Non publié au Bull.
[1633] Com., 20 septembre 2016, n° 15-12724, Non publié au Bull.
[1634] J. Viatte, « L'autorité des motifs des jugements », *Gaz. Pal.*, 1978, 1er sem., Doct., p. 84.

Est donc irrecevable en raison de l'autorité de chose jugée au provisoire, la demande en référé présentée au juge des référés, tendant à remettre en cause cette chose jugée, même de manière temporaire et en l'absence des circonstances nouvelles. D'ailleurs : « c'est en cela qu'elle a autorité de chose jugée »[1635]. C'est-à-dire en l'absence d'une telle circonstance [1636]. « Le juge des référés ne peut être saisi une nouvelle fois d'une demande qu'il a déjà tranchée ; cette nouvelle demande est irrecevable » [1637]. Car : « à l'égard de la juridiction des référés, elle a bien autorité de la chose jugée »[1638], sauf en cas de circonstances nouvelles. Mais comme s'interroge un auteur : « comment établir la nouveauté des circonstances invoquées pour obtenir modification ou rétractation de l'ordonnance sans se référer aux motifs qui à sa date ont justifié la mesure ordonnée ? Il faut donc considérer que ces motifs font autorité, car ils s'opposent à toute nouvelle demande fondée sur des raisons qu'ils ont écartées »[1639]. On peut objecter à cela que les motifs n'ont pas autorité de chose jugée dans le droit français actuel[1640]. Sur cette base, il serait plus aisé d'établir des circonstances nouvelles. Puisque le critère ne serait plus la nouveauté des motifs mais celle de la cause. En clair il y'aurait circonstances nouvelles du fait de la survenance d'une nouvelle cause.

En droit égyptien et koweïtien, aucun texte ne prévoit l'autorité de chose jugée de l'ordonnance de référé[1641]. C'est la doctrine[1642] et jurisprudence[1643] koweïtienne et égyptienne qui ont posées le principe selon lequel l'ordonnance de référé avait une autorité de chose jugée, en l'absence de circonstances nouvelles.

B : L'ordonnance du J.M.E.

Tout comme une ordonnance de référé, l'ordonnance rendue par le JME, est une

---

[1635] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.,* n°6, p. 63.
[1636] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 17, p. 27.
[1637] C. Bouty « Chose jugée », *op. cit.*, n° 363.
[1638] *Ibid.*, n° 354.
[1639] J. Viatte, « L'autorité des motifs des jugements », *op. et loc. cit.*.
[1640] Cela, en application de l'art. 480 du C.P.C. ; V. 2e Civ., 12 février 2004, n° 02-11331, Bull., II, n° 55, p. 46. ; 1re Civ., 20 février 2007, n° 05-12913, Bull., I n° 66, p. 59.
[1641] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 440.
[1642] *Ibid.* ; F. Walli, *Le traité de droit judiciaire civil*, t. I, *op.cit.,* n° 144, p. 347.
[1643] Com.K., 2 avril 1974, n° 1974/4. ; Com.K., 2 juillet 1986, n° 1985/238. ; Civ.É., 22 décembre 1955, n° 1591/6. ; Civ.É., 22 mai 1966, n° 1121/17. ; Civ.É., 24 avril 1974, n° 752/25. ; Civ.É., 20 février 1980, n° 1250/49.

décision provisoire par son objet[1644], qui n'a pas autorité de chose jugée au principal[1645]. Il en résulte *de facto*, que : « le tribunal n'est jamais lié à la décision d'un juge de la mise en état, et que rien ne lui interdit, d'adopter une solution contraire »[1646]. Ladite décision conserve cependant une autorité de chose jugée au provisoire. Y compris vis-à-vis d'une ordonnance de référé[1647].

À la condition toutefois, comme dans le cas d'une ordonnance de référé, qu'il n'y ait pas de circonstances nouvelles (on parle aussi de faits nouveaux). La décision du J.M.E., recèle par ailleurs, une autorité particulière, du fait du statut du J.M.E. En effet si comme pour le juge de référés, le juge de la mise en état : « ne statue toujours, qu'à titre provisoire (…), [il] a déjà un pied dans le principal, puisqu'il fait lui-même partie de la formation de jugement (art. 763 du NCPC) »[1648]. Ce qui n'est pas le cas du juge des référés qui est purement un juge du provisoire.

L'art. 771 du C.P.C. al. 5, liste les mesures provisoires dont peut être saisi le J.M.E. Celui-ci peut : « ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ; [...] ». La cour de cassation a rendu un arrêt qui a mis en œuvre cet article et rappelé les pouvoirs que la loi conférait au juge de la mise en état [1649].

L'autorité de chose jugée à titre provisoire constitue un obstacle à la recevabilité de la demande de la partie qui souhaite saisir à nouveau, le juge des référés. Cette règle trouve son fondement dans le raisonnement suivant : lorsqu'un juge des référés prend une mesure provisoire ou rejette la demande, sa décision, « met fin à l'instance et à l'action en référé »[1650]. La fin de l'action implique l'irrecevabilité en référé d'une demande ayant le même objet de la

[1644] C. Bouty « Chose jugée », *op. cit.*, n° 373.
[1645] L'art. 775 du C.P.C. prévoit que : « Les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance ».
[1646] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 388, p. 345. ; N. Omar, *Le système du J.M.E. en droit français et le projet du système du parquet civil en Égypte*, *op. cit.*, p. 34 et 54-55.
[1647] V. *Supra,* p. 260-261.
[1648] R. Perrot, « Du provisoire au définitif », *op. cit.*, n° 1, p. 448 et n° 7, p. 455-456.
[1649] 2e Civ., 13 mai 1981, n° 80-11227, Bull., II, n° 122, p. 78.
[1650] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit*. n° 653.

précédente ordonnance de référé[1651]. Par conséquent, pour que l'action en référé soit recevable, il faut, soit, qu'il n'y ait eu, aucune ordonnance de référé précédente, soit qu'il y ait des circonstances nouvelles[1652]. En conséquence, le juge des référés qui, prendrait une nouvelle mesure provisoire, en l'absence de faits nouveaux, méconnaîtrait l'autorité de la chose jugée qui s'attache à une précédente ordonnance de référé rendue entre les parties[1653].

Cette autorité de chose jugée, n'a cependant qu'une portée provisoire puisqu'elle est à la merci de « l'épée de Damoclès » que représenterait un changement de circonstances[1654].

En définitive, dans tous les cas où les trois juges du provisoire rendent un jugement ou une ordonnance, cette décision n'aura pas au principal, l'autorité de la chose jugée, Ce qui a fait dire à certains auteurs, que l'autorité de chose jugée attachée à ces décisions était temporaire[1655]. Puisque cette autorité était anéantie par la survenance de faits nouveaux (ou circonstances nouvelles). En l'absence de circonstances nouvelles, l'autorité même provisoire attachée aux décisions du juge des référés et du juge de la mise en état rend celles-ci exécutoires.

Sous-section 2 : L'existence des circonstances nouvelles

La fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au provisoire ne correspond qu'à ce qui a fait l'objet de la décision provisoire qui a été rendue. Que ce soit par l'ordonnance de référé[1656], la décision du J.M.E., ou celle du juge au fond statuant au provisoire. Il n'y a pas de circonstances nouvelles tant que n'est pas remise en cause « la triple identité de parties, d'objet et de cause »[1657], tel que cela est prévu par l'art. 1355 du C. civ. Articles dont les textes équivalents sont respectivement l'art. 101 du Code de la preuve égyptien et l'art. 53 du Code de la preuve koweïtien.

[1651] *Ibid*.
[1652] 3e Civ., 17 juillet 1974, n° 73-13821, Bull., III, n° 317 p. 241.
[1653] 2e Civ., 25 juin 1986, n° 85-10637, Bull., II, n° 100, p. 68. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 49, p. 99.
[1654] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 8, p. 63.
[1655] Le terme « l'autorité temporaire » concernant une chose jugée a été déjà utilisé par Solus et Perrot. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *op. cit.*, n° 388, p. 346.
[1656] Selon la Cour de cassation française « la chose jugée ne porte que sur ce qui a été précédemment débattu et jugé ». 2e Civ., 10 juillet 2003, n° 01-14736, Bull., II, n° 237, p. 197. ; Dans le même sens : V. 2e Civ., 19 mai 2016, n°15-18737, Non publié au Bull.
[1657] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 653.

En pratique, il y'a circonstances nouvelles dès lors qu'il y a des changements sur les faits affectant la situation des parties, ou les faits de la cause, rouvre la possibilité de saisine le juge des référés.

Dès 1944 le Doyen Vizioz, soulignait que la Cour de cassation française[1658] ne confond pas la cause de la demande avec le texte de loi sur lequel le demandeur appuie sa prétention[1659] (le fondement juridique). Dès lors qu'il y ait des circonstances nouvelles (§1), l'autorité de la chose jugée au provisoire peut être remise en cause parce qu'il n'y a pas d'identité de cause[1660] (§2). Une nouvelle demande, pour les mêmes fins, peut être accueillie, puisque « les deux demandes, bien que reposant sur le même texte de loi, n'avaient pas la même cause »[1661].

§1 : La notion des circonstances nouvelles

Il y'a circonstances nouvelles dans au moins trois hypothèses : lorsqu'un changement, est intervenu, soit dans les faits affectant la situation des parties[1662], soit dans les faits de la cause[1663]. Soit encore, lorsque les circonstances de droit eux-mêmes changent.

Concernant la situation des parties, il y'a par exemple circonstance nouvelle en cas de changement relatif au dépôt d'un rapport d'expertise[1664], ou sur un autre plan, une brusque détérioration de l'état de santé de la victime est un fait nouveau pouvant justifier l'octroi d'une nouvelle provision[1665].

Concernant les circonstances nouvelles de droit[1666], ils peuvent être illustrés par une

---

[1658] Civ., 20 novembre 1944, *JCP*, 1945, IV, éd. Avoués, Tableau de jurisprudence, p. 7.
[1659] H. Vizioz, *Étude de procédure, op. cit.*, n° 58, p. 258.
[1660] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 229.
[1661] *Ibid.*
[1662] V . Civ.É., 29 février 1996, n° 2482/55, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111123457.pdf (Consulté le 12/8/2018). ; Com.K., 18 octobre 2003, n° 468/2001 et n° 479/2001, recueil de la jurisprudence, 31e année, n° 11, p. 90.
[1663] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.,* n° 17, p. 27. ; V. Dans le même sens : M. Bruschi, « Référé commercial », *op. cit.*, n° 184. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 79, p. 135-136. ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.,* p. 115.
[1664] 3e Civ., 11 octobre 1977, n° 76-12741, Bull., III, n° 337, p. 256. ; Com., 6 juillet 1993, n° 91-15996 et 91-16535, Bull., IV, n° 288, p. 204. ; V. aussi Paris, 21 Janvier 2003, Juris-data : n° 202923.
[1665] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 6, p. 63. ; Sur la demande d'une nouvelle provision en matière d'état des personnes, en droit égyptienne, V. Civ.É., 18 juin 2007, n° 485/76 et n° 345/76, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111226868.pdf (Consulté le 12/8/2018). Et en droit koweïtien, V. Civ.K., 21 aoûte 2004, n° 435/2003.
[1666] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. et loc. cit.*

décision au fond ultérieure qui contredit la décision provisoire, de relaxe[1667], ou par une subrogation[1668]. Ou encore par loi nouvelle. Le thème de la loi nouvelle, est sujet à controverse entre la doctrine et la jurisprudence. Deux hypothèses peuvent ici se présenter : lorsque la loi n'est pas rétroactive ou lorsqu'elle est réputée l'être. Une loi qui n'agit que pour l'avenir ne s'applique par définition pas aux procès en cours déjà ouverts avant l'entrée en vigueur de ladite loi. Une telle loi ne peut donc être vue comme une circonstance nouvelle. Mais qu'en est-il d'une nouvelle loi, qui serait réputée rétroactive ? L'auteur rappelle que la Cour de cassation a posé le principe selon lequel une loi nouvelle même rétroactive ne constituait pas une circonstance nouvelle[1669]. Et que la partie qui entendait se prévaloir d'une loi nouvelle rétroactive, ne pouvait que s'adresser au juge du fond[1670]. Monsieur Boré critique - à juste raison, selon nous - cette jurisprudence. Estimant qu'en plus du juge du fond, le juge des référés devrait pouvoir être saisi pour modifier ou rétracter de l'ordonnance de référé[1671].

Il nous faut à présent évoquer ce qui ne constitue pas de véritables circonstances nouvelles aux yeux de la Cour de cassation. Il s'agit en l'occurrence des faits antérieurs à l'ordonnance de référé. Peuvent-ils ou non être vus comme des faits nouveaux (au sens de circonstances nouvelles). La Cour de cassation française distingue deux cas : selon que le défendeur les connaît ou non à la date de l'audience. Ce ne serait que dans la deuxième hypothèse (faits inconnus à la date de l'audience), que ces faits pourraient être qualifiés de nouveaux. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé que ne constituaient pas des circonstances nouvelles au sens de l'art. 488 du C.P.C., et : « permettant la modification ou la rétractation d'une ordonnance de référé, les faits antérieurs à la date de l'audience et connus du défendeur à qu'il appartenait de les invoquer »[1672]. Par voie de conséquence, constitue un fait nouveau, un fait qui, même antérieur à la décision déjà rendue, a été révélé seulement après[1673]. De même, pour une partie de la doctrine égyptienne[1674] et pour la Cour de cassation égyptienne,

---

[1667] Soc., 24 mars 2004, n° 02-20789, Bull., V, n° 97, p. 86.
[1668] 3e Civ., 20 october 1993, n° 91-17264, Bull., III, n° 126, p. 83.
[1669] 2e Civ., 30 novembre 1983, n° 82-12384, Bull., II, n° 191, p. 132, *RTD civ*., 1984, p. 354, obs. J. Normand.
[1670] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 6, p. 63.
[1671] *Ibid.*
[1672] 3e Civ., 3 octobre 1984, n° 83-11704, Bull., III, n° 161, p. 125. ; 3e Civ., 16 décembre 2003, n° 02-17316, Bull., III, n° 230, p. 204. ; V. également Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, *op. cit.*, p. 470. ; Ainsi, « le caractère nouveau de l'événement permettant d'écarter la fin de non- recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne peut résulter de ce que la partie qui l'invoque a négligé d'accomplir une diligence en temps utile ». 1re Civ., 19 septembre 2018, n° 17-22678, Bull., I, ([En ligne], Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037450779&fastReqId=1451803831&fastPos=1 Consulté le 20/12/2018), note C. Bléry, *Dalloz actualité,* 3 octobre 2018.
[1673] 2e Civ., 17 juillet 1975, n° 74-14442, Bull., II, n° 227, p. 182*, RTD civ*., 1975, p. 779, obs. R. Perrot.
[1674] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 79, p. 136.

constituent des circonstances nouvelles, les faits qui sont survenus avant que les parties ne saisissent le juge des référés, mais restés inconnus des parties[1675]. Monsieur Boré ajoute l'hypothèse de la fraude à la loi commise par une des parties. Il précise ainsi que : « si le fait litigieux a été dissimulé par l'adversaire, le demandeur devrait pouvoir saisir à nouveau le juge des référés une fois qu'il l'a découvert »[1676].

En outre, il convient de ne pas confondre les conditions de recevabilité des prétentions en référé et la portée pratique de l'ordonnance du juge des référés[1677]. Cela a été bien résumé par la Cour de cassation française lorsqu'elle a estimé que les « circonstances nouvelles ne rendent caduque une décision de référé qu'autant qu'elle a été modifiée ou rapportée »[1678]. On peut dès lors affirmer que, la seule existence de circonstances nouvelles n'entraine pas *ipso facto* privation, de sa pleine efficacité[1679]. Nous pensons pour autant cependant, que l'effet négatif de l'autorité de chose jugée au provisoire, sera remise en cause, dès qu'on sera en présence d'une circonstance nouvelle. Pour cette raison, il est alors possible d'introduire une nouvelle demande.

Concernant la charge de la preuve, il appartiendra naturellement au demandeur de prouver les circonstances nouvelles à peine d'irrecevabilité. À ce propos, la Cour de cassation française a déclaré irrecevable l'action du locataire qui sans pouvoir invoquer de telles circonstances, sollicite en référé la suspension des effets de la clause résolutoire d'un bail commercial, alors qu'une précédente ordonnance de référé avait constaté la résiliation du bail[1680].

Il nous faut évoquer également l'hypothèse des circonstances nouvelles, qui n'ouvrent pas droit pour les parties à la saisine du juge du provisoire. Il s'agit du référé *in futurum*, qui selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, ne peut être fondé sur des faits nouveaux. Comme cela a été souligné par un auteur[1681]. Selon lui, la Cour de cassation fonde son analyse sur le fait que la partie qui avait obtenu une décision provisoire, avait par là même,

---

[1675] TI du Caire, chambre des référés, 19 novembre 1934, recueil d'avocat, 15e année, p. 282.
[1676] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 7, p. 63.
[1677] J. Hauser, « La protection de la vie privée n'est pas limitée dans le temps : un droit à l'oubli ? », *RTD civ.*, 2008, p. 450.
[1678] 1re Civ., 22 mai 2008, n° 06-19147, Bull., I, n° 146, p. 125.
[1679] C. Bouty « Chose jugée », *op. cit.*, n° 363.
[1680] 3e Civ., 29 juin 1988, n° 87-11515 Bull., III, n° 118, p. 65.
[1681] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 8, p. 63-64

épuisé sa saisine et ne pouvait plus en demander la modification voire, la rétractation. L'affaire ne devant dorénavant être tranchée qu'au fond[1682]. Si le juge des référés intervient ce ne serait alors que pour « assurer la pleine efficacité de la mesure qu'il a ordonnée »[1683].

L'auteur marque son désaccord avec cette jurisprudence[1684]. Estimant que s'il est vrai que le juge des référés épuise sa saisine en ayant fait droit à une demande, rien n'interdit à la partie dont la demande a été favorablement accueillie, de le saisir à nouveau. Dès lors qu'il y'a circonstance nouvelles, en application d'ailleurs de l'article 488 du Code de procédure civile. Cela d'autant plus que le juge des référés reste présent dans la procédure, selon l'analyse du professeur Jacques Normand[1685], cité par l'auteur[1686]. Pour Monsieur Normand, le juge des référés n'est pas dessaisi, puisqu'il est tenu de surveiller l'exécution de la mesure d'instruction et trancher les difficultés éventuelles y afférent. De fait, en 2015, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence[1687], en introduisant une exception à l'interdiction de principe du référé *in futurum* même en présence de faits nouveaux. Donnant ainsi raison à Monsieur Boré, trois ans après l'analyse critique de celui-ci[1688].

Selon l'auteur, la véritable crainte de la Cour de cassation est que le référé *in futurum* ne conduise le juge des référés à préjudicier au fond. Or, objecte l'auteur, à moins que le juge du fond ne soit déjà saisi du litige, auquel cas, le juge des référés ne pourrait plus intervenir[1689], la saisine du juge des référés ne peut préjudicier au fond. En définitive, l'auteur voit dans cette jurisprudence, la volonté de la Cour de cassation d'imposer aux parties de saisir directement le juge du fond. Considérant que le référé *in futurum* vise essentiellement à préserver des preuves avant d'engager un procès au fond, il est souhaitable, selon la Cour de cassation, pour la célérité de la justice, que les parties introduisent directement une action au fond[1690].

Une question se pose enfin, sur l'hypothèse où lesdites circonstances nouvelles, interviennent postérieurement à une décision provisoire du J.M.E. ou du juge du fond. Le juge

---

[1682] 2 e Civ., 17 mai 1993, n° 91-20959, Bull., II, n° 175, p. 94. ; 2 e Civ., 15 juin 1994, n° 92-18186, Bull., II, n° 162, p. 94. ; 2 e Civ., 24 juin 1998, n° 97-10638 et n° 97-10639, Bull., II, n° 224, p. 132.
[1683] 2e Civ., 21 janvier 2010, n° 9-10618, Bull., II, n° 17, p. 16.
[1684] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.,* n° 2, p. 64.
[1685] J. Normand, « Le juge des référés et le résultat des mesures d'instruction par lui ordonnées sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *RTD civ*., 1995, p. 429.
[1686] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 3, p. 64.
[1687] 2e Civ., 13 mai 2015, n° 14-16905, Non publié au Bull., *RTD civ.,* 2015, p. 48, note L. Lefevbre.
[1688] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 2, p.64.
[1689] 2e Civ., 3 septembre 2004, n° 02-16459, Bull., II, n° 421, p. 356.
[1690] L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 8, p. 63-64.

des référés peut-il dans ce cas, être saisi au risque de mettre en cause l'autorité de chose jugée de cette décision ?

Le premier cas ne soulève pas de difficultés. Le juge des référés ne peut intervenir pour modifier ou compléter une décision provisoire du J.M.E., même en cas de survenance d'un fait nouveau[1691]. Cela aussi longtemps que le J.M.E., n'est pas encore dessaisi[1692]. Il s'agit de la simple application des règles de compétence temporelle[1693]. Le juge des référés est en effet temporellement incompétent, jusqu'à ce que le J.M.E. soit dessaisi. A ce moment-là seulement, le juge des référés récupère son emprise[1694].

C'est le deuxième cas qui fait l'objet de débats ; celui où le juge des référés a été saisi pour statuer sur décision provisoire rendue par le juge du fond. En présence de circonstances nouvelles, et si l'urgence le justifie. L'art. 1118 du C.P.C. apporte une première réponse en stipulant : « qu'en cas de survenance d'un fait nouveau, (…) le juge peut, jusqu'au dessaisissement de la juridiction, supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires qu'il a prescrites ». À la lecture dudit article, l'on pourrait en déduire que seul le juge qui a prononcé la mesure, pourrait remettre en cause sa propre décision. On serait ainsi fidèle au texte de la loi. Cependant ledit texte sans l'autoriser expressément, n'exclut pas qu'un autre juge du provisoire, - en l'occurrence ici, le juge des référés -, puisse, en cas de circonstances nouvelles, et si l'urgence le justifie, remettre en cause, une décision rendue par le juge du fond statuant au provisoire. La question reste ouverte. Pour ce qui nous concerne, nous estimons nécessaire de s'en tenir au texte de la loi et exclure toute possibilité pour le juge des référés de remettre en cause une décision provisoire rendue par le juge du fond, statuant au provisoire. D'autant plus s'agissant d'un jugement avant-dire droit. Celui-ci n'étant pas strictement une décision provisoire, car faisant partie de la décision de fond.

C'est l'analyse qui a été retenue, par la jurisprudence koweitienne. La chambre de cassation de la Cour d'appel (la plus haute juridiction à l'époque) avait clairement affirmé qu': « il est erroné de dire que les jugements préparatoires qui ordonnent une mesure d'instruction

---

[1691] 2e Civ., 11 février 1981, n° 79-16433, Bull., II, n° 32, p. 22, *Gaz. Pal.*, 1981, p. 372, note J. Viatte ; 2e Civ., 17 juillet 1975, n° 74-14442, Bull., II, n° 227, p. 182*, RTD civ.*, 1975, p. 779, obs. R. Perrot. ; V. également, N. Cayrol, « Procédure devant le tribunal de grande instance », *op. cit.,* n° 205.
[1692] 2e Civ., 28 février 1996, n° 93-19742, Bull.,1996, II, n° 50 p. 31.
[1693] V. *Supra,* p. 100 s.
[1694] N. Cayrol, , « Référé civil », *op. cit.,* n° 100. ; V. N. Omar, *Le système du J.M.E. en droit français et le projet du système du parquet civil en Égypte*, *op. cit.*, p. 49-50.

sont de même nature que les ordonnances du juge des référés. Puisque ce dernier ne peut préjudicier au principal, et alors que la fonction du juge du fond est de trancher le litige »[1695].

Au total, toutes les demandes en référé sont recevables dès lors « qu'il n'y a pas autorité de la chose jugée lorsqu'un fait ou un acte postérieur à la décision dont l'autorité est invoquée, modifie la situation antérieurement reconnue en justice et la cause de la demande »[1696]. Les circonstances nouvelles affectent les faits de la cause, au point que les nouveaux faits diffèrent de ceux ayant fondé la première décision. L'effet négatif de l'autorité de la chose jugée[1697] ne produira plus d'effets, puisqu'il n'y a pas d'identité de cause[1698].

§2 : L'identité de cause en référé

Aujourd'hui, en France, l'autorité de chose jugée fait l'objet d'une conception très large[1699], notamment en ce qui concerne, la notion d'identité de cause[1700], telle que conceptualisée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt Cesareo du 7 juillet 2006[1701]. En effet, « un justiciable ne pourra plus, après une première décision dans un litige le concernant, à nouveau saisir le tribunal aux même fins »[1702]. À cet égard, il se pose la question de savoir s'il est possible de transposer la notion d'identité de cause du jugement à l'ordonnance de référé ? Autrement dit, le principe de concentration des moyens s'applique-t-il à l'ordonnance de référé ? En principe, l'art. 1355 du C. civ. doit être appliqué comme tel, avec

[1695] Cour d'appel koweïtienne, 2 juillet 1986, n° 238/1985.
[1696] 1re Civ., 22 octobre 2002, n° 00-14035, Bull., I, n° 234, p. 181. ; Com., 3 avril 2007, n° 05-12781, Non publié au Bull. ; 3e Civ., 19 septembre 2007, n° 06-11962, III, n° 146, p. 132.
[1697] Selon la Cour de cassation égyptienne, l'existence d'une circonstance nouvelle peut conduire à la disparition de l'autorité provisoire de chose jugée en référé. Civ.É., 29 février 1996, n° 2482/55, recueil de la jurisprudence, 47e année, p. 397.
[1698] Une partie de la doctrine égyptienne était allée dans le même sens en soulignant que « techniquement, on peut justifier la temporalité de l'autorité par le fait que les circonstances nouvelles conduisent au changement de la cause du procès ». F. Walli, *Le traité de droit judiciaire civil*, t. I, *op. cit.,* n° 144, p. 347, la note de bas de page n° 2.
[1699] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 353, p. 287.
[1700] Sur la notion d'identité de cause V. G. Wiederkehr, « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JPC,* 2007, n°17, II, 10070, note sous Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10672, Bull., Ass. plén., n° 8, p. 21.
[1701] R. Perrot, obs. sous Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10672, Bull., Ass. plén., n° 8, p. 21, *RTD civ.*, 2006, p. 825. ; R. Perrot, obs. sous 2e Civ., 25 octobre 2007, n° 06-19524, Bull., II, n° 241, *RTD civ*., 2008, p. 159.
[1702] L. Weiller, note sous Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10672, Bull., Ass. plén., n° 8 p. 21., *D*., 2006, p. 2135. ; La jurisprudence a refusé le principe de concentration des demandes (l'objet), en indiquant que « le demandeur n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits ». 2e Civ., 26 mai 2011, n° 10-16735, Bull., II, n° 117.

son interprétation jurisprudentielle, au jugement[1703], à la sentence de l'arbitrage[1704] ainsi que - selon nous - à l'ordonnance de référé. Monsieur Boré, estime également : « qu'il appartient au demandeur d'invoquer à l'appui de sa demande, même en référé, tous les moyens de nature à fonder celle-ci »[1705]. En conséquence, si un plaideur agissait devant le juge des référés sur le fondement de l'art. 809 al. 1 du C.P.C. sur la prévention du dommage imminent, et que le juge considérait qu'il n'y avait pas de dommage imminent, devrait-il n'y avoir lieu à référé ou le juge devrait-il vérifier les autres fondements textuels comme l'art. 808 du C.P.C. ? En effet, si « l'art 12 du C.P.C. oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leur prétention, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes »[1706]. Par conséquent, « le juge disant n'y avoir lieu à référé sur une demande fondée sur le seul [art.] 808 du [C.P.C.] n'a pas l'obligation d'examiner celle-ci au regard d'un autre cas de référé, que ce soit [l'art.] 809, [l'art.] 145, etc. »[1707]. Mais s'il veut « statuer sur un autre fondement que celui invoqué par les parties »[1708], il doit respecter le principe de la contradiction[1709], car il ne peut pas surprendre les parties en se référant à des moyens de droit qu'il a soulevé d'office sans en avoir informé les parties et leur avoir donné la possibilité de débattre. En rapprochant cette simple faculté du juge avec la règle jurisprudentielle qui concerne l'autorité de chose jugée et qui est le principe de concentration de moyens, on peut en déduire la conséquence suivante : si les parties ont omis de soulever certains moyens de droit qu'elles auraient pu soulever lors de l'instance en référé, elles ne pourront plus le faire[1710], en

---

[1703] Civ., 25 octobre 2007, n° 06-19524, Bull., II, n° 241, p. 200. ; 3e Civ., 20 janvier 2010, n° 08-70206, Bull., III, n° 17, p. 14. ; Com., 6 juillet 2010, n° 09-15671, Bull., IV, n° 120, p. 145.

[1704] 1re Civ., 28 mai 2008, n° 07-13266, Bull., I, n° 153, *RTD civ*., 2008, p. 551, note R. Perrot. ; V. aussi C. Bouty, « Chose jugée », *op. cit.,* n° 334.

[1705] Mais Monsieur Boré, pense que si la Cour de cassation devait consacrer l'obligation de concentration des moyens en matière de référé, il conviendrait qu'elle mise en cause sa jurisprudence (2e Civ., 27 avril 1988, n° 86-15623, Bull., II, n° 102, p. 53.), qui interdit, le recours en révision en la matière. L. Boré, « L'autorité provisoire de la chose jugée », *op. cit.*, n° 7, p. 63.

[1706] Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11343, Bull., Ass. plén., n° 10, p. 21. ; En droit égyptien, il a été jugé récemment que le juge ne peut changer le fondement de la demande. Civ.É., 1 juillet 2014, n° 5291/74, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111215420.pdf (Consulté le 23/8/2018).

[1707] M. Foulon et Y. Strickler, « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.,* 2012, éd. Spécialisée, Doct., Étude, §n°8, p. 1350.

[1708] *Ibid.,* §n° 9, p. 1351. ; Il a été décidé par la Cour de cassation française, que le juge, même saisi sur le fondement de l'art. 9 du C. civ., peut statuer sur le fondement de l'art. 809 du C.P.C., notamment s'il estime que les conditions de l'art. 9 ne sont pas réunies. 1re Civ., 13 avril 1988, n° 85-18472, Bull., I, n° 97, p. 66.

[1709] Selon l'art.16 al. 3 du C.P.C. le juge peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevé d'office à condition d'inviter les parties à présenter leurs observations. C'est donc, en principe, une faculté et non une obligation.

[1710] Car, selon la Cour de cassation française, « la seule différence de fondement juridique, entre deux demandes ayant le même objet, [...] est insuffisante à écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ». 1re Civ., 12 avril 2012, n° 11-14123, Bull., I, n° 89, p. 89.

l'absence de faits nouveaux. Car avec le principe de concentration de moyens, la conception de l'autorité de chose jugée est très large puisqu'elle englobe aujourd'hui non seulement les moyens sur lesquels le juge s'est prononcé, mais aussi tous les moyens qui auraient pu être soulevés. C'est alors aux parties d'être plus diligentes que le juge, parce que, d'une part, le juge n'est pas obligé de soulever le moyen de droit adéquat[1711], même si selon nous, l'urgence est avérée. D'autre part, comme le souligne Monsieur Strickler « l'obligation de concentration des moyens est imposée aux plaideurs »[1712].

Ainsi, en application de cette obligation de concentration, née de la jurisprudence de la Cour de cassation française, la demande en référé qui se fonde sur des moyens qui auraient pu être soulevés devant le précédent juge des référés sera irrecevable. À raison, selon nous, la cause de la demande étant : « le complexe des faits »[1713], c'est-à-dire les mêmes faits dans leur globalité[1714]. En effet, aussi longtemps qu'il n'y aura pas de faits nouveaux, la cause sera alors toujours la même[1715].

Ce principe de l'obligation de concentration de moyens existe aussi au Koweït et en Égypte. Les parties ne peuvent pas recommencer le procès en s'appuyant sur les moyens qui n'ont pas été soulevés lors du premier procès, même si elles auraient pu le faire puisqu'il y a d'identité de cause. Mais, la question est de savoir comment y est définie la notion de cause ? La Cour de cassation égyptienne a récemment jugé que : « la cause de la demande est le fait ou les faits qui fondent l'action du demandeur, et elle reste immuable même en cas de changement de preuves ou de fondement juridique. Pour cette raison, le tribunal ne peut changer la cause de

---

[1711] Exceptionnellement, le juge y est tenu, si le demandeur ne fonde pas ses prétentions sur les moyens de droit et que son adversaire n'avait pas soulevé la nullité de l'assignation (l'art. 56 du C.P.C.), il « impose au juge d'examiner les faits sous tous leurs aspects juridiques, et [cela] conformément aux règles de droit qui leur sont applicables ». Y. Strickler, obs. sous 3e Civ., 21 juillet 2018, n° 17-21070, Bull., III, n° 163 , Juris-Data n° 011237, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 285. ; 3e Civ., 27 juin 2006, n° 05-15394, Non publié au Bull., *Rev. Procédures,* 2006, comm. n° 266, obs. R. Perrot. ; 3e Civ., 13 décembre 2011, n° 10-18037, Non publié au Bull. Cette obligation s'impose aussi au juge des référés. M. Foulon et Y. Strickler, « Les pouvoirs du juge des référés », *op. cit*., n° 15, p. 1351. ; Il doit dans ce cas aussi, respecter le principe du contradictoire. 1re Civ., 12 septembre 2018, n° 17-21594, Non publié au Bull., Juris-Data n° 015563, *Rev. Procédures*, 2018, comm. n° 326, obs., Y. Strickler.

[1712] Y. Strickler, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », *op. cit.*, n° 34, p. 56.

[1713] H. Motulsky, *Écrits. Études et notes de procédure civile*, *op. cit.*, n° 12, p. 44.

[1714] « La même cause, entendue du même fait ». Y. Strickler, obs. sous 1re Civ., 9 janvier 2019, n° 18-11734, Non publié au Bull., Juris-Data n° 000175, *Rev. Procédures,* 2019, comm. n° 65.

[1715] Pour la CJUE la cause du litige comprend les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande. V. L. Idot, « Litispendance », *Europe,* 2011, comm. n° 35, note sous CJUE 9 novembre 2010, aff. C-296/10 Bianca Purrucker. ; V. également CJCE, 6 décembre 1994, aff. C-406/92, Tatry, point 39. ; CJUE 9 novembre 2010, aff. C-296/10 Bianca Purrucker, point 68.

la demande »[1716]. La Cour de cassation koweïtienne, abonde dans le même sens en jugeant que : « la cause sera identique dans les deux procès lorsqu'il y a identité de source de droit subjective, qu'il soit un acte juridique ou un fait »[1717]. Par exemple dans le contentieux de droit de travail « la cause du procès est le contrat de travail, puisqu'il constitue la source du droit subjectif demandé »[1718]. Une partie de la doctrine koweïtienne et égyptienne, avait souligné qu'il est erroné de dire que la cause est chose relevait de la chose juridique, comme le serait un texte de loi, un principe ou une règle de droit. Puisque la cause repose sur les faits allégués[1719].

Cependant, la concentration des moyens n'est pas celle des demandes. En effet, l'autorité de chose jugé exige seulement une identité de parties, de cause et d'objet. En l'occurrence, l'objet de la demande, et non les moyens de la demande. Aussi convient-il de ne pas confondre identité des moyens qui fondent la demande et identité des demandes. Ce sont les « moyens » qui sont soumis à l'obligation de concentration. Tandis que les « demandes » (qualifiées aussi de prétentions) peuvent elles, faire l'objet d'instances distinctes, Car leur objet n'est pas identique[1720]. Ce qui ouvre la possibilité pour les plaideurs d'agir une nouvelle fois en justice. Cela nous conduit à dire que l'identité de parties, et de cause n'implique pas l'irrecevabilité de la nouvelle demande sauf en cas d'identité d'objet fondant cette demande. En clair, si l'objet des prétentions des parties (l'objet de la demande) est identique. Ce qui doit en définitive, être observé avec « l'obligation de concentration, [est] la finalité de la demande et non la cause qui a pu ou aurait pu la soutenir »[1721].

Au total, tant que la chose n'est pas jugée au fond ou que les circonstances qui ont déterminé la précédente ordonnance de référé, ou décision du J.M.E. ainsi celle du juge au fond statuant au provisoire, ne sont pas identiques, la condition négative de la recevabilité sera remplie.

Après avoir abordé les conditions de recevabilité d'une demande en référé, il convient à présent de s'intéresser aux conditions de saisine du juge des référés.

[1716] Civ.É., 1 juillet 2014, n° 5291/74, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111215420.pdf (Consulté le 23/8/2018). ; Civ.É., 1 janvier 1991, n° 1461/54, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111145207.pdf (Consulté le 23/8/2018). ; Civ.É., 27 février 1997, n° 1539/60, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111145207.pdf (Consulté le 23/8/2018). ; V. également, Civ.É, 15 avril 1943, n° 38/12, [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Images/H/111327057.pdf (Consulté le 23/8/2018).
[1717] Civ.K., 30 avril 2009, 394/2008.
[1718] Civ.K., 22 démembre 2008, 436/2003.
[1719] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 228-229.
[1720] Y. Strickler, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », *op. cit.*, n° 36, p. 57.
[1721] *Ibid.*, n° 37, p. 60.

TITRE II
Les conditions de saisine du juge des référés [1722]

Malgré le fait que les conditions de saisine du juge des référés, ne se confondent pas avec celles de la recevabilité des prétentions devant ce même juge[1723], « le moyen de défense par lequel on conteste la saisine du juge, obéit au même régime juridique que les fins de non-recevoir par lesquels on conteste le droit d'agir »[1724]. Selon nous, cela peut se justifier, par le fait que la saisine du juge et l'action en justice, sont des notions voisines mais qui relèvent toutes deux, du « pouvoir juridictionnel du juge ».

Le juge des référés lorsqu'il estime qu'il n'a pas pouvoir juridictionnel de juger, décide qu'il « n'y a lieu à référé ». Cette formule recèle plusieurs sens ; elle peut soit signifier que les conditions de recevabilité de la demande ne sont pas remplies[1725]. Soit que ce sont les conditions de saisine du juge, qui ne sont pas réunies. Cela arrive souvent en cas d'absence d'une des conditions d'ouverture à référé. Ou si la condition de l'urgence n'est pas présente[1726]. Il en sera de même, lorsqu'un plaideur saisit au principal, le juge des référés alors que celui-ci n'est que juge du provisoire. Ici, sa prétention sera rejetée également « parce qu'elle excède la saisine du juge »[1727] des référés[1728].

Le cadre de notre analyse ainsi posé, nous nous proposons d'étudier les conditions de saisine du juge des référés, selon deux axes. D'abord, la condition de l'absence de saisine au principal qui est la condition essentielle de saisine du juge des référés (Chapitre I). Ensuite, les chefs de saisine du juge des référés, légalement admissibles pour pouvoir valablement saisir le juge des référés (Chapitre II).

[1722] V. Le terme « les conditions de saisine du juge des référés », est déjà utilisé par la doctrine française pour réfère aux cas d'ouverture à référé. Autrement dit, les conditions requises pour qu'il y ait matière à référé (urgence, absence de contestation sérieuse, trouble manifestement illicite, etc…). (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 323.51, p. 962-963.

[1723] Selon Monsieur Cayrol, « La saisine n'est pas l'action en justice ». N. Cayrol, « La saisine du juge », *op. cit.*, p. 101.

[1724] *Ibid.*

[1725] La Cour de cassation française a jugé que « la circonstance qu'il n'y a pas lieu à référé n'entraîne pas la nullité de l'assignation mais l'irrecevabilité de la demande ». 2e Civ., 16 mai 2012, n° 11-11998, Bull., II, n° 90, p. 87.

[1726] 1re Civ., 15 novembre 1977, n° 76-13573, Bull., I, n°420 , p. 334. La Cour de cassation française a jugé dans cet arrêt que : « Justifie sa décision disant n'y avoir lieu à référé, la Cour d'appel qui constate qu'il n'y a en l'espèce ni urgence, ni intervention manifestement illicite du défendeur ».

[1727] N. Cayrol, « La saisine du juge », *op. et loc. cit*.

[1728] Par ex. Le juge des référés ne peut prononcer la résiliation d'un contrat de bail. 3e Civ., 25 mars 1987, n° 85-10457, Bull., III, nº 64, p. 37. ; La Cour de cassation française a affirmé « qu'il n'entre pas dans les pouvoirs de la juridiction des référés de prononcer une telle mesure ». 3e Civ., 27 novembre 1990, n° 89-17249, Bull., III, n° 254 p. 143.

Chapitre I
La condition essentielle de saisine du juge des référés : l'absence de saisine au principal

L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue selon l'art. 484 du C.P.C. par « un juge qui n'est pas saisi du principal ». « Cette phrase étrange est la clef de tout le système du référé et le secret de son succès »[1729]. Le texte de loi distingue le pouvoir des juges des référés et celui des juges du fond. Cette phrase soulève ainsi deux observations.

D'une part, il nous conduit à tenter de définir l'expression « saisine au principal » qui excède le pouvoir du juge des référés[1730]? On peut affirmer que la « saisine au principal » est la saisine au fond. En vertu du fait que très souvent, « on assimile généralement principal et fond du droit »[1731]. En clair l'adjectif « principal », « s'entend de ce qui fait l'objet du litige »[1732]. Ainsi, il est souvent assimilé à « fond du droit » ou « fond du litige »[1733]. Le juge saisi du principal est dès lors aussi le juge de la juridiction du fond, qui tranche le litige à titre définitif. Alors que le juge du provisoire de la juridiction de référé « tranche le litige à titre provisoire. Cette justice a sa fin en elle-même ; elle s'épuise dans les mesures qu'elle ordonne, quand l'autre a sa finalité dans la reconnaissance et la protection des droits des plaideurs »[1734]. En conséquence, au risque de la tautologie, dire que le juge des référés n'est pas saisi du principal, signifie qu'il n'est pas saisi pour se prononcer sur le fond[1735].

D'autre part, « la locution adverbiale « ne… pas », à laquelle on est tenté de donner une signification exclusivement négative »[1736], alors qu'en réalité, elle est pour donner une signification de la saisine du juge des référés. Comme « l'absence de l'autorité de chose jugée

---

[1729] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 317.
[1730] *Ibid.,* n° 319.
[1731] N. Cayrol, « La saisine du juge », *op. cit.*, p. 106.
[1732] R. Perrot, « Jugement mixte- Notion de principal », *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 69, obs. sous Com., 15 décembre 2009, n° 08-19800, Bull., IV, n° 163, p. 192.
[1733] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 320. ; Perrot a assimile « une partie du principal » et « une partie sur le fond ». R. Perrot, « Jugement avant dire droit- Notion de principal », *Rev. Procédures*, 2014, comm. n° 3, obs. sous 2e Civ., 17 octobre 2013, n° 12-18042, Bull., II, n° 197, p. 182.
[1734] N. Cayrol, « Réalisme et prudence du juge des référés », *D.*, 2011, p. 904, n° 3.
[1735] S. Guinchard et T. Moussa, note sous Com., 6 mars 1985, n° 83-17039, Bull., IV, n° 91, p. 80, *Gaz. Pal.*, 1985, 2e sem., pan., p. 206.
[1736] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 318. Selon Monsieur Cayrol, « elle est au contraire la source essentielle de la liberté du juge des référés ».

au principal »[1737] signifie que la décision conserve une autorité de chose jugée au provisoire[1738]. La condition de l'absence de saisine au principal, signifie selon nous, la saisine au provisoire.

Il en résulte dès lors, pour que le juge des référés ait le pouvoir juridictionnel d'ordonner toutes les mesures provisoires et conservatoires, il est nécessaire que sa saisine soit au provisoire, par une demande ayant elle-même un caractère provisoire[1739](Section 1). C'est la signification de l'absence de saisine au principal. En outre, l'application jurisprudentielle de cette condition (Section 2) révèle la différence entre le pouvoir du juge saisi au provisoire (juge des référés) et celui saisi au principal (juge de fond).

[1737] V. les articles 482, 488 al. 1, et 775 du C.P.C.
[1738] V. *Supra,* p. 256-263.
[1739] A. Aboelwafa, *Les procédures civiles et commerciales,* Alexandria, Dar Almatboàt Aljamièyah, 2007, p. 355.

Section 1 : Le caractère provisoire de la demande en référé

« Le caractère provisoire, de tout temps, a été l'une des caractéristiques fondamentales du référé »[1740]. « La loi énonce les conditions spécifiques du référé, à savoir […] le caractère provisoire des mesures ordonnées sur le référé »[1741]. On dit l'ordonnance de référé est une décision provisoire, c'est parce que la demande a été aussi provisoire. C'est le caractère provisoire qui rend la demande provisoire. En outre, « lorsqu'il s'agit d'un juge des référés, l'instance dont il a été saisi a pour objet exclusif d'obtenir une décision provisoire »[1742].

Pour que la demande ait un caractère provisoire, il faut que l'objet de cette demande corresponde à la prise d'une décision provisoire (Sous-section 1). Cette condition est tirée de l'art. 484 du C.P.C. qui définit l'ordonnance de référé, comme une décision provisoire. Il en résulte que la chose demandée ne doit pas avoir un caractère définitif mais purement provisoire. Sous l'empire du l'ancien C.P.C., cette condition s'était imposée indirectement sur le fondement de l'art. 809, qui interdit au juge des référés de porter préjudice au principal. Cette prohibition existe aussi en droit koweïtien (art. 31 du C.P.C.K.) et égyptien (art. 45 du C.P.C.É.). L'interdiction faite au juge des référés de porter préjudice au principal, exige que sa saisine soit elle-même provisoire (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'objet de la demande en référé : obtenir une décision provisoire

Comme la demande au principal, la demande en référé a un objet. Par définition, « en principe, l'objet de la demande s'entend du résultat de l'action exercée que l'on demande au juge de consacrer dans sa décision »[1743]. Ainsi, l'objet de la demande appelle parfois « la chose demandée »[1744]. L'objet de la demande repose sur ce qu'on prétend, c'est-à-dire sur ce qui est demandé au juge de statuer. L'objet de la demande et la prétention sont donc synonymes[1745]. Selon l'objet de la demande il est possible de savoir si la demande entre dans l'attendu du

[1740] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 12, p. 21.
[1741] E. Krings, « La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé »,in. R Perrot, *Nouveaux juge, nouveaux pouvoirs,* Dalloz, 1996, n° 7, p. 208-207.
[1742] R. Perrot, « Du provisoire au définitif », *op. cit.,* n° 7, p. 456.
[1743] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 64, p. 58.
[1744] G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 119, p. 524.
[1745] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 374. ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 516, p. 401.

pouvoir du juge des référés ou dans celui du juge de fond. Étant entendu que l'objet de la demande au principal est clairement distinct de l'objet de la demande en référé, tandis que le premier est de trancher le litige au fond, le deuxième n'est que de prendre des décisions provisoires comme les mesures provisoires ou les mesures d'instructions.

Bien entendu, la demande au principal vise à obtenir du juge du fond qu'il tranche les litiges et dise le droit[1746], pour rendre un jugement qui selon l'art. 480 du C.P.C. « tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ». Alors que le but de la demande en référé est d'obtenir une décision provisoire, ordonnée par le juge des référés en vertu de son *imperium*[1747] qui relève plus de la *jurisdictio*[1748].

Mais qu'entend-t-on par demande provisoire ayant un caractère provisoire ? Il est impossible de dresser une liste exhaustive de toutes les demandes provisoires, car les faits qui les fondent sont nombreux et variés[1749].

Cependant, puisque chaque demande de mesure provisoire l'est d'abord par son caractère provisoire, il nous faut avant tout étudier la notion de mesure provisoire (§1). Il existe par ailleurs, des demandes provisoires spécifiques, que la loi attribue aux juges des référés (§2). Ces demandes se caractérisent par le fait qu'elles ne visent pas à obtenir des mesures *stricto sensu* de nature provisoire.

§1 : La mesure provisoire

Il est malaisé de définir la notion de mesure provisoire ? En droit français, si on se réfère au sens processuel, c'est une « mesure prise pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive »[1750]. Cette définition de la mesure provisoire inclut la mesure prise par le juge de fond puisqu'elle est pour la durée d'un procès. Alors que la mesure prise par le juge des référés peut l'être avant la saisine du juge de fond.

[1746] « Trancher les litiges et dire le droit », formule ancienne qui montre l'objet de la fonction juridictionnelle. V. D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges,* Paris, L.G.D.J., 1994.
[1747] *Ibid.,* p. 204.
[1748] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 1856, p. 1329.
[1749] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 427.
[1750] G. Cornu (Dir.)*, Vocabulaire juridique,* 12e éd., Paris, P.U.F., 2018, p. 657.

Si on s'en remet au sens courant des mots, on définira alors une mesure est un « moyen mis en œuvre en vue d'un résultat déterminé »[1751]. Et elle est provisoire lorsqu'elle est d'abord, temporaire[1752] ou susceptible d'être modifiée[1753] et ensuite, « elle est prise en attendant la solution définitive qui doit intervenir ultérieurement »[1754]. C'est-à-dire, elle est destinée à être supprimée ou remplacée à l'occasion d'une décision définitive[1755]. Aussi, la définition sera plus claire si l'on se rapporte à l'objet traditionnel du référé, qui était de permettre l'obtention rapide d'une mesure dans l'attente de la solution définitive[1756].

Il en résulte que pour qu'une mesure soit qualifiée de provisoire, il faut qu'elle soit temporaire ou révisable et prise en attente du règlement définitif d'un problème[1757]. À l'inverse, la doctrine koweïtienne définit la mesure provisoire comme une disposition prise pour éviter les dangers d'un retard sur la sauvegarde d'un droit[1758]. Cette dernière définition est lacunaire car elle ne comporte qu'une variété de mesures provisoires, celle dite conservatoire. Alors qu'en réalité, « la mesure conservatoire n'est-elle qu'une variété de mesure provisoire »[1759].

Plus globalement, la question se pose ici de savoir si toute mesure décidée par une ordonnance de référé correspond à la définition précédente du terme provisoire. Autrement dit, une telle mesure est-elle temporaire ou révisable et est-elle prise en attente du règlement définitif d'une difficulté ?

[1751] Larousse, *Dictionnaire de français*, [En ligne], Disponible sur : http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/mesure/50791?q=mesure#50684 (Consulté le 30/8/2018).
[1752] Le Dictionnaire, *Dictionnaire français en ligne,* [En ligne], Disponible sur : http://www.le-dictionnaire.com/definition.php?mot=provisoire (Consulté le 30/8/2018).
[1753] S. Braudo, *Dictionnaire du droit privé français.* [En ligne], Disponible sur : http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/provisoire-mesure.php (Consulté le 30/8/2018).
[1754] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 450. ; La Cour de cassation française a jugé que : « L'ordonnance de référé étant dépourvue d'autorité de la chose jugée au principal, il est toujours loisible à l'une des parties à la procédure de référé de saisir le juge du fond pour obtenir un jugement définitif », 2e Civ., 13 novembre 2014, n° 13-26708, Non publié au Bull., Juris-Data n° 027609, *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 5, obs. H. Croze.
[1755] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 451. Il est possible que la mesure provisoire devienne définitive. En effet, l'utilisation d'une partie de son droit facultatif de ne pas saisir le juge du fond, après avoir obtenu des mesures provisoires ordonnées par le juge des référés, aboutit à la pérennisation de ces mesures. V. *Ibid.,* p. 461. ; V. Dans le même sens : S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.,* n° 1865, p. 1337.
[1756] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 625, p. 557.
[1757] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 450.
[1758] W. Fahmy, « Les conditions de compétence du juge des référés », *op. cit.*, p. 119.
[1759] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 451.

§2 : La détermination des demandes provisoires par la loi

Il existe aujourd'hui plusieurs catégories de référés, que la loi soumet au pouvoir du juge provisoire, en précisant que les décisions seront provisoires. Nous pouvons en tirer le principe selon lequel, toute saisine du juge des référés, quel que soit le chef de saisine doit être vue comme provisoire[1760], même le référé-provision[1761]. Ainsi d'ailleurs que l'écrivait un auteur selon lequel : « quelle que soit la mesure que prend le juge des référés, son caractère est toujours provisoire [...]. Ce caractère provisoire de la mesure est **purement juridique**, il résulte du seul fait qu'elle a été ordonnée par un juge des référés »[1762].

Au surplus, « les mesures provisoires sont tantôt des mesures d'anticipation lorsqu'elles ont le même contenu que celui que pourrait avoir la décision définitive par exemple, le référé provision, tantôt des mesures d'attente ou de conservation lorsqu'elles ont pour but de préserver l'efficacité d'un éventuel jugement définitif à venir ou d'organiser l'attente jusqu'à cette date »[1763].

Il s'ensuit donc que, pour mettre en œuvre la condition essentielle de saisine du juge des référés qui est l'absence de saisine au principal, il ne serait pas possible d'adopter la définition du terme provisoire. En effet, il est prévu, dans certaines dispositions juridiques, que le juge des référés peut prendre un certain nombre de mesures spécifiques qui sont désignées comme des mesures provisoires. Cependant, il convient de constater que ces mesures ne correspondent pas à la définition du terme provisoire. Car elles ne sont pas des mesures considérées comme temporaires ou révisables et prise en attente du règlement définitif d'une difficulté.

Le caractère provisoire de la demande en référé résulte aussi de la condition qui interdit au juge des référés de préjudicier au principal.

[1760] Sur les chefs de saisine du juge des référés, V. *Infra,* p. 306 s.

