



Les exceptions de procédure dans le procès civil

*Thèse en cotutelle pour l'obtention du grade de docteur
Droit privé*

Présentée et soutenue publiquement

Par

Ernest T. AKUESSON

Jury

Monsieur Joseph Djogbénu,

Professeur à l'Université d'Abomey-Calavi, Directeur de recherche

Madame Mélina Douchy-Oudot,

Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var, Rapporteur

Monsieur Roch Gnahoui-David,

Professeur à l'Université Catholique de l'Afrique de l'Ouest, Rapporteur

Monsieur Emmanuel Jeuland,

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Directeur de recherche

Monsieur Thierry Le Bars

Professeur à l'Université de Caen Normandie

Résumé

La fausse qualification de « moyen de défense » attribuée par tradition à l'exception de procédure a conduit le législateur à la soumettre à un régime totalement incohérent et inadapté. L'illustration en est donnée par l'échec constaté de l'exclusivité de compétence attribuée au juge de la mise en état sur les exceptions de procédure, échec se matérialisant par les nombreuses dérogations que ne cesse d'apporter la jurisprudence à leur régime. Elle se traduit aussi par la quasi-impossibilité pour le demandeur à l'action principale de s'en prévaloir, ce en totale contradiction avec l'esprit des textes. Cette incohérence est illustrée enfin par les confusions opportunistes entre exception de procédure, fin de non-recevoir, incident et défense au fond. L'exception de procédure n'est pas un moyen de défense mais une *demande incidente relative à la marche de la procédure qui en termes d'ordre logique doit être examinée par préalable au fond*. Elle n'intéresse donc que les rapports procéduraux c'est-à-dire l'instance dont l'ouverture et la conduite aux termes des articles 1 et 2 du Code de procédure civile appartiennent aux parties. La classification et le régime des exceptions de procédure doivent en tenir compte. Il faut donc distinguer les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance de celles qui sont opposées à sa continuation. Seules les premières doivent relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état de qui on doit réussir à faire un véritable juge de l'introduction de l'instance. Les exceptions de procédure opposées à la continuation, par contre, doivent pouvoir être proposées au fur et à mesure de leur survenance ou de leur révélation sauf la possibilité pour le juge de les écarter ou de prononcer des condamnations pécuniaires à l'encontre de la partie qui se serait abstenue dans une intention dilatoire ou abusive de les soulever plus tôt.

The false qualification of "defense" awarded by tradition to the procedural objection led the legislator to submit it to a totally inconsistent and unsuitable regime. The illustration is given by the failure noticed by the exclusivity of competence awarded to the judge of the enabled on the procedural objections, failure materializing by the numerous dispensations which the jurisprudence continues bringing to their regime. It is also translated by the quasi-impossibility for the applicant in the main action to claim it in whole contradiction with the spirit of Law. This incoherence is finally illustrated by the opportunist confusions between procedural objection, refusal of the action's receiving, incident and defense in fact. The procedural objection is not a defense but an incidental request relative to the step of the procedure which in term of logical order must be examined by prerequisite in fact. It thus interests only the procedural relationships that is to say the instance which the opening and the conduct(driving) in compliance with the articles 1 and 2 of the Code of civil procedure belong to the parties. The classification and the regime of the procedural objections have to take it into account. It is thus necessary to distinguish the procedural objections on the contrary to the opening of the authority of those who are set against its continuation. Only the first ones have to be a matter of the exclusive competence of the judge of the enabled of whom we have to manage to make a real judge of the introduction of the instance. The procedural objections opposed to the continuation, on the other hand, must be able to be suggested according to their emergence or to their revelation except the possibility for the judge ruling out them or pronouncing pecuniary condemnations against the party which would have abstained in a delaying or unfair intention to raise them earlier.

A Lucie Sossa

Remerciements

Nous tenons à exprimer notre profonde reconnaissance à messieurs les Professeurs Joseph Djogbénu et Emmanuel Jeuland pour avoir dirigé cette recherche avec une constante bienveillance et une grande générosité. Pour un disciple, nous avons reçu plus.

Nos remerciements s'adressent également à nos parents pour leur soutien indéfectible et non négocié tout au long de cette aventure intellectuelle.

Nous disons un sincère merci aux époux Richardeau ainsi qu'à leurs enfants : Louis, Théophile et Carlina pour le soutien remarquable qu'ils nous ont témoigné.

Nous adressons nos remerciements à Yann Vodou et à son épouse pour tout le soutien qu'ils nous ont apporté.

Nos remerciements s'adressent enfin à tous nos amis, Boubou Keïta, Jean Joss Milingo, Isabelle Tah, Igor Peketti, Diallo Aïssétou, Simone Honvou, Vignon Dos reis, David Linxin, Iréné Aclombessi, Ben Binassoua, Abdoulaye Diallo, Jacques Bonou, Léonce Kolimedjè, Ruth Nguemdom et Kelly Joanna Nguema Ondo qui, de par leurs observations, ont contribué à l'achèvement de ce travail.

Nous ne pouvons finir ces remerciements sans avoir une pensée toute particulière au personnel de la bibliothèque interuniversitaire Cujas sans le dévouement duquel grand-chose n'aurait été possible.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Adde	Ajouter
al.	Alinéa
art.	article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation.
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation.
Bull. inf. C. cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation.
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation.
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.
C. ass.	Code des assurances
CCC.	Contrats concurrence consommation
C. civ.	Code civil.
C.com.	Code du commerce
C. con.	Code de la consommation
Cah.dr. entr.	Cahier du droit de l'entreprise
CEDH	Décision de la Cour européenne des droits de l'homme.
Chr.	Chronique.
CJCE	Cour de justice des communautés européennes.
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne.

COJ.	Code de l'organisation judiciaire
Concl.	Conclusion
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz.
D. aff.	Dalloz affaire
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois.
DC.	Dalloz critique
dir.	sous la direction
doctr.	doctrine
DP.	Dalloz périodique
DH.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz.
Dr et patr.	Revue droit et patrimoine.
Dr et proc.	Revue droit et procédures.
Dr. fam.	Revue droit de la famille.
Dr. pén.	Revue droit pénal.
Droits.	Revue droits
Dr. sociétés	Revue droit des sociétés.
Dr. trav.	Droit du travail et de la sécurité sociale
éd.	édition.
fasc.	fascicule
Gaz. pal.	Gazette du Palais.
Gaz. Pal. cah. de l'arb.	Gazette du palais cahier de l'arbitrage
Ibid.	Ibidem.
In.	Dans.
Infra.	Ci-dessous.
Inf. rap.	Informations rapides.