[1761] Héron, estime que : « le référé-provision n'est presque plus un référé, mais tend à devenir une variété de contentieux au principal, doté d'une procédure sommaire ». J. Héron, « Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile », *Rev. gén. porc.*, 1999, p. 67.

[1762] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 411, p. 337.

[1763] S. Guinchard et T. Debard (Dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 690.

Sous-section 2 : Le lien entre l'absence de saisine au principal et l'interdiction de porter préjudice au principal

En France, à l'origine dans le C.P.C. de 1806, une condition était imposée au juge des référés de ne pas porter préjudice au principal[1764]. Dans le C.P.C de 1975, cette condition a formellement disparu[1765]. Mais, l'on est en droit de se demander si elle ne continue pas d'exister de manière sous-jacente. Car l'interdiction de préjudicier au principal est intégrée dans la définition de l'ordonnance de référé[1766] contenue dans l'art. 484 du C.P.C[1767]. Même si le législateur français « a introduit une modification essentielle de la conception de la juridiction du référé : pour ne pas préjudicier au principal, il suffit désormais, que la décision soit provisoire »[1768]. Il est d'ailleurs utile de noter que l'interdiction de porter préjudice au principal avait été posée précisément comme devant garantir le respect du caractère provisoire des ordonnances de référé[1769]. De fait, comme le notent deux auteurs, en réalité, « ce qui a changé, c'est moins la règle elle-même que la manière plus précise de l'exprimer »[1770].

Au Koweït et en Égypte, la condition selon laquelle l'ordonnance des référés ne doit pas porter préjudice au principal existe toujours de manière expresse, puisque l'art. 31 du C.P.C.K. et l'art. 45 du C.P.C.É. prévoient que : « sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire sans préjudice au principal, des questions suivantes : […] Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps. […] ».

Mais avant d'étudier en profondeur, l'interdiction faite au juge des référés de préjudicier au principal, il convient au préalable de tenter de répondre à une double question : que signifie en pratique l'expression « préjudicier au principal » ? (§1). Ensuite, quelles raisons ont pu conduire le législateur à en imposer l'interdiction au juge des référés ? (§2).

[1764] L'art. 809 du C.P.C. de 1806.
[1765] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 456.
[1766] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 369, p. 609. ; Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. XXI. ; J. Viatte, « Les pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, p.709.
[1767] L'art. 484 du C.P.C prévoit que « l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».
[1768] D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges, op. cit.,* p. 204.
[1769] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 58.
[1770] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1345, p. 1143.

§1 : La signification de préjudice au principal

Avant de définir la notion de préjudice au principal, il convient tout d'abord d'en rappeler les conditions historiques d'émergence.

Selon Monsieur Strickler, deux raisons ont présidé l'émergence de l'interdiction de préjudicier au principal : à la genèse de cette interdiction se trouve en premier lieu, la volonté du législateur, d'éviter qu'une exécution provisoire des ordonnances de référé prononcées dans des conditions trop rapides, n'engendre des abus. Dans la mesure où lorsqu'il rend sa décision, le juge des référés, ordonne des mesures immédiatement exécutoires. Ce qui pourrait entrainer des dommages irréversibles[1771]. C'est ainsi qu'est apparu la notion de préjudicier au principal que, risque que le législateur a entendu écarter par la loi. Par ailleurs, c'est : « le caractère provisoire des mesures ordonnées qui donne la vraie mesure du référé. Le juge qui statue au référé n'intervient que pour éviter que l'existence même du litige et de la durée qui résulte inévitablement des divers stades de la procédure, ne soit une source de préjudice grave pour la partie »[1772]. Ainsi le juge des référés n'étant qu'un juge provisoire[1773], il doit par conséquent laisser « nécessairement intacte l'appréciation du fond du droit qui n'appartient qu'à la juridiction ordinaire »[1774].

Il s'agissait au départ d'une exclusion de principe. Mais à l'arrivée une double circonstance a conduit à un abandon de cette règle[1775]. Puisque l'art 809 a été abrogé[1776]. Mais la loi comporte toujours, dans son esprit tout au moins, cette prohibition, même si c'est de manière indirecte[1777].

En deuxième lieu, il s'agissait d'éviter que le juge du fond ne soit ultérieurement lié par l'interprétation des faits ou du droit telle que retenue par le juge des référés[1778]. Cela en application de l'art. 488 du C.P.C, qui stipule que : « l'ordonnance de référé n'a pas au

---

[1771] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 16.
[1772] E. Krings, « La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé », *op. cit.,* n° 7, p. 208-207.
[1773] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire,* th. Strasbourg, 1993.
[1774] R. Martin, « Le référé, théâtre d'apparence », *D.*, 1979, chron., p. 158.
[1775] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 16.
[1776] « Par l'article 110 du décret n° 71-740 du 8 septembre 1971 ». 3e Civ., 30 novembre 1976, n° 75-15508, Bull., n° 435, p. 329.
[1777] V. l'art. 484 du C.P.C.
[1778] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 59. ; K. Ismaïl, *L'encyclopédie de la juridiction administrative « La juridiction des référés »*, t. V, 2e éd., Le Caire, Dar Mahmoud, 2014, p.19.

principal, l'autorité de la chose jugée ». Les droits des parties ne devant pas être mis en péril par le juge des référés[1779]. Ce qui implique que les ordonnances de référé ne doivent jamais trancher le fond[1780].

Ce nécessaire rappel historique effectué, il s'agit à présent de définir la notion de « préjudice au principal » (A). Avant d'examiner sa mise en œuvre jurisprudentielle. Nous verrons en particulier que ce principe connaît des exceptions jurisprudentielles (B)

A : La notion de « préjudice au principal »

Monsieur Strickler propose un rappel étymologique pour définir la notion de « préjudice au principal » [1781]. Nous souscrivons à cette approche. L'auteur rappelle d'abord que l'expression préjudice au principal fait d'abord référence à l'hypothèse dans laquelle une décision de référé cause un dommage irréparable, avant même que ne soit prononcé la décision de fond[1782]. L'étude étymologique des termes est cependant encore plus instructive. Ainsi le mot « préjudice » recèle plusieurs sens. Un sens figuré actuel qui est celui de dommage, et un sens originaire et étymologique qui est celui de « préjugé » au sens de pré-jugé c'est-à-dire provisoirement tranché (et non partiellement tranché).

Concernant le préjudice au sens de dommage, s'agit-t-il de dommages matériels ou moraux nés de l'exécution provisoire de la décision de référé ? ou plus simplement de l'atteinte au principe juridique que certains auteurs qualifient de préjudice de droit[1783]. Principe selon lequel (rappelons-le) une décision provisoire ne saurait avoir d'autorité de chose jugée au principal ?

Ce préjudice de droit est constitué dès l'instant où les textes permettent à la décision provisoire de lier le juge du fond. Ce risque étant réalisé dans le cas général où la première permet d'entrevoir la solution de fond à venir. Ce qui était le cas, à chaque fois que le juge des référés appréciait un droit, ou interprétait un acte. À cet égard, il est utile de distinguer les jugements dits « interlocutoires » qui préjugeaient le fond, de ceux dits « préparatoires » qui ne

[1779] D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges, op. cit.*, p. 204.
[1780] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 60. ; Au surplus, il faut « préciser que le juge des référés est le juge du provisoire. C'est pourquoi il ne tranche pas le fond du droit ». *Ibid.,* p. 64.
[1781] *Ibid.*, p. 43-56.
[1782] *Ibid.*, p. 17-40.
[1783] *Ibid.*, p. 43 s.

le faisaient pas. Ce sont les jugements interlocutoires qui étaient visés par l'interdiction de préjuger au principal. Mais en pratique, il était matériellement impossible pour le juge des référés de statuer sans préjuger le fond. Il doit connaître le fond, y compris pour prendre de simples mesures d'instruction. D'où le développement d'une conception plus restrictive de la notion de préjudicier au principal.

Dorénavant, un juge des référés ne sera vu comme ayant préjudicié au principal, que s'il tranche le fond du droit. S'il ne fait que le préjuger, il n'y aura pas de préjudice au principal[1784]. Ce qui selon l'auteur apparaît plus équilibré. Ainsi un juge des référés pourra effectuer son office, sans lier le juge du fond[1785].

C'est l'interdiction de préjudicier au principal, qui aboutit à « l'absence de l'autorité de la chose jugée au principal »[1786]. Et qui rend par là même l'ordonnance de référé provisoire[1787]. En clair, l'absence d'autorité de chose jugée signifie que devant le juge du principal, l'ordonnance de référé n'a jamais autorité de chose jugée[1788]. C'est pourquoi « la décision de référés peut toujours être remise en cause par le juge du fond »[1789].

L'ordonnance de référé a cependant autorité de chose jugée au provisoire, en pratique, il s'impose au juge des référés qui a rendu la décision[1790], et à tout autre juge des référés[1791]. En application de l'art. 488 al. 2 C.P.C, qui précise que ladite décision ne peut être ni modifiée ni rapportée en référé sauf en cas de circonstances nouvelles[1792]. Auquel cas, il y'aura au surplus dessaisissement du juge ayant rendu la décision, selon l'adage : « *lata sentencia judex dessinit*

[1784] *Ibid.*, p. 56.
[1785] *Ibid.*
[1786] Au Koweït et en Égypte, il n'y a pas de texte exprès sur l'absence de l'autorité de la chose jugé devant la juridiction de fond, mais les jurisprudences koweitienne et égyptienne sont d'accord à l'admettre. V. A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 439. ; Cour d'appel du Caire, chambre des référés, 23 octobre 1985, n° 1936/49. ; Com.K., 18 octobre 2003, n° 468/2001 et n° 479/2001, recueil de la jurisprudence, l'année 31, p. 90, n° 11.
[1787] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, 1998, n° 15, p. 26.
[1788] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 369, p. 610.
[1789] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 323.114, p. 969. ; G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 460. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 80, p. 137. ; V. aussi, Civ.É., 16 février 1933, recueil d'avocat, 13e année, n° 488, p. 989.
[1790] M. Foulon, *L'ordonnance de référé*, Bordeaux, Association d'Études et de Recherches de l'École Nationale de la Magistrature, 1987, n° 27, p. 11. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 79, p. 135.
[1791] B. Melin-Soucramanien, *Le juge des référés et le contrat,* Paris, L.G.D.J., 2000, n° 590, p. 362.
[1792] V. *Supra.* p. 263 s.

esse judex (sa sentence rendue, le juge cesse d'être juge) »[1793]. Là réside en définitive, l'effet de l'autorité de la chose jugée au provisoire. Le juge des référés est donc lié par sa décision, sauf en cas de circonstances nouvelles[1794].

La question se pose alors de savoir si compte tenu de cette règle, le juge des référés peut prendre n'importe quelle mesure, tant que son ordonnance ne lie pas le juge du fond. Y compris lorsque l'ordonnance de référé a été rendue par la juridiction de référé de deuxième instance[1795]? Si le juge des référés touche le fond du droit, il excède son pouvoir juridictionnel et juge sans les garanties nécessaires[1796]. Car comme nous l'avons vu *supra*[1797], la juridiction des référés se caractérise par sa rapidité et il est très difficile dans ses conditions de garantir une justice équitable. C'est pourquoi, le pouvoir juridictionnel du juge des référés est limité par la portée de ses ordonnances par essence provisoires, c'est-à-dire qui ne doit pas trancher le fond du droit[1798]. Au total, « on ne peut toutefois aller jusqu'à reconnaître au juge du provisoire la possibilité de juger le fond du droit »[1799].

Enfin, dans la pratique, les termes « le provisoire et [ne] préjudice au principal n'ont en effet qu'un [seul et même] sens »[1800]. Une ordonnance est provisoire dans la mesure où elle ne touche pas le fond du litige, ni n'a d'effet sur elle. Énoncer le principe selon lequel l'ordonnance ne doit pas préjudicier au principal[1801], revient à dire que l'ordonnance est provisoire. En effet, dans les deux cas, la finalité est identique, c'est-à-dire que l'ordonnance en référé n'a pas d'impact sur le fond. Puisqu'elle ne modifie pas la situation juridique des parties (elle ne les confirme ni ne les infirme). Ainsi, le fond du droit est totalement préservé et chaque partie conservera la position juridique qu'il avait avant l'émission de l'ordonnance en référé[1802].

Cette sécurité juridique de principe a conduit le législateur français a renoncer à interdire

---

[1793] S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, *op. et loc. cit.*
[1794] *Ibid.*
[1795] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 80, p. 138, la note de bas de page n° 203.
[1796] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 60. ; Civ.É., 6 février 1979, n° 915/45. ; Civ.É., 23 octobre 1985, n° 1936/49. ; Civ.É., 4 avril 1989, n° 539/50.
[1797] *Supra.*, p. 158.
[1798] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 428.
[1799] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 61.
[1800] D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges, op. cit.*, p. 204.
[1801] A. Aboaïd, *En marge du code de procédure civile. Et aux alentours du Palais et de la Doctrine « Étude comparative »,* 1re éd., Liban, Alhadihabooks, t. VIII, 2012, p.181.
[1802] M. Abdelkader, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, *op. cit.*, p. 90.

expressément l'interdiction faite au juge provisoire, de toucher au fond du droit. Les textes se contentant de disposer que l'ordonnance en référé sera provisoire et n'aura pas de force probatoire par devant les juridictions de fond. De fait, il a été constaté qu'en pratique, la législation actuelle suffisait à garantir le caractère provisoire des décisions de référé. Mettant par ailleurs au jour le caractère nuisible d'une décision de référé dont l'autorité de chose jugée ne serait pas que provisoire.

B : La stricte application du principe par la jurisprudence

Pour la Cour de cassation française : « le juge des référés doit laisser absolument intact le droit pour la juridiction ordinaire de statuer sur le fond »[1803]. Il ne doit donc porter atteinte à aucun des droits des personnes que ce soit positivement ou négativement, c'est-à-dire tout ce qui touche à la véracité ou influe sur leur statut juridique[1804].

À titre d'exemple, le juge des référés ne peut, dans son ordonnance, confirmer, ni infirmer la possession d'une propriété. En pratique de l'examen des documents de preuve, il devra se contenter de juger sur leur apparence générale, sans les interpréter, ni donner un avis décisif à leur endroit[1805]. En effet, si les jugements au fond sont basés sur l'évidence et la certitude, les ordonnances en référé se basent sur la conjecture et les suppositions. Au total, « le juge des référés portait préjudice au principal chaque fois qu'il appréciait un droit ou interprétait un acte »[1806]. *A contrario*, ne sont pas considérées comme atteintes au fond du droit, la décision d'allouer une provision sur dommages et intérêts[1807], ou les mesures de vérification prises par ordonnance de référé, et qui, par définition, ne visent pas le fond du droit. Il pourra alors déléguer un expert dans une action de constatation de faits et de confrontation des documents s'il le juge nécessaire pour trancher la demande en référé[1808].

[1803] 2e Civ., 5 avril 1962, n° 60-10630, Bull., II, n° 381, p. 271.
[1804] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés,* t. I, *op. cit.*, n° 22, p. 41.
[1805] W. Fahmy, « Les conditions de compétence du juge des référés », *op. cit.,* p. 118.
[1806] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.,* p. 49. ; P. Raynaud, note sous Civ., 10 novembre 1947, *S.*, 1948, 1re partie, p. 157.
[1807] La Cour de cassation française a jugé que « les pouvoirs du juge du fond n'excluent pas ceux du juge des référés pour allouer une provision sur dommages et intérêts ». Soc., 12 février 2014, n° 11-27899, non publié au Bull.
[1808] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 432.

§2 : L'interdiction de porter préjudice au principal assure le caractère provisoire des ordonnances de référé

Il convient avant d'évaluer le lien entre l'interdiction et le caractère provisoire, de s'interroger sur la nature juridique de l'interdiction faite au juge des référés de porter préjudice au principal. Cette question a de longue date fait l'objet d'une controverse juridique : s'agit-il d'une question de compétence[1809] ou de pouvoir, du juge des référés[1810] ? Selon Cornu, Foyer et Raynaud[1811], cette question relève davantage d'une question de pouvoir. Cette thèse nous paraît convaincante, simplement en raison du fait que le juge des référés n'a pas le pouvoir de juger le principal ; il s'agit dès lors, nécessairement d'une question relevant du pouvoir juridictionnel[1812].

Le cadre d'analyse posé, le lien éventuel entre l'interdiction de préjudicier au principal et le caractère provisoire, se déduit avant tout du texte de la loi, en l'occurrence de l'art. 484 du C.P.C. Celui-ci stipule en effet que : « L'ordonnance de référé est une décision provisoire [rendue par] (….) un juge qui n'est pas saisi du principal ». Cet article est venu remplacer, l'art. 809 de l'ancien C.P.C. qui a été abrogé et qui interdisait expressément, au juge des référés de préjudicier au principal[1813]. Selon Motulsky, la prohibition de porter préjudice au principal, n'avait pas de lien nécessaire avec le caractère provisoire de la décision de référé[1814]. Analyse que ne partage pas Monsieur Strickler, selon lequel au contraire, « elle constituait une conséquence du caractère provisoire »[1815]. Cela en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation française : « les décisions du juge des référés, de caractère provisoire, étant dépourvues au principal de l'autorité de la chose jugée et ne tranchant pas le fond »[1816].

[1809] P. Hébraud, « Nomination d'administrateur-séquestre en référé ; préjudice au principal et interprétation des titres », *RTD civ.*, 1950, p. 226.
[1810] G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 33, p. 170-170. Et G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1958, p. 126.
[1811] *Ibid.* ; P. Raynaud, note sous Civ., 10 novembre 1947, *S.*, 1948, 1re partie, p. 157.
[1812] V. les conséquences de saisine au principal du juge des référés. *Infra,* p. 296 s.
[1813] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 12, p. 21. ; Selon Viatte : « si on rapproche le terme provisoire du mot «mesure qui figure dans l'art. 808, on est conduit à décider que le juge des référés ne peut compromettre la solution qui sera donnée au litige par le juge du fond et, par conséquent, toucher au principal. Dans cette interprétation, on n'est pas loin de l'interdiction de l'art. 809 de l'ancien Code de procédure civile ». J. Viatte, « Les pouvoirs du juge des référés », *op. cit*. p. 709.
[1814] H. Motulsky, note sous 1re Civ., 27 janvier 1969, n° 67-14249, Bull., I, n° 39, p. 28, *Écrits, Études et notes de droit international privé, op. cit.*, p. 305.
[1815] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 16.
[1816] 2e Civ., 17 janvier 1990, n° 88-18615, Bull., II, n° 12, p. 6.

En principe, comme nous venons de le voir, la condition de l'absence de saisine au principal entraîne *de facto* qu'une décision de référés, rendue dans les limites d'une telle saisine, ne saurait porter préjudice au principal. Cela emporte des effets dans les décisions de référé devenues définitives (A), aussi bien que celles prises dans le cadre de l'urgence (B).

A : Les décisions de référé devenues définitives

Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « Les décisions intervenues en matière de référé, même devenues définitives, ne peuvent faire préjudice au principal et n'ont qu'un caractère provisoire. Un arrêt rendu sur appel d'une ordonnance de référé n'a pas, quant au fond du litige, l'autorité de la chose jugée »[1817].

B : La décision de référé prises dans le cadre de l'urgence

« Le provisoire ne peut préjudicier au principal, ce qui signifie que même en cas d'urgence, le juge des référés doit être très attentif à ce que les droits de l'une des parties ne se trouvent pas définitivement compromis par la décision qu'il prend »[1818]. Nous verrons *supra* qu'en France cependant, le juge des référés peut selon la jurisprudence, valablement lier le juge du fond dans certaines matières[1819]. Cela ne signifie pas pour autant que la décision de référé ait autorité de chose jugée au fond, puisque la décision du juge des référés n'a jamais d' autorité de chose jugée au fond. L'on se doit simplement de constater qu'il arrive que ladite décision quoique provisoire (en droit), lie parfois (dans les faits) le juge du fond. Ou même « trancher » par avance (pré-jugé) et le fond, si cette décision provisoire a pour conséquence pratique d'empêcher l'affaire de venir finalement au fond.

La prohibition (de préjudicier au principal) n'est en effet, que de principe et de fait, très largement théorique. Dans la pratique processuelle et jurisprudentielle, la mise en œuvre de cette condition dans certains cas, conduit concrètement le juge des référés, à excéder son pouvoir juridictionnel. Et « trancher » le fond. C'est ce que la Cour de cassation française a

[1817] 2e Civ., 12 décembre 1973, n° 72-12188, Bull., II, n° 334, p. 271.
[1818] E. Krings, « La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé », *op. cit.*, n° 17, p. 214.
[1819] V. La force de chose jugée attachée à l'ordonnance du juge des référés, *Supra,* p. 241-244.

jugé en soulignant que : « le caractère provisoire d'une ordonnance de référé n'implique pas qu'il soit interdit au juge des référés de prendre une mesure de nature à causer un préjudice à l'une des parties telle, la constatation de la résiliation d'un bail en application d'une clause résolutoire »[1820]. Selon Monsieur Strickler qui a rapporté cette jurisprudence, cela peut s'expliquer par l'émergence de ce qu'il nomme avec une certaine pertinence « la conception restrictive de la mise en œuvre de l'interdiction de préjudicier au principal »[1821]. Celle-ci, issue de la réflexion doctrinale et de la pratique jurisprudentielle, peut être définie comme la volonté de protéger l'institution du référé et de ne pas brider son développement par une mise en œuvre trop stricte de l'interdiction de préjudicier au principal, édictée par l'ancien art. 809 du C.P.C. Dans ce contexte, selon Monsieur Strickler, la mise en œuvre de cette interdiction textuelle (art. 809) s'est accompagnée d'une montée en puissance de la conception restrictive. En clair, il n'y aura pas de préjudice au principal aussi longtemps que le juge des référés ne tranche pas le fond du litige. C'est-à-dire ne fixe pas pour l'avenir les droits des parties. C'est cette approche extensive de l'institution du référé, qui s'est symétriquement traduite par une conception restrictive de la notion de préjudice au principal[1822]. L'installation progressive de cette nouvelle règle a eu pour conséquence de vider peu à peu de sa substance, l'art. 809 du C.P.C. Entraînant sa tombée en désuétude jusqu'à son abrogation. La notion de contestation sérieuse a aussi contribué à asseoir la conception restrictive[1823].

Après avoir étudié la portée juridique, mais aussi la mise en œuvre jurisprudentielle du caractère provisoire de l'ordonnance de référé. Il convient à présent de s'intéresser à son corollaire, en l'occurrence, les conséquences pratiques de la condition de l'absence de saisine du juge des référés au principal. Laquelle demeure, faut-il le rappeler, la condition essentielle de sa saisine.

[1820] 3e Civ., 11 mars 1980, n° 78-15175, Bull., III, n° 57, p. 40.
[1821] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.,* p. 56.
[1822] *Ibid.,* p. 59.
[1823] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.,* p. 58-65.

Section 2 : La mise en œuvre de la condition

« Un juge saisi du principal, statue sur des droits »[1824]. À l'inverse, du juge qui a été saisi du provisoire, son statut « le porte au contraire à faire abstraction des droits subjectifs »[1825]. Autrement dit « Non saisi du principal, le juge des référés doit comprendre le litige au provisoire, c'est-à-dire sous un rapport particulier. Le fait que le juge des référés ne soit pas saisi au fond signifie qu'il doit comprendre les faits d'une certaine façon, plus précisément en faisant abstraction du principal, c'est-à-dire sans se prononcer sur le fond du droit ou le fond du litige »[1826].

La question qui se pose ici est donc de savoir à quel moment la condition de l'absence de saisine au principal du juge des référés est-elle considérée comme remplie.

Dans les droits égyptien et koweïtien, en particulier selon la doctrine[1827] et la jurisprudence koweïtienne[1828] et égyptienne[1829], la mesure requise sera considérée comme provisoire tant qu'elle n'affecte pas le principal du droit. Dans le cas contraire, la demande ne serait pas provisoire. Le fait que la mesure requise est provisoire implique qu'elle ne touche pas au principal du droit. Ces deux occurrences étant indissociables[1830].

La condition de l'absence de saisine au principal, s'impose aussi bien aux parties, qu'au juge. Les parties doivent veiller elles-mêmes à ce que leurs demandes présentées devant la juridiction des référés, aient un caractère provisoire, sinon elles courent le risque d'ôter tout pouvoir juridictionnel d'agir à la juridiction des référés saisie, puisque celle-ci sera vue comme ayant été saisie au principal[1831]. De son côté, le juge devra veiller à prendre les mesures provisoires requises sans examiner le fond[1832]. Pour monsieur Cayrol, c'est la loi qui le commande, car selon lui l'expression : « n'est pas saisi au principal » contenue dans l'art. 484 du C.P.C., sonne comme une injonction faite au juge des référés d'ignorer le principal, de

[1824] N. Cayrol, « Réalisme et prudence du juge des référés », *op. cit.*, n°2, p. 904.
[1825] *Ibid.*
[1826] M. Kebir, *Le libre arbitre du juge*, th. Tours, 2017, n° 74, p. 77.
[1827] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 421.
[1828] Civ.K., 8 mars 1978, n° 76/28.
[1829] TI du Caire, chambre des référés, 5 novembre 1981, n° 1981/1415.
[1830] M. Abdelkader, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, *op. cit.*, p. 88.
[1831] V. S. Guinchard, *Méga nouveau code de procédure civile : [texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations], op. cit.*, comm. sous l'art. 126 du C.P.C., p. 241, n° 007.
[1832] A. Alnimer, *La compétence et l'ordonnance dans l'instance en référé, op. cit.*, p. 151.

s'efforcer de cerner le litige sans tenir compte du principal[1833].

En pratique, la demande provisoire est souvent définie par opposition à la demande principale ou demande au fond. Celle-ci ne pouvant être jugée par la juridiction des référés. Sont ainsi des demandes principales une demande de constat[1834] ou de rejet d'un droit[1835]. Il en va de même pour la demande de résiliation d'un contrat ou de son annulation[1836]. Toutes ces questions relèvent du principal et non de celle des référés[1837].

En droit français, le juge des référés peut allouer une provision sur dommages et intérêts[1838]. Mais, non d'accorder des dommages et intérêt[1839], ni d'allouer une indemnité[1840]. On doit opérer une distinction entre « indemnité » et « provision ». La dernière « est un prélude temporaire tandis qu'une indemnité à titre de réparation est marquée d'une empreinte définitive »[1841]. C'est dans cette matière fluctuante qu'il y'a souvent des demandes malicieuses de la part de parties visant à obtenir par le juge du provisoire, des résultats définitifs. En clair, les parties informées du pouvoir limité des juge des référés, le saisissent pourtant, afin d'obtenir rapidement de celui-ci, des résultats que le juge du fond aurait mis plus longtemps à accorder. Cela en pure perte : « une telle demande, qui relève du principal, ne pouvant être soumise qu'à une juridiction du fond »[1842].

[1833] N. Cayrol, « La saisine du juge », *op. cit.*, p. 106. ; N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 317.
[1834] Jugé par la Cour de cassation française que : « le juge des référés n'avait pas le pouvoir pour statuer sur la validité de la clause litigieuse ». Com.,10 février 1969, n° 67-11396, Bull., IV, n° 50, p. 52.
[1835] Il a été jugé par la Cour de cassation française que « l'annulation de la sanction prononcée excédait les pouvoirs du juge des référés ». Soc., 23 mars 1989, n° 86-40053, Bull., V, n° 253, p. 148. ; Dans le même sens : V. Soc., 7 janvier 1988, n° 85-42761, Bull., V, n° 12, p. 8. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a utilisé le terme « compétence » pour désigner le pouvoir du juge des référés. Il s'agit ici d'un abus de langage.
[1836] Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner la résiliation d'un contrat de travail ni de prendre une mesure entraînant la rupture de celui-ci ». Soc., 15 mai 2007, n° 06-43110, Non publié au Bull., *JCP S,* 2007, comm. n° 1732, obs. R. Geoffroy.
[1837] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 427.
[1838] La Cour de cassation française a jugé que « les pouvoirs du juge du fond n'excluent pas ceux du juge des référés pour allouer une provision sur dommages et intérêts ». Soc., 12 février 2014, n° 11-27899, non publié au Bull.
[1839] R. Perrot, « Étendue des pouvoirs du juge des référés », *Rev. Procédures,* obs. sous 3e Civ., 23 mai 2012, n° 11-14456, Non publié au Bull., comm. n° 213. ; Depuis 1987, la troisième chambre civile de la Cour de cassation française, a opéré une nette distinction entre le pouvoir juridictionnel du juge du fond et celui de juge des référés en jugeant que : « À violé l'art. 808 du [C.P.C.] la cour d'appel statuant en référé qui, saisie d'une demande de capitalisation des intérêts échus d'une somme due par un débiteur a déclaré cette demande bien fondée, alors qu'il n'entrait pas dans les pouvoirs du juge des référés de prononcer cette capitalisation », 3e Civ., 4 mars 1987, n° 85-17914, Bull., III, n° 41, p. 25, *D.* 1987, Somm., p. 233, obs. P. Julien.
[1840] 3e Civ., 23 mai 2012, n° 11-14456, Non publié au Bull., obs. R. Perrot, *Rev. Procédures,* comm. n° 213.
[1841] R. Perrot, « Étendue des pouvoirs du juge des référés », *Rev. Procédures,* obs. sous 3e Civ., 23 mai 2012, n° 11-14456, Non publié au Bull., comm. n° 213.
[1842] P. Julien, , obs. sous 3e Civ., 4 mars 1987, n° 85-17914, Bull., III, n° 41, p. 25, *D.* 1987, Somm., p. 233.

En définitive, le pouvoir juridictionnel du juge des référés est fonction de la nature de la mesure requise. S'il lui est demandé de prendre une mesure provisoire, il peut le faire. En revanche, s'il lui est demandé de trancher au principal du droit, il n'y aura pas lieu à référé, pour de telles demandes qui relèvent du pouvoir juridictionnel du juge de fond. Les dispositions légales ont entendu ne donner qu'une portée provisoire aux ordonnances de référé, la demande portée devant le juge des référés doit avoir elle-même un caractère provisoire. C'est cette conception qui s'est imposée dans le droit égyptien. En effet, selon la jurisprudence égyptienne, « la tâche du juge des référés ne peut être celle de juger sur le fond mais de prononcer une ordonnance purement provisoire à l'aide de laquelle il prévient une agression, apparente au premier abord, de la part de l'une des parties, ou qu'il met fin à une opposition irrecevable d'une partie contre l'autre ; il peut également prendre une mesure conservatoire sur le fondement de laquelle il pourra sauvegarder l'objet du droit ou l'une de ses preuves »[1843].

Pour que le juge des référés puisse prononcer les mesures adéquates dans chaque cas de référé, les jurisprudences koweitienne et égyptienne ont conféré au juge des référés le pouvoir de modifier ou de reformuler l'objet de la demande, possibilité dont ne dispose pas le juge des référés français (Sous-section 1). Même si c'est le caractère provisoire de la demande qui donne au juge des référés koweïtien et égyptien ce pouvoir. Il doit donc être saisi au provisoire pour pouvoir modifier la demande dans son objet. Toute demande au principal enlèverait dans les trois systèmes, au juge des référés tout pouvoir de statuer. Mais sur des fondements juridiques spécifiques à chaque système (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le pouvoir du juge des référés koweïtien et égyptien de modifier l'objet de la demande

Les doctrines égyptienne et koweitienne ont adopté une conception élargie de la demande provisoire en référé. Elles considèrent en effet que l'objet de la demande en référé vise moins la mesure provisoire souhaitée, que la protection provisoire du droit[1844]. Mais le fondement de ce pouvoir fait l'objet de divergences d'analyses au sein des doctrines égyptienne et koweïtienne (§1). Elles estiment par ailleurs que le pouvoir donné au juge de modifier la demande n'est pas souverain, mais encadré (§2).

[1843] Civ.É., 19 décembre 1935, n° 32/5.
[1844] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 428.

§1 : Le fondement juridique du pouvoir de modifier l'objet de la demande

Cette question fait l'objet d'un désaccord au sein des doctrines égyptienne et koweitienne.

Une partie de la doctrine estime que ce fondement réside dans une analogie avec les règles de la modification du contrat. Selon les lois civiles koweitienne et égyptienne[1845], si le contrat est nul en raison de l'absence de l'un de ses éléments, lorsqu'il contient des éléments d'un autre contrat, il pourra être modifié par le juge lorsqu'il s'avère que la volonté des parties contractantes y tendait[1846]. Il en est de même pour les demandes soumises à la juridiction des référés. Celles-ci peuvent être modifiées s'il s'avère que l'intention du requérant aux mesures, visait à demander la protection provisoire[1847]. Cependant, cette théorie sur le contrat n'est pas convaincante, car l'analogie avec les règles de régularisation d'un contrat n'est pas pertinente.

Une autre partie de la doctrine estime que ce pouvoir trouve son fondement dans le fait que seul le juge peut adapter l'action à la procédure, et lui donner la qualification correcte, ceci afin de comprendre les demandes sous leurs formes réelles[1848]. En application de cette conception, les Cours de cassation égyptienne et koweïtienne ont jugé que « le juge de l'affaire, est tenu de donner aux demandes leur qualification juridique correcte. Sans se limiter à la qualification des parties. La qualification de juge visera donc à connaître la vérité voulue par les demandes et non pas les termes selon lesquelles elles sont formulées »[1849]. Ce qui revient à dire que la qualification porte sur ce qui est demandé, c'est-à-dire l'objet de la demande. Cependant, on ne peut retenir ce fondement juridique car il n'y a aucun lien entre le pouvoir du juge à modifier la demande et celui de la qualification[1850]. En outre, il convient de noter que la qualification est considérée en droit français comme une obligation s'imposant au juge[1851].

[1845] L'art. 140 du C. civ.É. auquel correspond l'art. 191 du C. civ.K.

[1846] À titre d'illustration : Si quelqu'un vend à une autre personne un bien mobilier et qu'il lui fait don du prix, ce contrat sera nul comme contrat de vente pour défaut de l'élément concernant les prix, mais il pourra être correct comme étant un contrat de donation du moment que les conditions de la donation existent, à savoir l'intention de faire un don.

[1847] A. Alnimer, *La compétence et l'ordonnance dans l'instance en référé, op. cit.,* p. 154.

[1848] A. Almshahdani, *La juridiction des référés* « Étude comparative », *op. cit.,* p. 89.

[1849] Civ.É., 25 décembre 1976, n° 1748/27. ; Civ.K., 20 octobre 1986, n° 86/55.

[1850] S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.* p. 44.

[1851] « L'art 12 C.P.C. oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqué par les parties au soutien de leur prétention, ou il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». V. Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11343, Bull., Ass. plén., n° 10, p. 21.

La Cour de cassation koweitienne a, quant à elle, jugé, qu': « il est établi que les règles de procédure fondamentales exigent le respect par le juge des limites des demandes fournies dans le procès, et que l'essentiel pour la détermination des demandes de l'adversaire est ce qu'il demande de lui être adjugé de façon claire et stricte. C'est la cour qui devra donner aux faits et causes, leur qualification réelle et leur adaptation juridique adéquate »[1852]. C'est ainsi que la cour de cassation koweitienne a distingué la qualification des faits et causes de la détermination du contenu de la demande, et a pris ainsi un raisonnement opposé à sa décision du 20 octobre 1986 susvisée en ce qui concerne la qualification. Pour cela, il faut distinguer ce qui est moyen et ce qui est objet. On peut retrouver cette question en droit français à l'art. 12 du C.P.C. qui énonce que le rôle du juge en matière de droit consiste à redonner la qualification exacte aux moyens des parties mais sans qu'il puisse toucher l'objet. En ce sens, la cour de cassation a considéré que « si l'art. 12 du nouveau C.P.C. dispose 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, il ne peut par contre modifier l'objet même de la demande »[1853]. Donc le juge ne peut pas s'écarter de l'objet de la demande fixé par les parties, et il doit, selon l'art. 5 du C.P.C., se prononcer seulement sur ce qui est demandé [1854].

Un troisième courant doctrinal estime que le juge a l'obligation de modifier la demande sur le fond, (pas seulement le pouvoir) en une demande de mesures provisoires, le cas échéant. S'il ne le faisait pas, sa décision contiendrait une erreur dans l'application de la loi[1855]. Alors qu'il n'y a aucun texte clair autorisant le juge à modifier l'objet de la demande en référé. En réalité, les doctrines et jurisprudences koweïtienne et égyptienne, fondent ce pouvoir créé de toutes pièces par elles sur leur définition de l'objet de la demande en référé, ainsi que sur la finalité de l'action en référé. Pour eux, « la finalité de l'action en référé est de prévenir du dommage potentiel qui découlerait du d'une protection au fond obtenue de manière trop tardive »[1856]. Comme cela a été souligné *supra*, la doctrine égyptienne considère que la demande en référé consiste davantage à vouloir protéger son droit, qu'à celui d'obtenir des mesures provisoires[1857]. Selon une autre partie ce droit est spécifique et appartient à la procédure car : « l'objet de l'instance en référé n'est pas le droit subjectif qui va être protéger

[1852] Civ.K., 17 décembre 1989, n° 89/193.
[1853] Soc., 30 juin 1988, n° 85-42549, Bull., V, n° 406, p. 262.
[1854] Le C.P.C.É. et le C.P.C.K. ne mentionnent pas les principes directeurs du procès. Mais la jurisprudence les adopte en leur totalité. V. A. Abdulfattah, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. II, *op. cit.*, p. 209.
[1855] M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés, op. cit.*, p. 153.
[1856] S. Mahmod, *Les origines des contentieux, selon le code de procédure civile*, *op. cit.*, p. 260.
[1857] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 428.

par les mesures provisoires, mais il est un droit processuel qui se distingue du droit subjectif. C'est le droit du demandeur d'avoir une protection provisoire »[1858]. Au contraire selon Perrot, l'instance dont le juge des référés « a été saisi a pour objet exclusif d'obtenir une décision provisoire »[1859].

On peut supposer que ces courants qui reconnaissent au juge de référés ce pouvoir mettent en avant l'*imperium* du juge des référés plus que sa *jurisdictio*.

Il nous reste à présent à examiner la portée de ce pouvoir donné au juge des référés, de modifier l'objet de la demande.

§2 : L'étendue du pouvoir de modifier l'objet de la demande : un pouvoir souverain mais encadré

Selon les doctrines égyptienne et koweitienne, ce pouvoir donné au juge de modifier la demande ne saurait être absolu. Car conçu comme un outil mis à la disposition des juges par le législateur, pour sauvegarde les intérêts des parties. Concrètement, le juge dans son office, ne peut excéder les limites fixées par les parties elles-mêmes[1860]. Pour autant, le juge ne se conformera pas d'une façon stricte aux prétentions du demandeur[1861]. Il jouit d'un pouvoir très étendu pour décider d'une mesure provisoire différente qu'il jugera plus adéquate et plus conforme aux circonstances de l'affaire[1862]. Par exemple, si un héritier demande à être désigné comme gardien des biens d'une succession donnée en bail, en vue de l'encaissement du loyer, le juge des référés a la possibilité d'obliger plutôt les locataires à verser le loyer entre les mains de la caisse du tribunal sans qu'un gardien ne soit désigné[1863]. Sur ce thème, la Cour de cassation égyptienne a décidé que « le pouvoir du juge des référés ne peut s'arrêter aux demandes figurant dans la requête. Il devra au contraire y apporter des modifications ou même les dépasser comme il jugera conforme à la loi et aux circonstances de la cause »[1864].

[1858] W. Fahmy, « Les conditions de compétence du juge des référés », *op. cit.*, p. 121.
[1859] R. Perrot, « Du provisoire au définitif », *op. cit.,* n° 7, p. 456.
[1860] S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.*, p. 33.
[1861] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 428.
[1862] M. Althuawi, *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence conformément au code de procédure civile égyptien*, *op. cit.*, p. 360.
[1863] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. et loc. cit.*
[1864] Civ.É., 26 octobre 1932, n° 203/3.

Selon un courant doctrinal égyptien, l'étendue de ce pouvoir va jusqu'à permettre au juge des référés, de modifier une demande au fond (laquelle n'entre pas dans ses pouvoirs, comme nous l'avons souligné) en une demande provisoire qui relèverait cette fois de son pouvoir juridictionnel[1865]. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation égyptienne dans un arrêt[1866]. Mais cette jurisprudence a été critiqué par une partie de la doctrine égyptienne[1867], et la cour de cassation égyptien a de fait, opéré un revirement de jurisprudence dans autre arrêt[1868].

Un autre doctrinal refuse de reconnaître le pouvoir pour le juge des référés de modifier l'objet de la demande. Cela, au motif de deux séries d'arguments : tout d'abord, un tel pouvoir constituerait une dérogation à la règle de procédure concernant l'impartialité du juge qui l'oblige à ne statuer que si une demande lui est soumise. Ensuite, cela serait une dérogation à l'obligation faite aux juges de trancher dans les limites des demandes qui leur sont présentées. Le juge ne peut ni statuer sur ce qui ne lui est pas demandé par la justice (« *extra petita* »), ni dépasser ce qui lui est demandé (« *ultra petita* »). Reconnaître au juge des référés ce pouvoir est une exception aux règles générales. Or, l'exception ne peut être prévue que par un texte juridique, dévoilant une volonté claire de la part du législateur de déroger aux règles générales[1869]. En outre, si l'on confiait à la seule volonté du juge l'étendue de ses pouvoirs, cette volonté représenterait un critère personnel instable, changeant, incertain et inconstant. Cela attenterait aux principes de stabilité et d'égalité[1870] qui doivent régir l'organisation judicaire. Il s'y ajoute que « la chose demandée par les parties, l'objet de la prétention, renvoie au principe dispositif. Dans le procès civil, les parties ont un rôle de premier plan »[1871]. En effet, contrairement au juge pénal, le juge civil n'a pas le même rapport au faits[1872]. Ce sont les parties qui ont la maitrise des faits dans un procès civil et qui *in fine*, déterminent elles-mêmes l'objet de leurs demandes. Ce qui ne serait pas le cas dans un procès pénal, où c'est au juge pénal qu'il revient

---

[1865] A. Almshahdani, *La juridiction des référés* « Étude comparative », *op. cit.*, p. 90.
[1866] Civ.É., 10 avril 1958, n° 268/9 : « une demande faite par un étudiant qui sollicitait d'avoir la possibilité de poursuivre ses études dans un institut qui avait décidé de le renvoyer n'est pas de la compétence de la juridiction des référés du fait qu'elle se rapporte au principal du droit objet du différend. Il serait toutefois permis à la juridiction des référés de juger conformément au pouvoir qui lui est donné de modifier les demandes en faisant inscrire le nom de l'étudiant sur la liste des examens de l'institut, du fait que ce jugement n'est qu'une mesure provisoire sans rapport au fond ».
[1867] F. Walli, *Le traité de droit judiciaire civil*, *op. cit.*, t. I, n°134, p. 318.
[1868] Civ.É., 21 décembre 1977, n° 295/42.
[1869] M. Althuawi, *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence conformément au code de procédure civile égyptien*, *op. cit*., p. 360.
[1870] *Ibid.*
[1871] Y. Strickler, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », *op. cit.*, n° 36, p. 59.
[1872] J. Héron, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée? », in. R. Perrot, *Nouveaux juge, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, n° 12, p. 138.

de qualifier les faits. Par ailleurs les parties peuvent faire figurer leurs prétentions aussi bien dans les motifs que dans le dispositif de leurs conclusions[1873]. En résumé, le juge des référés ne peut remplacer les parties en changeant leur demande. Comme a pu le souligner, Hébraud : « la plénitude de juridiction […] ne peut […]. Transformer le contentieux provisoire en un contentieux sur le fond du droit »[1874], l'inverse est aussi vrai ; le juge des référés ne peut transformer un contentieux sur le fond en un contentieux provisoire.

Cette différence de pouvoir sur les faits nous permet d'affirmer que le fondement du pouvoir de modifier l'objet de la demande, détermine son étendue.

Il nous reste à présent à nous interroger sur les conséquences juridiques d'une saisine au principal du juge des référés. Nous avons déjà qu'il aurait pour principale conséquence de lui enlever tout pouvoir de statuer. La question étant de savoir sur cette saisine mettrait en cause le pouvoir ou la compétence du juge saisi. L'analyse juridique qui en résultera permettra en tout état de cause de mieux cerner la différence entre les pouvoirs du juge saisi au principal et celui saisi au provisoire.

Sous-section 2 : Les conséquences de saisine au principal du juge des référés

Les conséquences de la saisine au principal du juge des référés, sont fonction de la conception que l'on a de cette condition. S'agit-il d'une question de pouvoir ou de compétence du juge des référés ? ou encore d'une question de bien fondé la demande ?

Au Koweït et en Égypte, ce caractère est considéré de manière erronée (selon nous) comme une condition de la compétence du juge des référés[1875]. Alors qu'en réalité il s'agit d'une question de pouvoir juridictionnel, comme nous l'avons déjà vu[1876]. En revanche, en droit belge[1877], il a pu être énoncé que « le provisoire [n'est] pas une condition de la compétence du

[1873] Y. Strickler, « La localisation de l'autorité de la chose jugée », *op. cit.*, n° 36, p. 59.
[1874] P. Hébraud, « Référé, réintégration des représentants du personnel ou des délégués syndicaux irrégulièrement licenciés », *RTD civ.,* 1972, p. 815. ; V. également, H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1359, p. 1157 et 1158. ; R. Perrot, « Du provisoire au définitif », *op. cit.,* n° 7, p. 460.
[1875] A. Abdulfattah et M. Alanzi, Les procédures civiles koweitiennes, t. I, *op. cit.*, p. 427.
[1876] V. *Supra,* p. 26-29. ; V. aussi S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.*, n° 1914, p. 1373.
[1877] Le droit belge n'est pas une partie de notre étude comparative, mais on doit l'indiquer car c'est un des points de vue qu'on a trouvé qui est à l'opposé de celui du Koweït et de l'Égypte.

juge des référés mais bien une limite à sa juridiction »[1878]. Ce point de vue a été adopté par la cour de cassation de Belgique[1879] et a été admis par la doctrine belge[1880]. En réalité, pour la jurisprudence et la doctrine belge « il ne s'agit nullement d'un problème de compétence mais d'une question de fondement de la demande. Après avoir constaté que la demande ne relevait pas du provisoire, il appartenait à la cour de la déclarer non fondée »[1881].

D'autres conceptions penchent pour une question de fondement ou de compétence, elles nous semblent toutes mal assurées. Il ne s'agit pas, selon nous d'une question de fondement, mais davantage d'une question du pouvoir. D'une part, en raison du fait que si le juge des référés déclare la demande non fondée et que cette même demande est ensuite représentée devant le juge de fond, qui l'aborde, cela signifie que ce n'est pas le fondement de la demande qui est en cause. Mais uniquement le pouvoir juridictionnel du juge des référés, à qui le demande fût présentée la première fois. D'autant plus qu'il n'y a pas eu de modifications de la demande, mais uniquement au niveau de la juridiction qui la traite. C'est pourquoi, il ne s'agit pas non plus d'une question de compétence, la modification n'ayant visé que les juridictions, et ayant été effectuée compte tenu de la différence des pouvoirs juridictionnels. Il en résulte que le moyen de défense sera la fin de non-recevoir et non l'exception d'incompétence. À cet égard la Cour de cassation française a jugé que : « la fin de non-recevoir fondée sur l'étendue des pouvoirs du juge des référés […] pouvait être présentée en tout état de la procédure »[1882].

Après avoir étudié les différentes approches, il convient à présent, d'aborder les conséquences de l'absence du caractère provisoire de la demande en référé successivement sous l'aspect processuel (§1), puis substantiel (§2) selon les points de vue.

§1 : L'effet processuel de saisine au principal du juge des référés

Au cas où une demande au fond a été portée devant le juge des référés, Celui-ci est obligé de prendre une décision (A), qui met fin à l'instance de référé (B).

[1878] J. Englebert, *Le référé judiciaire : Principes et questions de procédure,* Bruxelles, s.n., 2003, n° 58, p. 50. [En ligne], Disponible sur : http://www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/refere.pdf (consulté le 28/9/2018).
[1879] Cass.B., 14 juin 1991, Pas., 1991, I, n° 7278, p. 899. [En ligne], Disponible sur : http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-19910614-16&idxc_id=136521&lang=FR (consulté le 28/9/2018).
[1880] J. Englebert, *Le référé judiciaire : Principes et questions de procédure, op. et loc. cit.*
[1881] *Ibid.,* n° 58, p. 51. ; V. également, Cass.B., 14 juin 1991, Pas., 1991, I, n° 7278, p. 899. [En ligne], Disponible sur : http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-19910614-16&idxc_id=136521&lang=FR (consulté le 28/9/2018).
[1882] Com., 15 novembre 1994, n° 92-21015, Non publié au Bull.

A : L'obligation de statuer du juge des référés

« Comme toute assignation, la demande en référé a pour effet de créer un lien juridique d'instance entre les parties et d'obliger le juge des référés à statuer »[1883]. Si celui-ci « refuse de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, [il] pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »[1884]. Cette mise en cause de la responsabilité du juge pour déni de justice du juge n'existe pas en droit Koweïtien ou Égyptien. Le juge peut en revanche, encourir des sanctions administratives, de ce chef, prononcées par le haut conseil de juridiction.

En France, compte tenu du risque de déni de justice, le juge des référés est tenu de statuer, même en cas de saisine au principal. En clair, même lorsque les conditions de sa saisine ne sont pas réunies. Ne serait-ce que pour constater et déclarer qu'il n'y a pas lieu à référé[1885]. Dès lors, cette décision met fin à l'instance de référé.

B : La fin de l'instance de référé

L'instance de référé prend fin selon le schéma suivant. La demande du principal, est portée devant le juge des référés, celui-ci rend alors une ordonnance jugeant qu'il n'y a lieu à référé. Dès lors, la décision met fin à l'instance et à l'action en référé. En pratique, la fin de l'instance emporte dessaisissement du juge des référés. Tandis que la fin de l'action implique l'irrecevabilité en référé de l'objet de l'ordonnance »[1886]. Les parties pourront alors soit, interjeter appel contre cette décision, qui sera immédiatement recevable (1). Soit provoquer la tenue d'un nouveau procès à l'initiative du demandeur qui veillera cette fois à bien remplir les conditions de fond et de délai, de l'action en justice. Ce qui est source de retard préjudiciable pour les parties, et en particulier pour le demandeur[1887]. C'est pour lutter contre ces effets pervers, que la pratique a mis au point le système dit de la passerelle[1888](2).

[1883] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 323.51, p. 962-963.
[1884] V. L'art. 4 du C.P.C.
[1885] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 323.51, p. 963.
[1886] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.*, n° 653.
[1887] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 460.
[1888] *Ibid.*

1 : La recevabilité de l'appel immédiat

L'appel immédiat formé contre la décision du juge des référés, jugeant « qu'il n'y a lieu à référé », est par principe, recevable, puisque ledit juge a épuisé sa saisine[1889]. C'est l'effet principal de la fin de l'instance de référé. En revanche, si le juge des référés « s'est borné à statuer sur une exception de procédure sans trancher les autres questions qui lui étaient soumises, un appel immédiat n'est pas recevable »[1890]. C'est parce que cette décision n'a pas mis fin à l'instance en référé. Cela a été illustré par la Cour de cassation française en ayant jugé que : « les jugements qui ne statuent que sur un incident de procédure sans mettre fin à l'instance ou sans trancher une partie du principal ne peuvent être frappés d'appel qu'avec le jugement qui tranche le principal. Ces dispositions, qui prévoient l'exercice différé de l'appel, s'appliquent aux ordonnances de référé »[1891]. Alors qu'en droit koweïtien et égyptien, l'appel immédiat formé contre les jugements provisoires et les ordonnances de référé est recevable, même si cette décision ne mis pas fin à l'instance[1892]. En revanche, l'appel immédiat formé contre les décisions de renvoi devant le juge du fond pour cause d'incompétence du juge des référés (notion utilisée ici à tort selon nous) est, en revanche, irrecevable[1893].

2 : Le renvoi devant le juge du fond

Le renvoi devant le juge du fond, est un acte procédural prévu par l'art 811 du C.P.C. Ce texte permet au juge des référés, au terme de son ordonnance constatant « qu'il n'y a lieu à référé », pour cause de défaut de pouvoir juridictionnel, de renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. À la double condition qu'une des parties l'ait demandé et que l'urgence le justifie. Cet acte procédural est aussi connu sous le vocable passerelle. L'utilisation de la notion passerelle, est une indication claire que l'action du demandeur existe mais que son examen excède les pouvoirs du juge des référés[1894]. La passerelle ne devrait dès lors jouer qu'en cas de défaut de pouvoir du juge des référés[1895].

[1889] 2e Civ., 23 septembre 2004, n° 02-16459, Bull., II, n° 421, p. 356.
[1890] R. Perrot, obs. sous 2e Civ., 17 décembre 2009, n° 09-11847, Bull., II, n° 292, p. 269, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 33.
[1891] 2e Civ., 23 septembre 2004, n° 02-19821, Bull., II, n° 408, p. 347.
[1892] L'art. 128 du C.P.C.K. et l'art. 212 du C.P.C.É.
[1893] L'art. 30 du C.P.C.K. et l'art. 212 du C.P.C.É.
[1894] J. Vuitton et X Vuitton, *Les référés*, *op. cit.*, n° 4, p. 9, spécialement la note de bas de page n° 5. ; V. Lyon, 25 janvier 2007, n° 02/05449.
[1895] V. J.-B. Racine, « La technique de la « passerelle » en droit judiciaire privé », *op.cit.*, n° 3, p. 356.

Au Koweït et en Égypte, au cas où une demande dépourvue du caractère provisoire, serait portée devant la juridiction en référé, cela obligerait le juge des référés à se déclarer incompétent (l'on se rappelle que dans ces deux systèmes juridiques, une telle demande y est considérée – à tort selon nous – comme relevant de la compétence, et non du pouvoir), Et à joindre à son ordonnance, un renvoi vers la juridiction de fond compétente[1896]. À ce propos, la Cour de cassation égyptienne a jugé que « s'il s'avère que ce qui lui est demandé dans la demande principale est de statuer sur le fond du droit, il se devra de renoncer à statuer dans cette action et devra conclure à son incompétence et renvoyer par devant la juridiction du fond compétente »[1897]. La Cour de cassation koweïtienne était allée dans le même sens[1898]. Les conséquences sont similaires, dans l'hypothèse où l'acte introductif d'instance comportait plusieurs demandes dont seules certaines concernent le fond (les autres visant à obtenir des mesures provisoires. Le juge des référés devra statuer uniquement sur les demandes de mesures provisoires, et conclure à son incompétence pour les demandes de fond avant de les renvoyer au juge de fond[1899]. Nous avons eu l'occasion d'exprimer notre désaccord avec la doctrine et la jurisprudence koweïtienne et égyptienne. En ce qu'elles ne font pas de distinction entre la compétence et le pouvoir juridictionnel du juge des référés et ceci du juge du fond[1900]. Il est erroné de parler de parler de renvoi à la juridiction compétente, car il ne s'agit toujours pas de compétence (seule hypothèse où il peut y avoir renvoi à la juridiction compétente), mais de pouvoir.

Car considérer que la juridiction des référés opère un renvoi à la juridiction compétente, aurait pour effet procédural, de modifier la demande initiale. Or celle-ci ne vise que la juridiction. Comme le dit Perrot : « il ne saurait être question pour elle de transformer un contentieux provisoire en un litige définitif, car une telle mutation, qui concerne non point la compétence, mais l'étendue des pouvoirs de juridiction de la cour, opère une modification de

---

[1896] M. Althuawi, *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence conformément au code de procédure civile égyptien*, *op. cit.,* p. 374. ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, *op. cit.* p. 74. ; A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.*, p.1269. ; A. Murad, *Les problèmes pratiques dans la juridiction des référés, op. cit.*, p. 197. ; W. Fahmy, « Les conditions de compétence du juge des référés », *op. cit.,* p. 124.

[1897] Civ.É., 22 juin 1977, n° 1470/28. [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_Images.aspx?ID=111125591 (Consulté le 29/11/2016). ; V. Dans le même sens : Civ.É., 20 juin 1979, n° 689/30.

[1898] Civ.K., 14 avril 2005, n° 418/2003. Contre la décision du TGI du Koweït, référé, 2726/2003.

[1899] M. Harjah, *Les jurisprudences sur la juridiction des référés et les contentieux d'exécution provisoire*, *op. cit.*, p. 74.

[1900] V. la technique de renvoi en raison du défaut de pouvoir juridictionnel dans les trois systèmes, *Supra,* p. 29-33.

la demande initiale »[1901]. En conséquence, au Koweït aussi bien qu'en Égypte, lorsque la juridiction de référé est saisie au principal, elle devrait simplement juger qu'il n'y a pas lieu à référé, mais sans renvoi. En raison du fait que la « passerelle » n'existe dans aucun des deux systèmes juridiques. En revanche, au Koweït aussi bien qu'en Égypte, cette décision aura pour effet de mettre fin à l'instance de référé.

En France, lorsque le juge des référés juge qu': « il n'y a pas lieu à référé », il met fin à l'instance de référé avec renvoi devant le juge du fond. Le tout, sous une double condition cependant : si l'une des parties l'a demandé et si l'urgence le justifie[1902]. Il subsiste une interrogation cependant : dans le cas il a été saisi au principal et que l'une des parties lui avait demandé de renvoyer l'affaire devant le juge du fond et que l'urgence le justifie, la prescription continuera-t-elle de courir ou sera-t-elle interrompue ? Cette question est d'autant plus importante que l'interruption de la prescription est considérée comme l'effet substantiel, à titre principal de l'introduction de l'action en justice[1903]. C'est la réponse à cette question qui nous occupera dans le paragraphe suivant.

§ 2 : L'effet substantiel de saisine au principal du juge des référés

Aujourd'hui en droit français, toutes les demandes en justice, dans le cadre du référé, emportent *de facto*, interruption du délai de prescription[1904], y compris la demande de provision[1905]. La seule question qui subsistera concerne l'effet de la décision du juge des référés ordonnant qu'« il n'y a lieu à référé », sur l'assignation, c'est-à-dire, sur l'interruption de la prescription.

Pour résoudre cette question, il nous faut distinguer deux cas :

[1901] R. Perrot, « Du provisoire au définitif », *op. cit.,* n° 10, p. 460. ; V. également, H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1358, p. 1157.

[1902] V. la technique de renvoi en raison du défaut de pouvoir juridictionnel dans les trois systèmes, *Supra,* p. 29-33.

[1903] B. Atallah, « Le Code de procédure civile et commerciale de 1968 de la R.A.U », *op. cit.,* p. 587.

[1904] Au terme de l'art. 2241 al. 1 du C. civ. qui dispose que : « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion ». ; 2e Civ., 6 mars 1991, n ° 89-16995, Bull., II, n° 77 p. 42, *RTD civ.,* 1991, p. 595, note R. Perrot. ; 3e Civ., 11 mai 1994, n° 92-19747,Bull., III, n° 90, p. 57. ; 3e civ., 11 janvier 1995, n° 93-10327, Bull., III, n° 10, p. 6. ; V. *Supra,* p. 70.

[1905] Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « La demande de provision formée reconventionnellement à l'encontre de l'assureur devant le juge des référés interrompt la prescription dès lors qu'elle est fondée sur une obligation non sérieusement contestable à la charge de l'assuré ». Com., 30 janvier 1990, n° 88-12447, IV, n° 24, p. 15. ; Jugé aussi que : « l'assignation en référé qui tend à obtenir une provision constitue une citation en justice interruptive de la prescription ». Com., 27 novembre 2001, n° 99-10551, Bull., IV., n° 191, p. 183.

D'abord, celui où le juge des référés, ordonne qu'« il n'y a lieu à référé », sans renvoi devant la juridiction du fond. L'assignation en référé sera alors considérée comme définitivement rejetée[1906]. Il n'y aura ici pas d'effet interruptif sur la prescription, en application de l'art. 2243 du C.civ.[1907]. La Cour de cassation avait estimé que cet article « ne comporte aucune distinction selon que la demande a été formée devant le juge des référés ou devant le juge du fond ; par suite est légalement justifié l'arrêt qui décide que l'effet interruptif de l'assignation en référé devait être considéré comme non avenu à la suite de l'arrêt qui […] dit qu'il n'y avait lieu à référé »[1908]. S'agissant d'une véritable décision de rejet qui rend non avenue l'interruption de la prescription, parce que la demande excède son pouvoir juridictionnel[1909]. « Le juge s'étant déclaré dépourvu de pouvoir juridictionnel pour statuer sur le fond du litige »[1910]. La décision du juge des référés qui dit « n'y avoir lieu à référé » rend l'interruption de la prescription résultant de la citation en justice non avenue, que ce soit en raison de l'existence d'une contestation sérieuse[1911]. Ou de l'absence de la condition de l'obligation non sérieusement contestable (l'art. 809 al. 2 du C.P.C.)[1912]. Dans ce dernier cas la Cour de cassation française affirme que la demande a été rejetée puisqu'il s'agit d'une « décision sur le fond même du référé »[1913]. Peut-on pour autant dire qu'il s'agit pour la Cour de cassation d'une décision sur le fond, où la demande n'avait été pas fondée comme l'analysent la doctrine et la jurisprudence belges[1914]? Il serait téméraire de répondre par l'affirmative. Le fond du référé fera alors simplement référence aux conditions de saisine du juge des référés, qui « décline son pouvoir de juger »[1915] . Car la demande dont il est saisi, excède son pouvoir juridictionnel. Il est pour cette raison judicieux, pour les demandeurs en référé, de saisir directement le juge du fond[1916], dans le cas de prescription courtes. Puisque la prescription continue de courir en cas

---

[1906] 1re Civ., 1er février 2000, n° 97-16662, Bull., I, n° 32, p. 20. ; V. également, P. Julien, obs. sous 1re Civ., 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p. 77, *D.*, 1996, IR., p. 354.
[1907] L'art. 2243 du C. civ. dispose que : « L'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée » .
[1908] 1re Civ., 30 mars, 1994, n° 90-20612, Bull., I, n° 133, p. 97.
[1909] R. Perrot, obs. sous Com., 24 october 2000, n° 97-21290, Bull., IV, n° 165*,* p. 147, *Rev. Procédures,* 2001, comm. n° 4.
[1910] Com., 24 october 2000, n° 97-21290, Bull., IV, n° 165*,* p. 147, *Rev. Procédures,* 2001, comm. n° 4, obs. R. Perrot.
[1911] 2e Civ., 14 mai 2009, n° 07-21094, Bull., II, n° 127, p. 119, *Rev. Procédures,* 2009, comm. n° 268, obs. R. Perrot.
[1912] 3e Civ., 6 décembre 2005, n° 04-18780, Non publié au Bull.
[1913] 1re Civ., 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p. 77, *D.*, 1996, IR., p. 354, obs. P. Julien. ; *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 107, obs. R. Perrot.
[1914] V. *Supra,* p. 297.
[1915] R. Perrot. obs. sous 2e Civ., 14 mai 2009, n° 07-21094, Bull., II, n° 127, p. 119, *Rev. Procédures,* 2009, comm. n° 268.
[1916] R. Perrot, obs. sous 1re Civ., 7 janvier 1997, n° 94-21205, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 1997, comm. n° 53.

de rejet définitif de l'assignation en référé.

Le deuxième cas, correspond à celui où le juge des référés décide qu'« il n'y a lieu à référé », avec cette fois renvoi devant le juge du fond. Perrot estime que dans ce cas, « la procédure se métamorphose d'elle-même sur la lancée de la citation en référé, avec cette conséquence que l'interruption de la prescription reste acquise »[1917]. Il devrait y avoir logiquement interruption de la prescription, en attendant l'audience au fond. Selon Perrot, l'interruption de la prescription repose sur l'existence de la passerelle de l'art. 811 u C.P.C. Celle-ci permet par ailleurs sur le plan pratique, d'appliquer à la procédure commerciale, les règles de la prescription en matière de procédure civile[1918]. Il suggère pour cette raison, que l'effet interruptif soit attaché, non pas à l'assignation en référé, mais à la décision de rejet assorti d'un renvoi vers le juge du fond. Puisqu'en cas de rejet sans renvoi pour défaut de pouvoir juridictionnel la prescription de l'assignation en référé continue de courir[1919]. Par ailleurs, cet effet interruptif, s'il est acquis, devrait être apprécié au jour du prononcé de l'ordonnance. Même si l'article 2244 du C. civ. réserve aux seules citations en justice (ou un commandement ou une saisie) le pouvoir d'interrompre la prescription. À condition que l'assignation en référé ait été rejeté avec renvoi à l'audience au fond, pour cause de défaut de pouvoir du juge[1920]. Toujours sur le fondement de la technique déjà évoquée de la passerelle[1921]. Cette notion dont la mise en pratique prête parfois à controverse. En effet la jurisprudence ne s'accorde pas avec la doctrine sur la nature de la prescription, en cas de décision de référé, avec renvoi devant le juge du fond. Elle considère en effet, que dans ce cas il n'y a pas d'interruption de la prescription, en ayant jugé que la décision par laquelle le juge des référés dit n'y avoir lieu à statuer et renvoie au juge du fond est une décision de rejet, qui n'interrompt pas la prescription[1922].

[1917] R. Perrot, « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile », *Rev. Procédures,* mars,1999, chron. n° 3, §n° 13, p. 7.
[1918] R. Perrot, « Procédure commerciale : le référé commercial et la passerelle », *RTD civ.*, 2003, p. 545.
[1919] 1re Civ., 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p. 77, *D.*, 1996, IR., p. 354, obs. P. Julien. ; *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 107, obs. R. Perrot.
[1920] J. Junillon, « Quelques interrogations procédurales à propos de la procédure à jour fixe », *Rev. gén. proc.*, 1998, p. 587. L'auteur estime que : « Or si l'on considère que l'ordonnance rendue saisit le tribunal au fond, sans qu'elle ne constitue un rejet de la demande, il n'y a pas perte de l'effet interruptif. C'est ainsi le juge, qui décide par sa propre décision, de l'effet interruptif d'une action ».
[1921] J.-B. Racine, « La technique de la « passerelle » en droit judiciaire privé », *op. cit.*, n° 22, p. 371.
[1922] La Cour de cassation affirme que « la décision par laquelle le juge des référés dit n'y avoir lieu à statuer et renvoie au juge du fond est une décision de rejet, et que la disposition de l'article 2247 [(actuellement 2243)] du Code civil, aux termes de laquelle l'interruption de la prescription est regardée comme non avenue si la demande est rejetée, ne comporte aucune distinction selon que la demande a été formée devant le juge des référés ou devant le juge du fond ». 1re Civ., 7 janvier 1997, n° 94-21205, Non publié au Bull, *Rev. Procédures*, 1997, comm. n° 53, obs. R. Perrot.

Comme le dit un auteur, c'est le juge des référés, qui *in fine*, par la teneur de son ordonnance, décide de promouvoir ou d'écarter l'effet interruptif d'une demande en référé[1923].

Concernant la situation au Koweït et en Égypte, une demande en justice devant le tribunal incompétent interrompt la prescription[1924]. En revanche, pour la doctrine[1925] et la jurisprudence[1926] égyptiennes ainsi que dans celles koweïtiennes[1927], la demande en référé devant le juge des référés n'interrompt pas la prescription, car celle-ci ne repose pas sur le fond du droit qui est l'objet de la prescription. En d'autres termes, l'objet de la demande en référé et au fond, étant différent. La prescription ne peut être interrompue par une demande avec un objet différent. Si la demande d'obtention de la protection substantielle est présentée devant le juge des référés, celle-ci n'aura plus de caractère provisoire, ainsi puisqu'il s'agit pour eux d'une condition de compétence du juge des référés, la prescription sera interrompue[1928]. Car, selon eux le juge des référés est incompétent de juger le fond de droit. C'est dans ce sens que, la Cour de cassation égyptienne a statué dans un arrêt du 13 décembre 1945[1929]. En revanche, une partie de la doctrine koweïtienne estime que si l'on considère les conditions d'ouverture à référé, comme des conditions de recevabilité[1930], si l'une d'elles manque les prétentions seront irrecevables et par conséquent, il n'y aura pas d'effet interruptif de la prescription[1931].

Au total, il apparaît clairement que la fin de l'instance de référé, dans chacun des trois systèmes, est toujours consécutive à une saisine au principal du juge des référés. Suivie d'un renvoi devant le juge du fond.

Peut-on pour autant dire que les procédures dans les trois systèmes comparés est identique ? La réponse est négative. En droit français, le moyen de défense est une fin de non-

---

[1923] J. Junillon, « Quelques interrogations procédurales à propos de la procédure à jour fixe », *op. et loc. cit.*
[1924] L'art. 488 du C. civ.K. et l'art. 383 du C. civ.É. prévoient que « le délai prévu pour l'audition sera interrompu par une demande juridique même si elle était portée devant une juridiction incompétente […] ». ; V. *Supra,* p. XX.
[1925] A. Aldanasouri et H. Okaz, *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution, op. cit.*, p. 1207. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 56, p. 106. ; A. Murad, *Les problèmes pratiques dans la juridiction des référés, op. cit.*, p. 246.
[1926] Civ.É., 18 décembre 1976, n° 1738/27. ; Civ.É., 16 janvier 1977, n° 244/28.
[1927] A. Abdelfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 430. ; V. Com.K., 25 septembre 1991, n° 341/1989. ; Com.K., 9 avril 2006, n° 603/2005.
[1928] A. Abdelfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. et loc. cit*. ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile Koweïtien*, *op. cit.,* p. 81.
[1929] Civ.É., 13 décembre 1945, recueil d'Omar, n° 5/14.
[1930] A. Abdelfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. et loc. cit*.
[1931] *Ibid.*, p. 532.

recevoir, et peut être invoqué en tout état de la cause[1932]. Le juge des référés, ne peut d'office renvoyer l'affaire devant le juge du fond[1933], il faut que l'une des parties invoque la passerelle, et que l'urgence justifie sa demande de renvoi. Et dans ce cas « l'interruption de la prescription reste acquise »[1934]. Alors qu'en droit koweïtien et égyptien, le moyen de défense y est vu (à tort, selon nous) comme une exception d'incompétence, qui peut être invoquée en tout état de la cause, et le juge des référés, doit la soulever d'office en renvoyant l'affaire devant le juge du fond[1935]. Ainsi la prescription ne sera interrompue que dans ce cas, puisqu'il s'agit d'une saisine au principal du juge des référés[1936].

Il convient à présent de s'intéresser aux chefs de saisine du juge des référés.

[1932] Com., 15 novembre 1994, n° 92-21015, Non publié au Bull.
[1933] Ce pouvoir a été dépourvu par l'art. 20 du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, modifiant par son art. 21, l'art 811 du C.P.C. ; V. *Supra,* p. 30-31.
[1934] R. Perrot, « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile », *op. cit.,* §n° 13, p. 7.
[1935] Civ.É., 22 juin 1977, n° 1470/28. [En ligne], Disponible sur : http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_Images.aspx?ID=111125591 (Consulté le 29/11/2016). ; V. Dans le même sens : Civ.É., 20 juin 1979, n° 689/30. ; Civ.K., 14 avril 2005, n° 418/2003. Contre la décision du TGI du Koweït, référé, 2726/2003.
[1936] Civ.É., 13 décembre 1945, recueil d'Omar, n° 5/14. ; A. Abdelfattah, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. II, *op. cit.*, p. 418. ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile Koweïtien*, *op. cit.,* p. 81.

Chapitre II
Les chefs de saisine du juge des référés [1937]

Dans les trois systèmes étudiés, les chefs de saisine du juge des référés, se sont peu à peu diversifiés, au point de relever aujourd'hui de plusieurs cas distincts. Il y'aura tout d'abord lieu d'étudier les chefs de saisine du juge des référés, communs aux trois systèmes étudies. Il s'agit du référé-urgence bien connu de la pratique, et du référé-probatoire, tous deux hérités du droit français (Section 1). Nous étudierons dans un deuxième temps, les autres chefs de saisine du juge des référés propre au droit français contemporain, et qui se limitent à deux hypothèses : en cas de dommage imminent et en présence d'un trouble manifestement illicite, à l'exemple d'un rejet de paiement, concernant une obligation dont l'existence n'est pas sérieusement contestable (auquel cas il donnera lieu au référé-provision ou au référé-injonction (Section 2).

Section 1 : Le chef de saisine du juge des référés, commun aux trois systèmes

En matière de saisine du juge des référés, il existe ainsi deux chefs communs aux droit français, égyptien et koweïtien : le référé classique de l'urgence (Sous-section 1), et le *référé-in futurum,* qui permet de prouver des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le référé classique de l'urgence (Le référé-urgence)

Dans les trois systèmes étudies, en cas de référé-urgence classique, l'urgence doit être avérée. En procédure française, c'est l'art. 808 du C.P.C. qui le prévoit et qui exige que : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend »[1938]. Alors qu'en droit koweïtien et égyptien, c'est respectivement les art. 31 du

[1937] V. N. Cayrol, « référé civile », *op. cit*., n° 351-437. ; X. Vuitton, « Fasc. 1200-95 : RÉFÉRÉS . – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés . – Fonctions du juge des référés », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2016.

[1938] V. également l'art. 848 du C.P.C. qui dispose que : « Dans tous les cas d'urgence, le juge du tribunal d'instance peut, dans les limites de sa compétence, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Ainsi, l'art. 956 du C.P.C. qui dispose aussi que : « Dans tous les cas d'urgence, le premier président peut ordonner en référé, en cas d'appel, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

C.P.C.K. et 45 du C.P.C.É. qui prévoient que :« sera délégué au siège du tribunal de grande d'instance, un juge au niveau du tribunal d'instance pour juger de façon provisoire sans préjudice au principal, des questions suivantes :
1- Les cas d'urgence pour lesquelles on craint une perte de temps. […] ». C'est de cette règle que résulte la règle selon laquelle, pour que le juge des référés soit saisi, il faut que l'urgence existe (§1). Au surplus, concernant le droit français, une condition supplémentaire s'y ajoute ; il ne doit pas y avoir une contestation sérieuse (§2).

§1 : L'existence de l'urgence

L'urgence est historiquement la condition première de l'action en référé[1939], dans les trois systèmes étudiés. Au Koweït et en Égypte, en l'absence d'urgence, il n'y aura pas de référé ; cette règle est résumée par la formule « pas d'urgence pas de référé ». En droit français, il peut y avoir lieu à référé même en l'absence d'urgence, comme nous le verrons plus loin. Mais le principe demeure que l'urgence est la condition d'intervention du juge des référés, y compris sur le fondement de l'art. 9 du C. civ.[1940]. Dans cette hypothèse, en cas d'urgence on peut saisir le juge des référés, pour qu'il empêche ou qu'il ordonne la cessation de toute atteinte à la vie privée. Une partie de la doctrine française estime que : « si l'on peut mettre en doute la pertinence de cette condition, la lettre du texte ne laisse pas de place à l'interprétation et son régime est donc similaire à celui de l'art. 808 du C.P.C. »[1941].

Alors qu'en ce qui concerne, l'art. 809 du C.P.C., la Cour de cassation française, l'a interprété strictement et a estimé, en s'y fondant, que la saisine du juge des référés ne devait pas être nécessairement soumise à l'existence préalable de l'urgence[1942]. La doctrine française est allée en même sens[1943].

[1939] M. Bruschi, « Référé commercial », *op. cit.*, n° 16.
[1940] L'art. 9 du C. civ., dispose que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée.
Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». V. 1re Civ., 19 décembre 1995, n° 93-18939, Bull., I, n° 479, p. 331. ; 1re Civ., 20 décembre 2000, n° 98-13875, Bull., I, n° 341, p. 220.
[1941] X. Vuitton, « Fasc. 1200-95 : RÉFÉRÉS . – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés . – Fonctions du juge des référés », *op. cit.*, n° 20.
[1942] 3e Civ., 26 octobre 1982, n° 81-14461, Bull., III, n° 207, p. 153. ; 3e Civ., 22 mars 1983, n° 81-14547, Bull., III, n° 83, p. 66. ; 2e Civ., 5 mai 2011, n° 10-19231, Non publié au Bull.
[1943] J. Normand, « Urgence et référé provision », *RTD civ.*, 1977, p. 360-361. ; J. Normand, « Urgence et référé », *RTD civ.*, 1977, p. 599. ; X. Vuitton, « Fasc. 1200-95 : RÉFÉRÉS . – Conditions générales des pouvoirs du juge des référés . – Fonctions du juge des référés » *op. cit.*, n° 21.

L'urgence constitue donc, une condition « d'accès à une justice du provisoire »[1944], sur le fondement de l'art. 808 du C.P.C. (mais aussi sur la base de l'art. 9 du C. civ.), Il convient à ce stade de tenter de cerner la notion d'urgence (A). D'autant plus qu'à l'examen de la jurisprudence française, son existence ne semble pas toujours requise dans le cadre d'une action en référé (B).

A : La notion de l'urgence

Cerner la notion, c'est d'abord tenter de la définir (a) , mais aussi en préciser la nature juridique (b).

a : La définition de l'urgence

On distingue deux approches notionnelles de l'urgence, celle qui a été proposée par la doctrine (1), et l'approche jurisprudentielle (2).

1 : L'approche doctrinale de la notion d'urgence

La doctrine koweïtienne définit l'urgence, comme « la crainte de voir le temps s'écouler, de manière préjudiciable pour le demandeur, soit du fait d'un dommage direct soit du fait d'une perte de son droit »[1945], ou comme « le danger imminent qui ne pourrait être rectifié ou réparé si les droits ou intérêts sont violés »[1946].

Selon la doctrine égyptienne l'urgence est : « le danger imminent réel dont une partie veut se préserver et qui nécessite une procédure urgente, que ne garantissent pas les procédures ordinaires »[1947].

Pour une partie de la doctrine française, l'urgence est : « la situation où la confrontation des droits en présence, révèle la supériorité de l'un, et par conséquent, la possibilité de le

---

[1944] A. Varnek, *L'ordonnance sur requête : la protection juridictionnelle provisoire non contradictoire,* Mémoire de master 2, Strasbourg, 2007, n° 12. [En ligne], Disponible sur : http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/Memoire_Alexey_Varnek.htm (Consulté le 1/10/2018). ; V. *Supra*, p. 10.
[1945] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 420. ; M. Alanzi, « Le pouvoir du tribunal arbitral sur la demande en référé, en droit koweïtien et comparé », *op. cit.,* p. 224.
[1946] S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile Koweïtien*, *op. cit.,* p. 30.
[1947] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 140, p. 30. ; M. Abdelkader, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 53.

protéger au moyen d'une intervention rapide »[1948]. Et pour une autre partie, l'urgence existe « lorsqu'un retard dans la décision judiciaire qui doit être rendue, serait gravement préjudiciable aux intérêts d'une partie »[1949]. L'urgence sera ici caractérisée par un dommage potentiel gravement préjudiciable, tel que seule une décision de référé, sera à même d'empêcher la survenue de ce dommage potentiel. Une décision de fond ultérieure, même favorable serait tardive, car le préjudice serait déjà réalisé[1950]. Il s'agit alors d'une question de fait[1951], mélangé de droit[1952].

2 : L'approche jurisprudentielle de la notion d'urgence

Pour la jurisprudence antérieure française : « l'urgence qui est la condition essentielle de la compétence du juge des référés se trouve caractérisée lorsqu'un retard dans la décision serait de nature à compromettre les intérêts du demandeur »[1953].

Alors que les jurisprudences actuelles koweïtienne et françaises ne définissent pas l'urgence, car elles estiment que « la notion d'urgence ne peut être aisément déterminée de façon abstraite et générale »[1954]. Raison sans doute pour laquelle, elles laissent « l'appréciation de la notion au pouvoir souverain du juge des référés »[1955]. Contrairement aux tribunaux égyptiens, où la chambre des référés du tribunal du Caire a jugé que « l'urgence est le danger imminent menaçant un droit ou une action en justice, que l'on invoque dans un état de nécessité, dans des délais courts que ne connaissent pas les procédures judiciaires normales »[1956]. Dans le même sens, la chambre des référés de la cour d'appel du Caire a jugé que l'urgence « est la nécessité d'obtenir la protection juridique urgente qui ne peut être obtenue par les procédures

---

[1948] Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil,* Paris, L.G.D.J., 1968, n° 326, p. 281.
[1949] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 406, p. 334. ; Dans le même sens V. E. Krings, « La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé »*, op. cit.*, n° 7, p. 208-207. Selon Monsieur Krings : « le juge qui statue au référé n'intervient que pour éviter que l'existence même du litige et de la durée qui résulte inévitablement des divers stades de la procédure, ne soit une source de préjudice grave pour la partie ».
[1950] E. Krings, « La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé »*, op. cit.*, n° 7, p. 208.
[1951] *Ibid.*, n° 15, p. 213.
[1952] 1re Civ., 19 juillet 1976, n° 75-12575, Bull., I, n° 268, p. 217. ; 2e Civ., 23 juin 1976, n° 75-11473, Bull., II, n° 206, p. 161. ; 2e Civ., 14 février 1973, n° 72-10719, Bull., II, n° 52, p. 41, *Gaz. Pal.*, 1973, 2e sem., juris., p. 500. ; V. *Infra,* p. 312-313.
[1953] TGI de Paris, réf., 6 janvier 1983, *Gaz. Pal.*, 1983, 1er sem., Somm., p. 40.
[1954] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. et loc. cit.*
[1955] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 6. ; 2e Civ., 8 janvier 1992, n° 90-17870, Bull., II, n° 10, p. 5. ; 1re Civ., 21 juin 1989, n° 87-18210, Bull., I, n° 252, p. 168. ; Com.K., 8 mars 1978, n° 76/28.
[1956] TI du Caire, chambre des référés, 5 novembre 1981, n° 1981/1415.

judiciaires normales »[1957].

Au terme de cette approche de la notion d'urgence, il apparaît clairement que toute définition systématique est extrêmement malaisée, voire impossible[1958]. En raison notamment du fait que les approches notionnelles étudiées, caractérisent, toutes, la notion d'urgence, par ses effets, mais ne sont pas parvenues à l'analyser de manière intrinsèque. Il est vrai que définir l'urgence en elle-même, de manière générale, sans la rattacher aux cas particuliers, qu'elle revêt, est très difficile, comme nous l'avons vu. Comme cela a été écrit : « il est difficile de rassembler les critères objectifs de cette notion »[1959].

C'est pourquoi, l'étude de la nature juridique de la condition d'urgence, pourrait aider à mieux cerner la notion d'urgence.

b : La nature juridique de l'urgence

L'urgence a historiquement connu, plusieurs qualifications juridiques, avant d'être rangé au nombre des conditions de saisine du juge des référés. En droit français, il a dans un premier temps, été considéré comme une condition de compétence du juge des référés. Puis comme condition de recevabilité[1960]. Aujourd'hui l'urgence n'est plus exigée ni comme condition de compétence, ni de recevabilité de la demande en référé. Mais simplement comme une condition de la saisine du juge des référés[1961].

En effet, les doctrines et les jurisprudences koweïtienne[1962] et égyptienne[1963] ont toujours de manière contestable -selon nous-, considéré l'urgence comme une condition de

---

[1957] Cour d'appel du Caire, chambre des référés, 25 décembre 1982, n° 1982/1541.
[1958] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1274, p. 1072.
[1959] C. Giverdon et Gassiot, « La juridiction du premier président », *Gaz. Pal.*, 1974, 1er sem., Doct., p. 417.
[1960] Il s'agit pour une partie de la doctrine française « d'une condition de recevabilité complémentaire que pose par le législateur ». J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 405, p. 333.
[1961] M. Bruschi, « Référé commercial », *op. cit.*, n° 16. ; V. Fort-de-France, 26 février 2010, n° 08/00968, Juris-Data n° 005257.
[1962] V. A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 421. ; M. Alanzi, « Le pouvoir du tribunal arbitral sur la demande en référé, en droit koweïtien et comparé », *op. cit.,* p. 224. ; TI du Koweït, Chambre des référés /6, 22 décembre 2003, n° 2003/3698. ; TI du Koweït, Chambre des référés /6, 16 décembre 2004, n° 2003/3988.
[1963] M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 1.p. 6. ; M. Abdelkader, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 50. ; Civ.É., 1 janvier 1948, n° 11/17. ; Civ.É., 27 mars 1989, n° 1678/52.

compétence du juge des référés. D'un autre côté les anciennes approches doctrinale[1964] et jurisprudentielle[1965] françaises n'ont pas survécu à cette confusion. Celle-ci a été relevée par la doctrine française actuelle. En réalité, lorsque la demande en référé ne remplit pas la condition de l'urgence, elle sera jugée irrecevable[1966] ou bien on dira qu': « il n'y a pas lieu à référé ». L'irrecevabilité signifie que le demandeur n'a pas d'action[1967], alors qu'en réalité le demandeur peut avoir d'action mais il n'y aura pas d'urgence[1968]. On estime que dans le cas où « il n'y a pas lieu à référé », le demandeur ne remplissais pas les conditions de la saisine du juge des référés. Malgré le fait que dans les deux cas, le moyen de défense soit la fin de non-recevoir. Mais, comme l'a souligner Monsieur Cayrol, on peut, « distinguer deux catégories de fins de non-recevoir : celles tirées d'un défaut d'action et celles tirées d'une méconnaissance de la saisine »[1969]. En revanche, en cas de défaut de l'urgence, on ne devra jamais utiliser le terme « d'incompétence », « qui est la résultante d'un abus de langage et d'un manque de rigueur dans la terminologie processuelle »[1970]. Il est donc important « de ne pas confondre la compétence avec le pouvoir de juridiction du juge des référés »[1971], c'est-à-dire, les conditions de la saisine du juge des référés, dont « si l'urgence n'est pas établie [...] le juge des référés doit répondre à la demande par un « n'y a lieu ». Il ne lui appartient pas, en pareil cas, de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction, comme il devrait le faire s'il s'agissait réellement d'un problème d'incompétence »[1972], sauf en cas de « passerelle »[1973].

[1964] V. Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil, op. cit.*, n° 55 s., p. 52 s. à titre d'exemple : « le juge des référés est un juge d'exception dont la compétence est déterminée par l'urgence ». *Ibid.*; « Il est con stant que l'urgence, sans qualificatif, suffit à fonder la compétence du Président». *Ibid*., n° 56, p. 54.

[1965] 1re Civ., 8 février 1960, n° 58-12602, Bull., I, n° 84, p. 70, [En ligne], Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006952802&fastReqId=1818664499&fastPos=12 (Consulté le 1/12/2018). ;
2e Civ., 6 juillet 1962, n° 61-10165, Bull., II, n° 565, p. 408, [En ligne], Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006961738&fastReqId=1457818409&fastPos=11 (Consulté le 1/12/2018). ; 2e Civ., 14 février 1973, *Gaz. Pal*., 1973, 2e sem., Jurisprudence, p. 500. ; Com., 29 janvier 1985, n° 83-16090, Bull., IV, n° 43, p. 34. ; V. aussi, Lyon, 1 juillet 1948, *D.*, 1948, Juris., p. 542. « Dès qu'il y a urgence, le juge des référés compétent ». ; Dans le même sens : Grenoble, 21 décembre 1944, *D.*, 1945, Juris., p. 140.

[1966] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. et loc. cit.*

[1967] Monsieur Normand estime que : « faute d'urgence [(lorsqu'elle est requise)…] Le moyen soulevé n'est pas une exception d'incompétence. C'est une fin de non-recevoir : la demande est irrecevable parce que le demandeur n'a pas d'action » J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, p. 782.

[1968] V. Les conditions de recevabilité de l'action en référé, *Supra,* p. 194-272.

[1969] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 97. ; V. *Infra.* p. 312.

[1970] M. Bruschi, « Référé commercial », *op. cit.,* n° 13.

[1971] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, t. III, n° 1303, p. 1103.

[1972] R. Perrot, obs. sous 1re Civ., 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p. 77, *Rev. Procédures*, avril, 1996, comm. n° 107. ; La Cour de cassation française a affirmé que « l'urgence n'est pas une condition de la compétence du juge des référés ». 3e Civ., 10 février 1988, n° 86-18864, Bull., III, n° 34, p. 18.

[1973] *Supra,* p. 31.

La mise en œuvre de la condition de l'urgence pourrait nous éclairer davantage, plus qu'il s'agit « pourtant une condition de la saisine du juge des référés »[1974].

B : La mise en œuvre de la condition de l'urgence

L'application jurisprudentielle de la condition d'urgence concerne, d'une part, le régime du moyen de défense tiré du défaut d'urgence (a), et d'autre part, le contrôle de l'appréciation de l'urgence par la cour de cassation (b).

a : Le moyen de défense tiré du défaut d'urgence

L'époque de l'âge d'or est révolue, où « le défaut d'urgence est sanctionné, comme tout moyen d'incompétence *ratione materiae,* par la nullité absolue »[1975].

En droit français, il s'agit d'une fin de non-recevoir, « tirée d'une méconnaissance de la saisine »[1976]. Cette deuxième catégorie de fins de non-recevoir, qui se distingue de celles tirées d'un défaut d'action[1977], dans au moins un domaine. Selon nous la fin de non-recevoir tirées d'un défaut d'une des conditions de la saisine du juge des référés est toujours d'ordre public. C'est la raison pour laquelle, le juge des référés est tenu au terme de l'art. 125 de la relever d'office[1978]. Que cette fin de non-recevoir, soit ou non d'ordre public, n'en change pas la nature de ce moyen, mais affecte seulement l'office du juge en l'obligeant à relever d'office une éventuelle fin de non-recevoir en cas de défaut d'une des conditions de sa saisine. Les juge des référés est alors tenu de vérifier d'office l'existence de l'urgence[1979]. Mais puisqu'il s'agit de moyen mélangé de fait et de droit, les plaideurs ne peuvent pas la soulevée pour la première fois, devant la Cour de cassation[1980]. À cet égard, la Cour de cassations française a jugé que

---

[1974] Fort-de-France, 26 février 2010, n° 08/00968, Juris-Data n° 005257.
[1975] H. Derveaux, *De la compétence absolue du juge des référés*, *op. cit.*, p. 151.
[1976] N. Cayrol, « Action en justice », *op. cit.*, n° 97. ; V. *Supra.* p. 9 et 311.
[1977] *Ibid.*
[1978] L'art. 125 du C.P.C. 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 ». Le législateur française dans cet article a donné une bonne exemple des conditions de saisine de la cour d'appel en soulignant qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir d'ordre public.
[1979] M. Foulon et Y. Strickler, « Le référé-différend », *op. cit.*, p. 1280. ; V. aussi, Com., 22 avril 1966, n° 64-12133, Bull., III, n° 189, p. 162.
[1980] V. S. Guinchard et T. Moussa, note sous 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56.

« nouveau et, mélangé de fait et de droit, le moyen pris du défaut d'urgence ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation »[1981]. Alors que pour la doctrine koweïtienne et égyptienne, étonnamment, le moyen de défense tiré du défaut d'urgence, est une exception d'incompétence absolue, pouvant être soulevée par le défendeur en tout état de cause (sauf pour la première fois devant la Cour de cassation[1982]). Car il s'agit selon eux de moyen aussi d'ordre public[1983].

« Le juge des référés saisi sur le fondement de [l'art. 808 du C.P.C.] est [alors] tenu de relever l'urgence, mais l'exigence n'est pas très rigoureuse dans la mesure où la Cour de cassation n'exerce sur cette notion aucun contrôle de qualification »[1984].

b : Le contrôle de l'appréciation de l'urgence par la cour de cassation

En France, la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle sur le caractère urgent qui a été souverainement apprécié par le juge des référés[1985]. Par conséquent, elle présumera l'urgence en inscrivant avec une mention minimale, par la formule « vu l'urgence » suffit : le juge des référés étant souverain dans son appréciation, ainsi que dans ses décisions[1986]. Dans son approche libérale La Cour de cassation française a également jugé que la constatation de l'urgence, peut résulter implicitement des circonstances de la cause relevées par le juge[1987]. En revanche, si le défendeur contredit l'existence de l'urgence, le juge des référés doit motiver plus simplement son ordonnance[1988] en répondant à ce moyen de défense. Pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur ce point. Car la motivation des décisions est un moyen

---

[1981] 1re Civ., 19 juillet 1976, n° 75-12575, Bull., I, n° 268, p. 217. ; Dans le même sens : 2e Civ., 23 juin 1976, n° 75-11473, Bull., II, n° 206, p. 161. ; 2e Civ., 14 février 1973, n° 72-10719, Bull., II, n° 52, p. 41, *Gaz. Pal.*, 1973, 2e sem., juris., p. 500.

[1982] À cet égard, la Cour de cassation égyptienne a jugé que « le défendeur ne peut pas soulever le moyen tiré de défaut de l'urgence pour la première fois devant la Cour de cassation. Car ce moyen est mélangé de fait et de droit ». Civ.É., 29 novembre 1951, recueil de la classification (Altabuib), 3e année, p. 129. ; V. aussi M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 18, p. 36.

[1983] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 427. ; M. Alanzi, « Le pouvoir du tribunal arbitral sur la demande en référé, en droit koweïtien et comparé », *op. cit.,* p. 228. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 61, p. 111.

[1984] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 456.

[1985] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1274, p. 1073. ; N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 364. ; 1re Civ., 3 janvier 1979, n° 77-10288, Bull., I, n° 2, p. 2. ; 1re Civ., 26 avril 1977, n° 76-11270, Bull., I, n° 188, p. 147.

[1986] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1275, p. 1074.

[1987] 1re Civ., 7 octobre 1980, n° 79-10903, Bull., I, n° 264, p. 210. ; 1re Civ., 20 janvier 1976, n° 74-14753, Bull., I, n° 24, p. 18. ; V. Dans le même sens : 2e Civ., 3 mai 2006, n° 04-11121, Non publié au Bull.

[1988] N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 365. ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. et loc.cit.*; V. 2e Civ., 17 juillet 1976, n° 75-13669, Bull., II, n° 252, p. 198. ; M. Foulon et Y. Strickler, « Le référé-différend », *op. cit.*, p. 1283.

de contrôle[1989]. Alors qu'au Koweït et en Égypte, en cas de référé, l'existence de l'urgence est liée à l'ordre public. Ainsi, même si elle n'est pas contestée par le défendeur, le juge des référés doit toutefois la vérifier car elle est contrôlée par la Cour de cassation[1990]. À cet égard, les Cours de cassation égyptienne et koweïtienne ont décidé que « l'appréciation de l'urgence relève du pouvoir souverain du juge des référés et à ce titre, échappe au contrôle de la Cour de cassation. À la condition que cette décision soit fondée, sur des motifs justifiables »[1991]. Il en résulte que la Cour de cassation, au Koweït et en Égypte, vérifie si les motifs de l'ordonnance en référé, sur l'appréciation de l'urgence, sont justifiables ou non. Le juge des référés a donc obligation de motiver sa décision[1992].

Enfin, le juge des référés doit apprécier l'existence ou l'absence de l'urgence, à la date à laquelle il rend sa décision[1993]. À cet égard, la Cour de cassation française a jugé que « tant en première instance qu'en appel, que le juge des référés doit se placer, pour ordonner ou refuser des mesures urgentes, à la date à laquelle il rend sa décision »[1994]. Cela a été repris par la jurisprudence égyptienne[1995].

L'urgence n'est pas la seule condition de la saisine du juge des référés en cas de référé classique (référé-urgence), il faut aussi l'absence de toute contestation sérieuse.

§ 2 : L'absence ou l'existence d'une contestation sérieuse

Définir, de manière abstraite la notion de la contestation sérieuse, est une tâche très ardue[1996]. Au surplus, la jurisprudence française « n'a jamais été à même de proposer une

---

[1989] G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », *D.*, 1978, chron., p. 36.
[1990] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, p. 426.
[1991] Civ.É., 14 mars 1962, recueil de la jurisprudence, 13e année, p. 303. ; Com.K., 14 mai 1979, n° 79/16.
[1992] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. et loc. cit.* : S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile Koweïtien*, *op. cit.,* p. 56.
[1993] N. Cayrol, « Référé civil » *op. et loc. cit.* ; M. Kebir, « Référé civil : date de l'appréciation des conditions », obs. sous 1re Civ., 16 mai 2012, n° 11-18181, Bull., I, n° 109, p. 97, *Dalloz actualité*, 5 juin 2012. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. et loc. cit.* ; M. Abdelkader, *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 63. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 17, p. 35.
[1994] 3e Civ., 5 octobre 1976, n° 75-13645, Bull., III, n° 330, p. 252. ; Dans le même sens : Soc., 25 octobre 1962, n° 61-12490, Bull., V, n° 753, p. 623. ; 1re Civ., 25 octobre 1965, n° 64-12452, Bull., I, n° 565, p. 428. ; 3e Civ., 10 mai 1977, n° 76-11012, Bull., III, n° 199, p. 153.
[1995] Cour d'appel du Caire, chambre des référés, 11 octobre 1982, n° 1081/2061 ; TI du Caire, chambre des référés, 23 juin 1933, recueil d'avocat, 13e année, p. 914.
[1996] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1277, p. 1075.

quelconque définition de la contestation sérieuse, parce qu'elle a méconnu le fait que cette notion a une signification et une portée toutes différentes [...] »[1997]. « La notion de contestation sérieuse s'est acquis une réputation d'inaccessibilité qui n'a rien à envier à celle de l'urgence »[1998]. Il y'a contestation sérieuse, lorsqu'il apparaît qu'un moyen de défense, semble justifié au point d'installer un doute raisonnable dans l'esprit du juge, concernant la décision qui pourrait être rendue au fond. L'examen de la contestation sérieuse requiert une étude minutieuse de la pertinence des arguments de chaque partie[1999].

De fait, au terme de l'art. 808 du C.P.C. l'existence d'une contestation sérieuse fait obstacle aux pouvoirs du juge des référés[2000] et donc à la saisine du celui-ci (A). Cependant, lorsque la mesure sollicitée est justifiée par l'existence d'un différend, la contestation sérieuse cesserait de faire obstacle à la saisine du juge des référés. « Autrement dit, l'existence d'une contestation sérieuse va au contraire permettre au juge des référés d'intervenir »[2001](B).

A : La contestation sérieuse, obstacle à la saisine du juge des référés [2002]

En la matière, la condition de l'absence de contestation sérieuse a connu des évolutions (a), et a fini par faire échec à la saisine du juge des référés (b).

a : Le développement historique de l'absence de contestation sérieuse

Il convient de distinguer deux périodes : celle précédant l'adoption du décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 (1) et celle lui ayant succédé (2)

[1997] J.-P. Rousse, « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés ; La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1974, 2e sem., Doct., p. 837.
[1998] J. Normand, « Notion et objet de la contestation sérieuse, obstacle aux pouvoir du juge des référés », *RTD civ.*, 1979, p. 654.
[1999] *Ibid.,* p. 655. ; 2e Civ., 5 mars 2015, n° 13-18134, Non publié au Bull., Juris-Data n° 004501. ; X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *op. cit.*, n° 9.
[2000] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1276, p. 1075.
[2001] Y. Strickler, « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *op. cit.,* comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814. ; Selon Monsieur Cayrol, « la doctrine s'est appliquée à expliquer la conjonction « ou » et donc à conserver deux branches à l'article 808. Le pivot de ces essais est la notion de contestation sérieuse qui apparaît tantôt comme un obstacle à la mesure, tantôt comme la condition de l'intervention du juge ». N. Cayrol, « référé civile », *op. cit*., n° 545.
[2002] V. J. Normand., « Notion et objet de la contestation sérieuse, obstacle aux pouvoir du juge des référés », *op. cit.*, p. 654-659.

1 : Avant le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971

En France, sous l'empire du l'ancien C.P.C. et avant les réformes de la procédure de référé, opérées par le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971, aucun texte ne contenait de référence formelle à la condition de l'absence de contestation sérieuse[2003]. Cependant, « la jurisprudence l'avait déduite de l'interdiction de faire préjudice au principal [l'art. 809 du l'ancien C.P.C.], laquelle avait pour conséquence, non seulement de limiter l'autorité de l'ordonnance, mais également de faire obstacle au pouvoir de juridiction du juge des référés »[2004]. Sur le terrain de la jurisprudence de la Cour de cassation française, l'absence de contestation sérieuse n'a été considérée comme obstacle au pouvoir du juge des référés et donc comme une condition de sa saisine que récemment[2005]. Sans doute, était-elle considérée comme une condition de recevabilité[2006]. Alors que par avant elle était considérée comme une condition de compétence du juge des référés, par l'ancienne jurisprudence[2007] et par l'ancienne doctrine[2008], pour lesquelles, la contestation sérieuse faisait obstacle à la compétence du juge des référés. Il en résulte que « la contestation sérieuse n'était que l'un des aspects de l'interdiction de faire préjudice au principal »[2009]. En d'autres termes, « la contestation sérieuse n'est pas une règle essentielle du référé, mais seulement un procédé commode pour décaler le préjudice au principal, dont le juge doit s'abstenir »[2010]. Cela signifie qu'à l'époque, l'absence

---

[2003] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1276, p. 1074-1075.
[2004] *Ibid.*
[2005] 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, note S. Guinchard et T. Moussa, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56. ; 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.
[2006] Il s'agit pour une partie de la doctrine française « d'une condition de recevabilité complémentaire que pose par le législateur ». J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 405, p. 333. ; V. également S. Guinchard et T. Moussa, note sous 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56.
[2007] Le tribunal civil d'Alès a déclaré incompétent puisqu'elle existait « une contestation sérieuse qui [échappait] à la compétence du juge des référés ». V. Tribunal civil d'Alès, 5 février 1948, *D.*, 1948, Jurisprudence, p. 150. ; Cette confusion subsistait même après le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971. Soc., 7 février 1979, n° 77-15652, Bull., V, n° 124 p. 89. Mais on doit comprendre qu'il s'agit de question de pouvoir juridictionnel du juge des référés.
[2008] V. R. Perrot, « La compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1974, 2e sem., Doct., n° 18, p. 898. Puisqu'il commente sous le texte de la contestation sérieuse du décret n° 71- 740 du 9 septembre 1971 (dont la rédaction a été reprise par le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973) en affirmant que « Ce (ou que), qui est le traquenard des rédacteurs des textes, a fait naître un doute. Jouant sur cette alternative, d'aucuns ont pensé que, de deux choses l'une : ou bien le référé n'est pas justifié par l'existence d'un différend, et la compétence du juge s'arrête au seuil de la contestation sérieuse ; ou bien, le référé est justifié par l'existence d'un différend ; et, dans ce cas, le juge est compétent, même si la contestation est sérieuse. En d'autres termes, dans cette dernière hypothèse, la contestation sérieuse cesserait de faire obstacle à la compétence du juge des référés ». ; V. aussi J.-P. Rousse, « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés ; La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés », *op. cit.* p. 837-838.
[2009] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1276, p. 1075.
[2010] P. Hébraud, « Rôle du juge des référés, saisi à la suite d'une ordonnance sur requête qui a prononcé l'expulsion d'un occupant », *RTD civ.*, 1951, p. 413.

de contestation sérieuse n'était pas considérée comme une condition de la saisine du juge des référés. Or, le juge des référés qui prendrait des mesures provisoires en présence d'une contestation sérieuse, toucherait le fond du droit, excédant ainsi son pouvoir juridictionnel, et entrant dans l'étendue du pouvoir du juge du fond. À cet égard, la Cour de cassation française a décidé que « la question de savoir, s'il y avait eu modification, du contrat initial soulevait une difficulté sérieuse, touchant au fond du droit et excédant la compétence [comprendre son pouvoir juridictionnel] du juge des référés »[2011].

Alors que l'absence de contestation sérieuse n'est exigée ni dans le C.P.C.É ni dans le C.P.C.K.[2012]., les doctrine[2013] et jurisprudence koweïtienne[2014] et égyptienne[2015] s'accordent sur la nécessité de cette condition, mais en tant que condition (selon nous, erronée) de compétence du juge des référés et non pas, comme condition de saisine du juge des référés. Car pour elles « l'existence ou l'absence du préjudice au principal [dépend] de la réponse [apportée] à la question suivante : y a-t-il ou non contestation sérieuse ?»[2016]. Si oui, le juge des référés va excéder son pouvoir juridictionnel et touchera au principal, ou au moins une partie de celui-ci, qui relève du pouvoir du juge de fond. En conséquence, au Koweït et en Égypte, l'absence de contestation sérieuse découle de l'interdiction de porter préjudice au principal.

Il en résulte que l'assimilation, au Koweït aussi bien qu'en Égypte, de l'absence de contestation sérieuse à une condition de compétence du juge des référés, est héritée des anciennes jurisprudence et doctrine françaises, alors même que cette approche a été abandonnée en France, à la faveur du décret n° 71- 740 du 9 septembre 1971. Cela contrairement aux droits égyptien et koweïtien.

[2011] 1re Civ., 25 octobre 1965, n° 64-12452, Bull., I, n° 565, p. 428. ; Dans cette décision la Cour de cassation française a confirmé implicitement la philosophie actuel (selon nous erronée) de la doctrine et la jurisprudence koweïtienne et égyptienne, que le juge des référés était compétent pour ordonner des mesures provisoires, ainsi que le juge du fond était compétent pour trancher le fond. V. *Supra,* p. 26-29.
[2012] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 433.
[2013] *Ibid.* ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile Koweïtien*, *op. cit.* p. 34. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit.*, n° 22, p. 45.
[2014] Com.K., 18 avril 1979, n° 1978/35.
[2015] Civ.É., 25 décembre 1976, n°1748/27.
[2016] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 67.

2 : Depuis le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971

En France, depuis le décret n° 71- 740 du 9 septembre 1971, les articles 73 à 80 ont remplacé les anciens articles 806 à 881 de l'ancien C.P.C.[2017]. L'absence de contestation sérieuse était exigée par l'art. 73 (dont la rédaction a été reprise par le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973, et par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975) celle-ci prévoit que : « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend »[2018]. Cette exigence textuelle, avec la disparition du texte, qui a interdit au juge des référés de préjudicier au principal, conduit au départ, à considérer l'absence de contestation sérieuse comme une condition de recevabilité complémentaire, posée par le législateur[2019].

En outre, la Cour de cassation française, pour affirmer qu'il ne s'agit ni de condition de compétence, ni de condition de recevabilité de la demande, a jugé que : « l'ordonnance par laquelle le juge des référés dit n'y avoir lieu à référé en raison de l'existence d'une contestation sérieuse, constitue **une décision sur le fond** même du référé »[2020]. Le fond du référé est la condition de la saisine du juge des référés[2021].

Aujourd'hui, on ne peut plus regarder l'absence de l'absence de contestation sérieuse comme une condition de recevabilité, puis qu'il ne s'agit pas *stricto sensu*, de l'une des conditions de l'action en référé. Mais d'une condition de la saisine du juge des référés comme celle de l'urgence dont le moyen est d'ordre public, comme nous allons le voir dans la mise en œuvre de cette condition.

b : La mise en œuvre de la condition de l'absence de contestation sérieuse

La mise en œuvre jurisprudentielle de la condition de l'absence de contestation sérieuse porte, d'une part, sur le régime du moyen de défense tiré de l'existence d'une contestation sérieuse (1). Et d'autre part, sur le contrôle de l'appréciation de l'existence ou de l'absence d'une contestation sérieuse par la Cour de cassation (2).