JCPE	Juris-classeur périodique ; édition entreprise
JCPG	Juris-classeur périodique ; édition générale
J.-cl.	Juris-classeur.
J.-cl. proc. form.	Juris-classeur procédure formulaire.
J.-cl. proc. civ.	Juris-classeur procédure civile.
JDI	Journal de droit international privé.
Justices	Revue Justices
LGDJ	Librairie générale de jurisprudence.
Mél.	Mélanges
n°	numéro
op. cit.	opere citato
obs.	observations
ord.	ordonnance
p.	page
pan.	panorama
LPA	Les petites affiches
préc.	précité
préf.	préface
Procédures	Revue procédures
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue de droit public
Rééd.	Réédition.
RGDP	Revue générale des procédures
Rép. Proc. civ.	Répertoire Dalloz de procédure civile

Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Crit. DIP.	Revue critique Droit international privé
Rev. Huissiers	Revue des huissiers
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Et suivants
Sect.	Section
Spéc.	Spécifiquement
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE :

LE RENOUVELLEMENT DE LA DÉFINITION CLASSIQUE DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

TITRE 1 : L'EXCEPTION DE PROCÉDURE, UNE DEMANDE

CHAPITRE 1 : LE REJET DE LA QUALIFICATION DE MOYEN DE DÉFENSE

CHAPITRE 2 : L'AFFIRMATION DE LA QUALIFICATION DE DEMANDE

TITRE 1 : UNE DEMANDE INCIDENTE À EXAMINER PAR PRÉALABLE AU FOND

CHAPITRE 1 : UNE DEMANDE INCIDENTE RELATIVE À LA MARCHÉ DE LA PROCÉDURE

CHAPITRE 2 : UNE DEMANDE À EXAMINER PAR PRÉALABLE AU FOND

DEUXIÈME PARTIE :

LA PORTÉE DE LA NOUVELLE DÉFINITION DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

TITRE 1 : LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

CHAPITRE 1 : L'OFFICE DU JUGE SAISI DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

CHAPITRE 2 : LA REDISTRIBUTION DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

TITRE 2 : LE SORT DES DÉCISIONS STATUANT SUR LES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

CHAPITRE 1 : LES EFFETS DES DÉCISIONS STATUANT SUR LES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

CHAPITRE 2 : LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS STATUANT SUR LES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

INTRODUCTION

1. En 1873 Paul Larrouy écrivait que le mot « *exception* » est : « *resté dans la langue juridique comme une pièce démonétisée, mais ne se rattachant plus à rien ; il a pu prendre, selon les besoins, les acceptions les plus distinctes, les plus incompatibles* »¹. De cette diversité de sens émergera plus tard, en droit de la procédure, un concept : *l'exception de procédure*, qui est l'objet de cette étude. Avant d'y revenir, il faudrait en retracer l'histoire. Plusieurs sens sont associés au mot « *exception* ». L'usage commun renvoie soit à une norme soit à un moyen de défense. Mais c'est d'abord sous la forme d'un moyen de défense que le mot fut accueilli dans la langue française². Étymologiquement, « *exception* » vient du latin *exceptio* qui signifie une restriction, une réserve et en droit une clause restrictive du supin de *excipere*. L'usage a successivement consacré deux verbes dérivés : *excepter* et *exciper*, indiquant le double sens dans lequel le mot « *exception* » peut être utilisé. Ainsi, *excepter*, est pris au sens de « *exclure* », « *ne pas comprendre dans (un ensemble), ne pas inclure dans une situation* ». Par contre, « *Exciper* », signifie « *se servir ou se prévaloir de quelque chose pour se défendre* », ou encore pour s'excuser, on peut par exemple exciper de sa bonne foi pour se sortir d'une situation. Exciper est donc associé à l'idée de défense. Exclure et s'excuser orientent parfaitement sur le double sens du mot « *exception* » en droit³. Le mot y a un sens très large (I). Dans une acception plus restreinte, l'histoire révèle qu'on s'en est servi à une époque pour désigner tout moyen de procédure (II). Mais depuis la réforme du Code de procédure civile intervenue en 1975, le mot a, en droit de la procédure, un sens plus précis. Il apparaît, depuis lors, sous sa dénomination complète : *exception de procédure* (III).

¹ P. Larrouy, *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français*, thèse, Toulouse, 1873, Imprimerie Louis & Jean-Mathieu Douladoure, Rue Saint-Homé, 30

² A. Rey (Dir), *Dictionnaire historique de la langue française*, 2010, V. Exception.

³ J-M. De Moy, *L'exception en droit privé*, thèse, Aix-Marseille, 2011, PUAM, n°365.

I- L'exception en droit

2. Les multiples sens du mot exception. Le Code civil constitue un vivier des multiples sens dans lesquels le mot « exception » peut être employé. Le mot y est utilisé pour désigner tantôt une dérogation apportée à une règle, tantôt pour désigner un moyen de défense. L'exception peut donc être envisagée comme une dérogation c'est-à-dire ce qui est hors de la norme. Il a été démontré⁴, sous ce rapport, qu'elle constitue également une norme (A). Mais il renvoie aussi dans le Code civil à toute sorte de moyens de défense (B).

A- L'exception, une norme

3. Le sens normatif de l'exception désignant une dérogation à la norme. Dans une acception assez fréquente, l'exception désigne une dérogation à la règle⁵. Elle est dans ce sens synonyme de dérogation. Elle désigne alors un cas soustrait à l'application normale de la règle par l'effet d'une mesure individuelle de dérogation. L'exception se distingue de la règle à laquelle elle est pourtant intimement rattachée. Elle ne peut être envisagée sans son antonyme : le principe avec lequel elle forme un binôme. C'est dans ce sens qu'elle est utilisée aux articles 1221 et 1233 du Code civil⁶. La lecture attentive de ces dispositions révèle le sens dans lequel les mots « exception » y sont employés. Le premier, de ces articles, dispose : « *le principe établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur* ». Le législateur entend ainsi soustraire les héritiers du champ d'application du « principe énoncé » à l'article 1220 du Code civil⁷. C'est dans ce même sens que le mot exception est utilisé à l'article 1233 du Code civil. Du rapprochement des deux dispositions, il ressort que les formulations consacrées : « cette règle reçoit exception... », ou « ce principe reçoit exception » signifie que la règle ou le principe ne peut s'appliquer à certaines situations. Le mot « exception » est donc synonyme de dérogation. L'usage a

⁴ L'article 775 du Code de procédure civile illustre également sur le double sens dans lequel le mot exception peut être utilisé : « *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 une exception de procédure...* ».

⁵ A. Vidal-Naquet et M. Fatin-Rouge Stefanini (dir.), *La norme et ses exceptions*, Quels défis pour la règle de droit, Bruylant, 2014. Préf. X. Philippe.

⁶ P. Larrouy, *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français, thèse préc.*, 143.

⁷ CC, art. 1220 : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur ».

d'ailleurs consacré, à ce propos, un fond de maximes bien connues : *specilia generalibus derogant*⁸, principe qui peut être rapproché de l'adage : *exceptio est strictissimae interpretationis*⁹ ou *l'exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*¹⁰. L'exception envisagée comme une dérogation à la règle a fait l'objet de récents travaux en doctrine¹¹. Mais, sous la plume de M. De Moy, qu'il a été démontré qu'elle constitue également une norme au même titre que la règle¹² à laquelle elle déroge. L'exception présente donc une nature normative car elle « possède les attributs d'une norme juridique »¹³. À ce titre, elle constitue « une norme présentant un lien avec une autre, celle qualifiée de norme de principe »¹⁴. Il faut donc distinguer la « norme de principe » de la « norme exceptive ». Le mot exception n'a pas toujours en droit un sens voisin de dérogation. Il est aussi utilisé à de nombreuses occasions comme synonyme de moyen de défense.

B- L'exception, un moyen de défense

4. L'exception synonyme de moyen de défense. Le Code de procédure civile actuel met à la disposition du plaideur trois moyens pour se défendre : l'exception de procédure – la fin de non-recevoir et la défense au fond. Dans un sens général, c'est à tous ces moyens de défense que renvoie en droit le mot « *exception* »¹⁵. Le législateur lui a souvent abusivement conféré ce sens¹⁶. Cet usage démesuré a été dénoncé par Henry Vizioz qui a observé que : «

⁸ Ce qui est général ne déroge pas à ce qui est spécial. V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n°152.

⁹ Signifie littéralement « les exceptions doivent être interprétées restrictivement ». V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n°125.

¹⁰ Signifie l'exception confirme la règle à l'égard des cas qui ne sont exceptés V. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF. 2010, V. Exception.