[2017] V. R. Perrot, « La compétence du juge des référés », *op. cit*., n° 3, p. 895.
[2018] L'art. 808 du C.P.C.
[2019] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 405, p. 333.
[2020] 2e Civ., 14 mai 2009, n° 07-21094, Bull., II, n° 127, p. 119, obs. R. Perrot, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 268.
[2021] V. *Supra.,* p. 302-303.

1 : Le moyen de défense tiré de l'existence d'une contestation sérieuse

Ici, les moyens allégués par les parties à l'instance visent, à contester la mesure qui est demandée[2022]. La Cour de cassation française, dans un arrêt rendu le 19 mars 1986, a fermement jugé que « le moyen tiré, devant le juge des référés, de l'existence d'une contestation sérieuse ne constitue pas une exception d'incompétence, mais concernait l'exercice de ses pouvoirs, par la juridiction des référés et pouvait être présentée en tout état de cause »[2023]. Par conséquent, il en résulte que les contestations relatives à la condition de contestation sérieuse, sont des moyens tirés d'une fin de non-recevoir, et non d'une exception d'incompétence du juge des référés. Laquelle exception, peut être soulevée en tout état de la cause[2024]. Il doit néanmoins être précisé que : « le moyen tiré de l'existence ou de l'absence d'une contestation sérieuse est mélangé de fait et de droit[2025]». C'est la raison pour laquelle, le défendeur ne peut soulever l'exception tirée de l'existence d'une contestation sérieuse, pour la première fois devant la Cour de cassation[2026]. Mais puisqu'il s'agit d'un moyen d'ordre public, le juge des référés est tenu de le soulever d'office, La Cour de cassation exerce un contrôle sur l'existence d'une contestation sérieuse[2027].

2 : Le contrôle par la Cour de cassation de l'existence ou de l'absence d'une contestation sérieuse

En effet, la contestation, qui peut faire obstacle au pouvoir juridictionnel du juge des référés, doit avoir un caractère sérieux[2028]. La détermination du caractère sérieux de la contestation appartient au pouvoir souverain d'appréciation du juge des référés. Cependant, son

---

[2022] Y. Strickler, « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *op. cit.*, comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.

[2023] 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, note S. Guinchard et T. Moussa, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56. ; Il a été jugé récemment qu' : « en statuant ainsi, alors que le moyen tiré de l'existence d'une contestation sérieuse ne constitue pas une exception de procédure, mais un moyen de nature à faire obstacle aux pouvoirs du juge des référés ». 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814, obs. Y. Strickler, *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 123. ; *RTD civ.*, 2017, p. 728, obs. N. Cayrol.

[2024] M. Bruschi, « Référé commercial », *op. cit.,* n° 155.

[2025] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 103. ; 2e Civ., 4 mars 1964, n° 63-10283, Bull., II, n° 203, p. 150.

[2026] 2e Civ., 4 mars 1964, n° 63-10283, Bull., II, n° 203, p. 150. ; S. Guinchard et T. Moussa, note sous 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56.

[2027] Il faut noter qu'au terme de l'art. 620 al. 2 du C.P.C. la Cour de cassation, « peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit ». Il en résulte qu'elle ne peut pas relevé d'office l'existence d'une contestation sérieuse, puisqu'il s'agit d'un moyen mélangé de fait et de droit.

[2028] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit*., t. III, n° 1277, p. 1075. ; A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 433. ; M. Ali Rateb, M. Kamal et M. Farouk Rateb, *La juridiction des référés, op. cit*., n° 22, p. 45. ; S. Mahmod, *Le procès en référé conformément au code de procédure civile Koweïtien*, *op. cit.* p. 34.

appréciation est garantie par l'obligation de motiver son ordonnance[2029]. Car, l'existence d'une contestation sérieuse est soumise au contrôle de la Cour de cassation française[2030], égyptienne[2031], ainsi que koweïtienne[2032]. Et le défaut de base légale de l'ordonnance, ne met pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur l'existence d'une contestation sérieuse[2033]. Si la Cour de cassation, observe que le juge des référés avait tranché une contestation sérieuse, comme celle relative à la nullité éventuelle d'un mandat[2034], elle casse cette décision[2035], puisque celui-ci avait excédé sa saisine.

Par ailleurs, la charge de la preuve de l'absence de toute contestation sérieuse, incombe au demandeur[2036]. En parallèle, il appartiendra au défendeur de prouver l'existence d'une contestation sérieuse[2037]. En outre, le juge des référés apprécie l'existence ou l'absence d'une contestation sérieuse, à la date de sa décision. À cet égard, la Cour de cassation française a jugé que : « l'existence d'une contestation sérieuse, de nature à affecter les pouvoirs du juge des référés d'ordonner une mesure, s'apprécie à la date de sa décision, laquelle, selon le cas, est seulement susceptible d'appel ou de pourvoi en cassation et ne relève pas du recours prévu par [l'art. 488 du C.P.C.] relatif aux pouvoir du juge des référés en cas de circonstances nouvelles »[2038].

Le juge des référés français qui a été saisi sur le fondement de l'art. 808 et estime que les mesures sollicitées se heurtent à une contestation sérieuse, peut, malgré tout, ordonner des mesures provisoires si celles-ci sont justifiée par l'existence d'un différend[2039].

Dans tous les cas d'urgence, le président du TGI peut ordonner en référé toute mesure

---

[2029] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 101s. ; Civ.É., 14 mars 1962, n° 272/32. ; Com.K., 8 mars 1978, n° 76/28.
[2030] Com., 10 juin 1976, n° 75-12917 Bull., IV, n° 189, p. 163. ; 3e Civ., 19 janvier 1977, n° 76-10319, Bull., III, n° 33, p. 26. ; Com., 6 mars 1985, n° 83-17039, Bull., IV, n° 91, p. 80. ; Com., 21 juin 1988, n° 86-16210, Bull., IV, n° 213, p. 146. ; 3e Civ., 10 février 1988, n° 86-18864, Bull., III, n° 34, p. 18.
[2031] Civ.É., 25 décembre 1976, n° 1748/27.
[2032] Com.K., 18 avril 1979, n° 1978/35.
[2033] 1re Civ., 30 janvier 1979, n° 77-13228, Bull., I, n° 39, p. 33. ; 1re Civ., 19 mai 1981, n° 80-11817, non publié au Bull. ; 3e Civ., 22 juin 1988, n° 86-19333, non publié au Bull.
[2034] M. Kebir, note sous 1re Civ., 6 juillet 2016, n° 15-18763, Bull., I, n° 152, p. 177, *Dalloz actualité*, 29 août 2016.
[2035] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit*., n° 541s.
[2036] J.-P. Rousse, « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés ; La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés », *op. cit.,* p. 838.
[2037] 1re Civ., 30 janvier 1979, n° 77-13228, Bull., I, n° 39, p. 33.
[2038] 3e Civ., 22 février 1983, n° 81-11440, Bull., III, n° 53, p. 43. ; 3e Civ., 25 novembre 1992, n° 90-21364, Bull., III, n° 310, p. 190. ; 3e Civ., 19 juillet 1995, n° 93-19451, Bull., III, n° 206, p. 173.
[2039] Soc., 7 juillet 1981, n° 81-60149, Bull., V., n° 665, p. 499.

provisoire ou que justifie l'existence d'un différend. « Le sérieux de la contestation émis n'est pas un obstacle à la saisine du juge des référés, mais une condition à apprécier. Et sa présence »[2040].

B : La contestation sérieuse, justifie la saisine du juge des référés

Il s'agit ici d'un cas particulier où la mesure est justifiée par l'existence d'un différend[2041]. Autrement dit, les moyens allégués par les parties à l'instance visent, à justifier la mesure qui est demandée[2042]. Ce cas est une ainsi particularité du droit français qui n'existe ni en droit koweïtien, ni en droit égyptien. Pays dans lesquels, en application des textes actuellement en vigueur, même dans l'hypothèse où la mesure sollicitée est justifiée par l'existence d'un différend, la contestation sérieuse fait toujours obstacle à l'intervention du juge des référés.

Ce système a été introduit en droit français par le décret n° 71- 740 du 9 septembre 1971, en particulier dans son art. 73 qui stipulait que « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». La doctrine française a marqué son désaccord avec cette solution juridique, au travers des analyses, des observations et des commentaires. Selon elle, la rédaction du texte est maladroite[2043], notamment sur le plan grammatical[2044]. Selon Monsieur le Doyen Wiederkehr, « la formule n'est pas d'une parfaite limpidité et paraît même contradictoire. Il faut comprendre qu'en principe la mesure peut être ordonnée seulement, si elle ne se heurte pas à une contestation sérieuse, mais que néanmoins, même en cas de contestation sérieuse, le juge peut ordonner des mesures, notamment conservatoires, si la situation l'impose »[2045].

[2040] Y. Strickler, obs. sous 2e Civ., 4 juin 2015, n° 14-13405, Bull., II, n° 146, p. 135, *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 254.

[2041] Le différend se définit comme un : « un conflit pendant entre les parties, quelles qu'en soient la nature, les modalités ou le degré d'avancement ». X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160 », *op. cit.*, n° 11. ; V. aussi M. Foulon et Y. Strickler, « Le référé-différend », *op. cit.*, p. 1277-1315.

[2042] Y. Strickler, « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *op. cit.,* comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.

[2043] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1278, p. 1078. ; M. Bruschi, « Référé commercial », *op. cit.,* n° 34.

[2044] V. R. Perrot, « La compétence du juge des référés », *op. cit.* n° 19, p. 898. V. aussi le commentaire de Perrot sous le texte de la contestation sérieuse du décret n° 71- 740 du 9 septembre 1971. *Supra,* p. 316, la note de bas de page n° 2009.

[2045] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 456.

En réalité, il ne s'agit pas de donner au juge des référés « le pouvoir d'ordonner toute mesure sans la moindre limitation, même si elle doit se heurter à une contestation sérieuse, dès lors que cette mesure est destinée à régler un différend entre les parties »[2046]. Mais d'autoriser au juge des référés, d'intervenir malgré l'existence d'une telle contestation, pour prendre toutes les mesures que justifie la situation litigieuse[2047], sans excéder son pouvoir juridictionnel[2048]. En clair, sans bien évidemment, trancher la contestation soulevée[2049], ou sans prendre une mesure si elle est sérieusement contestée[2050]. Cela a été affirmé par la Cour de cassation qui rappelle qu' « il résulte de l'art. 808 du C.P.C. que, dans tous les cas d'urgence le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse ordonner les mesures justifiées par l'existence d'un différend »[2051].

Puisque la juridiction des référés est une juridiction contentieuse, appliquant le principe du contradictoire, qui implique nécessairement l'existence d'un différend[2052]. Ainsi, pour atteindre la finalité de l'art. 808 du C.P.C., la Cour de cassation a reconnu au juge des référés, le pouvoir d'apprécier souverainement, la nécessité de la mesure sollicitée[2053]. Et « l'existence de contestation sérieuse [...], loin de constituer un obstacle, donne au contraire un fondement à la mesure provisoire litigieuse, prise par le juge des référés »[2054].

En définitive, l'art. 808 du C.P.C., permet non seulement au juge des référés de prendre des mesures provisoires, nonobstant l'existence d'une contestation sérieuse, mais, il lui interdit en outre, de rejeter la mesure sollicitée, sous prétexte qu'elle se heurterait à une telle contestation. Cette interdiction consiste à l'obliger à vérifier si la mesure sollicitée, n'est pas

---

[2046] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1278, p. 1078. ; Plusieurs décisions ont été rendues dans ce sens. V. par ex. TGI de Lyon, 16 octobre 1973, *D.*, 1974, Juris., p. 389. ; 2e Civ., 18 juillet 1984, n° 83-13225, Bull., II, n° 138, p. 97. ; 3e Civ., 22 mars 1995, n° 92-21269, Bull., III, n° 90, p. 60.
[2047] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 157.
[2048] 3e Civ., 25 janvier 1989, n° 87-15940, Bull., III, n° 22, p. 12.
[2049] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 155. ; V. M. Foulon et Y. Strickler, « Le référé-différend », *op. cit.*, p. 1279.
[2050] Soc., 4 mars 1987, n° 84-41052, Bull., V, n° 101, p. 65. ; V. M. Foulon et Y. Strickler, « Le référé-différend », *op. et loc. cit.*, p. 1279.
[2051] 1re Civ., 20 mars 1978, n° 77-10662, Bull., I, n° 116, p. 94. ; Dans le même sens :3e Civ., 20 novembre 1984, 83-10471, Bull., II, n° 194, p. 151. ; 1re Civ., 1 février 1983, n° 81-16815, Bull., I, n° 46, p. 40.
[2052] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. et loc. cit.* ; Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 158.
[2053] 1re Civ., 31 mars 1981, n° 80-12186, Bull., I, n° 113, p. 96. ; 2e Civ., 15 novembre 2007, n° 07-12304, Bull., II, n° 255, p. 213.
[2054] 1re Civ., 20 janvier 1976, n° 74-14753, Bull., I, n° 24, p. 18. ; V. Dans le même sens : 3e Civ., 14 décembre 1976, n° 75-15459, Bull., III, n° 464, p. 353.

justifiée par l'existence d'un différend[2055]. Cette obligation se déduit du fait qu'il s'agit ici d'une question de saisine, c'est-à-dire, d'une fin de non-recevoir, que le juge est tenu de relever d'office.

En résume, le juge des référés est dans l'obligation de vérifier si la mesure sollicitée, n'est pas justifiée par l'existence d'une contestation sérieuse. S'agissant, de moyen de même nature et faisant l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation, à l'aune de la méconnaissance de l'existence de l'urgence, ou de celle de la contestation sérieuse. Il s'agit ainsi de moyens identiques à celui tiré de la méconnaissance de la saisine du juge des référés français, selon l'art. 145 du C.P.C.

Sous-section 1 : Les mesures d'instruction *in futurum* (Le *référé-in futurum*)

Le référé-*in futurum* ou référé probatoire « permet d'obtenir du juge qu'avant tout litige, il ordonne une mesure d'administration de la preuve »[2056]. Ce chef de saisine du juge des référés, est prévu en droit français, par l'art. 145 du C.P.C. qui dispose que : « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Les droits, koweïtien et égyptien ne comportent pas de texte similaire. Mais il y existe des articles (les articles 96 et 133 du Code de la preuve égyptien, et 51 et 72 du Code de la preuve koweïtien), qui fondent la saisine du juge des référés, visant à obtenir deux types de mesures d'instruction *in futurum* (audition de témoignage et preuve de l'état de l'objet)[2057].

Toutefois, deux conditions découlent de l'art. 145 du C.P.C. : saisir le juge des référés avant tout procès (§1), et établir l'existence d'un motif légitime (§2). Il en résulte une l'autonomie de l'art. 145 du C.P.C., vis-à-vis des conditions comme l'absence de contestation

---

[2055] P. Estoup, *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, *op. cit.*, n° 77, p. 80. ; 2e Civ., 19 mai 1980, n° 78-15549 Bull., II, n° 120, p. 84. ; V. Dans le même sens : 1re Civ., 16 mars 1977, n° 76-10339, Bull., I, n° 142, p. 10. ; 3e Civ., 20 octobre 1976, n° 75-11905, Bull., III, n° 364, p. 276. ; 1re Civ., 26 juin 1974, n° 73-10658, Bull., I, n° 209, p. 180. ; 1re Civ., 16 juillet 1987, n° 85-16844, Bull., I, n° 229, p. 168. ; 2e Civ., 4 juin 2015, n° 14-13405, Bull., II, n° 146, p. 135, *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 254, obs. Y. Strickler.
[2056] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 456.
[2057] V. *Infra,* p. 325-326. ; *Supra,* p. 225-226.

sérieuse, et surtout celle de l'urgence. L'adoption par le juge des référés d'une mesure d'instruction *in futurum*, n'est donc soumise ni à l'une[2058], ni à l'autre[2059]. Elle est en outre : « indépendante des conditions d'application de l'art. 146 du même Code »[2060]. Alors qu'en droit koweïtien et égyptien, la condition de l'urgence est requise, en cas de saisine du juge des référés, en vue de prouver l'état de l'objet (l'art. 133 du Code de la preuve égyptien[2061], et l'art. 72 du Code de la preuve koweïtien[2062]) et pour audition de témoignage (art. 96 du Code de la preuve égyptien[2063], et art. 51 du Code de la preuve koweïtien[2064]).

§1 : La saisine avant tout procès

La saisine avant tout procès constitue une des condition de saisine le juge des référés sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C. Il convient à ce stade de tenter de cerner la notion de la saisine avant tout procès (A). D'autant plus qu'à l'examen le moment de l'appréciation de la saisine avant tout procès (B).

A : La notion de la saisine avant tout procès

Cerner la notion, c'est d'abord tenter de la définir (a) , avant d'en analyser la nature juridique (b).

a : La signification de l'expression de « saisine avant tout procès »

L'art. 145 du C.P.C., exige que la saisine du juge des référés, ait lieu avant tout procès. Il se pose dès lors la question de savoir ce que la loi entend par l'expression « avant tout procès ». L'art. 145 vise-il le procès au fond ou le référé ? Autrement dit, la demande d'une

---

[2058] Ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11814, Bull., Ch. mixte, n° 2, p. 3. ; J. Normand, « Le référé de l'article 145 », *RTD civ.*, 1983, p. -783-784.
[2059] 1re Civ., 9 février 1983, n° 81-16184, Bull., I, n° 56, p. 49, *Gaz. Pal.* 1983, Pan., p. 178, obs. S. Guinchard. ; Com., 25 octobre 1983, n° 82-13595 et n° 82-13596, Bull., IV, n° 275, p. 237.
[2060] TGI de Pais, 5 juin 1991, *Gaz. Pal.*, 1991, 2e sem., somm., p. 432.
[2061] M. Amber, *Le précis de la juridiction des référés, op. cit.*, n° 127, p. 107.
[2062] F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 148-152. ; T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 386-389.
[2063] TI du Caire, chambre des référés, 20 février 1980, n° 336/1980. ; TI du Caire, chambre des référés, 20 mars 1980, n° 497/1980. ; TI du Caire, chambre des référés, 24 avril 1981, n° 142/1979. ; M. Harjah, *Dispositions et opinions sur la juridiction des référés, op. cit.*, p. 40.
[2064] F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 157. ; T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 376.

mesure d'instruction préventive est-elle recevable si elle a été introduite après qu'une action en référé a déjà été engagée[2065] ?

L'on se doit répondre par l'affirmative. Tout en soulignant que l'art. 145 du C.P.C. emploie l'expression « avant tout procès » sans préciser s'il s'agit d'un procès au fond ou en référé ? Une partie de la doctrine française s'était attaché au sens strict de l'expression « avant tout procès », sans distinguer là encore référé et fond[2066]. Pour la Cour de cassation française l'expression « avant tout procès » ne vise que le procès au fond[2067]. Nous souscrivons à cette analyse. Il en résulte que « seule une action au fond peut faire obstacle à l'application de [l'art.] 145, pas une action en référé »[2068].

Alors qu'en droit koweïtien et en droit égyptien, il n'y a pas de condition de saisine du juge des référés avant tout procès, en vue d'obtenir une mesure d'instruction. Sauf en matière d'actions préparatoires, où le juge des référés au Koweït et en Égypte, est saisi avant tout les procès du fond. Comme dans le cas pour les actions en témoignage (art. 96 du Code de la preuve égyptien, et. 51 du Code de la preuve koweïtien), et les actions visant à prouver l'état de l'objet (art. 133 du Code de la preuve, égyptien, et. 72 du Code de la preuve koweïtien). À titre d'illustration, la Cour de cassation koweïtienne a jugé que « la finalité de l'action visant à prouver l'état de l'objet tel que le prévoit l'art. 72 du Code de la preuve koweïtien, est de préparer une preuve ou de sauvegarder l'état d'un objet, qui pourra dans le futur faire l'objet

---

[2065] Logiquement, le juge des référés ne peut être saisi sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C., s'il a été déjà statué sur le même fondement. Cette décision a l'autorité de chose jugé au provisoire (se pose un tribale identité de cause, d'objet et des parties), sauf en cas de circonstances nouvelles. M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. cit.*, p. 320. ; *Infra,* p. 326-328.

[2066] F. Bussy, note sous TGI Nanterre, 10 mars 1997, *D.*, 1997, juris., n° 8, p. 451-452. Madame Bussy, affirme que « Dans la mesure où le juge des référés avait initialement été saisi sur le fondement de l'art. 808 NCPC, il faut, à notre avis, en déduire que, dès la date de sa saisine, un procès avait été engagé. Il existe une incompatibilité entre le référé de l'art. 808 et le référé de l'art. 145 puisque l'introduction du premier donne naissance à un procès, alors que le second suppose l'absence de procès en cours. Ces deux texte ne peuvent, en conséquence, être concurremment invoqués, l'un devant nécessairement présenter un caractère subsidiaire par rapport à l'autre. Le juge des référés aurait donc pu relever, au soutien de sa décision, qu'il n'y a avait pas lieu à examen de la demande sur le fondement de l'art. 145 dès lors qu'il avait préalablement été saisi d'un litige né et actuel sur le fondement de l'art. 808 ».

[2067] 3e Civ., 9 décembre 1986, *JCP*, 1987, IV, p. 62. La Cour de cassation a jugé dans cet arrêt que : « la mesure d'instruction prévue par l'article 145 du nouveau Code de procédure civile s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ne peut être ordonnée en référé que si le juge du fond n'est pas saisi du procès en vue duquel elle a été sollicitée ». ; V. également, 2e Civ., 17 juin 1998,n° 95-10563, Bull., II, n° 200, p. 118.

[2068] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit.*, n° 456.

d'un litige au fond »[2069]. On peut déduire de cette jurisprudence, que la saisine du juge des référés au Koweït sur le fondement l'art. 72 du Code de la preuve koweïtien, peut avoir lieu, avant la saisine du juge du fond pour lequel l'action visant à prouver l'état de l'objet est sollicitée. Mais, en pratique, en droit koweïtien et égyptien, la saisine du juge du fond n'empêche pas les parties de s'adresser parallèlement au juge des référés[2070]. Y compris les demande tendant à prouver l'état de l'objet sur le fondement l'art. 72 du Code de la preuve koweïtien[2071] et l'art. 133 du Code de la preuve, égyptien[2072]. En revanche, concernant l'action en audition d'un témoignage (art. 96 du Code de la preuve égyptien, et art. 51 du Code de la preuve koweïtien) les doctrines et égyptienne[2073] et koweïtienne[2074] sont d'avis qu'il ne faut pas qu'il y'ait procès au fond ayant pour objet la demande d'audition d'un témoignage.

Il reste en outre à s'interroger si les expressions « action au fond » ou « un procès au fond » ont ou non, une portée générale ? Autrement dit, visent-elles tous les procès au fond ? La réponse doit être nuancée, puisqu'elle comporte deux aspects ; D'une part, cette condition « s'apprécie par rapport au procès au fond pour lequel la mesure d'instruction *in futurum* est sollicitée »[2075]. Il suppose qu'il existe un lien entre la mesure d'instruction *in futurum* sollicitée, et le futur procès au fond qui ne doit pas s'être tenu. C'est-à-dire, il faut une identité absolue de cause et de parties[2076], ainsi qu'une identité partielle d'objet[2077] entre l'action en référé (la demande d'une mesure d'instruction *in futurum*) et l'action au fond.

D'autre part, toute les actions au fond (ayant pour objet de trancher définitivement litige) font obstacle à la saisine du juge des référés sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C., y compris

---

[2069] Com.K., 26 janvier 2004, n° 385/2001. ; Com.K., 22 janvier 2008, n° 297/2006, 311/2006 et 337/2006. ; Com.K., 24 décembre 2009, n° 1415/2008.
[2070] A. Abdulfattah et M. Alanzi, *Les procédures civiles koweitiennes*, t. I, *op. cit.*, p. 415. ; V. *Supra,* p. 101-103.
[2071] F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 152.
[2072] M. Amber, *Le précis de la juridiction des référés, op. cit.*, n° 127, p. 109.
[2073] M. Harjah, *Dispositions et opinions sur la juridiction des référés, op. cit.*, p. 32. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 331.
[2074] F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 157. ; T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 376.
[2075] I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum, op. cit.*, n° 80, p. 54 et n° 89-98, p. 58-64. ; V. 3e Civ., 9 décembre 1986, *JCP*, 1987, IV, p. 62. 2e Civ., 20 juillet 1993, 91-22098, Non publié au Bull. La Cour de cassation française a jugé que : « Les dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile ne sont pas applicables lorsque le juge du fond est saisi de l'affaire pour laquelle la mesure d'instruction est sollicitée ».
[2076] Dans le même sens : V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.,* n° 2143, p. 1386. ; V. aussi, sur la nécessité d'identité absolu de cause et des parties 2e Civ., 1er juillet 1992, n° 91-10128, Bull., II, n° 189, p. 94.
[2077] Sur la nécessité d'identité de cause et de l'objet, V. Com., 16 avril 1991, n° 89-14237, Bull., IV, n° 144, p. 103, *RTD civ.,* 1991, p. 800, obs. R. Perrot.

les actions au fond devant les juridictions étrangères[2078], ou même la saisine du juge de l'exécution[2079] ou d'une juridiction pénale de jugement[2080]. Ainsi la saisine d'une juridiction arbitrale.

Malgré le fait que « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir reconnu au juge des référés par l'article 145 du nouveau code de procédure civile d'ordonner, avant toute saisine de la juridiction compétente, les mesures d'instruction légalement admissibles s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre l'issue du litige »[2081]. Mais dès l'instant où le tribunal arbitral est saisi, le juge des référés ne peut être saisi sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C. « Il en résulte naturellement que la demande ne peut être formulée qu'avant la saisine du tribunal arbitral »[2082]. En conséquence, la saisine de la juridiction arbitrale, fait obstacle au pouvoir du juge des référés d'ordonner, sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C., toutes les mesures d'instruction *in futurum*[2083]. Il en va autrement concernant les procédures de médiation ou conciliation. En raison du fait que l'arbitrage est un mode de règlement des conflits concurrent de ces deux dernières.

Le référé probatoire fondé sur l'art. 145 du C.P.C. demeure possible même si la

---

[2078] Il faut noter que les juridictions françaises sont compétences et peuvent être saisi sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C., « dès lors que leur saisine correspond à une bonne administration de la justice et ne préjudicie pas aux droits des parties ». S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.,* n° 1891, p. 1356. ; V. Com., 1re juillet 1980, n° 79-12106, Bull., IV., n° 284, p. 232. ; 2e Civ., n° 75-13429 et n° 75-14091, Bull., II, n° 330, 258.

[2079] Jugé très récemment par la Cour de cassation française que : « Attendu, d'abord, qu'une instance en liquidation d'une astreinte pendante devant un juge de l'exécution fait obstacle à ce qu'une partie saisisse un juge des référés, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, pour solliciter une mesure d'instruction destinée à établir la preuve de faits dont pourrait dépendre l'issue du litige pendant devant le juge de l'exécution ; Et attendu, ensuite, qu'ayant retenu que l'instance en liquidation de l'astreinte faisait obstacle à ce que l'expertise sollicitée soit ordonnée en référé, c'est sans priver sa décision de base légale ni violer les articles 1355 du code civil et 480 du code de procédure civile que la cour d'appel a statué comme elle l'a fait ». 2e Civ., 21 mars 2019, n° 18-10019, Bull., II, *D.*, 2019, p. 648.

[2080] M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. cit.*, p. 320.

[2081] 3e Civ., 20 décembre 1982, n° 81-15746, Bull., III, n° 260, p. 195. ; Dans le même sens : V. 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 92-20496, Bull., II, n° 235, p. 137. ; 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 92-20265, Non publié au Bull. ; Il en est de même en cas de l'existence d'une clause de conciliation préalable. 3e Civ., 28 mars 2007, n° 06-13209, Bull., III, n° 43, p. 37, *Rev. Procédures*, 2007, comm. n° 104, obs. R. Perrot. ; *JCP*, 2007, I., n° 200, §n° 9, obs. Y.-M. Serinet. ; *RTD civ.,* 2007, p. 807, obs. Ph. Théry.

[2082] J.-C. Dubarry et É. Loquin, « Clause compromissoire. Absence de saisine du tribunal arbitral, Juge des référés. Mesures d'instruction in *futurum,* Art. 145 NCPC, Compétence », *op. cit.*, p. 664. ; V. également N. Cayrol, « Référé civil », *op. cit.,* n° 118.

[2083] 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 92-20496, Bull., II, n° 235, p. 137. ; 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 92-20265, Non publié au Bull. ; 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 93-11006, Non publié au Bull.

médiation ou la conciliation sont commencées[2084].

En résumé, une mesure d'instruction *in futurum* ne peut être demandée en référé « que si le juge du fond n'a pas déjà été saisi[2085] : dès que l'affaire a été portée devant le juge du fond, c'est à lui qu'il appartient d'apprécier s'il y lieu d'ordonner une mesure d'instruction »[2086].

L'étude de la nature juridique de la condition de la saisine avant tout procès, pourrait ainsi clarifier sa notion.

b : La nature juridique de la condition de la saisine avant tout procès

En ce qui concerne la nature juridique de la condition de l'absence d'instance au fond, dans les actions préparatoires, en droit koweïtien et égyptien, nous n'avons trouvé ni de doctrine et ni de jurisprudence ayant traité ce sujet. Alors qu'en droit français, l'expression « avant tout procès » tirée de l'art. 145 du C.P.C. constitue aujourd'hui une condition à part entière de saisine du juge des référés[2087]. Cette qualification apporte les effets d'un moyen d'ordre public, comme les autres conditions de saisine du juge des référés[2088]. S'agissant d'une fin de non-recevoir d'ordre public (l'art. 125 du C.P.C.).

Au surplus, il nous semble utile de rapporter ici l'existence d'autres points de vue très intéressants. Ainsi, Madame Després, écrit dans sa thèse que, puisque l'on considère qu'une fois l'instance au principal engagée, la demande d'une mesure d'instruction ne doit pas s'adresser au juge des référés, mais au juge du fond. Il s'agit alors d'une question de compétence temporelle[2089]. Selon elle « la fonction répartitrice de la règle de compétence qui est en cause ici ne repose pas, comme d'habitude, sur la matière du litige ou sur sa location dans l'espace,

---

[2084] Ph. Théry, « Mesures d'instruction *in futurum* et clause de conciliation préalable : une question de chronologie », *RTD civ.,* 2007, p. 807. ; N. Fricero, « Stratégie probatoire et perspective d'un procès », in. Jean Foyer*, In memoriam,* Paris, Litec, LexisNexis, 2010, n° 5, p. 115.

[2085] Par ex. les dispositions des articles 822 et suivants du C. civ. ne font pas obstacle à la saisine du juge des référés, dès lors que celui-ci a été saisi avant l'engagement de l'action en partage, pour ordonner une mesure d'instruction en application de l'art. 145 du C.P.C. 2e Civ., 18 septembre 2008, n° 07-18972, Bull., II, n° 200, p. 163.

[2086] R. Perrot, obs. sous 3e Civ., 13 février 2002, n° 00-11101, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2002, comm. n° 87. ; V. également, 2e Civ., 23 septembre 2004, n° 02-16459, Bull., II, n° 421, p. 356. La Cour de cassation française a jugé que : « alors qu'elle avait relevé qu'une contre-expertise avait été ordonnée par la juridiction saisie de l'instance au fond, de sorte qu'il ne lui appartenait pas en référé, d'étendre la nouvelle décision d'expertise, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

[2087] V. I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum, op. cit.,* n° 27, p. 24.

[2088] V. *Infra,* p. 364. ; *Supra,* p. 310-311.

[2089] V. I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum, op. cit.,* n° 76, p. 51-52.

mais sur sa localisation dans le temps. Il ne s'agit donc pas de compétence d'attribution ou territoriale, mais de compétence temporelle : avant tout procès, il convient de s'adresser au juge du provisoire sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile pour obtenir une mesure d'instruction *in futurum* ; une fois le procès principal engagé, la compétence pour ordonner des mesures d'instruction incidentes appartient en principe au juge du fond »[2090]. Concernant la condition du défaut de saisine du juge du fond pour l'action en audition d'un témoignage Il en sera de même (s'agissant d'une question de compétence) pour la doctrine égyptienne[2091] et koweïtienne[2092].

Ces points de vue nous paraissent très contestables, pour plusieurs raisonne ; D'abord, s'il s'agit d'une question de compétence temporelle « on semble être en présence d'un conflit de compétence entre le juge du provisoire et le juge du fond. C'est là, en réalité, une apparence trompeuse »[2093]. Un conflit de compétence suppose une hésitation entre deux juridictions devant lesquelles la même demande pourrait être réitérée de façon identique en vue d'un même résultat[2094]. « Il leur suppose donc un pouvoir juridictionnel identique »[2095]. Tel n'est pas le cas, il ne s'agit alors pas d'une question de répartition de compétence mais de répartition des pouvoirs entre juge des référés et juge du fond.

Ensuite, à cadre d'analyse constant (question de la compétence temporelle), le moyen de la défense sera une exception d'incompétence, qui doit être soulevée par le défendeur avant les autres exceptions de procédure et défense au fond ou fin de non-recevoir. Tel ne serait pas le cas, s'il s'agissait en effet d'une fin de non-recevoir. À cet égard, la Cour de cassation française a jugé que : « l'absence d'instance au fond qui constitue une condition de recevabilité de la demande formée en application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile doit s'apprécier à la date de saisine du juge »[2096].

[2090] *Ibid.*
[2091] M. Harjah, *Dispositions et opinions sur la juridiction des référés, op. cit.*, p. 32. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 331.
[2092] F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 157. ; T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 376.
[2093] J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.*, p. 782.
[2094] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. II, *op. cit.*, n° 630, p. 681.
[2095] J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *op. cit.,* p. 782 . ; Dans le même sens : X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, *op. cit.*, n° 4, p. 9.
[2096] 2e Civ., 28 juin 2006, n° 05-19283, Bull., II, n°173, p. 166, *Dr. et proc*., 2006, p. 344, note E. Putman. ; 2e Civ., 8 février 2007, n° 06-10051, Non publié au Bull. ; 2e Civ., 8 mars 2007, n° 06-12402, Non publié au Bull. 2e Civ., 5 juin 2014, n° 13-19967, Bull., II, n° 128, p. 117.; Dans le même sens : 3e Civ., 18 décembre 2002, n° 01-14202, Bull., III, n° 271, p. 234.

Enfin, concernant l'office du juge des référés, en l'absence d'instance au fond (qui constitue par ailleurs pour nous une condition de saisine du juge des référés), le moyen de défense sera alors une fin de non-recevoir d'ordre public. Qui peut, au terme de l'art. 125 du C.P.C. être soulevée d'office par le juge des référés. Il convient de rappeler que le moyen tiré de l'obligation d'effectuer la saisine avant tout procès ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation[2097].

En bref, selon nous, même dans le système koweïtien et égyptien, la nature processuelle de la condition de la saisine avant tout procès, n'est plus exigée, ni comme condition de compétence, ni comme condition de recevabilité de la demande en référé. Mais comme une simple condition de saisine du juge des référés.

Il convient à présent de s'intéresser à la date d'appréciation de la saisine avant tout procès.

B : La date d'appréciation de la saisine avant tout procès

En ce qui concerne le moment d'appréciation de la condition de la saisine avant tout procès, deux questions se posent ; D'abord, « faut-il se référer à la date de saisine du juge, ou à celle du prononcé de sa décision ? »[2098]. Ensuite, comment articuler la chronologie entre la saisine du juge des référés et celle du fond ?

Face à cette question, la jurisprudence française est restée longtemps incertaine[2099]. Certains arrêts avaient fixé la date de la saisine, au jour où le juge des référés statue, en jugeant que : « viole l'article 145 du nouveau C.P.C., la Cour d'appel qui, statuant en référé, accueille une demande d'expertise fondée sur ce texte, après avoir constaté qu'à la date où elle ordonnait la mesure sollicitée, le juge du fond avait déjà été saisi du procès en vue duquel l'expertise avait

[2097] 1re Civ., 21 juillet 1987, n° 85-16436, Bull, I, n° 248, p. 181. La Cour de cassation française a jugé dans cet arrêt que : « mais attendu, d'abord, que le ministre des postes et télécommunications n'a jamais soutenu dans ses conclusions d'appel qu'un procès au fond étant engagé, il ne pouvait y avoir lieu à application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile ; qu'il est donc irrecevable à le faire pour la première fois devant la Cour de cassation ».
[2098] I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum, op. cit.,* n° 58, p. 42.
[2099] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit*., n° 455.

été sollicitée »[2100]. La Cour de cassation française dans autres arrêts a retenu comme critère la circonstance qu'un procès au fond a été ou non engagé, sans se référer au à la date de saisine du juge ou à la date du prononcé de sa décision[2101]. Il en est de même pour la doctrine koweïtienne[2102] et égyptienne[2103] concernant l'action en audition d'un témoignage sur le fondement de l'art. 51 du Code de la preuve koweïtien et de l'art. 96 du Code de la preuve égyptien (sur ce point, les jurisprudences koweïtienne et égyptienne ne sont pas fixées). Mais la recevabilité de la demande d'une mesure d'instruction *in futurum*, ne peut dépendre de circonstances postérieures à la saisine du juge des référés et par conséquent, le rendre sans objet[2104]. Comment dans ces conditions, résoudre le problème de la chronologie entre la saisine du juge des référés et celui du fond ? « Que faire si le juge du fond est saisi *après* le juge des référés mais alors que celui-ci n'a pas encore statué sur la demande de mesure d'instruction ? »[2105]. Le juge des référés devra-t-il statuer au motif qu'il a été saisi avant le juge du fond ? ou au contraire sera-t-il contraint de rejeter la demande pour irrecevabilité, le juge du fond, ayant été saisi avant lui ?[2106]. Aujourd'hui, pour la Cour de cassation française la saisine postérieure du juge du fond ne saurait faire obstacle au pouvoir du juge des référés déjà saisi sur le fondement de l'art. 145. Cette condition devant s'apprécier à la date de saisine du juge des référés[2107].

Mais si le juge du fond a été saisi, le même jour que le juge des référés, cette saisine fait-elle obstacle au pouvoir du juge des référés, même si ce dernier a été saisi antérieurement?

[2100] Com., 15 novembre 1983, n° 82-14738, Bull., IV, n° 307, p. 267. ; 2e Civ., 21 octobre 1992, n° 91-10708 et n° 91-10709, Bull., II, n° 246, p. 122. ; TGI Nanterre, 10 mars 1997, *D.*, 1997, juris., p. 449, note F. Bussy. ; V. également I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum, op. cit.,* n° 58-80, p. 42-54.

[2101] Elle a jugé que : « dès lors qu'un procès est déjà engagé, les mesures d'instruction légalement admissibles, destinées à conserver ou à établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, ne peuvent plus être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé ». 2e Civ., avril 1990, n° 88-20014, Bull., II, n° 69, p. 37.

[2102] F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 157. ; T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 376.

[2103] M. Harjah, *Dispositions et opinions sur la juridiction des référés, op. cit.*, p. 32. ; M. Abdaltawb, *Le précis de la juridiction des référés*, *op. cit.,* p. 331.

[2104] 2e Civ., 7 octobre 1987, n° 86-13290, Bull., II, n° 183, p. 104, *Gaz. Pal.,* 1988, 1er sem., Somm., p. 150, obs. H. Croze et Ch. Morel.

[2105] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit.*, n° 455.

[2106] *Ibid.*

[2107] 2e Civ., 28 juin 2006, n° 05-19283, Bull., II, n°173, p. 166, *Dr. et proc.*, 2006, p. 344, note E. Putman. ; 2e Civ., 8 février 2007, n° 06-10051, Non publié au Bull. ; 2e Civ., 8 mars 2007, n° 06-12402, Non publié au Bull. ; 2e Civ., 5 juin 2014, n°13-19967, Bull., II, n° 128, p. 117. Il a été jugé par le Cour de cassation « Qu'en statuant ainsi, alors que l'absence d'instance au fond qui constitue une condition de recevabilité de la demande formée en application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile doit s'apprécier à la date de saisine du juge ». ; Dans le même sens : 3e Civ., 18 décembre 2002, n° 01-14202, Bull., III, n° 271, p. 234. ; Soc., 1 février 2017, n° 15-27043, Non publié au Bull.

Autrement dit, à quel moment faut-il considérer que le juge du fond a été saisi ? Cette question n'est pas qu'hypothétique. Car la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel ayant retenu : « que le juge du fond a été saisi à la même date que le juge des référés et que la demande d'expertise formée devant ce magistrat n'a pas été faite "avant tout procès" ». La Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif qu'en : « statuant ainsi, sans rechercher à quelle date la copie de chacune des assignations avait été remise au secrétariat-greffe des juridictions respectives, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef »[2108]. La solution est simple et soulignée par Perrot : « toutes les fois qu'il y a lieu de fixer l'antériorité d'une assignation par rapport à une autre, c'est à la date de son dépôt au greffe qu'il faut se placer »[2109].

Il se pose en outre la question de la recevabilité d'une demande d'instruction *in futurum*, auprès du juge des référés, alors qu'une action au fond est pendante. Et qu'au surplus, en vue de voir satisfaites des prétentions différentes de celles examinées par le juge du fond. Ou visant des personnes autres que les parties impliquées dans le procès au fond en cours à la date de la saisine du juge des référés[2110]. En clair, s'agit-il du même procès, ou l'action en référé est-elle un prétexte pour obtenir des mesures étrangères au litige pendant au fond ? La réponse à cette question dépend de la mise en œuvre des critères de litispendance, de connexité, et d'autorité de chose jugée. Il n'y aura litispendance qu'en cas d'identité absolue d'objet et de la demande en référé et au fond[2111]. Ce n'est ici pas le cas comme nous l'avons souligné[2112]. La jurisprudence française a de longue date posé la règle selon laquelle qu'en de saisine du juge du fond « le juge des référés [devait] renvoyer les parties devant les juges déjà saisis de la demande principale »[2113].

Le critère de connexité entre les demandes actuelles et celles, éventuelles a été développé par un auteur[2114] et interdit de faire des demandes nouvelles sur la base des mêmes

---

[2108] 3e Civ., 13 février 2002, n° 00-11101, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2002, comm. 87, obs. R. Perrot.
[2109] R. Perrot obs. sous 3e Civ., 13 février 2002, n° 00-11101, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2002, comm. n° 87.
[2110] 2e Civ., 19 février 2015, n° 14-12280, Bull., II, n° 39, p. 34, *D.*, 2016, p. 167, obs. J.-D. Bretzner. La Cour de cassation française a jugé dans cet arrêt que : « Mais attendu qu'ayant constaté que l'action en cours à la date de la saisine du juge des référés portait sur le droit de M. X... à occuper la parcelle en cause, la cour d'appel a ainsi fait ressortir, répondant par là-même aux conclusions de la commune, que l'expertise sollicitée en vue d'une éventuelle indemnisation des aménagements effectués sur ladite parcelle n'était pas demandée en considération de cette action ».
[2111] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire, op. cit.*, p. 20.
[2112] V. *Supra,* p. 23.
[2113] Req., 17 décembre 1860*, DP*, 1861, 1, p. 299.
[2114] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit.*, n° 457.

faits. Que celles-ci soient des demandes reconventionnelles, additionnelles, voire en intervention. La connexité suppose : « que si une première instance est déjà engagée entre plusieurs parties, aucune de ces dernières ne peut plus solliciter de mesures d'instruction à futur en prévision d'une demande additionnelle ou reconventionnelle, voire en intervention, qu'elle envisagerait de former contre tout ou partie des autres sur la base des mêmes faits »[2115]. Il semble que l'hypothèse posée corresponde à cette situation. Dès lors, une action en référé postérieure à l'action au fond en cours sur la base des mêmes faits, ne saurait échapper à l'irrecevabilité.

Enfin s'agissant du critère de l'autorité de chose jugée : « qui requiert une triple identité de parties, de cause et d'objet entre les prétentions actuelles et éventuelles »[2116]. Il n'est ici pas applicable, puisque le procès au fond est pendant. Ce dernier critère suffit d'«établir la comparaison entre le procès pendant et le procès futur »[2117]. Il n'y aura d'autorité de chose jugée que quand le procès sera achevé, c'est-à-dire, lorsque la juridiction du fond a déjà statué[2118].

De fait, une demande de mesure d'instruction préventive est irrecevable, jusqu'à la fin du procès au fond, y compris lorsque la juridiction de fond évalue elle-même le préjudice d'une partie[2119]. « Il ne s'agissait plus comme il est habituel de vérifier si une demande au fond n'avait pas encore été engagée, mais si au contraire l'instance au fond avait ou non été éteinte »[2120]. La demande d'expertise à futur ne sera pas recevable dès lors que « la juridiction de jugement restait saisie d'une demande qu'elle n'avait pas tranchée »[2121].

La saisine du juge des référés sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C., n'exige pas seulement que la saisine ait lieu avant tout procès, mais aussi qu'elle soit justifiée, par un motif légitime.

[2115] J. Normand, « Les limites du référé probatoire », *RTD civ*., 1990, p. 138.
[2116] N. Cayrol, « référé civile », *op. et loc. cit*.
[2117] I. Després, *Les mesures d'instruction in futurum, op. cit.,* n° 97, p. 63-64.
[2118] M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. cit.*, p. 321. ; 1re Civ., 29 avril 1985, n° 84-10401, Bull., I, n° 131, p. 122.
[2119] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit*., n° 458.
[2120] R. Perrot, obs. sous 2e Civ., 30 avril 2009, n° 08-13641, Bull., II, n° 106, p. 100, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 225.
[2121] 2e Civ., 30 avril 2009, n° 08-13641, Bull., II, n° 106, p. 100, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 225, obs. R. Perrot.

§ 2 : L'existence d'un motif légitime

La nécessité de l'existence d'un motif légitime nous conduira d'abord à cerner la notion de motif légitime (A) , et ensuite à étudier le contrôle dont elle est l'objet de la part la cour de cassation (B).

A : La notion de motif légitime

« Historiquement, les mesures d'instruction *in futurum* sont nées, de fait, des situations où il est urgent de conserver une preuve afin de la soustraire aux manœuvres d'un adversaire »[2122]. Le besoin de conserver les faits pour éviter « le risque de dépérissement des preuves est un motif légitime »[2123]. En France[2124] et actuellement au Koweït[2125] et en Égypte[2126], Le risque de déperdition des preuves est une condition nécessaire pour les expertises à futur. L'urgence était aussi une condition additionnelle qui « sans laquelle la mesure n'aurait pu, à l'époque [(en France et actuellement au Koweït et en Égypte)], être ordonnée »[2127]. Mais ce n'est plus une condition rédhibitoire née de l'art. 145[2128]. Il en résulte que la notion de motif légitime ne se réduit pas à l'urgence[2129], et ne l'implique pas nécessairement. L'urgence n'est donc, en principe[2130], plus une condition du référé *in futurum*[2131].

[2122] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.,* n° 1888, p. 1354.
[2123] M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. cit.*, p. 322.
[2124] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, n° 236, p. 213-214.
[2125] M. Amber, *Le précis de la juridiction des référés, op. cit.*, n° 127, p. 107.
[2126] F. Almarshad et M. Shâban, *L'instance en référé, op. cit.*, p. 148-152. ; T. Rizk, *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, *op. cit.*, p. 386-389.
[2127] J. Normand, « Le référé de l'article 145 », *op. cit.*, p. 785.
[2128] *Ibid*.
[2129] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. et loc. cit*.
[2130] Selon Monsieur Strickler, « si l'affaire suppose une appréciation de la recevabilité de la preuve ou est soumise à des conditions préalables, le juge des référés devrait parfaitement pouvoir apprécier cette recevabilité au vu de l'article 808 puis statuer sur la mesure d'expertise au vu de l'article 145 (ce qui impose : urgence + absence de contestation sérieuse + motif légitime) ; pour les autres affaires, la mesure devrait être uniquement liée à l'existence d'un motif légitime à la demande probatoire ». Y. Strickler, « Référé de l'article 145 du Code de procédure civile - Examen comparé des sangs et expertise génétique », obs. sous 1re Civ., 12 juin 2018, n° 17-16793, Bull., I, *Rev. Procédures,* 2018, comm. n° 245.
[2131] J. Normand, « Le référé de l'article 145 », *op. et loc. cit.* ; 1re Civ., 9 février 1983, n° 81-16184, Bull., I, n° 56, p. 49, *Gaz. Pal.* 1983, Pan., p. 178, obs. S. Guinchard. ; Com., 25 octobre 1983, n° 82-13595 et n° 82-13596, Bull., IV, n° 275, p. 237. ; Il en est de même pour les mesures d'instruction ordonnées sur requête sur le fondement de l'art. 145 du C.P.C. : V. 2e Civ., 15 janvier 2009, n° 08-10771, Bull., II, n° 15, p. 14, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 72, obs. R. Perrot. ; 2e Civ., 10 novembre 2010, n° 09-71674, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2011, comm. n° 9, obs. R. Perrot.

L'art. 145 du C.P.C. exige l'existence d'un motif légitime pour la conservation ou l'établissement d'une preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un futur litige[2132]. Cela signifie que « le motif légitime suppose qu'un lien suffisant se dessine entre la mesure sollicitée et le procès futur, et qu'il y ait un intérêt probatoire à la mesure sollicitée »[2133]. La notion de motif légitime, est appliquée de manière extensive par les juges. Lesquels disposaient déjà du pouvoir souverain d'appréciation du cette notion[2134].

Le caractère très large de la notion de motif légitime suscite toutefois des difficultés[2135], qui rend nécessaire une définition plus claire de ladite notion. Mais est-il possible de définir le motif légitime ? Selon une partie de la doctrine française, le motif légitime est l'intérêt légitime, qui résulte de la finalité de l'art. 145 du C.P.C.[2136]. sur le plan terminologique le « motif » est synonyme du « cause »[2137] , ou de « raison, fin »[2138]. Il signifie : tout ce qui peut aider à parvenir à un but précis[2139]. Un motif est qualifié de « légitime », lorsque « fondé en droit »[2140]. Cela impose qu'il ne soit pas illicite ni caractérisé par un moyen de preuve illicite[2141]. En résumé, tout comme l'intérêt légitime[2142], pour qu'un motif soit vu comme légitime, il ne doit être contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Il doit, en outre, avoir une apparence de sérieux en lien avec le procès futur[2143].

Au total, il nous apparaît très ardu de définir de manière précise la notion de motif légitime, il reste donc à tenter de caractériser, si tant est qu'il soit possible de le faire. Ainsi, le motif légitime « peut consister en l'intérêt qu'a une partie, pour des raisons morales ou pécuniaires, de gagner un futur procès, ou même d'éviter un procès en disposant de moyens de

---

[2132] Cela ne signifie pas l'absence de conflit d'intérêts. Le juge des référés est tenu « de vérifier l'existence d'un litige potentiel ». N. Fricero, « Stratégie probatoire et perspective d'un procès », *op. cit.*, n° 6, p. 115.
[2133] Y. Strickler, obs. sous 2e Civ., 3 septembre 2015, n° 14-20453, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 317.
[2134] S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne, op. cit.,* n° 1887, p. 1352-1253.
[2135] R. Perrot, obs. sous Com., 14 février 2012, n° 11-12833, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 109.
[2136] J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* n° 423, p. 345.
[2137] S. Guinchard et T. Debard (Dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 705.
[2138] G. Cornu (Dir.)*, Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 670.
[2139] N. Alshatti, *La motivation et la Cour de cassation*, Mémoire de master 2, Université de Strasbourg, 2015, p. 8.
[2140] G. Cornu (Dir.)*, Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 604.
[2141] 2e Civ., 17 mars 2016, n° 15-11412, Bull., II, n° 78, p. 80, *Rev. Procédures,* 2016, comm. n° 148, obs. Y. Strickler. ; *Gaz. Pal.*, 30 août 2016, juris., n° 272u0, p. 74-75, obs. L. Mayer.
[2142] *Supra*, p. 198-201.
[2143] Y. Strickler, obs. sous 2e Civ., 3 septembre 2015, n° 14-20453, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 317.

dissuasion suffisants »[2144]. Pour un auteur, l'exigence du « motif légitime » devrait pouvoir être caractérisé par l'existence d'un simple différend[2145], de fait, « le juge ne devrait pas ordonner de mesures d'instruction *in futurum* dès lors qu'il est avéré que le stade du simple différend est dépassé »[2146].

L'étude du contrôle de l'existence d'un motif légitime va ainsi éclairer la notion de motif légitime.

B : Le contrôle de l'existence d'un motif légitime

Un contrôle sérieux de la légitimité du motif, apparaît en effet, comme la seule et unique condition de mise en œuvre de l'art. 145 du C.P.C[2147]. Le juge des référés doit apprécier la légitimité du motif pour ordonner une mesure d'instruction *in futurum* ou de la refuser,

D'une part, le demandeur n'a pas de motif légitime, si la légitimité des faits invoqués au soutien de sa demande, n'est qu'hypothétique[2148], c'est-à-dire que lesdits faits ne présentent pas « un caractère de plausibilité suffisante »[2149]. En pratique, le procès au fond doit être possible et celui-ci doit préciser le fondement juridique de ce procès[2150]. En revanche, en cas d'acceptation par le juge des référés d'ordonner une mesure d'instruction *in futurum.* Il ne sera pas tenu d'établir l'existence d'un motif légitime sur chaque moyen du demandeur. Il lui suffira de le faire sur un seul d'entre eux[2151]. Ainsi jugé par la Cour de cassation française selon laquelle : « si le juge peut accueillir la demande sans être tenu de caractériser l'existence d'un motif légitime au regard de chacun des différents fondements juridiques envisagés par le

[2144] F. Ferrand, « Preuve », *RÉP. PR. CIV.*, 2013, n° 379.
[2145] G. Chabot, « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 2000, p. 256, n° 21.
[2146] *Ibid.,* n° 11.
[2147] R. Perrot, « Mesure d'instruction à futur », *RTD civ.*, 1984, p. 561. ; Y. Strickler, obs. sous 2e Civ., 3 septembre 2015, n° 14-20453, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 317.
[2148] 1re Civ., 13 juin 1978, *Gaz. Pal.*, 1978, II, Pan., p. 337, *RTD civ.,* 1979, p. 833-834, obs. R. Perrot.
[2149] J. Normand, « Une mesure d'instruction à future peut être ordonnée en référé indépendamment de tout mesure d'interdiction afin de constater l'accomplissement éventuel d'un acte illicite », *RTD civ.*, 1994, p. 670. ; M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. cit.*, p. 322.
[2150] M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. et loc. cit.* ; Y. Strickler, obs. sous 2e Civ., 3 septembre 2015, n° 14-20453, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 317.
[2151] R. Perrot, obs. sous Com., 14 février 2012, n° 11-12833, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 109.

demandeur, il n'en doit pas moins constater l'existence d'un tel motif au regard de l'un ou l'autre de ces fondements »[2152].

D'autre part, le défendeur peut aussi avoir un motif légitime qui empêche le demandeur d'obtenir la mesure d'instruction *in futurum*[2153], qu'il sollicite. Autrement dit, le motif légitime du demandeur ne doit pas se heurter aux droits fondamentaux[2154] du défendeur. Que ce soit son droit au secret professionnel[2155] ou au secret industriel (de fabrication)[2156], voire son droit à la vie privée[2157] et sa liberté individuelle[2158]. Toutefois, « Le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »[2159].

Pour apprécier l'existence et la légitimité du motif, le juge des référés doit alors mettre les intérêts des deux parties en balance, « adapter la mesure aux résultats de cette pesée, refuser de la prescrire si la disproportion est trop grande pour qu'un simple aménagement suffise à la combler »[2160]. Cette balance soupèse alors « des intérêts en présence. Plus la mesure est contraignante pour celui qui la subit, plus pressant et grave doit être l'intérêt de celui qui la requiert »[2161]. Le juge des référés apprécie alors *in concreto* l'existence d'un motif légitime[2162] en ordonnant la mesure d'instruction « légalement admissible »[2163].

[2152] Com., 14 février 2012, n° 11-12833, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 109, obs. R. Perrot.
[2153] M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. et loc. cit.*
[2154] V. par ex. 2e Civ., 7 janvier 2016, n° 14-25781, Non publié au Bull. ; N. Fricero, « Stratégie probatoire et perspective d'un procès », *op. cit.*, n° 18-22, p. 121-123.
[2155] M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. et loc. cit.*
[2156] 2e Civ., 14 mars 1984, n° 82-16076, Bull., II, n° 49, p. 34, *RTD civ*., 1984, p. 562, obs. R. Perrot.
[2157] Douai, 25 avril 1991, *JCP,* 1991, Somm., n° 102721, *D.*, 1993, Somm., p. 129, obs. D. Everaert. ; 2e Civ., 17 mars 2016, n° 15-11412, Bull., II, n° 78, p. 80, *Rev. Procédures,* 2016, comm. n° 148, obs. Y. Strickler. ; *Gaz. Pal*., 30 août 2016, juris., n° 272u0, p. 74-75, obs. L. Mayer.
[2158] V. l'expertise psychiatrique de l'épouse : Arras, 9 octobre 1981, *JCP*, 1982, II, n° 19852, note G. Raymond. ; *RTD civ*., 1983, p. 186-187, obs. J. Normand.
[2159] Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20526, Bull., V, n° 341, p. 370, *Gaz. Pal*., 25 mai 2013, Chron., n° 131h8, p. 26, obs. S. Amrani Mekki.
[2160] J. Normand, « L'autonomie des référés de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *RTD civ*., 1983, p. 187.
[2161] *Ibid.*, p. 188.
[2162] S. Amrani Mekki, « Du bon usage des mesures d'instruction *in futurum* en matière de discrimination », *Gaz. Pal*., 25 mai 2013, Chron., n° 131h8, p. 26.
[2163] N. Cayrol, « Référé civil », op. cit., n° 588-595.

En outre la légitimité du motif, ne donne pas au juge des référés l'autorisation d'excéder ses pouvoirs. À cet égard, la Cour de cassation française a exercé un contrôle sur les limites des pouvoirs du juge des référés, en jugeant récemment que : « la Cour de cassation a décidé que le juge des référés peut, en application de [l'art. 145 du C.P.C.], ordonner un examen comparé de sang s'il existe un motif légitime d'y procéder[2164]. Cependant, cette jurisprudence est antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 16-11 du code civil, créé par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, qui dispose qu'en matière civile, l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Faisant application de ce texte, la Cour de cassation française a jugé qu'une mesure d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être ordonnée en référé sur le fondement de [l'art. 145 du C.P.C.][2165]. Dès lors que les expertises biologiques en matière de filiation poursuivent une même finalité et présentent, grâce aux évolutions scientifiques, une fiabilité similaire, cette jurisprudence doit être étendue aux examens comparés des sangs »[2166].

Enfin, s'agissant d'une question de pouvoir du juge des référés. Celui-ci « ne pourra donc ordonner que des mesures légalement admissibles »[2167]. Il est alors tenu de vérifier d'office l'existence d'un motif légitime. Mais, cette appréciation relève de son pouvoir souverain[2168]. Contrôlé souverainement ainsi par la Cour d'appel[2169]. En revanche, puisqu'il s'agit de moyen mélangé de fait et de droit, les plaideurs ne peuvent pas la soulever pour la première fois, devant la Cour de cassation. À cet égard, au terme d'un arrêt de la Cour de cassation française : « Mais attendu qu'il ne résulte pas des productions que la société Euro Disney ait prétendu devant les juges d'appel, que les sociétés n'avaient pas un motif légitime à

[2164] 1re Civ., 4 mai 1994, n° 92-17911, Bull., I, n° 159, p. 117.
[2165] 1re Civ., 8 juin 2016, n° 15-16696, Bull., I, n° 131, p. 146.
[2166] 1re Civ., 12 juin 2018, n° 17-16793, Bull., I, *D.*, 2018, p. 1257, *Rev. Procédures,* 2018, comm. n° 245, obs. Y. Strickler. ; A.-M. Leroyer, « La volonté de savoir : non à l'expertise sanguine *in futurum* », *RTD civ.*, 2018, p. 635. ; V. également P. Hilt, « Qui propose d'étendre plus largement encore le champ de l'expertise biologique », *RTD civ.*, 2017, p. 27.
[2167] M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *op. cit.*, p. 322.
[2168] 2e Civ., 14 mars 1984, n° 82-16076, Bull., II, n° 49, p. 34. La Cour de cassation a jugé que : « l'existence du motif légitime de nature à justifier une mesure d'instruction sollicitée par application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir souverain du juge ».
[2169] 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 93-11006**,** Non publié au Bull. ; Soc., 12 juillet 1999, n° 97-41038, Non publié au Bull. ; 2e Civ., 21 janvier 2010, n° 09-10618, Bull., II, n° 17, p. 16. ; 2e Civ., 18 octobre 2012, n° 11-24272, Non publié au Bull. ; 2e Civ., 20 mars 2014, n° 13-14985, Bull., II, n° 78, p. 70.

solliciter la mesure d'expertise ordonnée ; qu'il s'ensuit que le moyen est nouveau et, mélangé de fait et de droit, irrecevable »[2170].

Après avoir étudié les chefs de saisine du juge des référés, communs aux trois systèmes, il convient à présent de s'intéresser aux chefs de saisine du juge des référés propres au système français.

[2170] 2e Civ., 11 octobre 1995, n° 92-20265, Non publié au Bull.

Section 2 : Les chefs de saisine du juge des référés dans le système français

Le droit français se caractérise par la diversité des procédures de référé que prévoit le C.P.C. En effet, outre la procédure de référé urgence, qu'elle a en commun avec les droits égyptien et koweïtien, la procédure civile française connaît deux procédures de référé qui lui sont propres : le référé préventif (Sous-section 1), aussi dénommé référé-sauvegarde, et le référé provision (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le référé préventif (ou référé-sauvegarde) : le dommage imminent ou le trouble manifestement illicite

Le référé préventif a été introduit en droit français, par un décret du 17 décembre 1973[2171], bien après l'adoption du référé urgence classique[2172]. Il est constitué d'un double-chef de saisine : le dommage imminent et le trouble manifestement illicite. En pratique, l'on constate que ceux-ci constituent une modalité du référé-urgence classique. Car étant également fondés sur l'urgence. En effet, comme cela a été écrit : « les cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite sont certainement solubles dans les cas d'urgence dont le juge des référés est traditionnellement saisi »[2173]. Autrement dit, « un cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite apparaît en effet simplement comme un cas d'urgence aggravé, car on peut dire qu'il y a toujours urgence à prévenir la survenance d'un dommage imminent, comme il y a toujours urgence à faire cesser un trouble manifestement illicite»[2174]. Au demeurant et sans doute pour cette raison, les législateurs koweïtien et égyptien qui assimilent l'urgence classique et le dommage imminent[2175], ne prévoient pas d'inscrire dans leurs codes de procédure civile, la même distinction opérée par le droit français, entre référé urgence classique et le double chef de saisine du référé préventif.

Cela d'autant plus qu'il subsiste une différence entre le chef de référé urgence classique et celui tendant à prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement

[2171] Le Décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973. J. Viatte, « Les pouvoirs du juge des référés », *op. cit.,* p. 710.
[2172] *Ibid.,* p.709 .
[2173] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit*., n° 369.
[2174] V. aussi, N. Cayrol, « La suspension de la dénonciation régulière d'un contrat par le juge des référés », *op. cit*, p. 66, § n° 3.
[2175] V. *Supra*, p. 308-309.

illicite. Elle tient à l'effet sur le référé, de la contestation sérieuse lorsqu'elle est avérée. Pour de plus amples développements, le lecteur voudra bien se reporter à la partie consacrée à l'effet de la contestation sérieuse sur le référé préventif[2176].

Il conviendra dans l'intervalle, d'étudier les éléments constitutifs du double chef de saisine du référé sauvegarde (§1). Avant dans une seconde phase, d'en dresser les conditions d'existence (§2).

§1 : Un référé sauvegarde à double-tête

Nous avons déjà noté la proximité notionnelle entre le référé urgence de l'art. 808 du C.P.C., et le double-chef de saisine du référé sauvegarde[2177]. Cette interdépendance se déduisant par ailleurs, de la faculté que détient le juge des référés, saisi d'un référé urgence, à le requalifier en référé préventif (dommage imminent ou trouble manifestement illicite). Ou inversement ; à requalifier un référé préventif en référé urgence[2178]. Car **:** « c'est au juge des référés lui-même qu'il appartient *in fine* de faire cette distinction »[2179].

Le caractère indissociable intrinsèque entre dommage imminent et trouble manifestement illicite est encore plus manifeste. Il est avéré, d'abord, en raison du fait que c'est le même texte qui régit les deux éléments du double chef de saisine (l'art. 809 al. 1 du C.P.C.). Par ailleurs, comme certains auteurs l'ont écrit : « non seulement il n'y a pas de critère de distinction sûr, entre un cas d'urgence banal de l'article 808 et les cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite, mais, bien plus, la distinction entre un cas de dommage imminent et un cas de trouble manifestement illicite n'est pas absolument tranchée. Les deux hypothèses peuvent se recouper lorsqu'on considère la place de l'illicite dans la prévention du dommage imminent »[2180]. Cependant bien que devant être envisagées de manière unitaire, les notions de dommage imminent et de trouble manifestement illicite, n'ont pas le même objet et donnent lieu à un contrôle différencié de la part de la Cour de cassation. C'est, par parenthèses, une des raisons pour lesquelles le contrôle par la Cour de cassation, de l'appréciation de ce

[2176] V. *Infra*, les effets limités de la contestation sérieuse sur le référé sauvegarde. p. 347-349.
[2177] V. *Supra*, p. 340 et 308-309.
[2178] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit*., n° 375.
[2179] *Ibid.* ; V. également Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, *op. cit.*, p. 256 s.
[2180] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit*., n° 378. ; V. aussi J. Normand, « La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », *RTD civ.*, 2002, p. 137. ; Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, *op. cit.,* p. 241.

double-chef de saisine relève prudemment du contrôle dit « léger »[2181]. Cependant, ce thème fait l'objet d'une étude approfondie *infra*, où nous renvoyons d'ores et déjà, le lecteur[2182].

Dans l'intervalle, il convient de poursuivre l'étude du référé préventif. D'abord, en en rappelant l'approche notionnelle à la fois doctrinale et jurisprudentielle (A). Approche, dont découleront les mesures du référé-sauvegarde lesquelles ont été expressément prévues par l'art.809 al.1du C.P.C. (B).

A : Les notions de dommage imminent et de trouble manifestement illicite

L'art. 809 al. 1 du C.P.C. n'a pas techniquement défini ces deux éléments du référé préventif. C'est la jurisprudence et surtout la doctrine qui ont élaboré des tentatives de définition, en s'appuyant toutefois sur le texte de la loi (a). Délimitant ainsi ce qui, au regard dudit texte, ne devait être vu ni comme un dommage imminent, ni comme un trouble manifestement illicite (b).

a : Les critères légaux de différenciation

L'art. 809 al. 1 du C.P.C. permet au juge des référés, de prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état, dès lors qu'il est saisi d'un dommage imminent (2) ou d'un trouble manifestement illicite (1).

1 : Le trouble manifestement illicite

Le législateur n'a pas défini la notion de trouble manifestement illicite. Il peut toutefois, être généralement vu comme : « toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit »[2183]. Celui-ci, doit donc, en principe procéder, de la méconnaissance d'une règle de droit, d'un droit

[2181] N. Cayrol, « référé civil », *op. et loc. cit.*. ; V. aussi X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, *op. cit.,* n° 130, p. 67. ; Sur la distinction entre le contrôle léger et le contrôle lourd de la Cour de cassation. V. J. Bédoule, « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP,* 2002, I., Doct., n° 171.
[2182] V. Le contrôle par la Cour de cassation des conditions d'existence du référé-sauvegarde. *Infra*, p. 358-362.
[2183] (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 125.221, p. 229. ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1289, p. 1088.

subjectif ou corrélativement d'une interdiction le protégeant[2184]. Y compris lorsque l'ordonnance de mesures de remise en état, porterait atteinte à un droit de l'Homme[2185]. Il est néanmoins utile de noter, que selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, il peut y avoir illicéité d'un trouble manifeste, sans violation de la règle de droit[2186]. En clair, : « si la méconnaissance évidente d'une disposition légale ou règlementaire est effectivement de nature à constituer un trouble manifestement illicite[2187], [elle] n'est en aucun cas une condition de l'intervention du juge des référés »[2188]. Par ailleurs, « l'appréciation du caractère illicite du trouble implique de la part du juge des référés, un certain préjugé sur le fond »[2189], dès lors que l'illicéité du fait ou de l'action critiquée peut résulter de la méconnaissance d'une disposition légale ou réglementaire[2190]. C'est ce qui justifie selon nous, l'existence d'un contrôle de cassation de l'illicéité du trouble manifeste. La Cour de cassation française n'est cependant pas allée jusqu'à définir le trouble manifestement illicite. Il reste que ce sont des critères jurisprudentiels (en sus des critères doctrinaux) qui permettent aujourd'hui de cerner cette notion. Sont ainsi constitutifs de trouble manifestement illicite, les faits d'usurpation d'identité[2191]. Ou encore de trouble anormal de voisinage[2192].

2 : Le dommage imminent

Le dommage imminent s'entend lui, du « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer »[2193]. Ainsi défini, le dommage imminent sera caractérisé, y compris en cas de licéité du fait critiqué, dès lors que le demandeur établit de manière certaine, le risque d'un préjudice à bref délai[2194]. Elle permettrait

---

[2184] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160 », *op. cit.*, n° 11. ; Soc., 23 mars 2017, n° 15-23090, Bull., V, n° 55, p. 64, *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 129, obs. A. Bugada.
[2185] 3e Civ., 21 décembre 2017, n° 16-25469, Bull., III, *Dalloz actualité*, 23 janvier 2018, obs. M. Kebir.
[2186] 2e Civ., 12 juillet 2012, n° 11-20687, Bull., II, n° 133, p. 131, *Dalloz actualité*, 11 septembre 2012, obs. M. Kebir.
[2187] V. Soc., 4 décembre 1980, n° 79-14248, Bull., V, n° 878, p. 650. ; Com., 15 juin 1982, n° 80-16698, Bull., IV, n° 233, p. 203.
[2188] M. Kebir, « Référé : cessation du trouble manifestement illicite et violation d'une règle de droit », *Dalloz actualité*, 11 septembre 2012, obs. sous 2e Civ., 12 juillet 2012, n° 11-20687, Bull., II, n° 133, p. 131.
[2189] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1289, p. 1090.
[2190] *Ibid.,* n° 1289, p. 1088.
[2191] Puni par l'art. 226-4-1 du Code pénal. En l'espèce, un individu crée un site aux fins de vengeance contre son ascendant .TGI de Paris, ord. réf., 12 août 2016, *Communication - Commerce électronique*, 2016, comm. n° 105, obs. E. Caprioli.
[2192] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160 », *op. cit.*, n° 11. ; 3e Civ., 30 mars 2017, n° 15-29341, Non publié au Bull., Juris-Data : n° 005878.
[2193] H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé,* t. III, *op. cit.*, n° 1289, p. 1088. ; V. également, 3e Civ., 22 octobre 2015, n° 14-11776 et n° 14-21515, Bull., III, n° 102, p. 99, *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 351, obs. L. Raschel.
[2194] P. Bertin, *Les référés des années 1980*, préf. P. Bellet, Paris, éd. Gazette du Palais, 1982, n° 179, p. 35.

par exemple au juge des référés, de suspendre l'exécution de travaux en cours, même entrepris régulièrement, lorsqu'ils sont susceptibles de causer un dommage à autrui. Lorsque le fait critiqué est licite ou si comme nous venons de le voir, l'illicéité du trouble manifeste, procède d'un droit subjectif pourtant légitime. Il s'agira alors clairement d'une confrontation entre des intérêts légitimes, mais antagonistes du demandeur en référé, et du défendeur. C'est la raison pour laquelle, dans une telle hypothèse : « il appartiendra au juge de faire la balance des intérêts en présence. Ayant vérifié l'imminence du préjudice qui menace, il lui faudra comparer la gravité du risque que recèle en elle-même la situation litigieuse et auquel le demandeur serait exposé s'il n'intervenait pas et la gravité du dommage que subirait de son côté le défendeur si la mesure requise était ordonnée »[2195]. Le respect par le juge des référés, de cet équilibre entre les intérêts des parties, est essentiel. Ainsi, dans un arrêt rendu par une Cour d'appel, il a été jugé que : « le dommage imminent pour le salarié, découlant de l'application d'une clause de non-concurrence, prévu par les dispositions contractuelles librement débattues par les parties, doit être apprécié au regard du dommage imprévu qui résulterait pour l'employeur de la suspension de la clause »[2196].

Toutefois, c'est le plus souvent la nécessité d'éviter la violation d'une règle de droit qui sera retenue par le juge des référés pour prononcer une mesure conservatoire[2197]. Constitue ainsi, un dommage imminent, la perte de l'emploi rendue imminente par l'effet de la survenance du terme, du contrat à durée déterminée. Ce terme intervenant, pendant la procédure, toujours en cours au moment où le juge des référés statue. « Ce dommage s'il survient serait de nature à priver d'effectivité le droit pour le salarié de demander la requalification d'un contrat à durée déterminée irrégulier en contrat à durée indéterminée afin d'obtenir la poursuite de la relation contractuelle avec son employeur »[2198]. En sus de ces conditions de fond, le dommage imminent allégué, doit être certain et non simplement éventuel[2199].

Au terme de cet exposé concernant les notions de dommage imminent et le trouble manifestement illicite, il apparaît qu'il est possible de les différencier ne serait-ce que par la nature des mesures qu'elles appellent. Dans un cas, elles sont à vocation réparatrices (mesure

---

[2195] J. Normand, « La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », *op. cit.*, p. 137.
[2196] Aix-en-Provence, 2 mai 1990, *D.* 1992, p. 57, note Y. Serra.
[2197] J. Normand, « La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », *op. et loc. cit.*
[2198] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160 », *op. et loc. cit.* ; Soc., 8 mars 2017, n° 15-18560, Non publié au Bull., Juris-Data n° 004011.
[2199] Paris, 21 octobre 1991, *D.*, 1992, p. 244, note Ch. Debbasch. ; TGI de Paris, réf., 26 décembre 1975, *JCP,* 1976, II, n° 18385, note R. L.

de remise en état en cas de trouble illicite). Dans l'autre, elles viseront à prévenir la survenue d'un dommage (mesures conservatoires).

Pour autant, toute méconnaissance d'un droit ou toute situation menaçant de porter atteinte à un droit, ne sont pas par elles-mêmes, constitutives d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite.

b : Ce qui ne relève pas du dommage imminent ou du trouble manifestement illicite

Il est en effet parfois malaisé de caractériser l'illicéité d'un trouble manifeste. Il n'y a par exemple pas de trouble manifestement illicite à recourir au travail de nuit, lorsqu'il existe des accords dérogatoires[2200] à l'interdiction légale du travail de nuit[2201]. Le cas échéant, il appartient à celui[2202] qui se prévaut d'un tel trouble d'en rapporter la preuve. Il s'ensuit que la cour d'appel, qui a relevé que les syndicats n'établissaient pas le caractère manifestement illicite du recours au travail de nuit tel qu'organisé par les accords d'entreprise des 17 juillet 2003 et 27 juillet 2005, a pu en déduire qu'il n'y avait pas lieu à référé[2203]. En matière de trouble manifeste, c'est en effet, au demandeur en référé, de rapporter la preuve de l'illicéité[2204]. À défaut comme dans l'espèce rapportée, le juge des référés qui suppléerait à ce manquement, excèderait son pouvoir juridictionnel. Comme dans une espèce, en ayant ordonné la nomination d'un médiateur chargé de favoriser une négociation salariale. S'immisçant ainsi dans un conflit

[2200] Deux accords d'entreprise des 17 juillet 2003 et 27 juillet 2005 avaient organisé, au sein de la société Auchan France, le recours au travail de nuit afin d'assurer la nécessité de préparer les marchandises, notamment alimentaires et le magasin en général avant l'ouverture au public.
[2201] L'art. L. 3122-32 du Code du travail, devenu l'art. L. 3122-1.
[2202] Deux syndicats et plusieurs salariés avaient saisi le TGI en référé, en vue de faire interdire sous astreinte, à la société Auchan France d'employer des salariés de nuit.
[2203] Soc., 30 mai 2018, n° 16-26394, Bull., V, *D.*, 2018, p. 1209, [En ligne], Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037043000&fastReqId=483160781&fastPos=1 (Consulté le 6/12/2018).
[2204] La charge de la preuve du trouble ou du dommage pèse sur le demandeur 3e Civ., 14 janvier 2014, n° 12-29667, Non publié au Bull.

social[2205]. Par ailleurs, selon Monsieur Cayrol : « une telle mesure se [heurterait] à une contestation sérieuse »[2206]. Mais cette notion sera étudiée *infra*[2207].

B : Les mesures du référé-sauvegarde

Une fois la preuve établie par le demandeur en référé, du dommage imminent ou de l'illicéité du trouble manifeste, le juge devra alors prononcer les mesures adaptées selon le chef de saisine concerné. Y compris en cas d'existence d'une contestation sérieuse. À ce stade, il est utile de rappeler que si le C.P.C. n'a pas défini les éléments du référé préventif, il en a cependant précisé les mesures préventives, concernant le dommage imminent (a) et/ou de remise en état, en cas de trouble manifestement illicite avéré (b). Mesures dont la mise en œuvre sera ordonnée, y compris en présence d'une contestation sérieuse (c).

a : La prévention du dommage imminent par des mesures conservatoires ou de sauvegarde

Ici, il suffira de rappeler les conditions de mise en œuvre de l'art.809 al. 1 du C.P.C. : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». le dommage allégué, devant être certain et non simplement éventuel. Notons, d'ores et déjà, comme nous le verrons plus loin, que l'appréciation du juge des référés est souveraine en matière de dommage imminent[2208]. Le dommage imminent constituant un fait juridique, qui plus est virtuel, il ne saurait être contrôlé par la Cour de cassation. Ce qui n'est pas le cas du trouble manifestement illicite.

[2205] Il a été jugé que : « La fixation des salaires relevant de l'autorité du chef d'entreprise à défaut d'accord avec ses interlocuteurs, aucune juridiction de l'ordre judiciaire n'a qualité pour statuer sur un tel problème ; l'existence d'un différend ne peut justifier l'intervention du juge des référés, en vertu de l'article 808 du nouveau Code procédure civile, invoqué subsidiairement au cours des débats, alors que ce différend se situe hors des limites du pouvoir juridictionnel du juge des référés. La désignation d'un mandataire de justice refusée par l'une des parties en cause, ne peut lui être imposée, le juge ne pouvant déléguer à un tiers des pouvoirs qu'il ne détient pas lui-même ». TGI de Paris, ord. réf., 2 octobre 1989, *JCP*, 1990, II, n° 21518, note J. Beauchard.
[2206] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit*., n° 374.
[2207] V. la portée relative de la contestation sérieuse, *Infra*, p. 361-362.
[2208] V. *Infra,* p. 351.

b : La cessation du trouble manifestement illicite par des mesures de remise en état

Là non plus, il n'est nul besoin de longs développements ; une simple application du même texte épuise le débat[2209]. Le juge des référés a le pouvoir de faire cesser le trouble manifestement illicite, y compris dans le domaine de l'exécution forcée, qui en principe, relève du fond[2210].

Saisi d'un trouble manifestement illicite, le juge des référés, est obligé de faire cesser ce trouble dont il est saisi en ordonnant, la mesure qui doit, au surplus, être proportionnée[2211].

Les mesures tendant à faire cesser le trouble manifestement illicite, ou le dommage imminent seront prononcées par le juge des référés, y compris en cas de contestation sérieuse.

c : L'effet limité de la contestation sérieuse sur le référé sauvegarde

En matière de référé urgence classique, l'ordonnance de mesures d'anticipation se heurte à toute contestation sérieuse. Il en va autrement pour le référé sauvegarde.

La contestation sérieuse peut être définie comme un moyen de défense fondé sur l'existence d'un doute raisonnable sur la légitimité de la décision qui pourrait être rendue au fond. Il va sans dire que la contestation ainsi définie doit avant tout, être licite[2212].

Dès lors, pour l'examiner, le juge des référés doit apprécier contradictoirement l'évidence des arguments des parties[2213]. Au regard précisément du sérieux avéré d'une contestation sérieuse Et cela avant d'ordonner des mesures d'anticipation (référé urgence),

---

[2209] L'Art. 809 al. 1 du C.P.C. dispose que : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

[2210] Dès lors que : « la compétence pour ordonner l'expulsion des débiteurs saisis reconnue au Tribunal de l'exécution par l'article 161 de la loi du 1er juin 1924 applicable à l'exécution forcée en matière immobilière dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle n'étant pas exclusive, le juge des référés du tribunal de grande instance tient de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile le pouvoir de faire cesser un trouble manifestement illicite ». 2e Civ., 30 septembre 1999, n° 97-13008, Bull., II, n° 144, p. 103.

[2211] N. Cayrol, « La saisine du juge des référés », *RTD civ.*, 2018, p. 970, obs. sous 3e Civ., 21 décembre 2017, n° 16-25469, Bull., III, *D.*, 2018, p. 9.

[2212] Com., 27 octobre 1992, n° 89-21064, Bull., IV, n° 330, p. 233.

[2213] J. Normand « Notion et objet de la contestation sérieuse, obstacle aux pouvoirs du juges des référés », *RTD civ.*, 1979, p. 654-655.

conservatoires (dommage imminent), de remise en état (trouble manifestement illicite), ou encore provisoires (demande de provision).

En « cas d'urgence » *stricto sensu*, l'art. 808 du C.P.C. ne permet au juge d'ordonner des mesures qu'à la condition que celles-ci ne se heurtent à aucune contestation sérieuse. Sauf s'il existe un différend[2214], comme le prévoit l'art. 808 du C.P.C. lui-même.

Au contraire, en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite, selon l'art. 809, al. 1 du C.P.C., le juge peut « toujours » prescrire « toutes les mesures qui s'imposent » y compris celles qui pourraient se heurter à « une contestation sérieuse »[2215], comme la loi le stipule clairement rappelle un auteur[2216]. L'art. 809, al. 1, prévoit en effet la possibilité pour le juge des référés, de prononcer une mesure conservatoire ou de remise en état « même en présence d'une contestation sérieuse »[2217]. Deux exemples peuvent l'illustrer. D'abord, en matière de dommage imminent. Malgré le caractère constitutionnel du droit de grève, lorsque le personnel d'une clinique se met en grève, et que cela emporte un danger de mort pour des malades, le juge des référés pourra autoriser la mise en place d'un service minimal. Cela, malgré la contestation sérieuse que le personnel serait fondé à opposer, au regard du principe à valeur constitutionnelle, du droit de la grève[2218]. Le deuxième exemple concerne le trouble manifestement illicite. « Le juge des référés n'a pas le droit de l'ignorer et il doit ordonner les mesures qui s'imposent pour le faire cesser, même si par ailleurs il existe entre les parties une contestation sérieuse »[2219]. Il est de jurisprudence constante que constitue une voie de fait caractéristique d'un trouble manifestement illicite, le fait pour un adjudicataire d'un immeuble saisi, de prendre possession des locaux sans signifier préalablement à l'occupant le jugement d'adjudication et le titre d'expulsion. Dès lors le juge des référés est fondé à ordonner la réintégration de l'occupant évincé, sans devoir prendre en compte la contestation sérieuse du fond du droit[2220].

[2214] V. *Supra,* p. 321-322.
[2215] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit*., n° 370.
[2216] *Ibid*., n° 371.
[2217] Ajouter en 1987 par le décret n° 87-434 du 17 juin 1987. *Ibid*.
[2218] Orléans 7 janvier 2002, n° 01/01134, *JCP,* 2003, IV, n° 2547, Juris-Data n° 185574. En l'espèce, il a été admis que le juge des référés puisse autoriser la mise en place d'un service minimum, pour une durée limitée et en précisant qu'il devrait être assuré prioritairement par des salariés non-grévistes (établissement de santé). ; V. ainsi N. Cayrol, « référé civile », *op. cit*., n° 372.
[2219] N. Cayrol, « La saisine du juge des référés », *RTD civ.*, 2018, p. 970, obs. sous 3e Civ., 21 décembre 2017, n° 16-25469, Bull., III, *D.*, 2018, p. 9.
[2220] 2e Civ., 7 juin 2007, n° 07-10601, Bull., II, n° 146, p. 121.

Cependant, si le sérieux de la contestation est avéré, le juge des référés ne doit prononcer que des mesures strictement nécessaires, en vue précisément de respecter l'intérêt légitime du défendeur. Ce sont les décisions dites d'attente ou préparatoires de la décision devant intervenir au fond. Celles-ci ne doivent en conséquences, pas préjuger le fond[2221].

Enfin, concernant le référé provision (appelé aussi référé injonction) de l'art.809 al. 2 du C.P.C.[2222], il convient d'abord de préciser qu'il s'agit ici d'une forme spécifique de contestation sérieuse : l'obligation qui est n'est pas sérieusement contestable dans son principe même. Il y'a par exemple obligation non contestable, lorsqu'un débiteur ne peut nier la réalité de sa dette (ou de tout autre type d'obligation). Contrairement aux cas des référés urgence classique et du référé sauvegarde, une contestation avérée, aura ici immédiatement pour effet d'empêcher le juge des référés d'adopter des mesures provisoires, y compris dans le domaine des provisions ad litem (en vue du procès)[2223]. Si l'obligation n'est contestable qu'en partie, le montant de la provision accordée ne pourra concerner que l'autre partie de l'obligation non sérieusement contestable[2224]. Mais ce cas sera traité de manière plus approfondie *infra*[2225].

Pour toutes ces raisons, la Cour de cassation contrôle étroitement l'appréciation par le juge du fond du caractère contestable de l'obligation. Ainsi a-t-elle censuré un arrêt d'appel rendu dans le cadre du référé, et à l'occasion duquel les juges avaient interprété les clauses d'un contrat pour rechercher le caractère sérieux d'une contestation. La Cour de cassation avait censuré l'arrêt au motif de la violation de l'art. 809 al.2 du C.P.C. et en que cette décision touchait au principal[2226]. Alors qu'en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés est uniquement habilité à prononcer des mesures provisoires en attente de la décision de fond[2227].

[2221] 3e Civ., 27 janvier 2015, n° 13-24901, Non publié au Bull. ; 1re Civ., 1 juillet 2015, n° 14-14807, Bull., I, n° 162, p. 159.
[2222] Qui fait l'objet de la prochaine Sous-section 2, *Infra.* p 354-362.
[2223] 2e Civ., 29 janvier 2015, n° 13-24691, Bull., II, n° 19, p. 16.
[2224] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160 », *op. cit.*, n° 9. ; V. aussi, 2e Civ., 9 avril 2015, n° 14-15434, Non publié au Bull.
[2225] V. La condition d'existence du référé-provision : l'absence d'une obligation sérieusement contestable, *Infra,* p. 356-362.
[2226] Com., 23 septembre 2014, n° 13-11836, Bull., IV, n° 140, p. 173.
[2227] X. Vuitton, « Référés civils : synthèse n° 160 », *op. et loc. cit.*

La contestation sérieuse qui constitue tout à la fois, le point de convergence entre le référé urgence classique et le référé préventif. Et qui permet avant tout de les distinguer, par leurs effets sur les pouvoirs du juge des référés, saisi dans le cadre d'un référé sauvegarde.

Les mesures du référé sauvegarde, ne pourront cependant être ordonnées par le juge des référés, que si les conditions d'existence du référé-sauvegarde sont réunies

§2 : Les conditions d'existence du référé-sauvegarde

Il faut avant tout, que soit caractérisé de manière certaine, le risque de dommage imminent ou l'illicéité du trouble manifeste (A). La charge de la preuve pesant exclusivement sur le demandeur, le rôle du juge des référés, se bornant à en apprécier l'évidence. Cette appréciation fera par ailleurs l'objet d'un contrôle de cassation (B).

A : L'imminence objective du dommage et l'illicéité manifeste du trouble

Concernant tout d'abord, la date d'appréciation de l'existence du dommage imminent ou du trouble illicite, c'est à la date où le juge des référés statue et non à la date de sa saisine, que doit être appréciée l'existence du dommage imminent, et/ou du trouble manifestement illicite[2228]. Cette solution jurisprudentielle déjà ancienne[2229], est d'une importance décisive. Car si au jour où il statue, le juge des référés constate que le trouble a cessé ou que l'imminence du dommage n'est plus avérée, il ne pourra y avoir lieu à référé[2230]. Les conséquences juridiques peuvent en être considérables. On peut mesurer les enjeux du découplage des dates de saisine, et d'appréciation au travers de la situation fréquente de poursuite de la procédure devant une cour d'appel. En effet, dans l'hypothèse où le juge d'appel est saisi d'une contestation de la mesure accordée au demandeur, il doit lui-même se placer à la date de la saisine du juge des référés pour déterminer si la demande présentée au premier juge était, ou non, justifiée au moment de la décision du premier juge[2231]. La date d'appréciation est la même y compris en matière de référé urgence de l'art.808 du C.P.C. le juge des référés doit là encore, selon la Cour

[2228] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 368. ; V. aussi 1re Civ., 16 mai 2012, n° 11-18181, Bull., I, n° 109, p. 97, *Dalloz actualité*, 5 juin 2012, obs. M. Kebir.
[2229] Il a en effet, déjà été jugé que le premier juge comme la cour d'appel, doivent se placer au jour où ils statuent pour apprécier l'existence d'un dommage imminent. Com., 23 octobre 1990, n° 88-12837, Bull., IV, n° 252, p. 176.
[2230] Si le trouble allégué a pris fin lorsque le juge doit statuer, aucune mesure ne peut être prononcée sur le fondement de l'art. 809 al. 1 du C.P.C. Soc., 26 juin 1991, n° 88-17936, Bull., V, n° 331, p. 204.
[2231] Soc. 21 janvier 2014, n° 12-20757, Bull., V, n° 29, p. 26.

de cassation, se placer à la date où il statue pour apprécier l'urgence alléguée par le demandeur, et exigée par le texte[2232].

B : Le contrôle par la Cour de cassation, de ces conditions

Il faut d'emblée souligner que le contrôle exercé par la Cour de cassation, ne porte que sur le chef de saisine de trouble manifestement illicite. En raison du fait que le trouble est déjà né, et que l'appréciation de son caractère illicite est une question de droit, susceptible, d'être contrôlée par le juge de cassation. L'existence de ce contrôle ne remet cependant pas en cause le fait que : « l'appréciation du trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir souverain du juge des référés »[2233]. Alors que le dommage imminent relève au contraire, d'un fait juridique qui plus est, purement virtuel, au moment de la saisine du juge. Il ne s'agit pas de dommage au sens du droit de la responsabilité[2234]. Le dommage imminent doit à ce titre, être réservé à l'appréciation souveraine du juge des référés.

Le principe d'un contrôle de l'appréciation du juge des référés n'existe que depuis 1996 (a), compte tenu des désaccords persistants entre les chambres spécialisées de la Cour. D'où il s'ensuit que son contenu (b) et surtout sa portée (c) sont à mi-chemin entre un contrôle approfondi et une absence de contrôle. Compromis qualifié par certains auteurs de contrôle normatif dit « léger ».

a : Fondement juridique du contrôle : la question des pouvoirs du juge des référés

C'est l'arrêt rendu le 28 juin 1996 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui a institué le principe d'un contrôle de la Cour de cassation[2235]. Celui-ci portant sur l'appréciation du juge des référés de l'évidence du trouble manifestement illicite.

[2232] 3e Civ., 5 octobre 1976, n° 75-13645, Bull., III, n° 330, p. 252.
[2233] 2e Civ., 6 décembre 1978, n° 77-13558, Bull., II, n° 266, p. 204.
[2234] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit.*, n° 376 ; Sur le contrôle de la Cour de cassation ; Du dommage imminent V. A. Perdriau, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *op. cit.*, §n° 15-16. Du trouble manifestement illicite. *Ibid.,* §n° 18-22.
[2235] Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, Bull., Ass. plén., n° 6, p. 11, *D.* 1996, p. 497, concl. avocat générale J.-F. Weber, note J.-M. Coulon. ; *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 334, obs. H. Croze ; *RTD civ.*, 1997, p. 216, obs. J. Normand. ; 1re Civ., 17 juin 1997, n° 95-16556, Bull., I, n° 204, p. 136.

L'existence d'un contrôle de cassation pose au surplus, la question des pouvoirs du juge des référés. Jusqu'en 1996, les pouvoirs juridictionnels du juge des référés étaient vus comme souverains. Mais depuis l'arrêt de 1996, confirmé par celui du 16 novembre 2001, également rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a définitivement posé, le principe du contrôle obligatoire par la haute Cour du pouvoir d'appréciation du juge des référés. Même si ledit contrôle est limité à l'appréciation de l'illicéité du trouble manifeste allégué (en cas de référé préventif). Ou du caractère sérieusement contestable ou non de l'obligation (en cas de référé-provision), comme cela sera étudié *infra*, dans la partie consacrée au contrôle de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable.

La légitimé du contrôle de cassation étant ainsi installée, les pouvoirs juridictionnels du juge des référés s'en trouvent dès lors encadrés. C'est la raison pour laquelle, on peut affirmer, à la suite de Monsieur Normand, qu'en matière de pouvoirs du juge des référés, : « c'est de contrainte, plutôt que de latitude, d'obligation, plutôt que de faculté, qu'il convient […] de parler »[2236]. Monsieur Normand en conclut, - à juste raison selon nous - que : « le juge des référés est doté de pouvoir d'initiative, dont il ne dépend pas toujours de lui d'user ou de ne pas user »[2237].

b : Le contenu du contrôle de la Cour de cassation

Le contrôle de la Cour de cassation consiste d'abord à contrôler la réalité de l'existence du trouble (1), avant dans un deuxième temps d'en examiner l'illicéité alléguée (2).

1 : La caractérisation du trouble manifestement illicite

La Cour de cassation a toujours exercé, un contrôle sur la notion de trouble manifestement illicite. Il a par exemple décidé que « la décision d'une cour d'appel qui avait jugé qu'il n'y avait pas lieu à référé considérant qu'en l'espèce, l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui ne présentait cependant pas de caractère manifestement illicite »[2238]. Cet exemple classique du trouble manifestement illicite caractérisé, ne souffre aucune contestation[2239].

[2236] J. Normand, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », in. P. Julien, *La justice civile au vingt-et-unième siècle,* Aix-en-Provence, Edilaix, 2003, n° 53, p. 318.
[2237] *Ibid.*
[2238] N. Cayrol, « La saisine du juge des référés », *RTD civ.*, 2018, p. 970, obs. sous 3e Civ., 21 décembre 2017, n° 16-25469, Bull., III, *D.*, 2018, p. 9.
[2239] 3e Civ., 21 décembre 2017, n° 16-25469, Bull., III, *Dalloz actualité*, 23 janvier 2018, obs. M. Kebir.

2 : L'appréciation de la notion de trouble manifestement illicite

Une fois, l'existence du trouble manifeste caractérisée, il restera ensuite à en prouver le caractère illicite. Ainsi, dans une espèce, aucun trouble manifestement illicite, ne pouvait être déduit de l'absence de transfert de droits de salariés. Lorsque cela est dû à la mise en liquidation judiciaire de la société qui les employait[2240]. Dans une autre espèce, la Haute-cour a censuré une décision ayant conclu au trouble manifestement illicite, au motif que : « l'exécution d'une décision administrative exécutoire ne peut constituer un trouble manifestement illicite donnant droit à une mesure de référé »[2241]. Dans le sens inverse, elle a cassé plusieurs décisions qui ont rejeté le trouble manifestement illicite, après en avoir pourtant constaté les éléments objectifs[2242]. Dans un sens confirmatif, la Cour de cassation a validé des décisions ayant conclu au trouble manifestement illicite. Ainsi jugé, le cas d'une société qui employait irrégulièrement ses salariés le dimanche. Au motif que « la violation de la règle du repos dominical [était] constitutive d'un trouble manifestement illicite »[2243]. De même, la Cour de cassation française, a approuvé une décision de référé ayant jugé, que la poursuite de l'exploitation après l'annulation par le juge administratif de l'autorisation d'exploiter, était constitutive d'un trouble manifestement illicite[2244].

c : Portée du contrôle de la Cour de cassation

Selon Monsieur Normand, le contrôle de la Cour de cassation revêt un caractère essentiellement normatif. Mais ce contrôle en principe léger (du fait du caractère souverain de l'appréciation du juge des référés[2245]) est parfois plus approfondi, selon la complexité du pourvoi et compte tenu de la coloration juridique plus ou moins poussée (exprimée par l'adjectif "illicite"...)[2246]. Il va jusqu'à distinguer deux types de contrôle selon qu'il s'agisse du trouble

---

[2240] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 377. ; 2e Civ., 18 janvier 2018, n° 17-10636, *Dalloz actualité*, 8 février 2018, obs. M. Kebir.
[2241] Soc. 11 janvier 2005, n° 02-45608, Bull., V, n° 2, p. 1. ; 1re Civ., 20 juin 2006, n° 05-19595, Bull., I, n° 323, p. 279.
[2242] Sur une affaire d'occupation sans droit ni titre. V. 3e Civ., 20 janvier 2010, n° 08-16088, Bull., III, n° 19, p. 16. ; Sur l'impossibilité pour un comité d'entreprise d'exercer normalement ses fonctions. V. Soc., 22 octobre 2014, n° 13-16614, Bull., V, n° 251, p. 265, *Rev. Procédures*, 2014, n° 322, obs. A. Bugada.
[2243] Soc., 13 juin 2007, n° 06-18336, Bull., V, n° 103, p. 108.
[2244] 1re Civ., 6 octobre 2010, n° 09-12686, Bull., I, n° 194, p. 181.
[2245] Il a été jugé par la Cour de cassation française que : « Il appartient au juge des référés d'apprécier souverainement si la grève, qui est licite dans son principe en cas de revendications professionnelles, n'entraîne pas un trouble manifestement illicite ». Ass. plén., 4 juillet 1986, n° 84-15735, Bull., Ass. plén., n° 11, p. 19.
[2246] J. Normand, « Référés. Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1997, p. 216.

manifestement illicite et d'un référé provision. Le contrôle du premier serait essentiellement de type léger à caractère normatif. Alors que s'agissant du deuxième, le contrôle aurait un double caractère à la fois normatif et disciplinaire. Il consistera en particulier à sanctionner tout excès de pouvoir du juge des référés, celui-ci étant appelé à toucher le fond lorsqu'il est saisi d'une demande de référé provision[2247].

Au total, les mesures du référé-sauvegarde trouvent à s'appliquer dès lors que leurs conditions (d'origine jurisprudentielle rappelons-le). Et cela nonobstant l'existence d'une contestation sérieuse, même avérée.

En effet, comme nous l'évoquions *supra*[2248], l'invocation d'une contestation sérieuse même fondée, ne peut faire échec à l'adoption de mesures conservatoires ou de remise en état, dès lors que l'imminence du dommage ou que l'illicéité du trouble manifeste a été établie. Ce qui enlève toute sa portée à la contestation sérieuse.

Sous-section 2 : Le référé-provision et l'obligation non sérieusement contestable

L'étude du référé provision requiert de le définir (§1). Avant d'en préciser les conditions d'existence (§2).

§1 : La notion de référé-provision

Il s'agit ici du troisième chef de saisine du juge des référés dans le système français[2249] : les deux premiers étant : le référé-urgence, et le référé préventif. Le référé provision a été introduit en droit français par le même décret ayant prévu la saisine du juge en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite[2250].

Ici contrairement au référé préventif, le référé provision a fait l'objet d'une définition textuelle (A), complétée par une condition jurisprudentielle, au terme de laquelle l'urgence

[2247] V. *Infra*, p. 355-356.
[2248] V. *Supra.,* p. 340-341.
[2249] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit*., n° 379.
[2250] Le Décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973. V. J. Viatte, « Les pouvoirs du juge des référés », *op. cit.,* p. 710.

n'est pas requise (B). Enfin là encore, nous poserons la question de l'étendue des pouvoirs du juge des référés (C)

A : La définition légale du référé-provision

Comme le prévoit l'art. 809 al. 2, du C.P.C. : « dans tous les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ». L'objet du référé-provision est donc d'obtenir l'exécution d'une obligation. Dans l'attente de l'instance au fond. Alors que le référé-urgence et le référé préventif, visent à terminer le procès par l'obtention des mesures conservatoires (prévenir la survenue d'un dommage) ou de remise en état (faire cesser un trouble manifestement illicite).

B : Le caractère jurisprudentiel du référé-provision : l'absence de la condition de l'urgence

Leur grande différence se trouve cependant dans l'exigence ou non du critère de l'urgence. En matière de référé provision, la jurisprudence n'exige pas que la partie intéressée prouve l'urgence de sa demande[2251], (typiquement le paiement d'une créance). Même si en règle générale l'urgence demeure une condition de saisine du juge des référés. Ainsi, en présence d'une convention d'arbitrage[2252], le créancier qui demanderait en référé, l'exécution d'une obligation est tenu de prouver au préalable le caractère urgent de sa demande[2253].

C : La portée juridique du référé-provision : la question de l'étendue des pouvoirs du juge des référés

Le référé-provision pose en effet la question de l'étendue des pouvoirs du juge des référés. En l'absence d'une obligation non sérieusement contestable, les mesures provisoires adoptées par le juge des référés ont une portée plus grande que les mesures conservatoires ou de remise en état. Car touchant d'une certaine manière le principal. En effet les mesures

---

[2251] 1re Civ., 4 novembre 1976, n° 75-14617, Bull., I, n° 330, p. 264. ; Soc., 17 octobre 1990, n° 87-42539, Bull., V, n° 483, p. 293. ; J. Normand, « Urgence et référé provision », *op. cit.*, p. 361. ; A-G, Rousse, « Feue l'urgence en matière de référé-provision », *Gaz. Pal.*, 1977, 2e sem., Doct. p. 563. ; J. Normand, « De quelques limites du référé provision », *op. cit.*, p. 177.
[2252] V. *Supra*, p. 184-185.
[2253] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 384. ; V. également, Com., 29 juin 1999, n° 98-17215, Bull., IV, n° 147, p. 122, *Rev. Arb.*, 1999, p. 820, note A. Hory.

provisoires ordonnées dans le cadre d'un référé provision sont prononcées dans l'attente de la décision du juge du fond. En particulier si celui-ci est amené à confirmer la mesure. Le législateur reconnaissait désormais au juge des référés le pouvoir d'accorder une provision à valoir sur une éventuelle condamnation. Après avoir jusqu'alors, refusé à la juridiction des référés le pouvoir d'anticiper sur la décision définitive[2254].

Une partie de la doctrine s'est montrée favorable à cette évolution du référé, même si selon leur analyse, le référé provision conduisait le juge des référés à empiéter dans une certaine mesure sur le pouvoir du juge du fond. Mais Monsieur Cayrol[2255] conteste cette affirmation au motif que les référés provision, se réduisent pour l'essentiel à de simples incidents de paiement, qui relèvent bel et bien du pouvoir du juge des référés. Et dont la résolution ne requiert pas d'action au fond. Il s'agirait simplement pour le juge des référés de contraindre le débiteur, soit à payer une partie de sa dette, soit en intégralité. À moins qu'il ne lui accorde des délais de paiement.

§2 : La condition d'existence du référé-provision : l'absence d'une obligation sérieusement contestable

Ici, contrairement à la situation en matière de référé préventif, l'existence d'un contestation sérieuse avérée, nommée ici « obligation non sérieusement contestable » (A), recèle un effet radical et rédhibitoire, sur le pouvoir du juge des référés de prononcer des mesures provisoires. C'est pourquoi, il doit en vérifier au préalable l'évidence alléguée par le demandeur (B). Enfin, comme pour le trouble manifestement illicite, il existe ici également un contrôle de cassation, portant sur ladite appréciation du juge des référés (C).

A : La notion d'obligation non sérieusement contestable

La définition de l'obligation non sérieusement contestable est malaisée (a), en raison notamment d'une absence de définition légale. Mais aussi, de sa nature juridique qui est d'être une fin de non-recevoir (b).

[2254] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 380. ; R. Perrot, « La compétence du juge des référés », *op. cit.,* n° 27, p. 900.
[2255] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 382.

a : Une définition malaisée

Selon un auteur[2256], il n'existe pas de définition légale l'obligation non sérieusement contestable dans le C.P.C. Il faut se tourner vers les analyses doctrinales et les illustrations jurisprudentielles, pour cerner cette notion. « De manière générale, il est admis que cette notion (…) doit apparaître incontestable. Est une obligation non sérieusement contestable, l'obligation qui ne peut raisonnablement faire de doute dans l'esprit du juge »[2257].

Pour ce qui nous concerne nous tenterons une approche notionnelle en nous appuyant sur les similitudes entre l'obligation non sérieusement contestable, et la contestation sérieuse. Toutes deux sont des garanties en faveur des droits de la défense, et destinés à prévenir l'abus de droit en matière de demande en référé.

Il faut cependant les distinguer, notamment sur le plan de leur portée respective. Si la contestation sérieuse n'a qu'une portée relative, l'obligation non sérieusement contestable conserve quant à elle, une portée absolue.

b : La nature juridique de l'obligation non sérieusement contestable

L'obligation non sérieusement contestable n'est pas une défense au fond, mais une fin de non-recevoir. Monsieur Cayrol, souligne en effet, qu': « en référé, contester l'obligation dont le demandeur exige l'exécution, ce n'est donc pas opposer une défense au fond (art. 71 du C.P.C.), c'est contester la saisine du juge des référés (…) »[2258].

B : L'appréciation de l'obligation non sérieusement contestable : l'office du juge des référés

En application de la jurisprudence de la Cour de cassation française, il appartient au juge des référés, dans le cadre de son pouvoir souverain, d'apprécier le caractère sérieux ou non de

---

[2256] M. Kebir, « Provision *ad litem* : exigence d'une obligation non-sérieusement contestable », *Dalloz actualité*, 25 février 2015. ; M. Kebir, « Provision *ad litem* : causes d'exonération et recherche du caractère sérieux de la contestation », *Dalloz actualité*, 25 juin 2015. ; M. Kebir, « Référé : contestation sérieuse relative à la nullité éventuelle d'un mandat », note sous 1re Civ., 6 juillet 2016, n° 15-18763, Bull., I, n° 152, p. 177, *Dalloz actualité*, 29 août 2016.
[2257] M. Kebir, « Référé : contestation sérieuse relative à la nullité éventuelle d'un mandat », *op. et loc. cit.*
[2258] N. Cayrol, « référé civile », *op. cit.*, n° 385.

la contestation. En pratique, en cas de contestation, il doit : « motiver soigneusement sa réponse de manière à mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle »[2259].