¹¹ A. Vidal-Naquet et M. Fatin-Rouge Stefanini (dir.), *La norme et ses exceptions, Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruylant, préf. X. Philippe, p. 299; M. Carpentier, *Norme et exception, Essai sur la défaisabilité en droit*, Thèse, Paris, 2013, éd. Institut universitaire Varenne, Collection des thèses, p. 686, préf. J-F. Kervégan ; J-M. De Moy, *L'exception en droit privé*, thèse, Aix-Marseille, 2011, PUAM, n°365 ; D. Vergely, *La notion d' « exception », en droit*, thèse, Paris, 2006, P. 591; V. Bost-Lagier, *L'exceptionnel en droit civil*, thèse, Paris, 2002, p. 472.

¹² J-M. De Moy, *thèse préc.*, n°34 ; par ailleurs n°147.

¹³ J-M. De Moy, *thèse préc.*, n°34

¹⁴ J-M. De Moy, *thèse préc.*, n°57

¹⁵ E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Recueil Sirey, 1925, p. 581 : « Le code civil prend souvent le mot exception dans le sens de défenses en général ».

¹⁶ R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., Paris, Rousseau et cie, 1935, n°127 p. 114 : « Le terme exception est également pris dans divers sens. Dans un sens très large et en droit civil, on

dans la langue judiciaire le terme exception a malheureusement perdu toute signification technique pour devenir synonyme de « moyen »¹⁷. Un siècle plus tôt, cette même remarque avait été faite par Damase-Auguste Jocoton qui, rapportant un écrit de Cujas, a constaté que : « l'exception, envisagée dans le sens général, est une défense opposée à une demande formée contre elle »¹⁸. Cette multitude de sens ainsi que la confusion qu'elle génère ont été relevées par de nombreux auteurs¹⁹. Mais c'est à M. Jubault qu'est revenu le mérite d'y avoir consacré une œuvre entière²⁰. L'auteur, à la suite d'autres²¹, constate un « déferlement d'exceptions, qui, dans le Code civil, renvoie à une multitude de moyens de défense »²² dénonçant ainsi un décalage²³ entre la notion « d'exception » employée par le Code civil et celle retenue par le Code de procédure civile²⁴. Ainsi dans une pratique tombée en désuétude par endroits, l'exception est utilisée pour désigner indistinctement tous les moyens de défense qu'il s'agisse de moyens tirés du fond ou de la procédure²⁵. C'est dans ce

appelle ainsi tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués par le défendeur » ; R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Sirey, 1949, n°46 : « Il est fréquent que dans le langage des auteurs et du législateur, les mots défense et exception soient pris pour synonyme ».

¹⁷ H. Vizios, *Etudes de procédure civile*, éd. Bière, 1956, n° 40, p. 221 ; Adde I. Pétel-Teyssié, V° Défenses, exceptions, fins de non-recevoir : *Rép. proc. civ.* Dalloz, 2005, p. 1-2. L'exception que « Dans une (...) acception, large, la formule englobe tous les moyens de défense, y compris les défenses au fond : on parle d'exception de minorité, d'exception non adimpleti contractus ; on affirme la perpétuité de l'exception par opposition à l'action, temporaire (...) ; on évoque la règle « le juge de l'action est juge de l'exception ».

¹⁸ A. Jocoton, *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, 1859, p.480

¹⁹E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Recueil Sirey, 1925, p. 581 ; ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961, t1, n°.306, p. 285 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Montchrestien Lextensoédition, 2015, n°153.

²⁰ Ch. Jubault, « Les exceptions dans le code civil à la frontière de la procédure et du fond », *LPA 15 au 17 janv. 2003*.

²¹ R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit., n°46 ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 306, p. 287. Ces auteurs relevent le « caractère hétérogène de la notion d'exception, abusivement étendue par les auteurs de l'ancien droit à toute une série de moyens de défense n'ayant aucun trait commun. ».

²² Ch. Jubault, art. cit., n°5, p.2

²³ Ch. Jubault, art. cit., n°3.

²⁴ Ch. Jubault, art. cit., n°6, p.3 : « cette longue maturation de l'analyse des différentes défenses dans le procès civil, laisse augurer que, même après, et malgré l'avènement du nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976, qui consacre une trilogie aboutie des défenses, le Code civil, lui, n'a pas reçu, ponctuellement, certains des apports nouveaux de la procédure civile. Précisément, à propos des « exceptions », il conserve un usage linguistique non technique, qui, en 1804, plongeait encore ses racines dans le droit romain ».

²⁵ M. Dehesdin, *De la règle le juge de l'action est juge de l'exception*, thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 1 ; E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, op. cit., p. 581, « Il y a en réalité dans nos lois et dans le langage juridique une constante confusion de ces mots : défenses, exceptions, moyens de non recevabilité ».

sens qu'on emploie la maxime : « *le juge de l'action est juge de l'exception* »²⁶ ou encore « *tant dure l'action tant dure l'exception* »²⁷.

Sans fournir une liste exhaustive, l'exception de jeu, l'exception de chose jugée, ou l'exception de prescription, l'exception de transaction renvoient à une fin de non-recevoir qui est un moyen tiré du défaut du droit d'agir en justice²⁸. L'expression « exception de jeu » consacrée par la pratique est prévue par l'article 1965 du Code civil aux termes duquel : « *la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari* ». Cette disposition ne sanctionne pas de nullité la « *dette de jeu* » ou le « *pari* ». En disposant : « *la loi n'accorde aucune action* », le législateur entend priver ainsi le créancier d'une dette de jeu ou d'un pari du droit d'agir en justice pour réclamer son dû. Plus que le bien-fondé de la créance, c'est l'action qui est visée²⁹.

L'exception est utilisée aussi à plusieurs autres occasions non pas pour désigner une fin de non-recevoir mais une défense au fond³⁰. Ainsi en va-t-il de l'exception d'inexécution encore appelée *exceptio non adimpleti contractus*³¹. En effet, dans un contrat qui met à la charge des cocontractants des prestations réciproques, si l'un n'exécute pas sa prestation, l'autre

²⁶ E. Glasson et A. Tissier, *op. cit.*, p. 581 : « *C'est aussi en confondant tout à fait l'exception et le moyen de défense qu'on dit : le juge de l'action est juge de l'exception* ». Adde H. Solus et R. Perrot, n°306, p. 285 : « *tel est le sens auquel se réfère la maxime « le juge de l'action est juge de l'exception »* ». Adde R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Recueil Sirey, 1949, p. 50 : « *Il est fréquent que, dans le langage des auteurs et du législateur, les mots défenses et exceptions soient pris comme synonymes (...)* ; maxime : « *Le juge de l'action est juge de l'exception* ». Adde J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°153 : « *La règle selon laquelle le juge de l'action est juge de l'exception relève du droit judiciaire privé, mais selon les conceptions romaines, le mot désigne toutes les défenses, qu'elles soient au fond ou procédurales* » ; M. Dehesdin, *De la règle le juge de l'action est juge de l'exception*, thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 1.

²⁷ E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, op. cit.* p. 581 : « *ce qui signifie que les moyens de défense (ou exceptions) sont imprescriptibles et durent aussi longtemps que les actions auxquels ils s'opposent* ».

²⁸ Ch. Jubault, « *Les exceptions dans le code civil à la frontière de la procédure et du fond* », *art. cit.*, n°15 : « *L'exception de prescription dans le code civil, est certainement un symbole de cette puissance des mots, car, en réalité, elle ne devrait jamais dans son sens le plus courant être qualifiée d'exception. Pourtant l'expression, « exception de prescription », figure dans le vocabulaire juridique usuel, y compris celui de la Cour de cassation*».