Concernant la date d'appréciation de l'existence d'une contestation sérieuse. Elle se situe le jour où il statue. Ainsi que le prévoit la jurisprudence de la Cour de cassation française, en ayant jugé que : « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée et l'existence d'une contestation sérieuse, de nature à affecter le pouvoir du juge des référés d'ordonner une mesure ou d'accorder une provision, s'apprécie à la date de sa décision, laquelle, selon les cas, est seulement susceptible d'appel ou de pourvoi en cassation et ne relève pas du recours prévu par l'article 488 du nouveau Code de procédure civile relatif aux pouvoirs du juge des référés en cas de circonstances nouvelles »[2260].

À ce stade de l'étude, il est utile d'opérer un rapprochement avec la date d'appréciation de l'urgence, dans le cas du référé urgence classique. Ou celle du dommage imminent allégué, ou du trouble manifestement illicite avéré. Dans ces trois cas, la date s'apprécie également au jour où statue le juge des référés. Même si l'existence d'une contestation produira des effets différents selon le type de référé.

Dans le cas qui nous concerne, une fois établie, l'obligation non sérieusement contestable annihile le pouvoir du juge des référés de prononcer des mesures provisoires, et rend par là-même caduc, une demande en référé-provision. L'effet radical de l'obligation non sérieusement, constitue sans doute une des raisons pour lesquelles, l'appréciation par le juge des référés du sérieux de la contestation est contrôlée par la Cour de cassation.

C : Le contrôle par la Cour de cassation de l'existence d'une contestation sérieuse

Le contrôle de la Cour de cassation a d'abord fait l'objet de débats nourris, au sein de la doctrine et de la Cour de cassation (a). Aujourd'hui, le principe du contrôle est acquis, mais il subsiste de l'étendue de ce contrôle (b).

[2259] Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p. 29, *D.*, 2002, p. 598, note C. Puigelier. ; *Rev. Procédures*, 2002, comm. n° 4, obs. R. Perrot. ; *LPA*, 5 mars 2002, n° 46, p. 19, note A. Boujeka.
[2260] 3e Civ., 19 juillet 1995, n° 93-19451, Bull., III, n° 206, p. 137.

a : La question de la légitimité du contrôle de cassation

Comme en matière de trouble manifestement illicite, la question du contrôle de la Cour de cassation a connu une histoire agitée[2261] et continue de faire l'objet d'une controverse à la fois entre d'une part, la doctrine et la Cour de cassation. Mais surtout, entre les différentes chambres de la Cour de cassation. Les désaccords entre les chambres de la Cour de cassation, portaient précisément sur la question de savoir si l'existence d'une contestation sérieuse, pouvait relever du contrôle de la Cour de cassation.

La première chambre civile s'est opposée à cette conception, en jugeant que : « l'existence d'une contestation sérieuse, au sens de l'art. 809, al. 2, NCPC, ne [relevait] pas du contrôle de la Cour de cassation » [2262]. Contrairement aux autres chambres civiles, pour lesquelles le contrôle de la Cour de cassation était légitime[2263]. C'est l'Assemblée plénière dans son arrêt du 16 novembre 2001, qui va les départager et trancher provisoirement la question, en donnant raison aux autres chambres civiles.

Et là encore[2264], c'est un autre arrêt de l'Assemblée plénière, qui vient trancher la question de légitimité du contrôle de cassation. L'arrêt du 16 novembre 2001[2265], pose en effet le principe de la légitimité du contrôle de l'existence de l'obligation non sérieusement contestable. Donnant ainsi raison aux autres chambres civiles, et désavouant la 1ère chambre. En l'espèce, elle reproche à la Cour d'appel, d'avoir accordé une demande de provision sans démontrer de manière indiscutable, le caractère non sérieusement contestable, de l'obligation de réparation. Ce qui en pratique la mettait dans l'impossibilité, d'exercer son pouvoir de contrôle. D'où la censure pour défaut de base légale infligée à l'arrêt d'appel. Le contrôle de cassation se trouve par ailleurs justifié par d'autres raisons :

[2261] N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 387. ; X. Vuitton, *La Cour de cassation et le juge des référés*, th. Reims, 2001. ; J. Normand, « Référé-provision. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable », *RTD civ.*, 2001, p. 428. ; J. Normand, « Le contrôle par la Cour de cassation du référé-provision », *RTD civ.*, 2001, p. 946. ; J. Beauchard, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référés », *RGDA*, 2002-02, p. 315. ; A. Boujeka, « L'étendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de référé-provision », *D.*, 2001, p. 1580.

[2262] 1re Civ., 4 octobre 2000, n° 97-20867 et 97-20990, Bull. I, n° 239, p. 157, *D.* 2001, p. 1580, obs. A. Boujeka. ; 1re Civ., 24 octobre 2000, n° 98-23273, Bull., I, n° 268, p. 173, *RTD civ.*, 2001, p. 428, obs. J. Normand.

[2263] 2e Civ., 20 janvier 2000, 98-14490, Bull., II, n° 13, p. 9.

[2264] C'est l'arrêt du 28 juin 1996 de l'Ass. plén. qui avait posé le principe du contrôle de cassation en matière de trouble manifestement illicite. Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, Bull., Ass. plén., n° 6, p. 11.

[2265] Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p. 29, *D.*, 2002, p. 598, note C. Puigelier. ; *Rev. Procédures*, 2002, n° 4, obs. R. Perrot. ; *LPA*, 5 mars 2002, n° 46, p. 19, note A. Boujeka.

-Du fait tout d'abord à la mission générale de la Cour de cassation, qui est d'unifier la jurisprudence[2266]. En pratique il s'agit d'écarter tout risque de divergence entre les décisions rendues par les juridictions du fond. Tout en vidant au passage la divergence d'analyse entre les chambres qui la composent. Mais aussi entre le Conseil d'État et elle-même. Il faut en effet rappeler que le Conseil d'État exerce un contrôle de qualification en matière de référé-provision administratif[2267].

-Ensuite, en raison d'enjeux financiers. La procédure de référé, emporte en effet des conséquences financières importantes et donne lieu à des ordonnances de référé exécutoires par provision, qui méritent un regard du juge de cassation. Rappelons en effet, que les mesures provisoires le sont pour l'essentiel, dans l'attente d'une décision de fond qui les conformera en les complétant, ou qui au contraire les infirmera. Dès lors, elles concernent le fond et doivent de ce simple fait, faire l'objet d'un contrôle légal de la Cour de cassation.

-Enfin en raison de la nécessité du contrôle de légalité. Il s'agira ici plus précisément de veiller à ce que le juge des référés, ne sorte pas de son rôle. Et pour ce faire, en : « [l'enfermant] dans les limites exactes que lui assigne la loi [...] [de peur qu'il ne commette] des abus [qui] risqueraient de se produire, [et] qui aboutiraient à ruiner une institution que l'on s'accorde à reconnaître excellente »[2268].

b : L'étendue du contrôle de cassation

L'étude de l'étendue de ce contrôle nous conduira à en analyser le contenu (1), afin de pouvoir en évaluer la portée (2).

1 : Le contenu du contrôle de cassation

La Cour de cassation française recherchera si le juge des référés a vérifié le caractère sérieux de la contestation. En clair, s'il a veillé à ce que le demandeur ait établi la preuve de

[2266] N. Alshatti, *La motivation des décisions judiciaires civiles et la Cour de cassation. Étude de droit comparé franco-koweïtien*, th. Strasbourg, 2019, p. 54.
[2267] V. à cet égard, CE., 10 avril 1992, n° 108294, Publié au recueil Lebon, *RFDA*, 1993, p. 88, note D. Tabuteau. ; CE., 29 juillet 1994, n° 133369, Publié au recueil Lebon, *D.*, 1995, Somm., p. 248, obs. Ph. Terneyre.
[2268] A. Perdriau, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *op. cit.*, §n° 58

l'existence de sa créance[2269]. Et s'il a objectivement examiné la contestation sérieuse soulevée par le défendeur qui entend contester, la créance alléguée[2270]. En pratique, selon le Doyen Perdriau[2271], la Cour de cassation n'exerce un contrôle substantiel que lorsque le juge des référés, a écarté une contestation sérieuse soulevée dans le cadre d'une demande de référé-provision. Si le juge des référés estime que l'obligation n'est pas sérieusement contestable il rejettera en conséquence la contestation et accordera la mesure provisoire sollicitée par le demandeur. C'est dans cette hypothèse, que le Doyen Perdriau qualifie de « décision positive de référé » que la Cour de cassation française exercera un contrôle actif, qui portera en l'occurrence sur l'appréciation par le juge des référés de l'existence, ensuite du caractère sérieux ou non de la contestation. Au contraire, lorsque le juge des référés, accueille la contestation dont le sérieux n'est pas douteux, le contrôle du juge de cassation sera cette fois que de pure formalité. Elle ne censurera de telles décisions (qualifiées de « décisions négatives de référé » par Perdriau) que de manière exceptionnelle[2272].

2 : La portée du contrôle de cassation

Il s'agit d'un contrôle dit « normatif léger », qui est une modalité de contrôle moins approfondie que le contrôle normatif classique[2273]. C'est l'Assemblée plénière à l'occasion du désormais célèbre arrêt du 16 novembre 2001[2274], qui a retenu ce type de contrôle de cassation, qui se veut un contrôle intermédiaire entre le contrôle normatif classique et l'absence de contrôle.

La question de la portée du contrôle de cassation est née du choix du motif juridique le plus fréquent qui fonde les arrêts de cassation : il s'agit du défaut de base légale. Voué ici rappelons-le à censurer une décision de référé qui ne caractériserait pas, suffisamment le sérieux d'une contestation (violant ainsi les droits du défendeur qui serait l'auteur du pourvoi). Ce

---

[2269] Il ne peut trancher une contestation relative à l'interprétation des clauses imprécises d'une convention. 1re Civ., 31 mars 1998, n° 96-13781, Bull., I, n° 137, p. 91.
[2270] 2e Civ., 6 mai 1976, n° 75-11256, Bull., II, n° 149, p. 116. ; 3e Civ., 16 mai 1977, n° 76-10748, n° 211, p. 161, *D*. 1977, IR., p. 414, obs. P. Julien. ; 1re Civ., 17 janvier 1978, *JCP*, 1979, II, n° 19251, note G. Couchez. ; 1re Civ., 4 novembre 1987, n° 86-14379, Bull., I, n° 282, p. 204. ; Com., 22 novembre 1994, n° 93-14752, Bull., IV, n° 348, p. 284.
[2271] A. Perdriau, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *op. cit.*, §n° 58
[2272] *Ibid.*, §n° 59.
[2273] C. Puigelier, « L'existence d'une obligation non sérieusement contestable est contrôlée par la Cour de cassation » *D.*, 2002, p. 598.
[2274] Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p. 29, *D.*, 2002, p. 598, note C. Puigelier. ; *Rev. Procédures*, 2002, n° 4, obs. R. Perrot. ; *LPA*, 5 mars 2002, n° 46, p. 19, note A. Boujeka.

défaut de base légale fait-il supposer que le contrôle de la Cour de cassation relève du contrôle normatif ou du contrôle disciplinaire ? En principe, il s'agit d'un contrôle de type normatif, même si le défaut de base légale peut déclencher un contrôle de type disciplinaire[2275]. Certains auteurs ont parlé de contrôle de qualification « des faits » mais celle-ci relève du contrôle normatif[2276].

Pour toutes ces raisons, la nature dudit contrôle apparaît comme mouvante, à mesure que l'Assemblée plénière a tenté d'élaborer une position unificatrice face aux désaccords qui ont longtemps opposé les différentes chambres sur la nature du contrôle. Cependant, cette question ne relevant pas directement de notre sujet, il conviendra, pour de plus amples développements, de se reporter aux références annexées dans la bibliographie[2277].

Au total, il ressort que dans le cadre du contrôle de cassation, le caractère non contestable de l'obligation doit apparaître comme évident non seulement aux yeux du juge des référés, mais aussi du point de vue du juge de cassation, à peine de censure. En définitive, celle-ci interviendra à chaque fois que pour le juge de cassation lui-même l'évidence de l'obligation n'aura pas été suffisamment caractérisée par le juge des référés.

On peut donc affirmer que la Cour de cassation exerce bien un contrôle à la fois normatif (qualification juridique des faits) et disciplinaire (contrôle de la motivation)[2278].

Au terme de cet exposé sur les chefs de saisine de référé propres au droit français de la procédure civile, il se dégage une diversité de référés qui ne nous apparaît que peu justifiée. Au regard notamment de l'urgence classique et l'urgence liée au dommage imminent. Il serait judicieux selon nous, que la distinction s'opérât davantage, entre d'une part, les situations qui relèvent de l'urgence (art. 808 et art. 809 al. 1) et le référé-provision (l'art.809al. 2) qui, selon la Cour de cassation, ne requière pas d'urgence.

[2275] C. Puigelier, « L'existence d'une obligation non sérieusement contestable est contrôlée par la Cour de cassation » *op. et loc. cit.*
[2276] *Ibid.*
[2277] X. Vuitton, *La Cour de cassation et le juge des référés*, th. Reims, 2001. ; J. Normand, « Référé-provision. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable », *RTD civ.*, 2001, p. 428. ; J. Normand, « Le contrôle par la Cour de cassation du référé-provision », *RTD civ.*, 2001, p. 946. ; J. Beauchard, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référés », *RGDA*, 2002-02, p. 315. ; A. Boujeka, « L'étendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de référé-provision », *D.*, 2001, p. 1580.
[2278] N. Alshatti, *La motivation des décisions judiciaires civiles et la Cour de cassation. Étude de droit comparé franco-koweïtien*, *op. cit.*, p. 169.

CONCLUSION

Au terme de cette étude portant sur l'étendue des pouvoirs du juge des référés compétent, la frontière entre le pouvoir juridictionnel du juge des référés et sa compétence se dessine avec davantage de clarté. Ainsi d'ailleurs, que la différence entre les conditions de l'action et celles de la saisine, encore plus nette. Il était important de tenter de cerner de manière plus précise, cette frontière et cette différence pour deux principales raisons :

Cela permet d'abord de distinguer le régime de l'exception d'incompétence de celui des deux types de fin de non-recevoir (celle tirée de défaut de droit d'agir et celle tirée de défaut de condition de saisine le juge). En clair la recevabilité de ces moyens de défense : en particulier, les exceptions d'incompétence doivent, en principe, être présentées avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir[2279], et le juge ne peut la soulever d'office, sauf si elle d'ordre public. Alors que les fins de non-recevoir peuvent être invoquées en tout état de la cause[2280], et même pour la première fois devant la Cour de cassation, lorsqu'elles sont d'ordre public[2281]. Sauf si elles sont mélangées de fait et de droit, fussent-elles d'ordre public. Ce type de fin de non-recevoir, ne pouvant être présentée pour la première fois devant la Cour de cassation, à peine d'irrecevabilité[2282]. Il en résulte que toutes les fins de non-recevoir tirées de la méconnaissance des conditions de saisine du juge des référés, seront vues comme irrecevables, si elles sont relevées pour première fois devant la Cour de cassation[2283]. Ainsi le juge des référés doit les soulever d'office[2284] comme pour toutes les fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public[2285]. Alors que concernant les fins de non-recevoir tirées de la méconnaissance des conditions de l'action, le juge a toute latitude pour les relever d'office ou non. Cette distinction entre le régime de l'exception d'incompétence de celui des deux types de fin de non-recevoir, est inconnue des systèmes juridiques koweïtien, et égyptien. Cette conception unitaire étant fondée sur le motif – selon nous erroné-, de considérer le défaut d'une des conditions de saisine du juge des référés, relève de l'exception d'incompétence.

[2279] V. *Supra,* p. 56 s.
[2280] 2e Civ., 26 juin 1996, n° 93-18183, Bull., II, n° 185, p. 113, *JCP,* 1996, IV, n° 1934, *Rev. Procédures,* 1996, comm. n° 249, obs. R. Perrot.
[2281] 3e Civ., 6 décembre 1977, n° 76-12870, Bull., III, n° 425, p. 323. ; A. Dorsner-Dolivet et Th. Bonneau, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *op. cit.,* p. 61.
[2282] Com., 10 mars 2009, n° 07-20632, Bull., IV, n° 34, p. 41.
[2283] V. S. Guinchard et T. Moussa, note sous 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56.
[2284] Selon Monsieur Cayrol, : « il est admis que le juge des référés relève d'office tout moyen relatif à sa saisine ». N. Cayrol, « référé civil », *op. cit.*, n° 504.
[2285] L'art. 125 al. 1 du C.P.C.

En raison aussi du fait qu'il est nécessaire de mettre en lumière la différence concernant les sanctions processuelles et substantielles, selon qu'il y ait irrecevabilité de la demande en référé ou incompétence du juge des référés. En France, si la demande est déclarée irrecevable, cela aura pour conséquence de rendre la prescription « non avenue »[2286] et « sa décision [mettra] fin à l'instance »[2287] en référé ce qui conduit à la recevabilité immédiate de l'appel[2288]. Alors que si le juge se déclare incompétent, il en résultera une interruption de la prescription, et l'affaire sera en principe, renvoyée devant le juge compétent[2289]. En revanche, au Koweït et en Égypte, il n'existe que des sanctions processuelles. Puisque la demande en référé n'entraîne aucun effet interruptif sur la prescription. Si le juge des référés se déclare incompétent *stricto sensu* l'affaire sera renvoyée devant le juge compétent. Alors que si la demande est jugée irrecevable il sera mis fin à l'instance de référé.

En France, la confusion entre le pouvoir juridictionnel du juge des référés et sa compétence a été en partie, levée par la doctrine française dès 1983[2290]. Ainsi que par la Cour de cassation en 1986[2291], suite à la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 qui a modifié l'art. 2244 C.civ. (devenu l'art. 2241). Celle-ci prévoit désormais, que la demande en justice, y compris en référé, interrompt le délai de prescription[2292]. « L'affirmation semble d'évidence et la récurrence de son affirmation en jurisprudence, quand sont comparés les moyens relatifs à la compétence ou aux pouvoirs du juge, conduit à s'étonner qu'une telle question remonte encore de nos jours à la Cour de cassation »[2293]. Alors qu'au Koweït et en Égypte, la confusion existe toujours[2294] puisque la demande en référé n'interrompt pas la prescription. Dès lors que, les articles 488 du C. civ.K. et 383 du C. civ.É., ne prévoient pas que la citation devant le juge des référés interrompt la prescription. Pour cette raison, cette confusion au Koweït et en Égypte, risque de perdurer.

[2286] V. *Supra,* p. 69-70.
[2287] G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *op. cit.*, p. 460.
[2288] V. *Supra*, p. 299. ; 2e Civ., 17 décembre 2009, n° 09-11847, Bull., II, n° 292, p. 269, obs. R. Perrot, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 33. ; (Dir.) S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, *op. cit.*, n° 511.71, p. 1572, et n° 543.92, p. 1718. ; V. *Supra*, p. 299.
[2289] V. *Supra,* p. 70-73.
[2290] J. Normand, « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *RTD civ.*, 1983, p. 781-783. V. également, Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de droit international privé,* th., Paris II, 1981.
[2291] 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56. note S. Guinchard et T. Moussa.
[2292] L'art. 2241 du C.civ.
[2293] Y. Strickler, « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *op. cit.*, comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull, III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.
[2294] V. *Supra,* p. 25 s.

C'est probablement la raison pour laquelle la réforme des articles 488 du C. civ.K. et 383 du C. civ.É., devenus obligatoires, a été menée, pour que « la demande en justice, même en référé, interrompe le délai de prescription ainsi que celui de forclusion ».

Dans ce cadre, le choix de notre objet de recherche, est aussi motivé par la volonté de faire évoluer la procédure de référé en droit koweïtien et égyptien, de manière à la rendre compatible avec le C.P.C. français actuel. Mais aussi et surtout en vue de la rendre plus efficace et plus rapide, tout en y acclimatant le souci du procès équitable, à l'image de la procédure civile française, sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH.

Car la procédure civile actuellement en vigueur dans ces deux pays, n'y est pour l'essentiel qu'une reprise de l'ancien C.P.C. français. En conséquence, la réforme que nous appelons de nos vœux, devra être ambitieuse et concerner tous les domaines de la procédure civile. Et non uniquement les cas de saisine du juge des référés. Faute de quoi, elle n'aurait qu'un intérêt limité.

Pour terminer, nous sollicitons l'indulgence du lecteur pour toutes les erreurs non intentionnelles et les imperfections que contiendra immanquablement notre travail. Mais comme le disent les sages paroles du juge Alfadil Alasqalani[2295] : « je vois que lorsqu'une personne rédige un livre un jour, qu'elle déclare le lendemain que ce serait bien s'il y modifiait quelque chose. Que ce serait mieux, s'il y ajoutait autre chose. Que ce serait assez bien, s'il réorganisait le contenu. Et enfin que ce serait très bien, s'il laissait son œuvre dans ce dernier état. C'est là une belle leçon sur la perfectibilité de toute œuvre humaine »[2296].

[2295] Alqadi Alfadil Abdalrahman Albisani Alasqalani.
[2296] Alqadi Alfadil, [En ligne], Disponible sur : https://ar.wikipedia.org/wiki/القاضي_الفاضل (Consulté le 6/12/2018).

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages en langue française

I- Ouvrages généraux

• Amrani Mekki (S.) et Strickler (Y.), *Procédure civile*, 1re éd., Paris, P.U.F., 2014.

• Cadiet (L.) et Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, 10e éd., Paris, LexisNexis, 2017.

• Cornu (G.) (Dir.)*, Vocabulaire juridique,* 12e éd., Paris, P.U.F., 2018.

• Cornu (G.) et Foyer (J.), *Procédure civile*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1996.

• David (S.), Claux (P.-J.) et autres, *Droit et pratique du divorce*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2018/2019.

• Fricero (N.) et Julien (P.), *Procédure civile*, 5e éd., Paris, L.G.D.J., 2014.

• Guinchard (S.) (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2017/2018.

• Guinchard (S.), Chainais (C.) et Ferrand (F.), *Procédure civile. Droit interne et droit de l'union européenne,* 34e éd., Paris, Dalloz, 2018.

• Guinchard (S.) et Debard (T.) (Dir.), *Lexique des termes juridiques,* 26e éd., Paris, Dalloz, 2018-2019.

• Guinchard (S.), *Méga nouveau code de procédure civile : [texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations]*, 2e éd., Pais, Dalloz, 2001.

• Héron (J.) et Le Bars (Th.), *Droit judiciaire privé*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 2015.

• Motulsky (H.), *Écrits, Études et notes de droit international privé,* préf. H. Batiffol et Ph. Francescakis, Paris, Dalloz, 1978.

• Motulsky (H.), *Écrits. Études et notes de procédure civile*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2010.

• Motulsky (H.), *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 2010.

• Motulsky (H.), *Droit processuel,* Paris, Montchrestien, 1973.

• Pomiès (O.), *Dictionnaire de l'arbitrage*, préf. J. Paillusseau, Presses universitaires de Rennes, 2011.

• Racine (J.-B.), *Droit de l'arbitrage,* 1re éd., Paris, P.U.F., 2016.

• Solus (H.) et Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961,

• Solus (H.) et Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, t. II, Paris, Sirey, 1973.

• Solus (H.) et Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, t. III, Paris, Sirey, 1991.

• Vizioz (H.), *Étude de procédure,* Dalloz, Paris, 2011.

II- Monographie et ouvrages spéciaux

• Alharbi (K.), *Les actes du gouvernement comparaison entre le droit koweitien et le droit français*, th. Nancy, 2018.

• Alhoti (N.), *Les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil en première instance. Étude comparative entre le droit français et koweitien,* th. Strasbourg, 2014.

• Alenezi (A.), *L'arbitrage et l'urgence en droit française et en droit koweïtien*, Mémoire de master 2, Université Jean Moulin « Lyon 3 », 2016.

• Alshatti (N.), *La motivation et la Cour de cassation*, Mémoire de master 2, Université de Strasbourg, 2015.

• Alshatti (N.), *La motivation des décisions judiciaires civiles et la Cour de cassation. Étude de droit comparé franco-koweïtien*, th. Strasbourg, 2019.

• Alkhudhair (A.), *Les conditions d'accès au juge des référés en cas d'urgence*, Mémoire de master 2, Université de Strasbourg, 2015.

• Amrani Mekki (S.), *Le temps et le procès civil,* préf. L. Cadiet, Dalloz, Paris, 2002.

• Bahmaei (M-A.), *L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage,* Paris, L.G.D.J., 2002.

• Bertin (P.), *Les référés des années 1980*, préf. P. Bellet, Paris, éd. Gazette du Palais, 1982.

• Bouty (C.), *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, préf. J.-L. Bergel, P.U.A.M., 2008.

• Clay (T.), *L'arbitre,* Paris, Dalloz, 2001.

• Cayrol (N.), *Les actes ayant pour objet l'action en justice,* Préf. F. Grua, Economica, 2001.

• Chainais (C)., *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, préf. S. Guinchard, Dalloz, Paris, 2007.

• D'Ambra (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges,* Préf. G. Wiederkehr, Paris, L.G.D.J., 1994.

• Derveaux (H.), *De la compétence absolue du juge des référés*, th., Paris, 1914.

• Desdevises (Y.), *Le contrôle de l'intérêt légitime : essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action*, th., Nantes, 1973.

• Després (I.), *Les mesures d'instruction in futurum,* Préf. G. Wiederkehr, Dalloz, Paris, 2004.

• Estoup (P.), *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixer et abrégées*, 2e éd., Paris, Litec, 1998.

• Foulon (M.), *L'ordonnance de référé,* Bordeaux, Association d'Études et de Recherches de l'École Nationale de la Magistrature, 1987.

• Fourneau (A.), *À la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire pour une conception objective de l'action en justice*, th., Aix-en-Provence, 1951.

• Jestaz (Ph.), *L'urgence et les principes classiques du droit civil,* th. Paris, préf. P. Rayanud, L.G.D.J., 1968.

• KEBIR (M.), *Le libre arbitre du juge*, th. Tours, 2017.

• Mboucaron-Nardetto (M.), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, th. Nice, 2011.

• Melin-Soucramanien (B.), *Le juge des référés et le contrat,* Paris, L.G.D.J., 2000.

• Omar (M.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé,* th. Paris, préf. R. Perrot, L.G.D.J., 1967.

• Oudinet (G.), *De la compétence du juge des référés dans les matières qui ne relève pas de la compétence du tribunal civil,* th., Paris, 1912.

• Rubellin-Devichi (J.), *Essai sur la nature de l'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1965.

• Strickler (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire,* th. Strasbourg, 1993.

• Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.

• Théry (ph.), *Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de droit international privé,* th. Paris II, 1981.

• Valin (J.), *Étude critique de la distinction de l'incompétence absolue et de l'incompétence relative en matière civile,* th. Dijon, 1919.

• Vuitton (X.) et Vuitton (J.), *Les référés*, 4e éd., Paris, Litec, 2018.

• Vuitton (X.) *La Cour de cassation et le juge des référés*, th. Reims, 2001.

III- Articles, chroniques et études

• Amrani Mekki (S.), « Du bon usage des mesures d'instruction *in futurum* en matière de discrimination », *Gaz. Pal.*, 25 mai 2013, Chron., n° 131h8, p. 26.

• Ancel (B.), « Des pouvoirs du juge des référés saisi par l'effet d'une clause attributive de juridiction pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 326.

• Ancel (P.) et Cottin (M.), « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.*, 2003, p. 1386.

• Balat (N.), « forclusion et prescription », *RTD civ.,* 2016.

• Bandrac (M.), « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », *RID comp.*, 1994, n° 5, p. 359-377.

• Beauchard (J.), « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référés », *RGDA*, 2002-02, p. 315.

• Bédoule (J.), « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP,* 2002, I., Doct., n° 171.

• Bertin (Ph.), « Le juge des référés et le nouvel arbitrage », *Gaz. Pal.*, 1980, 2e sem., Doct., p. 520 - 521.

• Boillot (C.), « Exceptions et fins de non-recevoir -De l'efficacité des clauses compromissoires ? à celle des clauses de médiation et de conciliation », *JCP*, 2002, II, n° 10174, p. 2024-2028.

• Boillot (C.), « Le régime des clauses relative au litige », *RTD com.,* 2013.

• Bolard (G.), « Qualité ou intérêt pour agir ? », in. S. Guinchard, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Paris, Dalloz, 2010, p. 597-605.

• Bolze (A.) et Perreau-Saussine (L.), « Vers une nouvelle configuration de l'exception d'incompétence internationale ? », *D.*, 2010, p. 2196.

• Boré (J.) et Boré (L.), « Pourvoi en cassation », *RÉP. PR. CIV.*, 2016.

• Boré (J.) « L'autorité provisoire de la chose jugée », in. L. Cadiet et D. Loriferne, *L'autorité de la chose jugée,* IRJS Édition, 2012, p. 61-74.

• Boujeka (A.), « L'étendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de référé-provision », *D.*, 2001, p. 1580.

• Bout (R.), « Obligation naturelle », *RÉP. PR. CIV.*, 2008.

• Bouty (C.), « Chose jugée », *RÉP. PR. CIV.*, 2012, n° 273.

• Boyer (J.), « Le juge des référés peut...Réflexion sur les pouvoirs du juge des référés », in. *Mélanges dédiés à Louis Boyer, doyen de la Faculté de droit de Toulouse*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 135-142.

• Bruschi (M.), « Référé commercial », *RÉP. COM.*, 2007.

• Cadiet (L.), « De l'inefficacité des clauses attributives de compétence matérielle dans les actes mixtes » *JCP*, 1997, I, chron., n°4064.

• Cas (G.) et Bout (R.), « Clauses attributives de compétence à une juridiction », *Lamy droit économique*, 1999, n °14- 26.

• Cayrol (N.), « Action en justice », *RÉP. PR. CIV.*, 2016.

• Cayrol (N.), « Du bon usage de l'option de compétence entre juridictions des référés et juridictions du principal », *RTD civ.*, 2017, p. 727.

• Cayrol (N.), « Référé civil », *RÉP. PR. CIV.*, 2011.

• Cayrol (N.), « Procédure devant le tribunal de grande instance », *RÉP. PR. CIV.*, 2015.

• Cayrol (N.), « Réalisme et prudence du juge des référés », *D.*, 2011, p. 904.

• Cayrol (N.), « La saisine du juge », in. G. Wiederkehr, *De code en code*, 2009, Dalloz.

• Cayrol (N.), « La suspension de la dénonciation régulière d'un contrat par le juge des référés », *RDC*, 2017, n° 114t5, p. 66, § n° 7.

• Cayrol (N.), « Les moyens de défense », in. I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier, *Quarantième anniversaire du code de procédure civile (1975-2015),* éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 255-265.

• Cayrol (N.), « Litispendance », *RTD civ.*, 2015, p. 700-704.

• Chabot (G.), « Incompétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2016.

• Chabot (G.), « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 2000, p. 256.

• Consard (H.), « La compétence exclusive territoriale en matière contractuelle », in. P. Hébraud, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 207-218.

• Couchez (G.), « Référé et arbitrage, essai de bilan… provisoire », *Rev. Arb.*, 1986, p. 155-172.

• De Grandcourt (J.-L.), « Les compétences respectives du juge des référés et de l'arbitre international », in. Y. Loussouarn, *L'internationalisation du droit,* Paris, Dalloz, 1994, p. 203 - 217.

• De Varilles-Sommières (P.), « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 397-438.

• Delvolvé (P.), « Voie de fait : limitation et fondements », *RFDA*, 2013, p. 1041.

• Desdevises (Y.) et Staes (O.), « Fasc. 500-75 : ACTION EN JUSTICE. – Recevabilité. Conditions subjectives. – Intérêt », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2016.

• Dorsner-Dolivet (A.) et Bonneau (Th.), « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, Chron. p. 59-66.

• Douchy-Oudot (M.), « Compétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2014.

• Douchy-Oudot (M.), « Fasc. 900-30 : Autorité de la chose jugée. – Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2018.

• Dubarry (J.-C.) et Loquin (E.), « Clause compromissoire. Absence de saisine du tribunal arbitral, Juge des référés. Mesures d'instruction *in futurum,* Art. 145 NCPC, Compétence », *RTD com.*, 1996, p. 664.

• Fauvarque-Cosson (B.) et François (J.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.*, 2008, p. 2512, n° 30.

• Ferrand (F.), « Preuve », *RÉP. PR. CIV.*, 2013.

• Fillion-Dufouleur (B.) et Leboulanger (Ph.), « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1994, p. 665-682.

Foulon (M.), « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », in. P. Drai, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 311-327.

• Foulon (M.) et Strickler (Y.), « Le référé-différend », *RRJ*, 2014-3, p. 1277-1315.

• Foulon (M.) et Strickler (Y.), « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.,* 2012, éd. Spécialisée, Doct., Étude, p. 1348-1351.

• Fricero (N.), « L'excès de pouvoir en procédure civile », *Rev. gén. proc.*, 1998, p. 17-44.

• Fricero (N.), « Stratégie probatoire et perspective d'un procès », in. Jean Foyer*, In memoriam,* Paris, Litec, LexisNexis, 2010, p.113-123.

• Fricero (N.), « Tribunaux de grande instance, organisation et compétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2009.

• Frison-Roche (M.-A.), « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 53.

• Ghestin (J.), « Autorité de chose jugée des motifs ayant tranché une question de fond dont dépendait la compétence – à propos d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juill. 2001 », in. J. Normand, *Justices et droit fondamentaux,* Paris, Litec, 2003, p. 199-207.

• Giverdon (C.) et Gassiot, « La juridiction du premier président », *Gaz. Pal.*, 1974, 1er sem., Doct., p. 416- 426.

• Hauser (J.) , « La protection de la vie privée n'est pas limitée dans le temps : un droit à l'oubli ? », *RTD civ.*, 2008, p. 450.

• Hébraud. (P.), « Compétence du juge des référés du lieu de l'incident, en présence d'une clause attributive de juridiction » *RTD civ.*, 1959, p. 151-152.

• Hébraud (P.), « Délimitation de la compétence du juge des référés, par référence à celle de la juridiction dont il est l'émanation », *RTD civ.*, 1963, p. 777-780.

• Hébraud (P.), « Rôle du juge des référés, saisi à la suite d'une ordonnance sur requête qui a prononcé l'expulsion d'un occupant », *RTD civ*., 1951, p. 412-413.

• Hébraud (P.), « La juridiction arbitral et la notion de compétence », *RTD civ.*, 1962, p. 160-161.

• Hébraud (P.), « Nomination d'administrateur-séquestre en référé ; préjudice au principal et interprétation des titres », *RTD civ.*, 1950, p. 225-226.

• Hébraud (P.), « Procédure de règlement des incidents de compétence », *RTD civ.*, 1961, p. 369- 380.

• Hébraud (P.), « Procédure de règlement des incidents de compétence », *RTD civ.*, 1967, p. 445-466.

• Hébraud (P.), « Référé, réintégration des représentants du personnel ou des délégués syndicaux irrégulièrement licenciés », *RTD civ.,* 1972, p. 814-815.

• Hébraud (P.), « Référé ; conditions de recevabilité et pouvoirs du juge », *RTD civ.*, 1963, p. 396- 399.

• Hébraud (P.), « Référé civil », *RTD civ.*, 1970, p. 398-401.

• Hébraud (P.), « Restriction éventuelles du rôle du juge des référés. Juge des référés et juge de la mise en état ; Le référé en cours d'instance est-il encoure recevable ? », *RTD civ.*, 1973, p. 163-164.

• Hilt (P.), « Qui propose d'étendre plus largement encore le champ de l'expertise biologique », *RTD civ.*, 2017, p. 27.

• Hory (A.), « Les mesures d'instruction *in futurum* et l'arbitrage », *Rev. Arb*., 1996, n° 44, p. 191-222.

• Hontebeyrie (A.), « Prescription extinctive », *RÉP. CIV.*, 2016.

• Huchet (G.), « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *LPA*, 30 octobre 2008, p. 3.

• Héron (J.), « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée? »,in. R. Perrot, *Nouveaux juge, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, n° 12, p. 131-147.

• Héron (J.), « Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile », *Rev. gén. porc.*, 1999, p. 65-86.

• Jahel (S.), « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in. S. Guinchard, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Paris, Dalloz, 2010, p. 723-730.

• Jahel (S.), « Le concept de médiation dans l'Islam », *RID comp.,* 2017, p. 101- 105

• Jeantin (M.), « Les mesures d'instruction *in futurum* », *D.*, 1980, n° 27, p. 205- 210.

• Joly (S.), « La nouvelle génération des doubles délais extinctifs », *D.*, 2001, p. 1450.

• Junillon (J.), « Quelques interrogations procédurales à propos de la procédure à jour fixe », *Rev. gén. proc.*, 1998, p. 577-588.

• Kernaleguen (F.), « Intérêt, qualité, pourvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? » in. S. Guinchard, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Paris, Dalloz, 2010, p. 771-782.

• Krings (E.), « La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé »,in. R. Perrot, *Nouveaux juge, nouveaux pouvoirs,* Dalloz, 1996, p. 205-220.

• Labarthe (F.) et Jault-Seseke (F.), « L'inopposabilité au défendeur non commerçant d'une clause attributive de compétence au tribunal de commerce » *D.*, 1998, p. 2.

• Lasserre-Kiesow (V.), « La prescription, les lois et la faux du temps », *JCP N*, 2004, n° 122.

• Le Mire (P.), « Inexistence et voie de fait », *RD publ.,* 1978, p. 1219-1271.

• Lebeau (D.), « 160 : Compétence des tribunaux de commerce. –Clauses attributives de compétence », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2011.

• Lefort (C.), « Juge de l'exécution », *RÉP. PR. CIV.*, 2009.

• Leroyer (A.)-(M.), « La volonté de savoir : non à l'expertise sanguine *in futurum* », *RTD civ.*, 2018, p. 635.

• Loquin (É.), « Fasc. 1034 : ARBITRAGE. – Compétence arbitrale. – Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2016.

• Loir (R.), « Fasc. 245 : Action en concurrence déloyale. – Éléments de procédure », *Juris-Classeur Concurrence – Consommation,* Paris, LexisNexis, 2011.

• Marguénaud (J.-P.), « La Cour de cassation multiplie les applications dévastatrices de l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH », *RTD civ.* 1999, p. 494.

• Marmisse (A.) et Wilderspin (M.), « Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des arrêts *Van Uden* et *Mietz* », *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 669-684.

• Martin (R.), « Le référé, théâtre d'apparence », *D.*, 1979, chron., p. 158-160.

• Mazeaud (D.), « Le rayonnement des clauses processuelles », *D.*, 2014, p. 121.

• Meijers (E-M.), « Le développement des ordonnances sur référé en France », *Rev. Historique de droit français et étranger*, 26e année, 1984, p. 259-281.

• Moreau (B.) (Dir.), « Arbitrage commercial », *RÉP. PR. CIV.*, 2013.

• Moreau (B.) (Dir.), « Arbitrage en droit interne », *RÉP. PR. CIV.*, 2017.

• Moreau (J.), « Voie de fait », *RÉP. CONT. ADM.,* 2016.

• Motulsky (H.), « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire », *JCP*, 1954, I, n° 1194.

• Motulsky (H.), « Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale », *JCP*, 1957, I, n° 1383.

• Muir Watt (H.), « L'extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 27-50.

• Normand (J.), « Arbitrage et référé provision », *RTD civ.,* 1985, p. 208-211.

• Normand (J.), « De quelques limites du référé provision », *RTD civ*., 1999, p. 177.

• Normand (J.), « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », in. P. Julien, *La justice civile au vingt-et-unième siècle,* Aix-en-Provence, Edilaix, 2003, p. 295-324.

• Normand (J.), « Juge des référés et juge de la mise en état », *RTD civ.,* 1976, p. 185-187.

• Normand (J.), « Juge des référés et magistrat de la mise en état. Compétence *ratione temporis* », *RTD civ.,* 1975, p. 141-143.

• Normand (J.), « Juridiction compétente pour connaître des mesures provisoires ou conservatoires et incidence d'une procédure d'arbitrage au fond », *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 340-379.

• Normand (J.), « Intérêt et qualité pour agir en référé », *RTD civ.,* 1985, p. 764 - 769.

• Normand (J.), « L'autonomie des référés de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *RTD civ*., 1983, p. 185-189.

• Normand (J.), « La compétence d'attribution du magistrat de la mise en état », *RTD civ.*, 1976, p. 187-190.

• Normand (J.), « La compétence *ratione temporis* du juge des référés et du juge de la mise en état (suite… et fin ?) », *RTD civ.*, 1977, p. 360-361.

• Normand (J.), « La compétence territoriale du juge des référés », *RTD civ.*,1980, p. 607- 609.

• Normand (J.), « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *RTD civ.*, 1983, p. 781-783.

• Normand (J.), « La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », *RTD civ.*, 2002, p. 137.

• Normand (J.), « Le contrôle par la Cour de cassation du référé-provision », *RTD civ.*, 2001, p. 946.

• Normand (J.), « Le juge des référés et le résultat des mesures d'instruction par lui ordonnées sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », *RTD civ*., 1995, p. 429.

• Normand (J.), « Le référé en cours d'instance. La compétence du juge des référés et celle du juge de la mise en état sont-elles concurrentes ? », *RTD civ.*,1974, p. 192-194.

• Normand (J.), « Le référé de l'article 145 », *RTD civ*., 1983, p. 782-786.

• Normand (J.), « Les clauses attributives de compétence territoriale convenues entre commerçants », *RTD civ.*,1980, p. 609-613.

• Normand (J.), « Les juridictions compétentes pour connaître des litiges nés des baux commerciaux », *RTD civ.*, 1983, p. 583-588.

• Normand (J.), « Les limites du référé probatoire », *RTD civ*., 1990, p. 138.

• Normand (J.), « Notion et objet de la contestation sérieuse, obstacle aux pouvoir du juge des référés », *RTD civ.*, 1979, p. 654- 659.

• Normand (J.), « Office du juge et protection du consommateur. La question du délai prévu à l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative au crédit à la consommation », *RTD civ*., 1987, p. 588-593.

• Normand (J.), « Protection des consommateurs et clauses attributives de juridiction », *RTD civ.*,1980, p. 804-806.

• Normand (J.), « Référés. Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ*., 1997, p. 216.

• Normand (J.), « Référé-provision. Le contrôle, par la Cour de cassation, de l'obligation non sérieusement contestable », *RTD civ.*, 2001, p. 428.

• Normand (J.), « Une mesure d'instruction à future peut être ordonnée en référé indépendamment de tout mesure d'interdiction afin de constater l'accomplissement éventuel d'un acte illicite », *RTD civ*., 1994, p. 668-673.

• Normand (J.), « Urgence et référé », *RTD civ.*, 1977, p. 599.

• Normand (J.), « Urgence et référé provision », *RTD civ.*, 1977, p. 361-363.

• Nourissat (C.), « Droit civil de l'Union européenne », *D.*, 2008, p. 40.

• Orsoni (G.), T. confl., 19 janvier 2004, n° 3386, Bull., CONFLITS, n° 4, p. 4, *RTD Com.*, 2004, p. 262.

• Perdriau (A.), « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP*, 1988, I, n° 3365.

• Perrot (R.), « Appel-nullité : excès de pouvoir et incompétence », *RTD civ.,* 1997 p. 746 s.

• Perrot (R.), « Demande en justice : interruption de la prescription devant le juge des référés qui ordonne une expertise », *RTD civ.,* 1991 p. 595.

• Perrot, (R.) « Du provisoire au définitif », in. P. Drai, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, n° 5, p. 447-461.

• Perrot (R.), « Impartialité du juge et cumul des fonctions » *RTD civ*., 1999, p. 193.

• Perrot (R.), « Injonction de payer. Conditions d'application : créance de nature contractuelle (nature de la sanction) », *RTD civ.*, 1986, p. 192-195.

• Perrot (R.), « La compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1974, 2e sem., Doct., p. 895-900.

• Perrot (R.), « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile », *Rev. Procédures,* mars,1999, chron. n° 3, p. 3-7.

• Perrot (R.), « Mesures conservatoires et arbitrage », *RTD civ.*, 1989, p. 624-625.

• Perrot (R.), « Mesure d'instruction à futur », *RTD civ*., 1984, p. 561-562.

• Perrot (R.), « Procédure commerciale : le référé commercial et la passerelle », *RTD civ.*, 2003, p. 545.

• Perrot (P.) et Croze (H.), « Commentaire du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *Rev. Procédures*, 2004, étude n° 13.

• Pétel-Teyssié (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *RÉP. PR. CIV.,* 2013.

• Pétel-Teyssié (I.), « Les fin de non-recevoir de procédure », in. I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier, *Quarantième anniversaire du code de procédure civile (1975-2015)*, éd. Panthéon-Assas, 2016, n° 10, p. 267-287.

• Pierre-Maurice (S.), « Tribunal de commerce, organisation et compétence », *RÉP. PR. CIV.*, 2014.

• Plantamp (D.), « La clause attributive de compétence matérielle et le demandeur non commerçant dans le contentieux des actes mixtes », *RTD com.*, 2013, p. 429-438.

• Pugeault (S.), « Le juge administratif des référés, gardien des libertés », in. J. Normand, *Justices et droit fondamentaux,* Paris, Litec, 2003, p. 401-414.

• Puigelier (C.), « L'existence d'une obligation non sérieusement contestable est contrôlée par la Cour de cassation » *D.*, 2002, p. 598.

• Racine (J.-B.), « La technique de la « passerelle » en droit judiciaire privé », in. P. Julien, *La justice civile au vingt-et-unième siècle,* Aix-en-Provence, Edilaix, 2003, p. 354-381.

• Robert (J.), « La législation nouvelle sur l'arbitrage », *D.*, 1980, Chron., p. 189-198.

• Rousse (A.)-(G.), « Feue l'urgence en matière de référé-provision », *Gaz. Pal.*, 1977, 2e sem., Doct. p. 563.

• Rousse (J.-P.), « La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés ; La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1974, 2e sem., Doct., p. 837 - 838.

• Rouvière (F.), « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA,* 31 juillet 2009, n° 152, p. 7.

• Sargos (P.), « Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ?», *JCP,* 1998, n°49, II, 10198, p. 2117 - 2123.

• Sargos (P.), « Le juge des référés peut-il connaître de l'appel dirigé contre le jugement sur le fond ?», *JCP,* 1998, n°49, II, 10198, p. 2117 - 2123.

• Serinet (Y.-M.), « La sanction par l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel », *JCP*, 2010, n° 545, p. 1018-1023.

• Serinet (Y.)-(M.), « La qualité du défendeur », *RTD civ.*, 2003, p. 203.

• Strickler (Y.), « Délai », *RÉP. PR. CIV.*, 2014.

• Strickler (Y.), « La localisation de l'autorité de la chose jugée », in. L. Cadiet et D. Loriferne, *L'autorité de la chose jugée,* IRJS Édition, 2012, p. 37-60.

• Tandeau de Marsac (X.), « Le référé français et l'arbitrage internationale », *Gaz. Pal.*, 1984, 2e sem., Doct., p.375 - 378.

• Terneyre (Ph.), « Grève dans les services publics », *RÉP. TRAV.,* 2016.

• Théry (Ph.), « À propos du défaut de pouvoir juridictionnel : observations sur l'usage abusif d'une notion dévoyée », *RTD civ.,* 2017, p. 722.

• Théry (Ph.), « Des conséquences de la loi du 17 juin 2008 sur la régularisation des actes de procédure : il faut prendre le législateur au mot... », *RTD civ.*, 2018, p. 962.

• Théry (Ph.), « Excès de pouvoir et recours contre les décisions sur la compétence en matière de litiges internationaux : le pavé de l'ours ? », *RTD civ.,* 2010, p. 808.

• Théry (Ph.), « Le désordre des moyens de défense : exception d'incompétence et fin de non-recevoir... », *RTD civ.,* 2012, p. 566-570.

• Théry (Ph.), « Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques », *RTD civ.,* 2006, p. 143.

• Théry (Ph.), « Mesures d'instruction *in futurum* et clause de conciliation préalable : une question de chronologie », *RTD civ.,* 2007, p. 807.

• Tirvaudey-Bourdin (C.), « Fasc. 213-1 : Compétence. – Exception d'incompétence », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2015.

• Viatte (J.), « L'autorité des motifs des jugements », *Gaz. Pal.*, 1978, 1er sem., Doct., p. 84 – 86.

• Viatte (J.), « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.*, 1980, 2e sem., Doct., p. 470-471.

• Viatte (J.), « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1976, 2e sem., Doct., p.709-711.

• Vincent (J.), « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », in. P. Hébraud, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 917-947.

• Vuitton (X.), « Référés civils : synthèse n° 160, Fasc. 470- 471 », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2014.

• Vuitton (X.), « Fasc. 1200-90 : RÉFÉRÉS . – Généralités . – Compétence », *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2016.

• Wiederkehr (G.), « Droits de la défense et procédure civile », *D.*, 1978, chron., p. 36-38.

• Wiederkehr (G.), « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RID comp.*, 1998, p. 449-462.

• Wiederkehr (G.), « La légitimité de l'intérêt pour agir », in. S. Guinchard, *Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel,* Paris, Dalloz, 2010, p. 877 – 883.

IV- Notes de jurisprudence et observations

• A. (J.), note sous Paris, 18 mai 1977, *JCP*, 1978, II, n° 18877.

• Amrani Mekki (S.), obs. sous Soc. 19 décembre 2012, n° 10-20526, Bull., V, n° 341, p. 370, *Gaz. Pal.*, 25 mai 2013, Chron., n° 131h8, p. 26.

• Alaphilippe (F). et Karaquillo (J.-P.) obs. sous Rouen, 24 novembre 1981, *D.*, 1983, IR. p. 505.

• Aubert (J.)-(L.), obs. sous 1re Civ., 9 décembre 1986, n° 85-11263, Bull., I, n° 293, p. 278, *D.*, 1987, Somm. p. 455-456.

• Audit (B.), note sous 1re Civ., 17 décembre 1985, n° 84-16338, Bull., I, n° 354, p. 318, *D.*, 1986, IR., p. 266.

• Avena-Robardet (V.), « Crédit à la consommation : fin de non-recevoir tirée de la forclusion », note sous 1re Civ., 18 septembre 2008, n° 07-15473, Bull., I, n° 207, *D.*, 2008, p. 2499.

• Barbier (H.), obs. sous 1re Civ., 6 novembre 2013, n ° 11-18709, Bull., I, n° 211, p. 209, *RTD civ.*, 2014, p. 113.

• Batiffol (H.), note sous Req., 28 février 1928, *S.*, 1929, 1re partie, p. 225-227.

• Beauchard (J.) note sous TGI de Paris, réf., 2 octobre 1989, *JCP*, 1990, II, n° 21518.

• Bénabent (A.) et Dubarry (J.-C.), obs. sous 2e Civ., 17 mai 1982, n° 80-16063, Bull., II, n° 76, p. 54, *RTD com.*, 1982, p. 540.

• Bettati. (C.), note sous tribunal de commerce de Rouen, réf., 23 avril 2001, *Gaz. Pal.*, 2002, Somm., p. 261-262.

• Bey (E.)-(M.), obs. sous 1re Civ., 9 décembre 1986, n° 85-11263, Bull., I, n° 293, p. 278, *JCP*, 1987, II, n° 20862.

• Blaisse (A.), obs. sous Com., 20 novembre 1984, no 83-15956, Bull., IV, no 313, p. 253, *JCP*, 1987, II, no 20832.

• Bléry (C.) note sous 1re Civ., 19 septembre 2018, n° 17-22678, Bull., I, *Dalloz actualité,* 3 octobre 2018.

• Boillot (C.), note sous Ch. mixte, 12 décembre 2014, n° 13-19684, Bull., Ch. mixte, n° 3, p. 7, *D.*, 2015, p. 298.

• Boillot (C.), note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *JCP*, 2002, II, 10174, p. 2024-2028.

• Bolze (A.) note sous 2e Civ., 21 février 2019, n° 17-28857, Bull., II, *Dalloz actualité*, 14 mars 2019.

• Boujeka (A.), note sous Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p. 29, *LPA*, 5 mars 2002, n° 46, p. 19.

• Boujeka (A.), obs. sous 1re Civ., 4 octobre 2000, n° 97-20867 et 97-20990, Bull. I, n° 239, p. 157, *D*. 2001, p. 1580.

• Bouloc (B.), obs. 1re Civ., 9 juin 1993, n° 91-16084, Bull., I, n° 211, p. 147, *RTD com*., 1994, p. 336.

• Bouloc (B.), obs. sous 1re Civ., 17 juillet 1996, n° 94-13875, Bull., I, n° 329, p. 229, *RTD com.*, 1997, p. 303.

• Brault (Ph.)-(H.), Paris, 14 mars 2005, n° 03/14884, Juris-Data : n° 275158, *Loyers et Copropriété*, n° 9, 2005, comm. n° 158.

• Bredin (J.-D.), note sous Paris, 12 décembre 1957, *D*., 1958, p. 230.

• Breton (A.), note sous TGI de Draguignan, 30 mai 1973, *D*., 1973, juris., p. 631.

• Breton (A.), obs. sous 1er Civ., 2 octobre 1979, *D.,* IR., p.362-363.

• Bretzner (J.)-(D.), obs. sous 2e Civ., 19 février 2015, n° 14-12280, Bull., II, n° 39, p. 34, *D*., 2016, p. 167.

• Bugada (A.), obs. sous Soc., 23 mars 2017, n° 15-23090, Bull., V, n° 55, p. 64, *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 129.

• Burgelin (J.-F.), « Quand le juge des référés prend parti », *D*., 1999, p. 1. obs. sous Ass. plén., 6 novembre 1998, n° 94-17709, Bull., Ass. plén., n° 5, p. 7.

• Bussy (F.), note sous TGI Nanterre, 10 mars 1997, *D*., 1997, juris., n° 8, p. 449-452.

• Cadiet (L.), note sous Paris, 23 juin 1993, *Rev. Arb*., 1994, p. 151-163.

• Cadiet (L.), note sous Paris, 12 octobre 1994, *D*., 1995, IR., p. 37, *JCP*, 1995, I, n° 3846, p. 217, n° 26.

• Cadiet (L.), note sous 2e Civ., 17 janvier 1996, n° 93-18361, Bull., II, n° 3, p. 2, *Rev. Arb*., 1996, p. 620-624.

• Cadiet (L.), obs. sous 1er Civ., 19 mars 1996, n° 94-12426, Bull., I, n° 138, p. 97, *JCP*, 1996, I, Doct., 3938, n° 11, p. 230.

• Cadiet (L.), note sous Com., 10 juin 1997, n° 94-12316, Bull., IV, n° 185, p. 162, *JCP*, 1997, I, chron., n° 4064.

• Callé (P.), note sous 1re Civ., 3 février 2010, n° 09-13618, Bull., I, n° 31, p. 28, *Rev. Arb.*, 2010, p. 495-502.

• Callé (P.), note sous 1re Civ., 14 avril 2010, n° 09-12477, Bull., I, n° 96, p. 88, *Rev. Arb.*, 2010, p. 495-502.

• Caprioli (E), obs. sous TGI de Paris, ord. réf., 12 août 2016, *Communication - Commerce électronique*, 2016, comm. n° 105.

• Caratini (M.), note sous Paris, 8 avril 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., p. 291-294.

• Coulon (J.)-(M.), note sous Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, Bull., Ass. plén., n° 6, p. 11, *D.* 1996, p. 497.

• Cayrol (N.), « La compétence du juge des référés », *RTD civ.*, 2018, p. 971, obs. sous Com., 5 septembre 2018, n° 17-10975, Bull., IV, *D.*, 2018, p. 1751.

• Cayrol (N.), « La saisine du juge des référés », *RTD civ.*, 2018, p. 970, obs. sous 3e Civ., 21 décembre 2017, n° 16-25469, Bull., III, *D.*, 2018, p. 9.

• Cayrol (N.), « Le moyen de défense par lequel un plaideur conteste la saisine du juge des référés n'est pas une exception de procédure », note sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *RTD civ.*, 2017, p. 728.

• Cayrol (N.), « Titre exécutoire. Décision au fond ne remettant pas en cause la chose jugée en référé », *RTD civ.*, 2015, p. 457, obs. sous 2e Civ., 8 janvier 2015, n° 13-25786, Non publié au Bull.

• Cayrol (N.), obs. sous 3e Civ., 2 mars 2017, n° 15-29022, Non publié au Bull., *RTD civ.*, 2017, p. 727.

• Chabot (G.), note sous Com., 13 mai 2003, n° 01-10955, Bull., IV, n° 81, p. 92, *JCP*, 2003, II, n° 10193.

• Chavance (E.), obs. sous 3e Civ., 15 octobre 2008, n° 07-16725, Bull., III, n° 152, p. 143, *Loyers et Copropriété,* n° 12, 2008, comm. n° 279.

• Couchez (G.), note sous 2e Civ., 1 février 1989, n° 86-15288, Non publié au Bull., 2e Civ., 20 mars 1989, n°87-20180, Bull., II, n° 84, p. 40. et 1re Civ., 20 mars 1989, n° 86-17204, Bull., I, n° 193, p. 92, *Rev. Arb.*, 1989, p. 495-503.

• Crémieu (L.), note sous 1re Civ., 27 décembre 1960, *D.*, 1961 juris., p. 469.

• Croze (H.) obs. sous Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, Bull., Ass. plén., n° 6, p. 11, *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 334.

• Croze (H.), « Appel- Ordonnance du juge de la mise en état », obs. sur 2e Civ., 15 novembre 2018, n° 17-22322, Juris-Data n° 020327, *Rev. Procédures,* 2019, comm. n° 1.

• Croze (H.), obs. sous Com., 13 mai 2003, n° 01-10955, Bull., IV, n° 81, p. 92, *Rev. Procédures*, 2003, comm. n° 173.

• Croze (H.), obs. sous 2e Civ., 13 novembre 2014, n° 13-26708, Non publié au Bull., Juris-Data n° 027609, *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 5.

• Croze (H.), obs. sous Paris, 11 juin 1997, n° 97/08237, Juris-Data n° 022096*, Rev. Procédures*, 1997, comm. n° 263.

• Croze (H.) et Morel (Ch.), obs. sous 2e Civ., 7 octobre 1987, n° 86-13290, Bull., II, n° 183, p. 104, *Gaz. Pal.,* 1988, 1er sem., Somm., p. 150.

• Dargent (L.), « Sanction de la compétence territoriale d'une cour d'appel », *Dalloz actualités,* 11 septembre 2009, note sous 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 06-46220, Bull., II, n° 186, p. 171. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-40541, Bull., II, n° 187, p. 172. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-41465, Bull., II, n° 188, p. 172.

• De Laforcade (A.), obs. sous 1re Civ., 3 février 2010, n° 09-13618, Bull., I, n° 31, p. 28, *Dr. et proc.,* 2011, p. 14-16.

• Debbasch (Ch.), note sous Paris, 21 octobre 1991, *D*., 1992, p. 244.

• Degos (L.), note sous 2e Civ., 2 avril 1997, n° 94-14223, Bull., I, n° 108, p. 62. ; 1re Civ., 21 octobre 1977, n° 95-18561, Bull., I, n° 286, p. 193, *Rev. Arb*., 1998, p. 673-679.

• Delpech (X.) sous 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 07-17788, Bull., I, n° 161, p. 152, *D*., 2010, p. 1869.

• Delpech (X.), « Clause attributive de juridiction : contra d'adhésion international », *D*., 2010, p. 588, obs. sous 1re Civ., 17 février 2010, n° 08-12749 et n° 08-15024, Bull., I, n° 38, p. 36.

• Delpech (X.), « Mainlevée de l'opposition d'un chèque : compétence exclusive du juge des référés », *Dalloz actualité*, 21 décembre 2018, note sous Com., 5 décembre 2018, n° 17-22658, Bull., IV, *D.*, 2018, p. 2356.

• Delpech (X.), « Validité de la clause attributive de juridiction dans un contexte international », *D*., 2007, p. 314 n° 26, obs. sous 1re Civ., 9 janvier 2007, n° 05-17741, Bull., I, n° 5, p. 4.

• Derrida (F.), obs. sous Com., 26 mai 1992, n° 90-13008, Bull., IV, n° 205, p. 142, *D.*, 1993, p. 2.

• Donnier (M.), note sous 2e Civ., 9 décembre 1976, n° 76-10130, Bull., II, n° 329, p. 257, *D.*, 1978, juris., p. 329-333.

• Douchy-Oudot (M.), note sous 2e Civ., 21 avril 2005, n° 03-15607, Bull., II, n° 116, p. 105, *Dr. et proc.,* 2005, p. 291.

• Douchy (M.), obs. sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Dr. et proc.*, 2002, p. 108-110.

• Douence (J.-C.), note sous T. confl., 27 juin 1966, n° 1889, *D.*, 1968, juris., p. 7-10.

• Droz. (G.), note sous Paris, 3 octobre 1974, *D.*, 1975, juris., p. 396-399.

• Du Rusquec (E.), note sous 1re Civ., 11 décembre 2001, n° 00-18547, Bull., II, n° 313, p. 199, *JCP*, 2002, II, n° 10106.

• Dumont-Lefrand (M.)-(P.), obs. sous 3e Civ., 8 avril 2010, n° 09-10226, Bull., III, n° 79, p. 72, *D*. 2011, p. 1786.

• Dupichot (J.), note sous Com., 10 février 1981, n° 79-15687, Bull., IV., n° 75, p. 59, *Gaz. Pal*., 1981, 2e sem., juris., p. 475-477.

• Dupichot (J.), note sous 2e Civ., 20 février 1980, n° 78-14437, Bull., II, n° 37, p. 27, *Gaz. Pla.*, 1980, 2e sem., juris., p. 495-495.

• Dupichot (J.), note sous 3e Civ., 4 juin 1980, n° 79-11781, Bull., III, n° 111, p. 83, *Gaz. Pal.*, 1980, 2e sem., juris., p. 767-770.

• Everaert (D.), obs. sous Douai, 25 avril 1991, *JCP,* 1991, Somm., n° 102721, *D.*, 1993, Somm., p. 129.

• Fages (B.) obs. sous 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 07-17788, Bull., I, n° 161, p. 152, *RTD civ.*, 2010, p. 780.

• Fréjaville (M.), note sous T. confl., 18 décembre 1974, Hilaire (1er espèce) et Dame Cortesi (2e Espèce), *D.*, 1948, p. 62-64.

• Fricero (N.), note sous 1re Civ., 10 janvier 1990, n° 88-12904, Bull., I, n° 13, p. 10, *D.*, 1991, p. 245.

• Fricero (N.), note sous 2e Civ., 10 septembre 2009, n° 07-13015, Bull., II, n° 210, p. 192, *JCP*, 2009, n° 421.

• Gallmeister (I.), note sous, 1re Civ., 7 mai 2010, n° 09-11177, Bull., I, n° 106, p. 99, *D.*, 2010, p. 2196.

• Gaudemet-Tallon (H.), note sous 1re Civ., 17 décembre 1985, n° 84-16338, Bull., I, n° 354, p. 318, *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 537.

• Geoffroy (R.), obs. sous Soc., 15 mai 2007, n° 06-43110, Non publié au Bull., *JCP S*, 2007, comm. n° 1732.

• Gibirila (D.), « L'incapacité d'ester en justice d'une société en formation et ses enjeux », *RJDA*, chron., p. 915-923.

• Couchez (G.) note sous 1re Civ., 17 janvier 1978, *JCP*, 1979, II, n° 19251.

• Guez (ph.), note sous Paris, 10 février 1993, *JCP*, 1995, II, no 22438, p. 209-212.

• Guinchard (S.) obs. sous 1re Civ., 9 février 1983, n° 81-16184, Bull., I, n° 56, p. 49, *Gaz. Pal.* 1983, Pan., p. 178.

• Guinchard (S.) et Moussa (T.), note sous Com., 6 mars 1985, n° 83-17039, Bull., IV, n° 91, p. 80, *Gaz. Pal.*, 1985, 2e sem., pan., p. 206.

• Guinchard (S.) et Moussa (T.), note sous 2e Civ., 20 novembre 1985, n° 84-12506, Bull., II, n° 173, p. 116, *Gaz. Pal.*, 1986, 2e sem., Somm., p. 328.

• Guinchard (S.) et Moussa (T.), note sous 3e Civ., 19 mars 1986, n° 84-17524, Bull., III, n° 34, p. 26, *Gaz. Pal.*, 1987, 1er sem., Somm., p. 56.

• Hauser (J.), obs. Sous 1re Civ., 3 mars 2010, n° 08-13500, Bull., I, n° 53, p. 51, *RTD civ.*, 2010, p. 305.

• Hauser (J.), obs. sous 1re Civ., 4 mai 2011, n° 09-68983, Bull., I, n° 82, p. 79, *RTD civ.,* 2011, p. 515.

• Hébraud (P.), obs. sous Civ., 24 octobre 1951, n° 2.844, Bull., Section civile, n° 272, p. 212, *JCP,* 1952, II, n° 6806, *RTD civ.*, 1952, p. 254.

• Hébraud (P.), obs. sous 1er Civ., 1er juillet 1969, n° 66-12910, Bull., I, n° 259, p. 206, *RTD civ.,* 1970, p. 231.

• Hébraud (P.), obs. sous 2e Civ., 22 janvier 1953, *D.*, 1953, juris., p. 236, *RTD civ.*, 1953, p. 377.

• Hébraud (P.), obs. sous 2e Civ., 5 décembre 1968, n° 67-12608, Bull., II, n° 297, p 211, *RTD civ.,* 1970, p. 399 et 400.

• Hébraud (P.), obs. sous 2e Civ., 20 janvier 1971, n° 69-11539, Bull., II, n° 20, p. 14, *RTD civ*., 1971, p. 421.

• Hébraud (P.), obs. sous Ass. plén., 18 juin 1963, n° 60-10969, Bull., Ass. plén., n° 2, p. 2, *RTD civ.,* 1963, p. 780.

• Hébraud (P.), obs. sous Ass. plén., 26 mai 1967, n° 63-12709, Bull., Ass. plén., n° 4, p. 5, *RTD civ*., 1967, p. 697.

• Hébraud (P.), obs. sous Com., 1er mars 1966, n° 63-13583, Bull., III, n° 126, p. 108, *RTD civ*., 1967, p. 477.

• Hébraud (P.), obs. sous Paris, 25 octobre 1960, *Gaz. Pal*., 1961, p. 142, *RTD civ.*, 1961, p. 372- 373.

• Hory (A.), note sous, Com., 29 juin 1999, n° 98-17215, Bull., IV, n° 147, p. 122, *Rev. Arb*., 1999, p. 817-820.

• Hébraud (P.), obs. sous TGI de Caen, 22 novembre 1962, *D*. 1963, juris., p. 164, *RTD civ.*, 1963, p. 396.

• Hébraud (P.), obs. sous Tribunal de commerce de Niort (référés), 8 septembre 1958, *Gaz. Pal*., 1959, 1er sem., juris., p. 66, *RTD civ*., 1959, p. 151.

• Idot (L.), « Litispendance », *Europe,* 2011. Comm. n° 35, note sous CJUE 9 novembre 2010, aff. C-296/10 Bianca Purrucker.

• Jarrosson (Ch.), note sous Paris, 23 mai 2001, n° 2001/03340, *Rev. Arb*., 2003, p. 403-416.

• Julien (P.), note sous 3e Civ., 16 mai 1979, *D*., 1980, IR., p. 49.

• Julien (P.), obs. sous Com., 20 octobre 1992, n° 90-20548, Bull., IV, n° 312, p. 222, *D*., 1993, Somm., p. 184.

• Julien (P.), obs. sous 1re Civ., 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p. 77, *D*., 1996, IR., p. 354.

• Julien (P.), obs. sous 2e Civ., 29 mai 1979, n° 78-11179, Bull., II, n° 164, p. 114, *D*., 1979, IR., p. 478.

• Julien (P.), obs. sous 2e Civ., 29 octobre 1986, n° 85-14011, Bull., II, n° 154, p. 104, *D*., 1987, Somm., p. 229.

• Julien (P.), obs. sous 2e Civ., 14 décembre 1992, n° 91-17352, Bull., II, n° 311, p. 154, *D*., 1933, Somm., p. 183.

• Julien (P.), obs. sous 2e Civ., 13 janvier 1993, n° 91-17175, Bull., II, n° 15, p. 7, *D.*, 1993, somm., p. 181.

• Julien (P.), obs. sous 2e Civ., 10 avril 1995, n° 95-60550, Bull., II, n° 121, p. 69, *D.* 1996, Somm., p. 135.

• Julien (P.), obs. sous 3e Civ., 16 mai 1977, n° 76-10748, n° 211, p. 161, *D.* 1977, IR., p. 414.

• Julien (P.), obs. sous 3e Civ., 4 mars 1987, n° 85-17914, Bull., III, n° 41, p. 25, *D.* 1987, Somm., p. 233.

• Julien (P.), obs. sous Paris, 3 novembre 1982, *D.*, 1983, IR., p. 155.

• Julien (P.), obs. sous Paris, 10 décembre 1984, *D.*, 1985. IR., p. 263.

• Julien (J.), obs. sous Douai, 17 novembre 1983, *D.*, 1984, IR., p. 422.

• Julien (P.), obs. sous Toulouse, 3 juin 1987, *D.* 1987, Somm., p. 233.

• Junillon (J.), obs. sous3e Civ., 16 avril 2008, n° 07-15486, Bull., III, n° 72, p. 68, *Rev. Procédures*, 2008, comm. n° 174.

• Kahn (ph.), note sous 1re Civ., 10 octobre 1978, n° 77-10926, Bull., I, n° 294, p. 228, *JDI*, 1979, juris., p. 143.

• Kebir (M.), « Compétence : relevé d'office de l'incompétence du juge judiciaire », *Dalloz actualité*, 28 avril 2017, note sous 2e Civ., 29 mars 2017, n° 16-11277, Bull., II, n° 84, p. 108.

• Kebir (M.), « Mesure d'instruction *in futurum* : la suspension de la prescription ne bénéficie qu'au demandeur », *Dalloz actualité*, 7 mars 2019 note sous 2e Civ., 31 janvier 2019, n° 18-10011, Bull., II, *D.*, p. 254.

• Kebir (M.), « Provision *ad litem* : exigence d'une obligation non-sérieusement contestable », *Dalloz actualité*, 25 février 2015.

• Kebir (M.), « Provision *ad litem* : causes d'exonération et recherche du caractère sérieux de la contestation », *Dalloz actualité*, 25 juin 2015.

• Kebir (M), « Référé : contestation sérieuse relative à la nullité éventuelle d'un mandat », note sous 1re Civ., 6 juillet 2016, n° 15-18763, Bull., I, n° 152, p. 177, *Dalloz actualité*, 29 août 2016.

• Kebir (M.), « Référé civil : date de l'appréciation des conditions », obs. sous 1re Civ., 16 mai 2012, n° 11-18181, Bull., I, n° 109, p. 97, *Dalloz actualité*, 5 juin 2012.

• Kebir (M.), « Étendue du pouvoir juridictionnel du juge de l'exécution », *Dalloz actualité*, 22 janvier 2015, note sous 2e Civ., 8 janvier 2015, n° 13-21044, Bull., II, n° 3, p. 2.

• Kebir (M), obs. sous 2e Civ., 12 juillet 2012, n° 11-20687, Bull., II, n° 133, p. 131, *Dalloz actualité*, 11 septembre 2012.
• Kebir (M.), obs. sous 2e Civ., 18 janvier 2018, n° 17-10636, *Dalloz actualité*, 8 février 2018.
• Kebir (M.), obs. sous 3e Civ., 21 décembre 2017, n° 16-25469, Bull., III, *Dalloz actualité*, 23 janvier 2018.
• Kendérian (N.)-(F.) obs. sous 3e Civ., 15 octobre 2008, n° 07-16725, Bull., III, n° 152, p. 143, *RTD com*., 2009, p. 81.
• L. (B.) note sous TGI de Brest, ord. réf., 9 avril 1973, *Gaz. Pal*., 1973, 2e sem., juris., p. 499-500.

• Labarthe (F.) et Jault-Seseke (F.), obs. sous Com., 10 juin 1997, n° 94-12316, Bull., IV, n° 185, p. 162, *D*., 1998, p. 2.

• Lasserre Capdeville (J.), obs. sous Douai, 29 juin 2017, n° 16/05310, *LEDB*, octobre 2017, n° 110w0, p. 4.

• Lalou (H.), note sous Civ., 4 mai 1910, *D*., 1910, 1er partie, p. 385- 387.

• Lefevbre (L.) note sous 2e Civ., 13 mai 2015, n° 14-16905, Non publié au Bull., *RTD civ.,* 2015, p. 48.

• Lemouland (J.-J.) et Vigneau (D.), obs. sous 1re Civ., 4 mai 2011, n° 09-68983, Bull., I, n° 82, p. 79, *D*., 2012, p. 971.
• Lévy (L.), note sous Com., 11 mai 1993, n° 90-20430, Bull., IV, n° 185, p. 131., *JCP*, 1994, II, juris., n° 22275, p. 240-243.

• Lévy (L.), note sous 3e Civ., 9 janvier 1991, 89-13790, Bull., III, n° 15, p. 9, *JCP*, 1991, II, juris, n° 21729, p. 316.
• Lindon (R.), note sous 1er Civ., 1er juillet 1969, n° 66-12910, Bull., I, n° 259, p. 206, *JCP*, 1969, II, n° 16096.

• Loquin (É.), note sous 1re Civ., 17 juin 1975, *Rev. Arb*., 1976, p. 189.

• Loquin (É.), note sous 1re Civ., 6 décembre 2005, n° 03-16572, Bull., I, n° 463, p. 391, *RTD com*., 2006, p. 297.

• Loquin (É.), « L'exception d'incompétence du juge étatique tirée de l'existence d'une clause compromissoire est une exception de procédure et non une fin de non-recevoir », *RTD com.*, 2002, p. 46, note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116.

• Manara (C.), note sous Pau, 23 mars 2012, n° 12/1373, *D*., 2012, p. 1061.

• Mauger-Vielpeau (L.), note sous 1re Civ., 3 mars 2010, n° 08-13500, Bull., I, n° 53, p. 51, *D.*, 2010, p. 1608.
• Mayer (L.), obs. sous 2e Civ., 17 mars 2016, n° 15-11412, Bull., II, n° 78, p. 80, *Gaz. Pal.*, 30 août 2016, juris., n° 272u0, p. 74-75.
• Mercadal (B.), obs. sous Paris, 7 juin 1982, Juris-Data no 026124, *D.* 1983, IR., p. 121.

• Mestre (J.), obs. sous 1re Civ., 9 décembre 1986, n° 85-11263, Bull., I, n° 293, p. 278, *RTD civ.*, 1987, p. 763.
• Moreau (B.), note sous Rennes, 15 mars 2011, *Rev. Arb.*, 2011, p. 484-489.

• Moreau (B.), obs. sous 1re Civ., 14 avril 2010, n° 09-12477, Bull., I, n° 96, p. 88, *RJ com.*, 2012, p. 52.

• Motulsky (H.), obs. sous 1re Civ., 17 octobre 1956, *JCP*, 1956, II, n° 9647.

• Motulsky (H.), note sous 2e Civ., 6 juin 1962, n° 60-13005, Bull., II, n° 500, p. 357, *JCP*, 1963, II, n° 13191, § III.

• Motulsky (H.), obs. sous 2e Civ., 20 juin 1957, n°7.209, Bull., II, n° 459, p. 300, *JCP*, 1958, II, n° 10773.

• Muir Watt (H.) note sous 1re Civ., 11 décembre 2001, n° 00-18547, Bull., II, n° 313, p. 199, *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 371.

• Najjar (I.), note sous 2e Civ., 13 juin 2002, n° 00-20077, Bull., II, no 130, p. 104, *D.*, 2002, p. 2439.

• Niboyet (M.-L.), note sous 1re Civ., 30 juin 1998, n° 96-13469, Bull., I., n° 227, p. 157, *Rev. Arb.*, 1999, p. 80-85.

• Niboyet-Hoegy (M.-L.), note sous 1re Civ., 9 octobre 1990, n° 89-12561, Bull., I, n° 205, p. 147, *Rev. Arb.*, 1991, p. 305-316.

• Normand (J.), obs. sous Ass. plén., 28 juin 1996, n° 94-15935, Bull., Ass. plén., n° 6, p. 11, *RTD civ.*, 1997, p. 216.
• Normand (J.), obs. sous 1re Civ., 14 mars 1984, n° 82-15619, Bull., I, n° 93 p. 77, *RTD civ.*, 1985, 208-211.

• Normand (J.), obs. sous 1re Civ., 9 décembre 1986, n° 85-11263, Bull., I, n° 293, p. 278, *RTD civ.*, 1987, p. 590.

• Normand (J.), obs. sous 1re Civ., 9 décembre 1986, n° 85-11263, Bull., I, n° 293, p. 278, *RTD civ.*, 1988, p. 568, obs. J. Normand.

• Normand (J.), obs. sous 1re Civ., 24 octobre 2000, n° 98-23273, Bull., I, n° 268, p. 173, *RTD civ.*, 2001, p. 428.

• Normand (J.), obs. sous 2e Civ., 9 décembre 1976, n° 76-10130, Bull., II, n° 329, p. 257, *D.*, 1977, IR., p. 133., *RTD civ.*, 1977, p. 360- 361.

• Normand (J.), obs. sous 2e Civ., 17 mai 1982, n° 81-10993, Bull., II, n° 75, p. 53, *RTD civ.,* 1983, p. 588.

• Normand (J.), obs. sous 2e Civ., 30 novembre 1983, n° 82-12384, Bull., II, n° 191, p. 132, *RTD civ.*, 1984, p. 354.

• Normand (J.), obs. sous 2e Civ., 6 mars 1991, n° 89-16995, Bull., II, n° 77, p. 42, *RTD civ.*, 1995, p. 429.

• Normand (J.), obs. sous Aix-en-Provence, 18 mai 1977, Bull., 1977-2, no 194, *RTD civ.*, 1980, p. 610.

• Normand (G.), obs. sous Arras, 9 octobre 1981, *JCP*, 1982, II, n° 19852, *RTD civ.*, 1983, p. 186-187

• Normand (J.), obs. sous Bourges,14 septembre 1993, *JCP*, 1994, IV, 1214, Juris-Data n° 049123, *RTD civ.*, 1994, p. 674.

• Nourissat (C.) note sous CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-296/10 Bianca Purrucker, *Rev. Procédures*, 2011, comm. n° 11.

• Nourissat (C.), note sous CJUE, 28 juin 2017, aff. C-436/16, Leventis, *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 236.

• Nourissat (C.), note sous CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-368/16, Assens Havn, *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 235.

• Orsoni (G.), note sous T. confl., 19 janvier 2004, n° 3386, Bull., CONFLITS, n° 4, p. 4, RTD Com., 2004, p. 262.

• Perrot (R.), note sous Civ., 24 octobre 1951, n° 2.844, Bull., Section civile, n° 272, p. 212, *JCP,* 1952, II, n° 6806, *RTD civ.*, 1952, p. 254.

• Perrot (R.) note sous 1re Civ., 7 janvier 1997, n° 94-21205, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 1997, comm. n° 53.

• Perrot (R.), note sous 1re Civ., 8 juillet 2009, nº 08-16711, Bull., II, nº 156, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 302.

• Perrot (R.) note sous 1re Civ., 28 mai 2008, n° 07-13266, Bull., I, n° 153, *RTD civ*., 2008, p. 551.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Rev. Procédures*, 2002, comm. nº 1.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 1 avril 2004, n° 02-14485, Bull., II, n° 149, p. 125, *Rev. Procédures*, 2004, comm. n° 145.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 18 novembre 2004, *Rev. Procédures*, 2005, comm. n° 36.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 18 novembre 2004, *RTD civ*., 2005, p. 188.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 13 mai 2004, n° 02-10534, Bull., II, n° 229, p. 193, *Rev. Procédures*, 2004, comm. n° 177.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 12 juin 2008, n° 07-13901, Bull., II, n° 138, p. 10, *Rev. Procédures,* 2008, comm. n° 227.

• Perrot (R.) note sous 2e Civ., 18 décembre 2008, n° 07-20599, Bull., II, n° 276, p. 226, *RTD civ.,* 2009, p. 171.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 19 mars 2009, n° 08-12814, Bull., II, n° 77, p. 71, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 148.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 17 décembre 2009, Rev. Procédures, 2010, comm. n° 33.

• Perrot (R.) note sous 2e Civ., 16 décembre 2010, n° 09-71575, Bull., II, n° 212, p. 190, *RTD civ.,* 2011, p. 170.

• Perrot (R.), note sous 2e Civ., 16 mai 2012, n° 10-26970, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 208.

• Perrot (R.), note sous 3e Civ., 7 avril 2004, n° 02-18000, Bull., III, n° 69, p. 65, *Rev. Procédures*, 2004, comm. n° 143.

• Perrot (R.), note sous 3e Civ., 6 juillet 2011, n° 10-17118, Bull., III, n° 122, p. 119, *Rev. Procédures*, 2011, comm. n° 330.

• Perrot (R.), note Com., 4 juin 2013, n° 11-26961 et n°11-28833, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2013, n° 231.

• Perrot (R.), obs. sous Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10672, Bull., Ass. plén., n° 8, p. 21, *RTD civ.*, 2006, p. 825.

• Perrot (R.), obs. sous Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p.29, *Rev. Procédures*, 2002, comm. n° 4.

• Perrot (R.), obs. sous Com., 16 avril 1991, n° 89-14237, Bull., IV, n° 144, p. 103, *RTD civ.,* 1991, p. 800.

• Perrot (R.), obs. sous Com., 24 octobre 2000, n° 97-21290, Bull., IV, n° 165, p. 147, *Rev. Procédures*, 2001, comm. n° 4.

• Perrot (R.), obs. sous Com., 22 février 2005, n° 02-11519, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2005, comm. n° 120.

• Perrot (R.), obs. sous Com., 14 février 2012, n° 11-12833, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 109.

• Perrot (R.), note sous Paris, 10 octobre 1980, *Gaz. Pal.*, 1980., 2e sem., juris., p. 656, *RTD civ.*, 1980, p. 812.

• Perrot (R.) obs. sous 1re Civ., 13 juin 1978, *Gaz. Pal.*, 1978, II, Pan., p. 337, *RTD civ.*, 1979, p. 833-834.

• Perrot (R.), obs. sous 1re Civ., 9 octobre 1990, n° 89-12561, Bull., I, n° 205, p. 147, *RTD civ.*, 1991, p. 603.

• Perrot (R.), obs. sous 1re Civ., 27 février 1996, n° 93-21436, Bull., I, n° 111, p. 77, *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 107.

• Perrot (R.), obs. sous 1re Civ., 7 janvier 1997, *Rev. Procédures*, 1997, comm. n° 53.

• Perrot (R.), obs. sous 1re Civ., 25 avril 2006, n° 05-13749, Bull., I, n° 197, p. 173, *Rev. Procédures*, 2006, comm. n° 150.

• Perrot (R.) obs. sous 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 07-17788, Bull., I, n° 161, p. 152, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 336.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 17 juillet 1975, n° 74-14442, Bull., II, n° 227, p. 182*, RTD civ.*, 1975, p. 779.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 14 mars 1984, n° 82-16076, Bull., II, n° 49, p. 34, *RTD civ.*, 1984, p. 562.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 6 mars 1991, n° 89-16995, Bull., II, n° 77, p. 42, *RTD civ.*, 1991, p. 595.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 10 mars 1993, n° 91-18678, Bull., n° 93, p. 50, *RTD civ.*, 1993, p. 890.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 17 janvier 1996, n° 93-18361, Bull., II, n° 3, p. 2, *Rev. Procédures*, 1996, comm. n° 70.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 26 juin 1996, n° 93-18183, Bull., II, n° 185, p. 113, *JCP,* 1996, IV, n° 1934, *Rev. Procédures,* 1996, comm. n° 249.

• Perrot (R.) obs. sous 2e Civ., 6 mai 1999, n ° 96-22143**,** Bull., II, n° 82, p. 60, *RTD civ*., 1999, p. 700.

• Perrot (P.), obs. sous 2e Civ., 15 septembre 2005, n° 01-16762, Bull., II, n° 218, p. 194, *Rev. Procédures,* 2005, comm. n° 248.

• Perrot (P.), note sous 2e Civ., 15 septembre 2005, n° 01-16762, Bull., II, n° 218, p. 194, *RTD civ.*, 2005, p. 824.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 28 juin 2006 n° 05-14085, non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2006, comm. n° 202.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 25 octobre 2007, n° 06-19524, Bull., II, n° 241, *RTD civ.*, 2008, p. 159.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 24 janvier 2008, n° 07-15433, Bull., II, n° 20, p. 13, *Rev. Procédures*, 2008, comm. n° 103.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 19 novembre 2008, n° 08-11646, non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 77.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 15 janvier 2009, n° 08-10771, Bull., II, n° 15, p. 14, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 72.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 30 avril 2009, n° 08-13641, Bull., II, n° 106, p. 100, *Rev. Procédures*, 2009, comm. n° 225.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 17 décembre 2009, n° 09-11847, Bull., II, n° 292, p. 269, *Rev. Procédures,* 2010, comm. n° 33.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 14 mai 2009, n° 07-21094, Bull., II, n° 127, p. 119, *Rev. Procédures,* 2009, comm. n° 268.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 7 juin 2012, n° 11-13105, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2012, comm. n° 241.

• Perrot (R.), obs. sous 3e Civ., 13 février 2002, n° 00-11101, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2002, comm. n° 87.

• Perrot (R.), obs. sous 3e Civ., 27 juin 2006, n° 05-15394, Non publié au Bull., *Rev. Procédures,* 2006, comm. n° 266.

• Perrot (R.), obs. sous 3e Civ., 28 mars 2007, n° 06-13209, Bull., III, n° 43, p. 37, *Rev. Procédures*, 2007, comm. n° 104.

• Perrot (R.), obs. sous 2e Civ., 10 novembre 2010, n° 09-71674, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2011, comm. n° 9.

• Perrot (R.), « Étendue des pouvoirs du juge des référés », *Rev. Procédures,* obs. sous 3e Civ., 23 mai 2012, n° 11-14456, Non publié au Bull., comm. n° 213.

• Perrot (R.), « Intérêt à agir : la notion d'intérêt né et actuel », *RTD civ.*, 2012, p. 146, note sous 3e Civ., 21 septembre 2011, n° 10-17036, Non publié au Bull.

• Perrot (R.), « Jugement avant dire droit- Notion de principal », *Rev. Procédures*, 2014, comm. n° 3, obs. sous 2e Civ., 17 octobre 2013, n° 12-18042, Bull., II, n° 197, p. 182.

• Perrot (R.), « Jugement mixte- Notion de principal », *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 69, obs. sous Com., 15 décembre 2009, n° 08-19800, Bull., IV, n° 163, p. 193.

• Perrot (R.), « Pourvoi en cassation immédiat : effet préventif de l'excès de pouvoir », *RTD civ*., 2010, p. 617, note sous 1re Civ., 7 mai 2010, n° 09-14324, Bull., I, n° 107, p. 100.

• Peyrard (G.), note sous 1re Civ., 1 février 1989, 1re Civ., 20 mars 1989**,** n° 86-17204, Bull., I, n° 139, p. 92. et 2e Civ., 20 mars 1989**,** n° 87-20180, Bull., II, n° 84, p. 40, *Rev. Arb*., 1989, p. 494-503.

• Peyrard (G.), note sous Paris, 13 février 1990, *D*., 1990, p. 593.

• Pochon (G.), note sous Rouen, 6 janvier 1961, *D*., 1961, juris., p. 244-246.

• Puigelier (C.), note sous Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20144, Bull. Ass. plén., n° 13, p. 29, *D*., 2002, p. 598.

• Putman (E.), note sous 2e Civ., 28 juin 2006, n° 05-19283, Bull., II, n° 173, p. 166, *Dr. et proc*., 2006, p. 344-346.

• R. (L.), note sous TGI de Paris, réf., 26 décembre 1975, *JCP,* 1976, II, n° 18385.

• Raschel (L.), obs. sous 3e Civ., 22 octobre 2015, n° 14-11776 et n° 14-21515, Bull., III, n° 102, p. 99, *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 351.

• Raynaud (P.), « Notion d'instance. - la citation en conciliation et la citation en référé ne créent pas la litispendance », *RTD civ.*, 1950, p. 97, obs. sous Rouen, 8 mars 1959, *D.*, 1949, Somm., p. 52.

• Raymond (G.), note sous Arras, 9 octobre 1981, *JCP*, 1982, II, n° 19852,

• Raynaud (P.), note sous Civ., 10 novembre 1947, *S.*, 1948, 1re partie, p. 157.

• R. (D.), note sous 2e Civ., 5 octobre 1977, *Gaz. Pal.,* 1978, 1re sem., juris., p. 91-92.

• Renaudie (O.), note sous CE., 28 mars 2011, n° 347869, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, *D.*, 2011, p. 1540.

• Robert (J.), note sous Paris 14 mai 1959, *D.*, 1959, p. 473.

• Robert (J.), note sous 1re Civ., 14 mars 1984, n° 82-15619, Bull., I, n° 93 p. 77, *D.*, 1984, p. 629-638.

• Rouquet (Y.), note sous 3e Civ., 15 octobre 2008, n° 07-16725, Bull., III, n° 152, p. 143, *D.*, 2008, p. 2719.

• Rouquet (Y.), note sous 3e Civ., 8 avril 2010, n° 09-10226, Bull., III, n° 79, p. 72, *AJDI*, 2010, p. 720.

• Salati (O.), note sous Aix-en-Provence, 6 juin 2006, *Dr. et proc.*, 2006, p. 340-342.

• Sarrut (L.) note sous Civ., 7 mai 1923, *DP.*, 1923, 1re partie, p. 57-60.

• Serinet (Y.)-(M.), obs. sous 3e Civ., 28 mars 2007, n° 06-13209, Bull., III, n° 43, p. 37, *JCP*, 2007, I., n° 200.

• Serinet (Y.)-(M.), obs. sous 3e Civ., 16 avril 2008, n° 07-15486, Bull., III, n° 72, p. 68, *JCP,* 2008, I. Doct., n° 206.

• Serra (Y.), note sous Com., 24 octobre 1995, n° 94-10661, Bull., IV, n° 258, p. 238, *D.*, 1996, somm., 247-248.

• Serra (Y.), note sous Aix-en-Provence, 2 mai 1990, *D.* 1992, p. 57.

• Siffrein-Blanc (C.), obs. sous 1re Civ., 4 mai 2011, n° 09-68983, Bull., I, n° 82, p. 79, *AJ fam.,* 2011, p. 330.

• Solus (H.) et Perrot (R.), note sous 1re Civ., 5 décembre 1973, n° 72-11162, Bull., I, n° 338, p. 299, *D.*, 1974, juris., 398-400.

• Sommer (J.-M.), Leroy-Gissinger (L.), Adida-Canac (H.), et Grignon Dumoulin(S.), note sous 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 06-46220, Bull., II, n° 186, p. 171. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-

40541, Bull., II, n° 187, p. 172. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-41465, Bull., II, n° 188, p. 172, D., 2010, p. 532.

• Strickler (Y.), « Effet de la transaction sur le droit d'agir », obs. sous 1re Civ., 28 mars 2018, n° 17-11628, Bull., I, *Rev. Procédures*, 2018, comm. n° 177.

• Strickler (Y.), « Fins de non-recevoir et exceptions de procédure en référé - Le défaut de pouvoir du juge est sanctionné par une fin de non-recevoir », *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 123, obs. sous 3e Civ., 30 mars 2017, n° 16-10366, Bull., III, n° 47, p. 51, *D.*, 2017, p. 814.

• Strickler (Y.), « Référé de l'article 145 du Code de procédure civile - Examen comparé des sangs et expertise génétique », obs. sous 1re Civ., 12 juin 2018, n° 17-16793, Bull., I, *Rev. Procédures,* 2018, comm. n° 245.

• Strickler (Y.), note sous 2e Civ., 23 juin 2016, n° 15-13483, Bull., II, n° 171, p. 172, *Rev. Procédures*, comm. n° 279.

• Strickler (Y.), obs. sous 1re Civ., 12 septembre 2018, n° 17-21594, Non publié au Bull., Juris-Data n° 015563, *Rev. Procédures*, 2018, comm. n° 326.

• Strickler (Y.), obs. sous 1re Civ., 9 janvier 2019, n° 18-11734, Non publié au Bull., Juris-Data n° 000175, *Rev. Procédures,* 2019, comm. n° 65.

• Strickler (Y.), obs. sous 2e Civ., 4 juin 2015, n° 14-13405, Bull., II, n° 146, p. 135, *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 254.

• Strickler (Y.), obs. sous 2e Civ., 3 septembre 2015, n° 14-20453, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2015, comm. n° 317.

• Strickler (Y.), obs. sous 2e Civ., 17 mars 2016, n° 15-11412, Bull., II, n° 78, p. 80, *Rev. Procédures,* 2016, comm. n° 148.

• Strickler (Y.), obs. sous 3e Civ., 2 mars 2017, n° 15-29022, Non publié au Bull., *Rev. Procédures*, 2017, comm. n° 120.

• Strickler (Y.), obs. sous 3e Civ., 21 juillet 2018, n° 17-21070, Bull., III, n° 163 , Juris-Data n° 011237, *Rev. Procédures*, 2010, comm. n° 285.

• Strickler (Y.), obs. sous 3e Civ., 20 décembre 2018, n° 17-16783, Non publié au Bull., Juris-Data n° 023338, *Rev. Procédures*, 2019, comm. n° 64.

• Synay-Citermann (H.), note sous 1re Civ., 24 février 1998, n° 95-20627, Bull., I, n° 70, p. 47, *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 309 -316.

• Synvet (H.), obs. sous 1re Civ., 14 mars 1984, n° 82-15619, Bull., I, n° 93 p. 77, *JCP*, 1984, II, n° 20205.

• T. (A.) note sous Req., 28 janvier 1919, *S*., 1921, 1re partie, p. 345.

• Taisne (J.-J.), « Le bénéfice de la suspension de la prescription en suite de l'organisation d'une mesure d'instruction in futurum est-il réservé au seul demandeur à cette mesure ? », *JCP*, 25 mars 2019, n° 307, note sous 2e Civ., 31 janvier 2019, n° 18-10011, Bull., II, Juris-Data n° 001169.

• Taisne (J.-J.), obs. sous 2e Civ., 11 décembre 1985, n° 84-14209, Bull., n° 195**,** p. 131, *JCP*, 1986, II, n° 20677.

• Tabuteau (D.), note sous CE., 10 avril 1992, n° 108294, Publié au recueil Lebon, *RFDA*, 1993, p. 88.

• Terneyre (Ph.), note sous CE., 30 octobre 1989, n° 55571, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, *D*., 1990, p. 250.

• Terneyre (Ph.) obs. sous CE., 29 juillet 1994, n° 133369, Publié au recueil Lebon, *D*., 1995, Somm., p. 248.

• Teynier (E.) et Pic (P.) obs. sous 1re Civ., 23 janvier 2007, n° 06-10652, Non publié au Bull., *Rev. Arb*., 2014, p. 290-295.

• Théry (Ph.), « Compétence exclusive et connexité : l'impossible renvoi », *RTD civ*, 2009, p. 775, note sous Com., 7 avril 2009, n° 08-16884, Bull., IV, n° 51, p. 59.

• Théry (Ph.), « Immunité de juridiction et exceptions de procédure : le casse-tête des moyens de défense », note sous 1re Civ., 9 mars 2011, n° 10-10044, Bull., I, n° 54, p. 54, *RTD civ.*, 2011, p. 382.

• Théry (Ph.), « La cour d'appel a-t-elle une compétence : variation sur les moyens de défense », *RTD civ.*, 2010, p. 370, note sous 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 06-46220, Bull., II, n° 186, p. 171. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-40541, Bull., II, n° 187, p. 172. ; 2e Civ., 9 juillet 2009, n° 08-41465, Bull., II, n° 188, p. 172.

• Théry(Ph.), note sous Ch. mixte, 12 décembre 2014, n° 13-19684, Bull., Ch. mixte, n° 3, p. 7, *RTD civ.*, 2015, p. 187.

• Théry (Ph.), note sous Com., 29 mars 2017, n° 15-17659, Bull., IV, n° 49, p. 67, *RTD civ.*, 2017, p. 722.

• Théry (Ph.), note sous 2e Civ., 22 novembre 2001, n° 99-21662, Bull., II, n° 168, p. 116, *Rev. Arb.*, 2002, p. 371-377.

• Théry (Ph.), note sous 2e Civ., 10 mars 2005, n° 02-20513, Bull., II, n° 60, p. 56, *RTD civ.*, 2006, p. 142.

• Théry (Ph.), note sous 3e Civ., 28 mars 2007, n° 06-13209, Bull., III, n° 43, p. 37, *RTD civ.*, 2007, p. 807.

• Théry (Ph.), obs. sous 1er Civ., 27 avril 2004, n° 01-13831 et n° 01-15975, Bull., I, n° 112, p. 91, *RTD civ.*, 2004, p. 770.

• Théry (ph.), obs. sous 2e Civ., 24 mai 2007, n° 05-21732, Bull., II, n° 130, p. 108, *RDT civ.*, 2007, p. 630.

• Théry (Ph.), obs. sous 2e Civ., 18 octobre 2007, n° 06-21046, Non publié au Bull. et 2e Civ., 18 octobre 2007, n° 06-21047, Non publié au Bull., *RTD. civ.*, 2008, p. 150.

• Tixier (G.), note sous Com. 20 juillet 1965, *D.*, 1965, juris., p. 581.

• Trequattrini (V.), « L'article 232 du Code de procédure civile ne constitue pas un fondement autonome de demande d'expertise », note sous TI Aix-les-Bains, 14 mai 2009, n° 11-08-000107, *Gaz. Pal.*, 19 septembre 2009, n° GP20090919003, p. 10.

• Vareille (B.), obs. 1re Civ., 3 mars 2010, n° 08-13500, Bull., I, n° 53, p. 51, *RTD civ.*, 2010, p. 365.

• Vedel (G.), note sous TGI de Strasbourg, ord. réf., 1 mars 1962, *JCP*, 1962, II, n°12643.

• Viatte (J.), note sous 2e Civ., 11 février 1981, n° 79-16433, Bull., II, n° 32, p. 22, *Gaz. Pal.*, 1981, p. 372.

• Vuitton (X.), note sous 2e Civ., 13 juin 2002, n° 00-20077, Bull., II, n° 130, p. 104, *JCP*, 2000, II, n° 10228.

• Waline (M.), note sous T. confl., 2 février 1950, n° 1243, *RD publ.,* 1950, p. 418-432.

• Weiller (L.), note sous Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10672, Bull., Ass. plén., n° 8 p. 21., *D.*, 2006, p. 2135.

• Weiller (L.), note sous 1re Civ., 12 octobre 2011, n° 11-11058, Bull., I, n° 163, p. 157, *Rev. Procédures*, 2011, comm. no 371.

• Weiller (L.), note sous 1re Civ., 26 octobre 2011, n° 10-17708, Bull., I, n° 175, p. 170, *Rev. Procédures*, 2012, comm. no 11.

• Weiller (L.), obs. sous 1re Civ., 6 novembre 2013, n ° 11-18709, Bull., I, n° 211, p. 209, *Rev. Procédures*, 2014, comm. n° 10.

• Wiederkehr (G.), « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP,* 2007, n°17, II, 10070, note sous Ass. plén., 7 juillet 2006.

V- Sites Internet

• Atallah (B.), « Le Code de procédure civile et commerciale de 1968 de la R.A.U », *RID comp*., 1969, Vol. 21, n° 3, p. 584-589. [En ligne], Disponible sur : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1969_num_21_3_17460 (Consulté le 2/12/2018).

• Braudo (S.), *Dictionnaire du droit privé français.* [En ligne], Disponible sur : http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/provisoire-mesure.php (Consulté le 19/11/2014)

• Boularbah (H.), *Renouveau des mesures avant dire droit et interférences avec le référé*, Bruxelles, l'Unité de droit judiciaire de l'Université libre de Bruxelles et le Service de droit judiciaire de l'Université de liège, 2009, n° 57. [En ligne], Disponible sur : http://www.procedurecivile.be/index.php?id=11&tx_ttnews[cat]=7&tx_ttnews[tt_news]=76&tx_ttnews[backPid]=1&cHash=68f8e5dd7956cc22d3444cad6bafdd39 (Consulté le 3/1/2017).

• Crisco Dictionnaire Électronique des Synonymes, [En ligne], Disponible sur : http://crisco.unicaen.fr/des/synonymes/compétence (Consulté le 1/12/2018).

• Englebert (J.), *Le référé judiciaire : Principes et questions de procédure,* Bruxelles, s.n. 2003. [En ligne], Disponible sur : http://www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/refere.pdf

(Consulté le 20/9/2014)

• Englebert (J.), *Les pièges de la procédure civile*, Bruxelles, l'Unité de droit judiciaire de l'Université libre de Bruxelles et le Service de droit judiciaire de l'Université de liège, 2004, n° 31, p. 27. [En ligne], Disponible sur : http://www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/les_pieges_de_la_procedure.pdf (Consulté le 8/11/2016).

• Histoire et Evolution des Codes civils français et égyptien, le site de l'ambassade de France au Caire, [En ligne], Disponible sur : http://www.ambafrance-eg.org/L-histoire-et-l-evolution-des (Consulté le 1/12/2018).

• Le Rapport 2003 de la Cour de cassation, comm. sous 3e Civ., 2 avril 2003, n° 01-16834, Bull., III, n° 77, p. 70, [En ligne], Disponible sur : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_tude_annuelle_36/rapport_2003_37/troisieme_partie_jurisprudence_cour_44/droit_immobilier_urbanisme_163/baux_6290.html (Consulté le 22/5/2018).

• Reverso dictionnaire français synonymes, [En ligne], Disponible sur : https://dictionnaire.reverso.net/francais-synonymes/compétence (Consulté le 1/12/2018).

• Sbai (Y.), « Les jugements avant dire droit », [En ligne], Disponible sur : https://www2.droit.univ-paris5.fr/atelier_clinique_juridique/wp-content/uploads/2016/07/Jugements-avant-dire-droit-par-Yasmine-SBAI-version-pb.pdf. (Consulté le 1/4/2018).

• Seigneur (C.)-(H.) , « Réflexions sur les articles 488 du code de procédure civile et L. 145-41 du code de commerce », [En ligne], Disponible sur : https://www.village-justice.com/articles/Reflexions-articles-procedure,7114.html (Consulté le 22/5/2018).

• Varnek (A.), *L'ordonnance sur requête : la protection juridictionnelle provisoire non contradictoire,* Mémoire de master 2, Strasbourg, 2007. [En ligne], Disponible sur : http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/Memoire_Alexey_Varnek.htm (Consulté le 1/10/2018).

Ouvrages en langue arabe [2297]

I- Ouvrages généraux

[2297] Traduction personnelle des titres des ouvrages.

• Abdulfattah (A.) et Alanzi (M.), *Les procédures civiles koweitiennes*, 4e éd., t. I, Koweït, Dar Alkitab, 2017.

عزمي عبدالفتاح و مساعد العنزي ، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الطبيعة الرابعة، الكتاب الأول ، الكويت، دار الكتاب، 2017.

• Abdulfattah (A.), *Les procédures civiles koweitiennes*, 4e éd., t. II, Koweït, Dar Alkitab, 2017.

عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الطبيعة الرابعة، الكتاب الثاني، الكويت، دار الكتاب، 2017.

• Aboaïd (A.), *En marge du code de procédure civile. Et aux alentours du Palais et de la Doctrine « Étude comparative »,* t. VIII, 1re éd., Liban, Alhadihabooks, 2012.[2298]

الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه « دراسة مقارنة »، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2012.

• Aboelwafa (A.), *Les procédures civiles et commerciales,* Alexandria, Dar Almatboàt Aljamièyah, 2007.

أحمد ابوالوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007.

• Almasri (H.), *Le droit commercial koweïtien, « Étude comparative »*, 2e éd., Koweït, Dar Alkitab, 1995-1996.

حسني المصري، القانون التجاري الكويتي « دراسة مقارنة »، الطبعة الثانية، الكويت ، دار الكتب، 1995-1996.

• Alsalih (O.), *Le système constitutionnel et les institutions politiques au Koweït*, t. I, 2e éd., Koweït, Dar Alkitab, 2003.

عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الكويت، دار الكتب، 2003.

• Alsanhoury (A.), *L'interprétation du code civile*, t. III, Beyrouth, Dar Ihyaâ Altorathe Alarabi, 1970.

عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، بيروت، دار احياء التراث العربي، 1970.

[2298] Traduction de l'auteur du titre de l'ouvrage.

• Bahbahani (A.) et Alnakas (J.), *Le précis de droit des obligations,* 2e éd., t. II, Koweït, Dar Alkitab, 2007-2006.

عبد الرسول بهبهاني و جمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبيعة الثانية، الكتاب الثاني، الكويت، دار الكتاب، 2006-2007.

• Fahmy (W.), *Les principes de l'instance civil*, 1re éd., Le Caire, Dar Alfikr Alarabi, 1978.

وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الفكر العربي، 1978.

• Hendi (A.), *Les procédures civiles et commerciales*, t. II, Alexandria, Dar Aljamiah Aljdidah, 1995.

أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الثاني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995.

• Sabih (N.) et Aldaihani (F.), *Les procédures civiles et commerciales koweitiennes*, 3e éd., Koweït, 2015/2016.

نبيل صبيح و فلاح الديحاني، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، الطبيعة الثالثة، الكويت، 2015/2016.

• Walli (F.), *Le traité de droit judiciaire civil,* t. I et II, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2017.

فتحي والي ،المبسوط في قانون القضاء المدني، الجزء الأول والثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، 2017.

II- Monographie et ouvrages spéciaux

• Abdaltawb (A.), *Les effets positifs et négatifs de la convention de l'arbitrage,* Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2013.

أحمد إبراهيم عبدالتواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، القاهرة، دار النهضة العربية، 2013.

• Abdaltawb (M.), *Le précis de la juridiction des référés*, 2e éd., Alexandria, L'institution de Almaaref, 1988.

معوض عبدالتواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، الإسكندرية، منشأه معارف، 1988.

• Abdelkader (M.), *Pour une idée générale sur la juridiction des référés*, 1re éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 1998.

محمد عبدالقادر، نحو فكرة عامة للقضاء المستعجل في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.

• Abdulfattah (A.), *Le droit de l'arbitrage koweitien*, 2e éd., Koweït, Dar Alkitab, 2012.

عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبيعة الثانية، الكويت، دار الكتاب، 2012.

• Alakras (N.), *L'interprétation du code de procédure civile «Étude comparative»,* 2e éd., Jordanie, Amman, Dar Althaqafah, 2010.

نشأت عبدالرحمن الأخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية « دراسة مقارنة »، الطبعة الثانية، الأردن، عمان، دار الثقافة، 2010.