²⁹ *Ibid.*

³⁰ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 285 : « *Nombreux, en effet, sont les textes qui persistent à présenter comme des exceptions des moyens qui, en réalité, sont des défenses au fond. Ainsi, quand fait allusion aux « exceptions » que le plaideur peut invoquer en matière de solidarité (art. 1208 C. civ.), de serment (art. 1360, 1361 et 1367) ou de Cautionnement (art. 2012 C. civ.), elle désigne, sous ce terme impropre, de véritables défenses au fond* ».

³¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 153 : « *l'exception non adimpleti contractus ne concerne en rien la procédure* » ; V. Ch. Jubault, *art. cit.* n°14.

cocontractant est en droit de s'en prévaloir pour différer l'accomplissement de la sienne³². Les exceptions de dol, de violence, de minorité, sont aussi vues comme des défenses au fond. L'exception à délivrance de legs organisée à l'article 925 du Code civil est également une défense au fond qui établit l'absence de droit du légataire, par épuisement de la quotité disponible³³. L'exception de nullité d'un acte juridique est une défense au fond et en conséquence soumise aux règles de droit civil, elle ne concerne en rien la procédure³⁴.

Le mot exception est également utilisé dans un sens où il est synonyme « d'exception de procédure ». Certaines exceptions envisagées dans le Code civil renvoient à une exception de procédure. Ainsi en va-t-il de l'exception tirée du délai « pour faire inventaire et délibérer »³⁵ et celle tirée du bénéfice de discussion ou de division³⁶. On remarquera aussi qu'en dehors de l'expression générique, seul le mot « exception » est utilisé pour désigner chacune des sous catégories d'exceptions prévues au titre des exceptions de procédure. Ainsi parle-t-on d'« exception de nullité », d'« exception d'incompétence », d'« exception dilatoire ».

5. Une expression appartenant à l'espace francophone. Certains pays utilisent encore le mot « exception » pour désigner, dans leur Code de procédure civile, les exceptions de procédure. Ce constat peut être fait dans le Code judiciaire belge³⁷ et dans le Code procédure civile de certains États de l'Afrique francophone tel que le Sénégal³⁸. L'emploi du mot « exception » pour désigner les exceptions de procédure n'est qu'une pratique héritée du Code de procédure civile de 1806.

³² Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., LexisNexis, n°460 et s.

³³ Cette disposition abrogée en France depuis la [loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 13 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007](#) est encore applicable dans la plupart des Etats de l'Afrique francophone.

³⁴ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, 32^e éd., Dalloz, 2014, n°304. .

³⁵ Bien que les dispositions du Code de procédure civile aient encore conservé la terminologie de délai « pour faire inventaire et délibérer », il s'agit en réalité depuis la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 entrée vigueur le 1^{er} janvier 2007, « d'un délai d'option » susceptible d'être prorogé par le juge, art. 771 et 772 du Code civil.

³⁶ Ch. Jubault, *art. cit.* n°81.

³⁷ Il s'agit du chapitre VII. Les exceptions qui figurent dans le titre 3 du livre 2 de la quatrième partie intitulée : l'instance. Les articles 851 et suivants de ce chapitre traitent respectivement de l'exception de la caution de l'étranger demandeur, de l'exception dilatoire « pour faire inventaire et délibérer », des déclinatoires de compétence, l'exception dilatoire pour appeler un garant et les exceptions de nullité qui sont toutes les exceptions de procédure.

³⁸ Le titre IV du livre du Code de procédure civile du Sénégal est intitulé : « *Des exceptions* » mais traite des exceptions de procédure.

Dans le Code civil, l'exception est un moyen de défense opposé à la demande. C'est dans ce sens que le mot est utilisé à l'article 1361 du Code civil : « *celui auquel le serment est déféré et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception* »³⁹. Dans un sens voisin de celui-ci, il est prévu à l'article 1208 du Code civil que : « *que le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation ...* ». Le codébiteur est ainsi autorisé à se prévaloir de toutes sortes de moyens de défense.

L'« exception » en procédure apparaît moins large qu'en droit même si pendant longtemps telle une notion à la recherche de ses marques, elle est demeurée confuse et incertaine.

II- L'exception en procédure : une notion longtemps à la recherche d'une identité

6. La préférence d'une approche historique à une approche comparative. L'histoire enseigne que le mot « exception » dans un sens étroit et procédural a désigné pendant longtemps dans le droit français une catégorie de moyens de défense autres que les défenses (au fond)⁴⁰. Cette apparente distinction cache cependant de nombreuses confusions qui expliquent à certains égards les difficultés actuelles⁴¹ du droit positif à établir une nette démarcation entre l'exception moyen procédural et les « autres »⁴² moyens de défense. On ne peut mieux cerner les contours de ces difficultés qu'en remontant à l'origine même de la notion. Cela impose que soit retracée la longue et passionnante histoire de l'« exception ». Une histoire faite de confusions et d'incertitudes de tout genre. Ces confusions non encore définitivement résolues justifient par ailleurs l'approche historique défendue dans ce travail⁴³. À ce titre, on remarquera que sans jamais parvenir à définir l'exception, on l'a, à une certaine époque, opposé aux défenses (au fond)⁴⁴. Ainsi, tout ce qui n'était pas une défense (au fond) était appelé exception. La notion désignait alors dans le

³⁹ Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, t.1, 15^e éd, 1890, Paris, Librairie Cortillon n°342 : « *Si vous lisez les art.1360 et 1361 du Code de Napoléon, vous serez tentés de croire que tout moyen opposé par le défendeur à l'attaque de son adversaire est une exception ...* ».

⁴⁰ R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit., n° 127, p. 114.

⁴¹ Sur les difficultés et la persistante de la confusion V. *infra* n° 39 et s.

⁴² La qualité de moyen de défense de l'exception de procédure est contestable V. dans ce sens *infra* n° 52 s.

⁴³ V. *infra* n°47.

⁴⁴ La défense au fond opère sur le fond du droit. Elle est la contradiction directe apportée au droit substantiel prétendu en justice soit pour en contester l'existence, soit pour en alléguer l'extinction.

cadre du procès, tout moyen de procédure opposée à la défense. On opposait donc en procédure les « exceptions » aux défenses au fond. C'est à l'origine romaine de la notion qu'il faille d'abord s'intéresser (A) avant de retracer sa longue évolution en droit français (B).

A- Naissance de l'exception à Rome : une notion certaine et précise

7. L'origine de l'exception. L'histoire révèle de sources constantes que l'exception est née à Rome du temps de la *procédure formulaire*⁴⁵. Comment aurait-il pu en être autrement ? Rome est connu pour être le berceau historique du procès⁴⁶. Il convient de remonter le temps et de rechercher les raisons qui ont pu justifier la naissance de l'exception au cours de la *procédure formulaire*, qui est la deuxième procédure expérimentée à Rome à la suite de la procédure des *actions de la loi*. La *procédure formulaire* a précédé à Rome la *procédure extraordinaire*. L'exception a survécu à la disparition de la *procédure formulaire*. Si on ne peut affirmer comme un auteur qu'à chacune de ces procédures correspond un chapitre de l'histoire des exceptions⁴⁷, il n'apparaît cependant pas inutile d'exposer les raisons pour lesquelles l'exception n'a pu exister au cours de la plus ancienne de ces procédures (1) avant d'envisager sa naissance au cours de la *procédure formulaire* (2) et son évolution au cours de la *procédure extraordinaire* (3).

1- L'inexistence de l'exception au cours de la procédure des *actions de la loi*

8. Les causes justifiant l'inexistence de l'exception au cours de la procédure des *actions de la loi*. La *procédure "Les actions de la loi"* est la plus ancienne procédure

⁴⁵ V. R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, thèse, Paris, 1887; P. Larrouy, *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français*, thèse, Toulouse, 18... Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, op. cit., n°342 ; V. P. Duchesneau, *Des exceptions*, thèse, Dijon, 1849 ; E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, op. cit., p. 576 ; R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, op. cit. n° 47, p. 50 ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°308, p. 286.

⁴⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, n°3.

⁴⁷ R. Carré de Malberg, *Histoire de l'exception en Droit romain et dans l'ancienne procédure française*, thèse, Paris, 1887, éditeur Arthur Rousseau. P. 9.

expérimentée à Rome⁴⁸. Plusieurs causes expliquent l'inexistence de l'exception au cours de cette procédure. Deux d'entre elles seront principalement exposées : la prépondérance du formalisme et le principe de l'unicité de la question litigieuse.

9. Une procédure dominée par le formalisme. D'abord, le formalisme est le principe général sur lequel reposait tout le système juridique de l'ancien Rome. Le vieux droit romain était formaliste aussi bien pour créer que pour éteindre les droits⁴⁹. Les droits qui naissaient des actes formalistes étaient inattaquables. La procédure des *actions de la loi* ignorait les notions telles que le dol, l'erreur, la violence, la cause illicite, ou l'absence de cause. Les conventions étaient soumises à cette époque à une solennité juridique. Dès lors, en cas de litige, une seule question s'imposait au juge : les solennités qui présidaient à la naissance des droits et obligations avaient-elles été observées ? Là où le juge avait constaté l'existence de la forme, là était le droit. La forme à cette période emportait le fond, de sorte qu'un engagement procédant même d'une erreur, était pourtant admis comme valable dès lors que les conditions de solennité avaient été observées⁵⁰. Les contrats étaient reconnus valables même en cas de vice si la forme avait été respectée. Le juge saisi en cas de litige devait se borner : « à constater que les formalités solennelles ont été remplies, les paroles sacramentelles prononcées »⁵¹. Il était lié par ces formes et ces paroles, et « tout pouvoir d'appréciation lui était refusé »⁵². L'office du juge était donc à cette époque beaucoup plus facile que s'il devait chercher à caractériser le dol, la violence ou encore toute autre cause pouvant affecter la formation du contrat⁵³. Les circonstances qui ont accompagné la conclusion d'un engagement contractuel échappaient à l'examen du juge. De même, aucun événement postérieur à la formation de l'engagement ne pouvait affaiblir l'énergie du lien

⁴⁸ E. Jeuland, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDG, 2014, n°33 : « Cette procédure est la plus ancienne du droit romain. Elle est apparue avec La loi des XII tables en 450 avant Jésus-Christ ».

⁴⁹ R. Carré de Malberg, *thèse préc.* p. 21.

⁵⁰ E. Jeuland, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n°35, spéc. p. 63.

⁵¹ R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, *thèse préc.*, p. 21.

⁵² *Ibid.*

⁵³ R. Carré de Malberg, *thèse préc.*, p. 25 : « Le dol et l'erreur ne se conçoivent guère dans une société restreinte, où tout le monde se connaît, où rien ne passe inaperçu ; dans un semblable milieu, les mœurs ont un grand empire et font un devoir à chaque citoyen de respecter les droits d'autrui ».

de droit qui en était issu. Seule une nouvelle formalité pouvait défaire ce qu'une première formalité avait fait⁵⁴.

Le formalisme du vieux droit romain ainsi qu'il vient d'être exposé laissait très peu de place au défendeur pour se défendre. Les faits qui seraient de nature à engendrer une exception se trouvaient déjà éliminés et le domaine de l'exception suffisamment réduit. Un auteur a pu relever que la théorie formaliste conduisait : « *pour toute la durée du droit formaliste, à écarter systématiquement tous les moyens de défense.* »⁵⁵.

10. Le principe de l'unicité de la question litigieuse. Une deuxième cause a rendu peu probable l'existence des exceptions au cours de la procédure *des actions de la loi* : le principe de l'unicité de la question litigieuse⁵⁶. À cette période, avait prévalu, par souci de simplification⁵⁷ des procédures, la règle : « *une action, une demande* ». À ce propos : « *Le cumul de plusieurs prétentions dans le même procès, comme cela se pratique dans notre droit moderne, était strictement défendu dans l'ancien Droit romain, même dans le cas où les diverses demandes avaient entre elles les points de contact les plus intimes* »⁵⁸. Ce principe s'imposait à toutes les parties demandeur comme défendeur⁵⁹.

Ainsi, le demandeur ne pouvait cumuler plusieurs prétentions dans un même procès. Il ne pouvait donc soumettre à l'examen du juge qu'un seul rapport de droit. De son côté, le défendeur ne pouvait non plus modifier ni déplacer la prétention initiale adressée au juge. La défense à cette époque ne pouvait consister que dans la négation du droit prétendu par le demandeur. Le défendeur ne pouvait donc être admis à combattre la prétention adverse en formulant une nouvelle prétention pour son propre compte. On voit ainsi que l'exception qui porte elle aussi une prétention ne pouvait trouver place dans la procédure des *actions de la loi*⁶⁰. Le procès était donc réduit à sa plus grande simplicité, écartant rigoureusement toute défense qui ne serait pas conçue sous la forme d'une négation directe. La réponse du

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ P. Larrouy, *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français, thèse préc.*, p. 4

⁵⁷ C'est ce souci qui commandait au juge de ne s'attacher qu'à la forme des actes juridiques.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ P. Larrouy, *thèse préc.*, p.5.

⁶⁰ R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française, thèse préc.*, p. 31

défendeur devait contenir la négation complète, absolue du droit invoqué par l'adversaire⁶¹. Le défendeur pouvait se laisser condamner puis tenter ensuite une nouvelle action en répétition de ce qu'il avait été obligé de consentir au demandeur, dans le premier procès⁶². Cette rigueur attachée à l'ancienne procédure romaine ne laissait, elle aussi aucune place à l'exception⁶³.

L'exception, comme cela se donne à voir, était incompatible avec les principes fondamentaux qui régissaient la procédure *des actions de la loi* que sont la prépondérance du formalisme et le principe de l'unicité de la question litigieuse⁶⁴. Cependant, les sources font remonter à procédure *des actions de la loi*, les textes qui serviront plus tard de fondement à l'exception au cours de la *procédure formulaire*⁶⁵.

Avec le développement de l'activité économique vers la fin de la République à Rome et l'accroissement du nombre de litiges qui en a résulté, l'ancienne procédure romaine était apparue trop lourde⁶⁶. Cette lenteur et l'absence d'équité dans le déroulement des procès qui en a résulté portaient de graves atteintes aux intérêts des parties et à la bonne administration de la justice⁶⁷. La nécessité de réformer l'ancienne procédure était apparue nécessaire⁶⁸. C'est alors que la loi *Aebutia*⁶⁹ promulguée au cours du VI^e siècle et complétée plus tard par les lois de *Juliae* substitua à la procédure *des actions de la loi* la *procédure formulaire* plus rapide et plus souple⁷⁰. C'est celle-ci qui consacra la naissance de l'exception.

2- L'apparition de l'exception au cours de la *procédure formulaire*

⁶¹ R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, thèse préc., p. 32 ; P. Larrouy, *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français*, thèse préc., p. 6.

⁶² P. Larrouy, thèse préc., p. 6

⁶³ R. Carré de Malberg, thèse préc., p. 32 :

⁶⁴ R. Carré de Malberg, thèse préc., p. 34.