• Alamirah (K.), *Les principes du droit de l'arbitrage privé koweïtien « étude comparative avec les droits de l'arbitrage égyptien et français »,* 1re éd., Koweït, Dar Alkitab, 2016.

خالد محمد العميرة، مبادئ قانون التحكيم الخاص الكويتي "دراسة مقارنة بقانون التحكيم المصري والفرنسي"، الطبيعة الأولى، الكويت، دار الكتاب، 2016.

• Albadawi (I.), *Le système de la juridiction islamique,* 2e éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2000.

اسماعيل ابراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، الطبيعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.

• Aldanasouri (A.) et Okaz (H.), *La juridiction des référés et la juridiction d'exécution,* t. II, 9e éd., Alexandria, Dar Almatboàt Aljamièyah, 2014.

عزالدين الدناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2014.

• Almarshad (F.) et Shâban (M.), *L'instance en référé,* 1re éd., Koweït, Dar Alkitab, 2015.

فيصل عبدالعزيز المرشد و محمد طلبة شعبان، الدعوى المستعجلة، الطبعة الأولى، الكويت، مؤسسة دار الكتب، 2015.

• Almshahdani (A.), *La juridiction des référés* « Étude comparative », Le Caire, Dar Shatat, 2012.

المشهداني عمار، القضاء المستعجل « دراسة مقارنة »، القاهرة، دار الكتب القانونية ،2012.

• Almeligi (O.), *Le tribunal d'arbitrale*, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2004.

أسامه أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، القاهرة، دار النهضة العربية, 2004.

• Alnimer (A.), *La compétence et l'ordonnance dans l'instance en référé,* Alexandria, L'institution de Almaaref, 1976.

أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوي المستعجلة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1976.

• Alsamdan (A.), *le droit koweïtien international privé*, 2e éd., Koweït, s.n., 2001.

أحمد السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي، الكويت، الطبعة الثانية، 2001.

• Alsawy (A.), *La théorie des présomptions dans le code de procédure civile et commerciale*, 1re éd., t. I et II, Le Caire, Centre des publications juridique, 2018.

عبدالله الصاوي، نظرية القرائن في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، الكتاب الأول والثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2018.

• Alshybani (M.) et Almotairi (B.), *La juridiction et les juges au Koweït, de la création de l'Émirat, jusqu'à l'émergence de l'État,* 1re éd., Koweït, Centre des manuscrits et des patrimoines culturels, 1999.

محمد بن إبراهيم الشيباني وبراك بن شجاع المطيري، القضاء والقضاة في الكويت، منذ النشأة حتى الدولة، الطبعة الأولى، الكويت، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، 1999.

• Althuawi (M.), *Le système de la juridiction civile et la théorie de la compétence conformément au code de procédure civile égyptien*, 1re éd., Alexandria, Libraire juridique d'alwafaa, 2011.

محمد التحيوي، نظام القضاء المدني ونظرية الاختصاص وفقاً لقانون المرافعات المصري، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2011.

• Alrakf (S.), *L'arbitrage en droit koweïtien*, Mémoire de master 2, Université des États Arabes, le Caire, 2004.

صالح ناصر الركف، التحكيم في النظام القانوني الكويتي ، رسالة ماجستير، القاهرة، جامعة الدول العربية, 2004.

• Amber (M.), *Le précis de la juridiction des référés,* 3e éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 1988.

محمد عنبر، الوجيز في القضاء المستعجل، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.

• Altawil (H.), *La fin de non-recevoir*, Alexandria, L'institution d'Almaaref, 1998.

هاشم الطويل، الدفع بعدم قبول الدعوى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998.

• Atef, (K.-A.), *L'attendu de l'autorité de la chose jugée d'irrecevabilité de la forme et du fond*, 1re éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2012.

كمال الدين أحمد السيد عاطف، مدى حجية عدم القبول من الناحيتين الشكلية والموضوعية في القضاء المدني، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012.

• Ghanem (Y.), *La juridiction des référés et ses enjeux pratiques dans les pays arabes,* 1re éd., Syrie, Homs, Tanwir des services d'impression, 1999.

ياسين غانم، القضاء المستعجل ومشاكله العملية في الوطن العربي، الطبعة الأولى، سوريا، حمص، تنوير للخدمات الطباعية، 1999.

• Harjah (M.), *Dispositions et opinions sur la juridiction des référés*, Alexandria, Dar Almatboàt Aljamièyah, 1989.

مصطفى هرجة، أحكام وأراء في القضاء المستعجل، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1989.

• Harjah (M.), *Les jurisprudences sur la juridiction des référés et les contentieux d'exécution provisoire*, s.l., Dar Althaqafah, 1984.

مصطفى هرجة، المبادئ القضائية في القضاء المستعجل ومنازعات التنفيذ الوقتية، دار الثقافة، 1984.

• Ismaïl (K.), *L'encyclopédie de la juridiction administrative « La juridiction des référés »*, t. II et V, 2e éd., Le Caire, Dar Mahmoud, 2014.

خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء الإداري « القضاء المستعجل »، المجلد الخامس، الطبعة الثانية، القاهرة، دار محمود للنشر والتوزيع، 2014.

• Mahmod (S.), *L'instance dans l'arbitrage judiciaire*, 1re éd., Koweït, Dar Alkitab, 1997.

سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، الطبعة الأولى، الكويت، مؤسسة دار الكتب ، 1997.

• Mahmod (S.), *Le procès en référé conformément au code de procédure civile koweïtien*, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2007.

سيد أحمد محمود، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات الكويتي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007.

• Mahmod (S.), *Les origines des contentieux, selon le code de procédure civile*, Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2009.

سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009.

• Mohaisen (I.), *La nature de l'exception d'arbitrage dans l'instance civile,* 1re éd., Jordanie, Amman, Dar Althaqafah, 1990.

ابراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، الطبعة الأولى، الأردن، عمان، دار الثقافة، 1999.

• Murad (A.), *Les problèmes pratiques dans la juridiction des référés,* Alexandria, Dar Alfiker Aljamiè, 1989.

عبدالفتاح مراد، المشكلات العملية في القضاء المستعجل، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1989.

• Nader (A.) et Ismaïl (Y.), *L'encyclopédie des pratiques du débat juridictionnel, « La juridiction des référés »*, 1re éd., Le Caire, 2014.

أحمد نادر و يحيى إسماعيل، موسوعة التطبيقات العملية للمداولات القضائية، " القضاء المستعجل"، الطبعة الأولى، القاهرة، 2014.

• Omar (N.), *Le système du J.M.E. en droit français et le projet du système du parquet civil en Égypte*, Alexandria, Dar eljamâ eljadida, 1999.

نبيل اسماعيل عمر، نظام قاضي تحضير الدعوى في القانون الفرنسي ونظام النيابة المدنية المقترح العمل به في مصر، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة ، 1999.

• Omar (N.), *La fin de non-recevoir et son régime juridique,* Alexandria, Dar AlJamiah Aljdidah, 2004.

نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.

• Rateb (M. Ali), Kamal (M.) et Rateb (M. Farouk), *La juridiction des référés,* t. I, 7e éd., Beyrouth, Alhalabi law books, 2009.

محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كمال ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الكتاب الأولى، الطبعة السابعة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.

• Rizk (T.), *La juridiction des référés et la juridiction de l'exécution en droit koweïtien,* t. I, 1re éd., Le Caire, Dar Alnahda Alarabiya, 2016.

طارق عبدالرؤف صالح رزق، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته في القانون الكويتي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2016.

• Walli (F.), *Le droit de l'arbitrage théorique et pratique*, 1re éd., Alexandria, L'institution de Almaaref,, 2007.

فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007.

III- Articles, chroniques et études

• Abdelkader (A.), « Le rôle de la juridiction administrative des référés, dans la protection des libertés fondamentales (étude comparative entre les droits algérien, égyptien et français) », *Revue de droit*, L'université du Koweït, 41e année, n° 3, septembre 2017, p. 367-399.

فهمية مرزوقي، دور قضاء الاستعجال الإداري في حماية الحريات الأساسية- دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠١٧، السنة الحادية والأربعون، العدد الثالث، سبتمبر، الصفحات 367-399.

• Abdulhamed (K.), « Le domaine du pouvoir obligatoire de la convention d'arbitrage », *Rev. de l'institut judiciaire*, Institut des études judicaires et juridiques du Koweït, 2008, 7e année, n° 16, décembre, p. 16 - 33.

خالد عبدالحميد، نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، مجلة معهد القضاء، معهد الدراسات القضـــــائية والقانونية، 2008، السنة السابعة، العدد السادس عشر، ديسمبر، الصفحات 16-33.

• Abdulfattah (A.), « l'obligation du juge de respecter le principe du contradictoire », *Revue de l'Association des Avocats Koweïtiens*, 1988, p. 4-83.

عزمي عبدالفتاح، مبدأ المواجهة كأهم تطبيق لحق الدفاع، مجلة المحامي الصادرة من جمعية المحامين الكويتية، 1988، الصفحات 4 إلى 83.

• Alanzi (M.), « Le pouvoir du tribunal arbitral sur la demande en référé, en droit koweïtien et comparé », *Revue de La Charia et de droit*, L'université des Émirats Arabes Unis, 2014, 28e année, n°58, avril, p. 203-304.

مساعد صالح العنزي، سلطـة هيـئة التـحكيم بالطـلبات المستعجلة في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2014، السنه الثامنة والعشرون، العدد الثامن والخمسون، أبريل، الصفحات304-203.

• Alshameri (J.), « Le rôle des juridictions dans la mise en œuvre de l'arbitrage », *Rev. de l'institut judiciaire*, Institut des études judiciaires et juridiques du Koweït, 2008, 7e année, n° 16, décembre, p. 41 - 51.

جمال حمد الشامري، دور القضاء في تفعيل التحكيم، مجلة معهد القضاء، معهد الدراسات القضـــــائية والقانونية، 2008، السنة السابعة، العدد السادس عشر، ديسمبر، الصفحات 41-51.

• Fahmy (W.), « Les conditions de compétence du juge des référés », *Revue de l'Association des Avocats Koweïtiens*, 1982, 5e année, Juillet et Août, p. 113-124.

وجدي راغب فهمي، شروط اختصاص القاضي المستعجل، مجلة المحامي الصادرة من جمعية المحامين الكويتية، 1982، السنة الخامسة، العددان السنة الخامسة، العددان يوليو وأغسطس، الصفحات 124-113.

• W. Falhot, « Les règles de la compétence internationale des tribunaux » , *Revue de droit*, L'université du Koweït, 2018, 42e année, n° 3, septembre, p. 401-448.

وفاء مزيد فلحوط، قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2018، السنة الثانية والأربعون، العدد الثالث، سبتمبر، الصفحات 401-448 .

• Mahmod (S.), « Le pouvoir de l'arbitre, d'ordonner des mesures provisoires, en droit comparé, koweïtien et égyptien », *Revue de droit*, L'université du Koweït, 2001, 25e année, n° 3, septembre, p. 71-175.

سيد أحمد محمود، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، السنة الخامسة والعشرون، العدد الثالث، سبتمبر، الصفحات 71-175.

Merzoughi (F.), « Le rôle du Tribunal des conflits français à résoudre les problèmes de compétence », *Revue de droit*, L'université du Koweït, 2017, 41e année, n° 3, septembre, p. 243-294[2299].

فهمية مرزوقي، دور محكمة التنازع الفرنسية في حل إشكاليات الاختصاص القضائي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2017، السنة الحادية والأربعون، العدد الثالث، سبتمبر، الصفحات 243-294.

IV- Notes de jurisprudence et observations

• Altabtabie (A.), obs. sous Civ.K., 10 juillet 2017, n° 539/2016, *Revue de droit*, L'université du Koweït, 2017, 41e année, n° 4, décembre, p. 507-510.

عادل الطبطبائي، التعليق على حكم محكمة التمييز بالطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٢٠١٦ مدني١ الصادر بالجلسة٢٠١٧/٧/١٠، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2017، السنة الحادية والأربعون، العدد الرابع، ديسمبر، الصفحات 507-510.

V- Sites Internet

• Ahmad (F.), « La constitution des cours d'appels », [En ligne], Disponible sur : www.alukah.net/culture/0/56956/ (Consulté le 15/05/2017).

[2299] Traduction de l'auteur du titre de l'ouvrage.

• Alqadi Alfadil, [En ligne], Disponible sur : https://ar.wikipedia.org/wiki/القاضي_الفاضل (Consulté le 6/12/2018).

• La constitution d'Égypte du 11 septembre 1971 en langue française [En ligne], Disponible sur : http://mjp.univ-perp.fr/constit/eg1971i.htm (Consulté le 10/01/2017).

• La constitution du Koweït en française [En ligne], Disponible sur : http://mjp.univ-perp.fr/constit/kw1962.htm (Consulté le 01/01/2017).

• La loi égyptienne n° 27 du 21 avril 1994 relative à l'arbitrage en matière civile et commercia le. [En ligne], Disponible en langue française sur : http://www.jus.uio.no/lm/egypt.l_arbitrage.civile.et.commerciale.loi/doc.html (consulté le 01/12/2017).

• Le site de Conseil de coopération des États arabes du Golfe. [En ligne], Disponible sur : http://www.gcc-sg.org/ar-sa/CognitiveSources/DigitalLibrary/Pages/AlphaCategorization.aspx (consulté le 25/4/2017).

• Le site du Ministère koweïtien Des Affaires Étrangères. [En ligne], Disponible sur : http://www.mofa.gov.kw/Ar/State-Of-Kuwait/Pages/default.aspx (consulté le 4/5/2017).

• Le site du Bureau des statistiques du Koweït. [En ligne], Disponible sur : https://www.csb.gov.kw/Socan_Statistic.aspx?ID=6 (consulté le 4/5/2017).

• Le site de gouvernement du Koweït, [En ligne], Disponible sur : http://www.e.gov.kw/sites/kgoenglish/portal/Pages/Visitors/FrequentlyAskedQuestions.asp (consulté le 19/1/2015).

• Walli (F.), « le projet de Code de procédure civile conduit de plus en plus à un retard dans les jugements », [En ligne], Disponible sur : http://today.almasryalyoum.com/article2.aspx?ArticleID=47316 (Consulté le 10/09/2017).

Ouvrages en langue anglaise [2300]

• Alrashoud (F.), *Le contrôle juridictionnel des actes parlementaires à caractère non législatif « Étude analytique et comparative»,* mémoire de Master 2, Faculté internationale de droit de l'État du Koweït, 2016.

Alrashoud (F.), *Judicial Review of Non-Legislative Acts of Parliament* « *A Comparative Analytical Study* », LLM Program, Kuwait International Law School, 2016.

• Alhusainan (A.), *Le rôle de la médiation en tant que mode alternatif de résolution des litiges au Koweït « Étude comparative entre réalité et prospective »*, th. Case Western Université, 2018.

Alhusainan (A.), *The role of mediation as a form of alternative dispute resolution in state of Kuwait « A comparative study between the reality and aspirations »*, S.J.D. at the Case Western University, 2018.

[2300] Traduction personnelle des titres des ouvrages.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

A

Absence de contestation sérieuse : 5, 315-318, 334.
V. Contestation sérieuse.
Absence de l'autorité de chose jugée: 240, 256, 274.
V. Autorité de chose jugée.
Acte introductif d'instance : 30.
Acte juridique : 272.
Action de jactance : 224.
V. Actions provocatoires.
Action civile : 45-46, 127, 233.
-Juridiction répressive : 17, 45-46.
Action en justice : 9, 194-195, 198, 205, 207, 215, 221, 223-224, 226, 228, 230, 273, 298, 301, 309.
-Condition d'ouverture : 194 s.
-Recevabilité, chose jugée : 240 s.
-Saisine, distinction : 273.
Action préventive : 204, 224-226.
-Actions provocatoires : 224-225.
-Actions interrogatoires : 224.
-Action *in futurum* ;
V. Mesure d'instruction *in futurum*.
Appel ;
-Délai : 94,239.
-Recevabilité immédiate : 7, 8, 33, 37, 170, 299, 365.
Appréciation souveraine du juge du fond ;
-Contestation sérieuse : 319-320.
-Dommage imminent : 351.
-Motif légitime : 338.
-Trouble manifestement illicite : 44, 351.
-Urgence : 313.
Arbitrage ;
-Exception d'arbitrage : 40, 47, 163, 165-169,171-179, 191.
-Clause compromissoire : 138-139, 146, 149, 164-168, 170-172, 174-175, 180-181, 187.
-Pacte compromis : 164.
Assignation ;
-À jour fixe : 30.
-Au fond : 104, 120, 227.
-En référé : 45, 174, 230, 301-303
Astreinte : 327.
Audience : 21, 30-32, 109,161, 212, 265, 299, 303.
Autorité de chose jugée ;
-Au principal : 240- 241, 259, 262, 274-275, 282.
-Au provisoire : 256-258, 260-262, 266, 275, 283.
-Des motifs : 261.

-Force de chose jugée : 241-242, 249.
-V. Chose jugée.

C

Cassation ;
V. Cour de cassation.
Chèque ;
-Mainlevée de l'opposition : 43.
Chose jugée ;
-Action en justice, recevabilité : 195 s.
-Compétence : 67-68.
-V. Fin de non-recevoir.
Clause ;
-Attributive de compétence d'attribution : 126 s.
-Attributive de compétence territoriale : 140 s.
-Compromissoire : 138-139, 146, 149, 164-168, 170-172, 174-175, 180-181, 187.
-De conciliation : 221-222, 224, 327.
-D'expertise préalable : 223.
-Résolutoire : 106, 219, 241-243, 266, 288.
Circonstances nouvelles : 113, 243, 256, 258-269, 283-284, 320, 325, 358.
Comparution du défendeur ;
-Défaut : 64, 90, 92, 178.
Compétence ;
-Définition : 6, 14, 74, 100.
-Pouvoir, distinction : 3-12, 17-19, 192-193.
-*Ratione loci* : 74 s.
-*Ratione materiae* : 14 s.
-*Ratione personae* : 111.
-*Ratione temporis* : 100 s.
Compétence d'attribution ;
-En cours d'arbitrage : 185-191.
-En cours d'instance : 21, 106, 197, 224, 259.
-Exclusive des juridictions du fond : 15.
-Définition : 14.
-Option de compétence : 16 s.
-Référé commercial : 42.
-Référé arbitral : 47-49, 165.
-Référé prud'homal : 36, 44.
-V. Clause attributive de compétence d'attribution.
Compétence exclusive ;
-Juge de l'exécution ; 64, 65.
-Juridiction répressive
-Office du juge : 63-64.
Compétence internationale : 71,81, 132, 151-152, 191.
Compétence territoriale ;
-Définition : 74.
-Droit européen : 80.
-Office du juge : 89-95.
-Option de compétence : 77-78 .
-V. Clause attributive de compétence territoriale.
Conciliation ; 19, 31-32, 220-222, 224, 327, 328.
-Office du juge : 221-224.
Concurrence ;
-Compétence : 101 s.

-Référé en cours d'instance : 21, 106.
Conflit collectif du travail : 44.
Connexité : 22, 332-333.
Conseil constitutionnel : 38.
Contestation sérieuse : 4-5, 31, 57, 86, 288, 306-307, 315-322, 334, 341, 346-350, 354, 356-358, 361.
-Appréciation souveraine du juge du fond : 319-320.
Contredit : 58, 149, 161, 245, 265, 313.
Contrefaçon : 226 .
Convention d'arbitrage : 40, 47, 86, 139, 163 s, 240, 327, 335.
-V. Arbitrage.
Cour de cassation ;
-Contrôle de la Cour de cassation : 320, 352-353, 358-359, 362.
-Contrôle disciplinaire : 362 .
-Contrôle léger : 342, 351, 353-354, 361.
-Contrôle normatif : 351, 353-354, 361-362.
Cour d'appel ;
-Pouvoir et compétence distinction : 92-96, 134-137.

D

Décision définitive : 19, 26-28, 244, 277-279, 356.
Décision de justice : 241.
Décision provisoire : 19, 26, 28-29, 241, 256, 260, 262-263, 265-268, 274, 276, 277, 280, 282, 286, 287, 294.
Défendeur ;
-Défaut : 64, 90, 92, 178.
Défense au fond : 7, 55-58, 86, 117, 137, 169, 174, 200, 213, 288, 229, 231, 357, 364.
Définition ;
-Compétence : 6.
-Compétence d'attribution : 14.
-Compétence territoriale : 74.
-Compétence temporelle : 100.
- Dommage imminent : 343-344.
-Option de compétence : 16.
-Ordonnance de référé : 274-280.
-Pouvoir juridictionnelle : 192.
-Saisine : 8.
-Urgence : 308 s.
Délai ;
-De forclusion : 70 , 234-239, 301.
-De prescription : 70, 227, 237, 301, 365-366.
-Déchéance : 227, 234, 235, 238, 238, 239.
-Préfix : 229, 232-239.
-Appel : 94,239.
Demande en justice ;
-Prescription, interruption : 70, 227, 236, 301, 304, 365-366.
V. Assignation.
Dommage imminent
-Appréciation souveraine du juge du fond : 351.
-Définition : 343-344.
-Urgence, distinction : 343-344.

Droit d'agir
- abus : 199, 357.
-Défaut : 167, 213, 464.
-Conditions de saisine, distinction : 7-8,192-193, 273.
Droit international privé : 80, 82, 152.

E

électa una via non datur recursus ad alteram : 17.
Élection présidentielle : 37-38.
Exécution forcée : 51-52, 347.
Exception ;
-Connexité : 22.
-D'arbitrage : 40, 47, 163, 165-169,171-179, 191.
-Incompétence *ratione loci* : 85 s.
-Incompétence *ratione materiae* : 55 s.
-Incompétence *ratione temporis* : 116 s.
-Litispendance : 21-24.
-Nullité : 56, 197.
-Procédure : 7, 86, 88, 117, 129, 137, 166-168.
Exequatur : 95.
Expertise ;
-Contre-expertise : 328.
Expertise génétique : 334.
Expertise psychiatrique de l'épouse : 337.
Expulsion : 44, 138, 219, 316, 348.

F

Fin de non-recevoir ;
- Absence de saisine du principal : 297.
- Absence de saisine avant tout procès : 328.
-Chose jugée : 240, 247s, 263.
-Conciliation : 224.
-Conditions de saisine, distinction, recevabilité : 364-365.
-Contestation sérieuse : 319, 357.
-Défaut d'intérêt : 198, 200.
-Défaut de qualité : 208, 211-212.
-Défaut d'Urgence : 312.
-Forclusion : 235.
-Médiation : 224.
-Pouvoir juridictionnelle : 136, 192-193.
-Prescription : 228-229, 232-233.
-Préfix : 233,236-237,239.
-Recevabilité : 193.
-Transaction : 220.
-Saisine :10-11, 239.
Fonds de commerce : 44.
Formation collégiale ;
Compétence, J.M.E. : 104.

G

Garantie ;
-Cession de bail : 43.
-Décennale : 237.

H

Habilitation à agir : 206.

Historique

-Contestation sérieuse : 315 s.

-Urgence : 307.

I

Identité ;

-D'objet :18-19, 108, 246, 272, 326, 333.

-De cause : 269, 272, 326, 333.

-De parties : 69, 108, 326, 333.

-Des demandes : 272.

-J.M.E. : 109.

Immunité de juridiction ; 10.

Impartialité : 18, 113, 295.

Imperium : 171, 192, 194.

In limine litis : 23, 57, 86-87, 116-117, 124, 162.

Incompétence ;

-V. Exception.

Injonction de payer : 61, 64, 91, 160.

Instance

-Poursuite : 73.

-fin : 298-299, 304.

Intérêt à agir

-Habilitation à agir : 206.

-Légitime : 169, 189-201, 207, 335, 349.

-Né et actuel : 202, 204, 325.

-Personnel et direct :198, 205, 206-207, 209, 211.

J

Juge

-J.A.F. : 107, 129.

-J.M.E., compétence : 20, 21, 22, 103-110, 118.

-De l'exécution : 61, 64-65.

Juge de l'exécution

compétence exclusive : 61, 64-65.

Juge des référés ;

-Compétence, voie de fait : 50-54.

-J.M.E., distinction : 103-105.

-Impartialité : 18.

-Option de compétence : 16-24, 77-78.

Juge des référés de droit commun : 40, 41, 47.

Juge unique : 103, 105, 107.

Juge-commissaire ; 44, 235.

Jugement avant dire droit : 20, 21, 53, 122, 259, 274.

Juridiction du fond ;

-Option de compétence : 16-24.

-Caractère facultatif : 205.

Juridiction pénale : 327.

Juridiction présidentielle : 195.

Juridiction répressive : 17, 45-46, 61, 63, 65, 70, 167.

Jurisdictio : 171, 294.

L

Litige ;

-Cause : 269, 271-272.

-Objet : 14, 19, 199, 210, 249, 274.

Litispendance ;
-Instance de référé et instance au fond : 18-24.
V. Exception.
Liquidation : 220, 327, 353.

M

Mesure ;
-D'anticipation : 347.
-De conservation : 279.
-De sauvegarde : 151, 346-350.
Mesure d'instruction *in futurum* ;
-Avant tout procès : 326, 328-328.
-Appréciation souveraine du juge du fond : 338.
-Date d'appréciation : 330-333.
-Vérification d'écriture : 226.
-Office du juge : 328.
Mesure de Remise en état : 344-345.
Motif légitime ; 203, 323, 325, 327, 333-338.
Motivation ;
-De l'exception d'incompétence : 59, 87, 118.
-Disciplinaire : 326.
Moyen de défense ;
-Innommé : 8.
-V. Exception de procédure : .
-V. Fin de non-recevoir : .

N

Notification : 31, 73.

O

Objet de la demande : 19, 23, 57, 69, 133, 204, 218, 276, 277, 291, 393, 294, 304.
Obligation dont l'existence n'est pas sérieusement contestable : 306.
Office du juge ;
-Chose jugée : 247s.
-Convention d'arbitrage : 178-179.
-Défaut d'intérêt : 198, 200.
-Défaut de qualité : 208, 211-212.
-Exception d'incompétence *ratione loci* : 89 s.
-Exception d'incompétence *ratione materiae* : 61 s.
-Exception d'incompétence *ratione temporis* : 116 s.
-Fin de non-recevoir : 10-11, 364-365.
-Litispendance : 18-24.
Mesure d'instruction *in futurum* : 328.
-Saisine : 10-11, 364-365.
Opposition ;
-D'un chèque : 43.
Ordonnance de référé ;
-Chose jugée : 256 s.
-Force de chose jugée : 241 s.

P

Pension alimentaire : 1, 23, 112, 121.
Pourvoi en cassation : 320, 358.
-V. Cour de cassation.

Pouvoir juridictionnelle ;
-Définition : 192.
-Compétence, distinction : 3-12, 17-19, 192-193.
Pouvoir normalisateur du juge : 112.
Préalable de conciliation : 221.
Prescription ;
-Délai : 70, 227, 237, 301, 365-366.
-Interruption demande en justice : 70, 227, 236, 301, 304, 365-366.
Président du TGI : 3, 36, 39-41, 44, 199, 206, 320.
Preuve :47, 147-148, 163, 177, 203-204, 210, 225-226, 230, 258, 263, 266-267, 271, 285, 291, 320, 323-327, 331, 334-336, 345, 346, 350, 360.
Principal ;
-Absence de saisine du principal : 274 s.
-Notion : 275.
V. Autorité de chose jugée.
Principe dispositif : 215, 295.
Procédure collective : 44, 96, 221.
Procédure contradictoire : 64.
Prorogation de compétence
-Conventionnelle : 124 s.
-Compétence d'attribution : 126 s.
-Compétence territoriale, interne : 141 s.
-Compétence territoriale, international : 151 s.
Provisoir ;
-Absence de saisine au provisoir : 297.
Prud'hommes : 31, 36, 44.

Q

Question préjudicielle : 55.

R

Ratione ;
loci, *materiae*, *personae, temporis* :
V. Compétence.
Recours
V. Voie de recours.
Relevé d'office ;
-Absence de saisine du principal : 297.
-Contestation sérieuse: 319, 357.
-Défaut d'Urgence : 312.
-Inobservation des délais : 11, 238, 251, 312.
V. Fin de non-recevoir.
V. Incompétence.
Référé ;
-Référé arbitral : 47-49, 165.
-Référé commercial : 42-44.
-Référé-*in futurum* : 38, 186, 306, 323.
-Référé-préventif : 340 s.
-Référé-provision : 354 s.
-Référé prud'homal : 36, 44.
-Référé-sauvegarde : V. Référé-préventif.
-Référé rural : 25, 221, 246.
-Référé-Urgence : 184, 306 s, 355.
Renvoi ;
-Devant le juge du fond : 33, 122, 299-305, 328.

-Devant le juge des référés : 7, 2-30, 43, 98, 122-122, 131.
Réparations ;
-Action en réparation : 16, 19.

S

Saisine ;
-Absence de saisine du principal : 274 s.
-Action en justice, distinction : 273.
-Contestation, relevé d'office:10-11, 239, 364-365.
-Définition : 8.
Secret Professionnel : 337.
Séparation des ordres de juridictions
-Moyen : 37.
Statut des personnes : 145.

T

Transaction : 220.
V. Fin de non-recevoir.
Tribunal arbitral : 166, 171, 176, 178, 180-184, 186-190, 258, 308, 313, 327.
-Moment de la constitution : 180.
-Option de compétence : 171, 175-176.
-Urgence, condition : 184-185.
Tribunal de commerce : 42, 44, 129, 130-132, 153, 161, 165, 175-176, 190.
V. Référé-commercial.
Tribunal d'instance ;
-Référé : 306.
Tribunal judiciaire : 3, 35, 38.
Tribunal paritaire des baux ruraux : 246.
Trouble manifestement illicite :
-Appréciation souveraine du juge du fond : 44, 351.
-Conditions : 350-351.
-Notion : 242-243.

U

Urgence ;
-Appréciation souveraine des juges du fond : 313.
-Dommage imminent, distinction : 343-344.
-Historique : 307.
-Notion : 308-310.
V. Contestation sérieuse.

V

Vérification d'écriture ;
- Devant le juge du fond : 226.
-Mesure d'instruction *in futurum* : 226.
Vie privée : 266, 307, 337.
Voie de fait : 50-54, 106, 348.
Voie de recours ;
-Appel : 93, 95, 251, 299.
-Contredit : 58, 149, 161, 245, 265, 313.
-Opposition : 43.
-Recours en révision : 270.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS ..... **V**

SOMMAIRE ..... **VI**

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ..... **VIII**

INTRODUCTION **1**

PREMIÈRE PARTIE La compétence du juge des référés **13**

TITRE I La compétence ordinaire du juge des référés 13

Chapitre I La compétence d'attribution 14

Section 1 : La compétence du juge des référés et le juge du fond 14

Sous-section 1 : La question de l'option de compétence entre la juridiction de référé et la juridiction du fond 16

§1 : La question de l'option de compétence entre la juridiction de référé saisie d'une demande de référé et la juridiction du fond saisie d'une demande au principal 17

§2 : La question de l'option de compétence entre la juridiction de référé et la juridiction du fond toutes deux saisies d'une demande de référé 20

A : L'option de compétence entre le J.M.E. et le juge des référés 20

B : L'option de compétence entre le juge du fond et le juge des référés 21

Sous-section 2 : La controverse sur la question de la compétence exclusive, du juge du fond et du juge des référés en raison de leur pouvoir juridictionnel respectif 25

§1 : La compétence d'attribution exclusive du juge des référés, en raison de son pouvoir juridictionnel dans les systèmes koweïtien et égyptien 26

§2 : La technique de renvoi en raison du défaut de pouvoir juridictionnel dans les trois systèmes 29

Section 2 : Les règles de détermination de la compétence d'attribution 34

Sous-section 1 : La règle principale de détermination de la compétence d'attribution 34

Sous-section 2 : Les règles dérogatoires de détermination de la compétence d'attribution du juge des référés 39

§1 : La compétence du juge des référés français de droit commun 39
A : La compétence du juge des référés de droit commun en présence d'une convention d'arbitrage.....40
B : La compétence du juge des référés de droit commun en cas de compétence de la juridiction de proximité du fond 41
§2 : La détermination de la compétence du juge des référés par la loi 42
A : En matière de référé commercial, en droit français.....42
B : En matière de droit français du travail.....44
C : En matière répressive.....45
D : En matière d'arbitrage 47
E : En matière de référé-instruction 47
§3 : La compétence du juge des référés en matière de voie de fait 50
Section 3 : Le régime de l'exception d'incompétence *ratione materiae* du juge des référés.....55
Sous-section 1 : L'incompétence d'attribution soulevée par les parties.....55
§1 : Le moment du déclinatoire de compétence d'attribution 56
A : L'obligation de soulever l'exception d'incompétence d'attribution simultanément avec les autres exceptions de procédure 56
B : L'obligation de soulever l'exception d'incompétence d'attribution *in limine litis* 57
§2 : Le contenu du déclinatoire de compétence d'attribution 59
A : L'obligation de motivation de l'exception d'incompétence d'attribution..59
B : L'obligation de désigner la juridiction estimée compétente 60
Sous-section 2 : L'incompétence d'attribution prononcée d'office par le juge 61
§1 : L'incompétence d'attribution prononcée d'office par le juge des référés.....62
A : La violation d'une règle de compétence d'attribution d'ordre public.....63
B : Le défaut de comparution du défendeur 64
§2 : L'incompétence d'attribution prononcée d'office par la cour d'appel ou la Cour de cassation.....65
Sous-section 3 : Les effets de la décision sur l'exception d'incompétence d'attribution 66
§1 : Les effets sur le fond 66
A : L'autorité de la chose jugée sur la question de fond dont dépend la compétence.....67

B : L'inapplicabilité de l'art. 90 al. 2 du C.P.C. (ancien art. 79), en cas d'incompétence du juge des référés 68
§2 : Les effets sur la prescription 69
§3 : Le renvoi en cas d'incompétence d'attribution.....70
A : La compétence de la juridiction non civile ou étrangère 70
B : La compétence d'une autre juridiction civile 72
a : La désignation de la juridiction compétente 72
b : La poursuite de l'instance devant la juridiction de renvoi.....73
Chapitre II La compétence territoriale.....74
Section 1 : La compétence territoriale interne.....74
Sous-section 1 : La règle principale de détermination de la compétence territoriale interne.....75
Sous-section 2 : Les règles dérogatoires et l'option de compétence territoriale 77
Section 2 : La compétence territoriale internationale 79
Sous-section 1 : La compétence du juge des référés du lieu du domicile du défendeur 79
§1 : Les règles internationales 80
§2 : Les règles interne 81
Sous-section 2 : La compétence du juge des référés du lieu de l'exécution de la mesure demandée.....82
Section 3 : Le régime de l'exception d'incompétence *ratione loci* du juge des référés 85
Sous-section 1 : L'incompétence territoriale soulevée par les parties.....85
§1 : Le moment du déclinatoire de compétence territoriale 85
A : L'obligation de soulever l'exception d'incompétence territoriale simultanément avec les autres exceptions de procédure 86
B : L'obligation de soulever l'exception d'incompétence territoriale *in limine litis* 86
§2 : Le contenu du déclinatoire de compétence territoriale 87
A : L'obligation de motivation de l'exception d'incompétence territoriale.....87
B : L'obligation de désigner la juridiction estimée compétente 88
Sous-section 2 : Le pouvoir du juge des référés de soulever d'office son incompétence territoriale 89
§1 : La faculté de soulever d'office l'incompétence territoriale.....89

§2 : L'obligation de soulever d'office l'incompétence territoriale.....91
A : L'obligation textuelle de soulever d'office l'incompétence territoriale.....91
B : L'obligation pour les juges koweïtien et égyptien de soulever d'office l'incompétence territoriale internationale en cas de défaut de comparution du défendeur.....92
C : L'obligation de soulever d'office l'incompétence territoriale en cas d'appel devant une Cour d'appel d'un autre ressort.....92
Sous-section 3 : Les effets de la décision sur l'exception d'incompétence territoriale 96
§1 : Les effets sur la prescription.....96
§2 : Les règles de renvoi en cas d'incompétence territoriale 97
Chapitre III La compétence temporelle 100
Section 1 : Les compétences temporelles du juge des référés et des autres formations du tribunal 101
Sous-section 1 : La controverse sur la question de l'incompétence du juge des référés en raison de la saisine de la juridiction du fond.....101
§1 : La concurrence entre la compétence temporelle du juge des référés et celle du juge du fond 101
§2 : La question de la concurrence entre la compétence du juge des référés et celle du juge de la mise en état 103
Sous-section 2 : Délimitation entre la compétence temporelle du juge de la mise en état et celle du juge des référés.....106
§1 : Détermination du champ de compétence temporelle 106
§2 : Les périodes de compétence du J.M.E. et du juge des référés.....108
Section 2 : La compétence exclusive *ratione temporis* du juge des référés koweïtien du premier tribunal de la famille saisi 111
Sous-section 1 : Le raisonnement à l'origine de la compétence exclusive temporelle du premier tribunal de la famille saisi.....112
Sous-section 2 : La règle de la détermination de la compétence exclusive *ratione temporis* du juge des référés du premier tribunal de la famille saisi 113
Section 3 : Le régime de l'exception d'incompétence *ratione temporis* du juge des référés.....116
Sous-section 1 : L'incompétence temporelle soulevée par les parties.....116
§1 : Le moment du déclinatoire de compétence temporelle.....117

§2 : Le contenu du déclinatoire de compétence temporelle 117
A : L'obligation de motivation de l'exception d'incompétence temporelle...118
B : L'obligation de désigner le J.M.E. ou le juge des référés estimé compétent 118
Sous-section 2 : Le pouvoir du juge des référés ou du J.M.E. de soulever d'office son incompétence 119
Sous-section 3 : Les effets de la décision sur l'exception d'incompétence temporelle 120
§1 : Les effets sur la prescription.....120
§2 : Les règles de renvoi en cas d'incompétence temporelle 121
TITRE II Le rôle de la volonté des parties dans la désignation du juge des référés compétent 123
Chapitre I La prorogation conventionnelle de compétence 124
Section 1 : La prorogation conventionnelle de la compétence d'attribution : les clauses attributives de compétence d'attribution.....126
Sous-section 1 : La nullité des clauses attributives de compétence d'attribution dérogeant à l'ordre de juridiction.....126
Sous-section 2 : La validité des clauses attributives de compétence d'attribution dérogeant à la valeur du litige ou à sa nature 127
§1 : Les clauses attributives de compétence *ratione valoris* en faveur du TGI ou du TI.....128
§2 : Les clauses attributives de compétence en faveur de la juridiction de droit commun (TGI) 129
§3 : Les clauses attributives de compétence en faveur des juridictions spécialisées ou des juridictions d'exceptions.....129
A : Les clauses attributives de compétence en faveur du tribunal de commerce concernant les actes mixtes internes.....130
B : Les clauses attributives de compétence en faveur du tribunal de commerce concernant les actes mixtes internationaux.....132
Sous-section 3 : La validité des clauses dérogeant au degré de juridiction 133
§1 : Dérogation positive au degré de juridiction.....133
§2 : Dérogation négative au degré de juridiction (suppression le premier degré ou renonciation à l'appel).....134

A : Clause de suppression du premier degré.....134
B : Clause de renonciation à l'appel.....138
Section 2 : La prorogation conventionnelle de compétence territoriale 140
Sous-section 1 : La validité des clauses attributives de compétence territoriale....140
§1 : La validité des clauses attributives de compétence territoriale en droit interne 141
A : Conditions subjectives 142
a : Personnes physiques 143
b : Personnes morales 144
B : Conditions de fond tenant à la nature de l'acte 145
a : La confusion entre la qualité de non-commerçant et les actes dit « mixtes » 145
b : La contradiction induite par l'exclusion des personnes non-commerçantes 146
C : Conditions de forme.....147
a : Localisation de la clause dans l'engagement des parties 147
b : Caractère très apparent de la clause.....148
§2 : La validité des clauses attributives de compétence territoriale en droit international privé 151
Sous-section 2 : L'opposabilité des clauses attributives de compétence territoriale 154
§1 : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale à l'égard du juge des référés 154
A : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale visant la juridiction du fond, à l'égard du juge des référés 154
B : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale visant expressément la juridiction des référés.....156
a : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale visant expressément la juridiction des référés, sur la compétence du juge des référés 156
b : Les effets des clauses attributives de compétence territoriale visant expressément la juridiction des référés, sur la compétence du juge du fond 159

§2 : L'étendue des pouvoirs du juge des référés de relever d'office son incompétence territoriale en cas de méconnaissance de l'art. 48 du C.P.C. 160
Chapitre II La convention d'arbitrage 163
Section 1 : La notion de convention d'arbitrage.....163
Sous-section 1 : Les formes de la convention d'arbitrage 164
Sous-section 2 : La nature juridique de l'exception d'arbitrage.....165
§1 : La controverse sur la qualification du moyen tiré de la présence d'une convention d'arbitrage (l'exception d'arbitrage).....165
§2 : L'incompétence en raison de la présence d'une convention d'arbitrage 173
A : Régime juridique de l'exception d'arbitrage 173
B : L'étendue des pouvoirs du juge étatique de relever d'office son incompétence 178
Section 2 : L'effet de la convention d'arbitrage à l'égard du juge des référés.....180
Sous-section 1 : Référé avant la constitution du tribunal arbitral.....180
§1 : Saisir le juge des référés avant la constitution du tribunal arbitral 181
§2 : L'urgence : condition supplémentaire pour saisir le juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage 184
Sous-section 2 : Référé en cours d'arbitrage 185
§1 : Référé en cours d'arbitrage lorsque la convention d'arbitrage ne vise que la juridiction du fond.....186
§2 : Référé en cours d'arbitrage lorsque la convention d'arbitrage vise aussi les matières à référé.....189
DEUXIÈME PARTIE Le pouvoir juridictionnel du juge des référés.....192
TITRE I Les conditions de recevabilité de l'action en référé.....194
Chapitre I Les conditions positives de la recevabilité de l'action en référé 195
Section 1 : Les conditions subjectives 195
Sous-section 1 : L'intérêt à agir.....198
§1 : L'intérêt légitime.....198
§2 : L'intérêt né et actuel.....202
§3 : L'intérêt personnel et direct.....205
Sous-section 2 : La qualité à agir.....207
Section 2 : Les conditions objectives.....213
Sous-section 1 : Prétentions logiques.....213

§1 : Cohérence entre les prétentions et la fonction de la juridiction de référé ...214
§2 : Non contrariété entre les prétentions.....215
Sous-section 2 : Prétention licite 216
Section 3 : Les conditions temporelles pour agir 219
Sous-section 1 : Agir non prématurément.....219
§1 : Les modes alternatifs de règlement des litiges 220
§2 : La saisine avant la naissance du litige.....224
Sous-section 2 : Agir non tardivement.....226
§1 : La prescription 227
A : La nature juridique de la prescription.....227
B : Le régime juridique du moyen tiré de la prescription.....231
§ 2 : Le délai préfix 233
A : La nature juridique du délai préfix 234
B : Le régime juridique de la fin de non-recevoir tirée de l'écoulement du délai préfix.....237
Chapitre II Les conditions négatives de la recevabilité de l'action en référé 240
Section 1 : Absence de l'autorité de chose jugée au principal 240
Sous-section 1 : L'irrecevabilité de la demande en référé pour cause d'autorité de chose jugée au principal 241
§1 : La force de chose jugée attachée à l'ordonnance du juge des référés.....241
§2 : L'autorité de chose jugée émanant d'une décision au principal.....244
Sous-section 2 : Le rôle respectif des juges des référés et des parties dans l'invocation de la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au principal 247
§ 1 : Le pouvoir du juge des référés de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au principal.....247
A : En droit français, une simple faculté de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au principal.....248
B : L'obligation de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au fond.....251
§ 2 : La fin de non-recevoir tirée de la chose jugée au fond soulevée par les parties 253
Section 2 : L'absence de l'autorité de chose jugée au provisoire dans les mêmes circonstances.....256
Sous-section1 : Les décisions ayant l'autorité de chose jugée au provisoire.....256

§1 : Les jugements émanant du juge du fond statuant au provisoire 256
A : Les jugements avant-dire droit (jugement ne tranchant pas le fond du droit) 257
B : Les jugements interlocutoires.....258
§2 : Les décisions émanant des juges du provisoire statutaires (le juge des référés et le J.M.E.).....259
A : L'ordonnance de référé.....260
B : L'ordonnance du J.M.E.....261
Sous-section 2 : L'existence des circonstances nouvelles 263
§1 : La notion des circonstances nouvelles 264
§2 : L'identité de cause en référé.....269
TITRE II Les conditions de saisine du juge des référés 273
Chapitre I La condition essentielle de saisine du juge des référés : l'absence de saisine au principal 274
Section 1 : Le caractère provisoire de la demande en référé.....276
Sous-section 1 : L'objet de la demande en référé : obtenir une décision provisoire 276
§1 : La mesure provisoire.....277
§2 : La détermination des demandes provisoires par la loi 279
Sous-section 2 : Le lien entre l'absence de saisine au principal et l'interdiction de porter préjudice au principal.....280
§1 : La signification de préjudice au principal 281
A : La notion de « préjudice au principal » 282
B : La stricte application du principe par la jurisprudence.....285
§2 : L'interdiction de porter préjudice au principal assure le caractère provisoire des ordonnances de référé.....286
A : Les décisions de référé devenues définitives 287
B : La décision de référé prises dans le cadre de l'urgence.....287
Section 2 : La mise en œuvre de la condition.....289
Sous-section 1 : Le pouvoir du juge des référés koweïtien et égyptien de modifier l'objet de la demande 291
§1 : Le fondement juridique du pouvoir de modifier l'objet de la demande.....292

§2 : L'étendue du pouvoir de modifier l'objet de la demande : un pouvoir souverain mais encadré 294
Sous-section 2 : Les conséquences de saisine au principal du juge des référés 296
§1 : L'effet processuel de saisine au principal du juge des référés.....297
A : L'obligation de statuer du juge des référés 298
B : La fin de l'instance de référé.....298
1 : La recevabilité de l'appel immédiat 299
2 : Le renvoi devant le juge du fond.....299
§ 2 : L'effet substantiel de saisine au principal du juge des référés.....301
Chapitre II Les chefs de saisine du juge des référés 306
Section 1 : Le chef de saisine du juge des référés, commun aux trois systèmes.....306
Sous-section 1 : Le référé classique de l'urgence (Le référé-urgence).....306
§1 : L'existence de l'urgence.....307
A : La notion de l'urgence 308
a : La définition de l'urgence 308
1 : L'approche doctrinale de la notion d'urgence.....308
2 : L'approche jurisprudentielle de la notion d'urgence.....309
b : La nature juridique de l'urgence 310
B : La mise en œuvre de la condition de l'urgence.....312
a : Le moyen de défense tiré du défaut d'urgence.....312
b : Le contrôle de l'appréciation de l'urgence par la cour de cassation 313
§ 2 : L'absence ou l'existence d'une contestation sérieuse.....314
A : La contestation sérieuse, obstacle à la saisine du juge des référés 315
a : Le développement historique de l'absence de contestation sérieuse.....315
1 : Avant le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 316
2 : Depuis le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971.....318
b : La mise en œuvre de la condition de l'absence de contestation sérieuse 318
1 : Le moyen de défense tiré de l'existence d'une contestation sérieuse319
2 : Le contrôle par la Cour de cassation de l'existence ou de l'absence d'une contestation sérieuse 319
B : La contestation sérieuse, justifie la saisine du juge des référés.....321
Sous-section 1 : Les mesures d'instruction *in futurum* (Le *référé-in futurum*) 323
§1 : La saisine avant tout procès.....324

A : La notion de la saisine avant tout procès 324
a : La signification de l'expression de « saisine avant tout procès ».....324
b : La nature juridique de la condition de la saisine avant tout procès.....328
B : La date d'appréciation de la saisine avant tout procès.....330
§ 2 : L'existence d'un motif légitime.....334
A : La notion de motif légitime.....334
B : Le contrôle de l'existence d'un motif légitime 336
Section 2 : Les chefs de saisine du juge des référés dans le système français 340
Sous-section 1 : Le référé préventif (ou référé-sauvegarde) : le dommage imminent ou le trouble manifestement illicite.....340
§1 : Un référé sauvegarde à double-tête 341
A : Les notions de dommage imminent et de trouble manifestement illicite .342
a : Les critères légaux de différenciation.....342
1 : Le trouble manifestement illicite.....342
2 : Le dommage imminent 343
b : Ce qui ne relève pas du dommage imminent ou du trouble manifestement illicite 345
B : Les mesures du référé-sauvegarde.....346
a : La prévention du dommage imminent par des mesures conservatoires ou de sauvegarde 346
b : La cessation du trouble manifestement illicite par des mesures de remise en état.....347
c : L'effet limité de la contestation sérieuse sur le référé sauvegarde.....347
§2 : Les conditions d'existence du référé-sauvegarde 350
A : L'imminence objective du dommage et l'illicéité manifeste du trouble ..350
B : Le contrôle par la Cour de cassation, de ces conditions 351
a : Fondement juridique du contrôle : la question des pouvoirs du juge des référés 351
b : Le contenu du contrôle de la Cour de cassation.....352
1 : La caractérisation du trouble manifestement illicite.....352
2 : L'appréciation de la notion de trouble manifestement illicite.....353
c : Portée du contrôle de la Cour de cassation 353
Sous-section 2 : Le référé-provision et l'obligation non sérieusement contestable354
§1 : La notion de référé-provision.....354

A : La définition légale du référé-provision 355
B : Le caractère jurisprudentiel du référé-provision : l'absence de la condition de l'urgence.....355
C : La portée juridique du référé-provision : la question de l'étendue des pouvoirs du juge des référés 355
§2 : La condition d'existence du référé-provision : l'absence d'une obligation sérieusement contestable 356
A : La notion d'obligation non sérieusement contestable 356
a : Une définition malaisée 357
b : La nature juridique de l'obligation non sérieusement contestable 357
B : L'appréciation de l'obligation non sérieusement contestable : l'office du juge des référés.....357
C : Le contrôle par la Cour de cassation de l'existence d'une contestation sérieuse 358
a : La question de la légitimité du contrôle de cassation 359
b : L'étendue du contrôle de cassation 360
1 : Le contenu du contrôle de cassation.....360
2 : La portée du contrôle de cassation 361

CONCLUSION.....364

BIBLIOGRAPHIE 367

Ouvrages en langue française.....367
I- Ouvrages généraux.....367
II- Monographie et ouvrages spéciaux.....368
III- Articles, chroniques et études.....370
IV- Notes de jurisprudence et observations 381
V- Sites Internet.....400

Ouvrages en langue arabe 401
I- Ouvrages généraux.....401
II- Monographie et ouvrages spéciaux.....403
III- Articles, chroniques et études.....408
IV- Notes de jurisprudence et observations 410
V- Sites Internet.....410

Ouvrages en langue anglaise 412

INDEX ALPHABÉTIQUE 414

TABLE DES MATIERES.....423

Université de Strasbourg

Ecole doctorale des sciences juridiques | ED 101
Université de Strasbourg

Ahmad ALKHUDHAIR

La saisine du juge des référés en matière civile.

Étude comparative des droits français, égyptien et koweïtien

Résumé

Cette thèse se veut une modeste contribution au débat déjà ancien, sur la question des rapports entre les notions de compétence et de pouvoir, dans le cadre de la saisine du juge des référés. À ce titre, elle s'adresse d'abord aux praticiens du droit ainsi qu'à la doctrine des trois systèmes juridiques étudiés (français, koweïtien et égyptien), déjà très largement impliqués dans cette controverse qui est sans doute encore loin de son épilogue.

En pratique, il s'est agi pour nous, tout au long de notre étude comparative, de tenter de lever la confusion entre les notions de compétence et de pouvoir. Car, nous considérons nécessaire de distinguer la compétence du pouvoir du juge des référés. En raison notamment des conséquences juridiques pratiques qu'implique cette distinction. Ce débat n'est pas que théorique, si l'on sait que le régime du moyen de la défense, aussi bien que les sanctions processuelles et substantielles, ne sont pas les mêmes, selon que le juge des référés a déclaré la demande en référé irrecevable, ou selon qu'il s'est déclaré incompétent ou encore lorsqu'il excède sa saisine, en clair, son pouvoir juridictionnel.

Mots-clés : La saisine du juge, Juge des référés, Procédure civile, Référé civil, Compétence du juge des référés, Pouvoir du juge des référés, Distinction pouvoir et compétence.

Résumé en anglais (Abstract)

This dissertation explains the issue that had a long-standing debate regarding the relationship between jurisdiction and judicial discretion on the light of three different legal jurisdictions ; France, Kuwait, and Egypt. In doing so, this thesis will explore the connection between these two principles, specifically as it pertains to recourse and interim relief. To achieve this goal, it offers two critiques of the system goals. First, strive to resolve the discrepancy between judicial discretion and their competence in determining jurisdiction through answering this question: does the judge is not competent or do not have the jurisdiction? Does the judge have the power or the authority to grant interim relief? I believe it is necessary to resolve this issue practically, not in theory. Second, eliminate the confusion between the concepts jurisdiction and the authority of a judge in issuing an injunction relief. The importance of this goal is arise due to the legal consequences that entailed by this distinction. The regimes of the defense, as well as procedural and substantive sanctions are no longer the same, depending on whether the judge of injunction relief declared the application is inadmissible, or the judge is not competent or when a judge exceeds a jurisdictional authority.

Key-words : Litigation, Judge of injunction relief, Civil proceedings, Civil injunction relief, Jurisdiction of the judge of injunction relief, Authority of the judge of injunction relief.