⁶⁵ Ainsi en va-t-il de la loi *Plaetoria* et de la loi *Cincia* que les sources font remonter aux années 550 et 560 de Rome. R. Carré de Malberg, thèse préc., p. 42

⁶⁶ V. E. Jeuland. *Droit processuel général*, op. cit., n°35 : « cette procédure n'était plus adaptée à une période d'expansion économique et ne pouvait pas s'appliquer aux litiges entre les Romains et les étrangers ».

⁶⁷ P. Larrouy, *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français*, thèse préc., p. 44.

⁶⁸ R. Carré de Malberg, thèse préc., p. 90.

⁶⁹ La *procédure formulaire* a été créée par la loi *Aebutia*. Les auteurs ne sont pas unanimes sur sa date. Certains la situe entre 520 et 550 et d'autres en 608 V. Rudorff, *Histoire du Droit Romain*, t. 1, p. 105.

⁷⁰ E. Jeuland, *Droit processuel général*, op. cit. n°36 : « Cette procédure plus souple a joué un rôle très important dans le développement du droit romain et est à bien des égards, à l'origine de notre droit ».

L'apparition de la *procédure formulaire* dans le droit romain est le point de départ d'une ère nouvelle. L'abrogation de la *procédure des actions de la loi* a provoqué la ruine du formalisme devenu plus odieux que la *procédure* dont il était l'âme⁷¹. Cette nouvelle *procédure* était conduite par deux acteurs : le préteur et le *judex* c'est-à-dire le juge. Le préteur était un magistrat à qui avaient été confiées la composition et la délivrance de la formule⁷². Ce dernier avait autorité pour délivrer ou refuser à son gré une formule, libre d'ailleurs d'en subordonner la concession sous certaines conditions qu'il déterminait. Il a dominé toute la *procédure formulaire*⁷³. À cette époque, la *procédure* précédait le droit, et l'action était accordée par le préteur⁷⁴ qui après avoir écouté le récit de l'affaire, examinait seulement si la demande était juridique, et nommait un juge qu'il chargeait de vérifier la question de fond posée dans la formule qu'il remettait aux parties. Le préteur déterminait ainsi l'action et fixait le cadre dans lequel le juge allait intervenir⁷⁵. Ce dernier n'examinait que les faits⁷⁶.

11. Un besoin croissant d'équité comme présage de la naissance de l'exception. En dépit de la souplesse et de la simplicité de la *procédure formulaire*, le besoin d'équité dans le règlement des litiges devenait de plus en plus grand. Il revenait au préteur d'introduire des réformes⁷⁷. Sa première innovation a été l'introduction dans la *procédure* la « *praescriptio pro reo* », destinée à soumettre au juge certaines objections du défendeur sur lesquelles le préteur pouvait statuer lui-même « *cognita causa* »⁷⁸. Cette institution s'apparente fort bien à l'exception parce qu'introduite dans la formule, elle visait aussi la protection du défendeur, mais elle s'en distinguait à plusieurs égards. À la différence de l'exception, la « *praescriptio pro reo* » faisait l'objet d'un débat préliminaire que le juge prenait soin de clore avant d'aborder la prétention du demandeur. L'exception au contraire obligeait le juge à examiner en même temps, au cours de la même instance, le moyen de défense qu'elle constituait avec

⁷¹ R. Carré de Malberg, *thèse préc.*, p.90

⁷² On appelait la formule « *un ordre écrit émanant du Préteur et adressé à un citoyen romain appelé le judex, à l'effet par ce dernier d'avoir à décider une question pendante entre deux parties avec le devoir de condamner ou d'absoudre le défendeur* », V. P. Larrouy, *thèse préc.*, p. 47.

⁷³ E. Bonnier, *Elément de procédure civile*, Paris, Plon, 1853, n°403, spéc. p. 152 ; R. Carré de Malberg, *thèse préc.*, p.91 ; E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.* n°35

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ E. Jeuland, *op. cit.*, n°35, p. 45

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ C'est-à-dire sans que les parties en prennent l'initiative.

la prétention du demandeur. Ces deux prétentions étaient mises en quelque sorte sur la balance et suivant les cas, pouvaient faire succomber pour le tout ou pour partie l'une ou l'autre des deux protagonistes.

12. L'exception comme moyen d'introduire dans l'instance les réserves du défendeur.

C'est donc en recherchant le moyen de soumettre au même juge, dans la même instance, la prétention du demandeur et celle du défendeur que le préteur a créé l'exception⁷⁹ laquelle était venue remplacer à Rome les moyens de défense en forme d'action.

13. Le sens de l'exception à Rome. L'exception a été en droit Romain, « *au point de vue de la forme, (...) une question subsidiaire posée en faveur du défendeur, ajoutée à la formule, et restrictive du droit de condamner, malgré le bien-fondé de l'intentio présentée par le demandeur* »⁸⁰. Quant au fond, l'exception est « *un moyen de défense prétorien, tiré de l'équité et destiné à repousser une demande conforme aux principes du droit civil* »⁸¹. L'exception a dédoublé en droit romain la catégorie des moyens de défense. Elle n'est pas une contradiction directe à la prétention du demandeur, mais un moyen détourné que le défendeur oppose à ce dernier. Elle constitue une question subsidiaire qui, ajoutée à la formule, permettait au défendeur malgré le bien-fondé de la demande d'éviter la condamnation réclamée par le demandeur⁸². Ainsi, l'exception à Rome désignait : « *tout moyen par lequel le défendeur, sans contredire directement la prétention du demandeur soutenait qu'il ne devait pas être condamné* »⁸³. Sous ce rapport, les auteurs ont pu soutenir qu'en droit romain, l'exception a été une « *défense au fond* » qui se distinguait seulement par sa forme procédurale⁸⁴. Lorsque le défendeur ne se trouvait pas fondé à nier directement la prétention du demandeur, il sollicitait du Préteur d'insérer dans la formule la

⁷⁹ R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, thèse préc., p.96 : « Pour la première fois, le juge romain se trouvait donc appelé à trancher dans une instance unique deux questions litigieuses. La création de l'exception, comme moyen de défense, entraînait la ruine définitive du vieux, principe : Un procès, une demande. »

⁸⁰ Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, op. cit., n° 342 ; R. Morel, *Traité de procédure civile*, n°47 ; Adde P. Larrouy, *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français*, thèse préc., p. 49 ;

⁸¹ R. carré de Malberg, thèse préc., p. 103 ; Adde, E. Bonnier, *Eléments de procédure civile*, op. cit., n°403, spéc. p. 152

⁸² P. Larrouy, thèse préc., p. 49:

⁸³ E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, op. cit., n° 227, spéc. p. 577.

⁸⁴ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°308, p. 286 ; Girard, *Manuel de droit romain*, 8^e éd. par F. Senn, p. 1047 ; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e éd., t. I, n°140, p. 179 ; Glasson, Tissier et Morel, t. I, n°228, p. 576 ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n° 324.

mention d'un fait qui serait posé comme condition à la condamnation qui le menace⁸⁵. Sur cette nouvelle demande s'élevait généralement entre les parties une nouvelle contestation dans laquelle le demandeur s'opposait à l'introduction de l'exception dans la formule. Si le Préteur admet le bien-fondé de la prétention du défendeur, il insère l'exception dans la formule, à défaut, il délivre un *judicium purum*, c'est-à-dire sans *adjectio exceptionis*⁸⁶. Les exceptions en droit romain n'étaient soumises à aucun ordre de présentation. Le défendeur pouvait faire valoir à la fois une défense et une exception⁸⁷. Il en allait ainsi des exceptions tendant à prouver la mauvaise foi du demandeur⁸⁸. Ceci constituait une dérogation à la règle suivant laquelle les exceptions devraient être présentées *in jure* devant le préteur⁸⁹. La preuve de l'exception revenait au défendeur car celui qui recourait à une exception devenait lui-même demandeur à une nouvelle contestation⁹⁰.

14. Variété des exceptions à Rome. Les exceptions en droit romain sont une création prétorienne⁹¹. Il serait fastidieux d'en donner une énumération. Elles peuvent toutefois être regroupées suivant quatre critères distincts : *leur origine, leur durée, leur mode de délivrance par le préteur et la qualité des personnes qui pouvaient les faire valoir*⁹².

⁸⁵ P. Larrouy, *thèse préc.*, p.80.

⁸⁶ Il n'y pas lieu à exception.

⁸⁷ E. Glasson et A. Tissier, *op. cit.*, n°227, spéc. p. 577.

⁸⁸ *Exceptio doli mali*

⁸⁹ P. Larrouy, *thèse préc.*, p. 54.

⁹⁰ P. Larrouy, *thèse préc.*, p. 57.

⁹¹ Au départ, le préteur composait une formule très large d'exceptions puis s'en remettait à la jurisprudence et aux juges pour compléter son initiative, mais le recours à des formules d'exceptions spéciales a progressivement cantonner le rôle du juge à une simple vérification des faits.

P. Larrouy, *thèse préc.*, P. 62.

⁹² Suivant *leur origine*, certaines exceptions tirent leur fondement du droit prétorien et d'autres du droit civil. Elles se subdivisent aussi suivant leur effet dans ce sens on oppose les *péremptoires* en général perpétuelles aux exceptions dilatoires qui sont temporaires. Est péremptoire, l'exception qui avait pour effet de paralyser complètement le droit contre lequel elle était invoquée, cette paralysie était constante et irrémédiable. Par contre les exceptions dilatoires sont celles qui n'opèrent que pendant un certain délai, ce qui fait que le demandeur pourra en éviter l'effet en retardant son action jusqu'au moment où l'exception ne pourra plus lui être opposée. Ensuite suivant le mode de délivrance, on distinguait suivant que les exceptions ont été accordées *cognita causa*. Celles-ci étaient supposées dans la formule. D'autres devraient par contre être demandées au préteur suivant les circonstances, ces dernières étaient appelées *exceptiones in factum*. Le droit romain opposait enfin les *exceptios personae cohaerentes* aux *exceptios rei cohaerentes*. Les premières ne pouvaient en général être invoquées que par les personnes en faveur desquelles elles ont été instituées. Les secondes pouvaient être invoquées par toute personne intéressée. Les exceptions en droit romain étaient pour l'essentiel *rei cohaerente* V. P. Larrouy, *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français, thèse préc.*, pp. 89-90.

15. L'extension du domaine de l'exception à Rome. Créée à l'origine comme une arme destinée à faire rétablir l'équité⁹³, l'exception a été progressivement étendue à d'autres situations. On pourrait ainsi dire qu'en droit romain, toutes les défenses tirées de l'équité prenaient la forme d'une exception insérée dans la formule, mais toutes les exceptions ne reposaient pas sur l'équité. Si ancrée dans la pratique, l'exception survécut à la disparition de la *procédure formulaire* à laquelle elle était pourtant rattachée.

3- La survivance de l'exception au cours de la *procédure extraordinaire*

16. La *procédure extraordinaire*, ayant remplacé à Rome la *procédure formulaire*, a consacré la fusion entre la législation prétorienne et la législation civile. Il n'était désormais plus question de distinguer entre le juge et le magistrat. L'exception ne reposait que sur cette division du procès en deux phases : l'une confiée au magistrat (le préteur) et l'autre au juge (le *judex*). La distinction entre les défenses prétoriennes encore appelées exceptions et les défenses civiles perdit sa raison d'être depuis le jour où la législation civile et la législation prétorienne se sont fondues⁹⁴. Dès lors, la théorie des exceptions était condamnée à disparaître. Pourtant, il n'en a rien été⁹⁵. L'exception survécut à cette fusion. Le droit romain au cours de la *procédure extraordinaire* n'avait plus produit d'exceptions. Les causes qui auraient pu donner lieu à une exception étaient désormais sanctionnées par une nullité⁹⁶. La pratique avait cependant conservé et parfois étendu le domaine des exceptions créées au cours de la *procédure formulaire*. Il était devenu une tradition à Rome que les pratiques se maintiennent bien qu'elles aient perdu tout fondement. La notion d'exception était ainsi passée dans le droit de Justinien. Le défendeur continuait à appeler exception, les moyens qui étaient autrefois des défenses prétoriennes. C'est ainsi que le dol, de même que les autres défenses prétoriennes, continuaient à se produire *exceptionis ope*, c'est-à-dire sous la forme ancienne de l'exception. Au cours de la *procédure extraordinaire*, la pratique distinguait aussi entre les exceptions dilatoires et les exceptions péremptoires. La distinction

⁹³ R. Morel, *Traité de procédure civile*, op. cit., n°47.

⁹⁴ E. Bonnier, *Éléments de procédure civile*, op. cit., n°403, spéc. p. 152 ; R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, thèse préc., p. 198.

⁹⁵ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°308, p. 286. .

⁹⁶ Ainsi en allait-il du dol et de l'erreur.

entre ces deux catégories d'exceptions se faisait sur deux terrains, d'une part, sur le moment de leur présentation et d'autre part, par l'effet qu'elles produisaient. Les exceptions dilatoires se distinguaient des exceptions péremptoires parce que les premières devaient être proposées au tout début de l'instance c'est-à-dire *in limine litis* alors que les secondes pouvaient être proposées à toute hauteur de la procédure et parfois même après que la sentence a été rendue⁹⁷.

17. Confusions en droit romain entre défense au fond et exceptions péremptoires. Les exceptions péremptoires s'étaient suffisamment rapprochées des défenses au fond, qu'il devenait très difficile de les distinguer. Les défenses au fond et les exceptions péremptoires conduisaient à un même effet : mettre le défendeur définitivement hors de cause. Les exceptions péremptoires et les défenses au fond pouvaient être produites en tout état de cause, y compris pour la première fois en appel. Ces deux moyens étaient presque entièrement confondus. C'est donc avec cette confusion que le mot « *exception* » a été introduit dans le droit français.

B- Évolution de l'exception en droit français : une notion flottante et confuse

18. Les différentes mutations de la théorie de l'exception en France. Des anciennes procédures françaises au Code de procédure civile de 1806 en passant par la grande ordonnance de 1667, l'exception est restée une notion dynamique ayant connu plusieurs évolutions au fil du temps. À chaque procédure expérimentée dans l'histoire de la France correspond une théorie de l'exception. L'exception apparaîtra dès le seizième siècle comme un moyen de procédure. Ainsi, dans l'ancien droit, le mot exception a fini par désigner tous les moyens de défense à l'aide desquels un plaideur pouvait résister à la demande dirigée contre lui, sans s'attaquer directement au droit de son adversaire. Durant son évolution, l'exception est demeurée une notion flottante et confuse. Il importe de retracer d'abord

⁹⁷ Au bas empire, le juge de l'appel pouvait admettre des exceptions péremptoires, sur lesquelles n'a point porté le débat de la première instance. Les exceptions dilatoires encore appelées exceptions temporaires s'écartaient suffisamment des exceptions péremptoires ou perpétuelles sur un autre plan. Le demandeur qui succombe devant une exception péremptoire perdait son droit pour toujours. La demande ne pouvait plus être réitérée. Il en va autrement lorsque le moyen soulevé était une exception dilatoire, certes le demandeur pouvait perdre son procès mais la sentence qui en résultait n'était pas irrévocable et rien ne s'opposait à ce que le demandeur réitère sa demande plus tard.

cette évolution dans les anciennes procédures (1), puis dans la doctrine du seizième au dix-septième siècle (2) avant de l'envisager au dix-huitième siècle (3).

1- Les exceptions dans les anciennes procédures françaises

19. L'influence du droit romain sur l'ancien droit français. L'exception est apparue en droit français trouble et incertaine⁹⁸. Elle y a fait son apparition à une époque où tous les esprits accueillaient avec empressement, et peut-être aussi sans contrôle, toutes institutions juridiques d'origine romaine⁹⁹. Mais c'est sous la plume des glossateurs et des canonistes que l'exception reçut de nouvelles applications en droit français¹⁰⁰.

20. La perception de l'exception chez les glossateurs. Les glossateurs avaient développé plusieurs approches de l'exception : une large et une autre plus restreinte. Dans un sens restreint, ils présentaient l'exception : « *comme une source de paralysie des droits et actions* ». Ce sens se rapprochait de la conception romaine de l'exception. L'exception en droit romain, faut-il le rappeler, désignait tout moyen destiné à paralyser, à infirmer une action fondée en droit. Dans une approche plus large, ils présentaient l'exception comme : « *tout ce que le défendeur peut mettre en avant pour triompher de son adversaire* ». C'est cette seconde approche qui sera adoptée par la pratique. Ainsi, on désignait comme exception toute réponse à la demande qui ne consistait pas en une négation pure et simple.

21. L'exception dans les écrits des canonistes. De leur côté, les canonistes se sont efforcés dès le début du XIII^e siècle à reconstituer la théorie de l'exception, mais jamais l'exception ne retrouvera la pureté et la précision qui la caractérisaient au cours de la *procédure formulaire*. Sous les travaux de Tancrède et de Durand, les canonistes les plus célèbres de cette époque, il a été démontré que les exceptions dans le droit canonique se rapprochaient considérablement de la conception romaine. N'ayant pas su établir une ligne de démarcation entre les défenses et les exceptions en droit romain, ces auteurs opposaient

⁹⁸ V. E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, op. cit. n°228, p. 580.

⁹⁹ R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, thèse préc., p.227.

¹⁰⁰ *Ibid.*

les défenses tirées du fond du droit aux exceptions¹⁰¹. Ils présentaient tantôt l'exception : « *comme un moyen destiné à paralyser, sans la contredire au fond, une demande conforme au droit pur* », tantôt à l'instar des glossateurs, ils désignaient indistinctement sous le nom d'exception « *toute espèce de moyens de défense opposés à l'action du demandeur* ».

22. Absence d'une définition précise chez les glossateurs et chez les canonistes. Chez les glossateurs et chez les canonistes, l'exception ne répondait à aucune définition précise. Elle désignait toute sorte de moyens opposés à une demande. Ce qui a fait dire à Raymond Carré de Malberg que « *La théorie des exceptions a été véritablement défigurée par nos vieux juristes. D'une part, ils ont englobé sous le nom d'exceptions, pêle-mêle, et sans méthode aucune, tous les moyens que peut invoquer un défendeur à l'encontre des demandes en justice ; tous ces moyens, quels que soient leur nature et leurs effets, sont indistinctement qualifiés d'exceptions.* »¹⁰².

23. L'exception devant les tribunaux ecclésiastiques. Dans la pratique des tribunaux ecclésiastiques, l'exception était présentée : « *comme toute allégation du défendeur autre que la reconnaissance ou la dénégation pure et simple du fait avancé par le demandeur* »¹⁰³. Le droit canonique avait repris la division romaine des exceptions. Il opposait les exceptions péremptoires aux exceptions dilatoires. Les exceptions dilatoires devaient être soulevées l'une après l'autre avant la *litis contestatio*, de sorte qu'une fois la *litis contestatio* accomplie le débat était censé être engagé au fond et le défendeur était présumé avoir renoncé à ses autres exceptions dilatoires. Les exceptions péremptoires pouvaient être proposées en tout état de cause hormis celles qui constituaient un obstacle à la poursuite de l'instance¹⁰⁴. L'ordre de présentation des exceptions dilatoires retardait à l'excès la procédure, ce qui avait conduit le pape Innocent III à ordonner, pour activer la marche du procès, que toutes les exceptions dilatoires soient présentées dans un laps de temps, fixé par le juge. Passé ce

¹⁰¹ R. Carré de Malberg. *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française, thèse préc.*, p. 241.

¹⁰² R. Carré de Malberg, *thèse préc.*, p. 209.

¹⁰³ R. Carré de Malberg, *thèse préc.*, p.242.

¹⁰⁴ Ainsi en va-t-il de l'exception de prescription, de l'exception de transaction, et de l'exception de chose jugée.

temps, le défendeur était réputé avoir renoncé à ses autres exceptions dilatoires. Certaines dérogations venaient atténuer la rigueur de cette règle¹⁰⁵.

24. L'exception devant les tribunaux royaux et seigneuriaux. Aux côtés des tribunaux ecclésiastiques avaient existé des tribunaux royaux et seigneuriaux devant lesquels se déroulait une procédure particulière alors dénommée procédure féodale¹⁰⁶. Cette procédure se particularisait par un formalisme assez poussé qui rappelle en droit romain la procédure des *actions de la loi*¹⁰⁷. Ce formalisme a exercé dans la procédure coutumière française du Moyen Âge une influence considérable sur le système de défense. La procédure à cette époque, disait-on, était dans les mots¹⁰⁸. Elle était aussi purement orale. La demande et la défense devaient être présentées de vive voix. Les plaideurs devaient prononcer des paroles solennelles, contenant du côté du demandeur l'affirmation et du côté du défendeur la négation du droit litigieux. La demande était, à peine de nullité, présentée sous la forme solennelle accompagnée de l'offre d'en faire la preuve¹⁰⁹. Les principes formalistes s'opposaient à ce que le demandeur revienne sur ses déclarations à moins que ne surviennent des faits nouveaux dont il n'avait pas eu connaissance. Par la même voie, la réponse du défendeur, sous peine de nullité ou de déchéance, devait être présentée sous la forme d'une négation pure et simple rigoureusement calquée sur la demande et renfermant la contradiction mot pour mot de cette dernière. Les parties étaient liées irrévocablement par leur propos et les éléments du litige définitivement fixés. Le système de défense dans la procédure féodale laissait peu de place au défendeur, obligé de formuler sa réponse dans une négation qui devait être le contre-pied direct de la demande. À côté de cette réponse

¹⁰⁵ Ainsi pouvaient être produites ultérieurement, les exceptions qui avaient été annoncées puis conservées par une retenue spéciale, les exceptions résultant des faits nouveaux survenus depuis l'achèvement du délai fixé par le juge, les exceptions dilatoires basées sur les faits ou des moyens qui entraînent la nullité de la sentence¹⁰⁵, les exceptions que le défendeur invoque, en affirmant sous la foi du serment, qu'il n'en avait pas connaissance à l'époque où elles eussent dûes être présentées.

¹⁰⁶ R. Carré de Malberg. *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, thèse préc., p. 271 « on désigne sous le nom d'ailleurs assez mal choisi de procédure féodale, la procédure en usage dans les justices royales et seigneuriales au treizième et au quatorzième siècle ». L'auteur explique que « le nom de procédure féodale tient uniquement à ce que la procédure du douzième au quatorzième siècle a coïncidé avec le régime féodal ... ».

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Plusieurs dictons relevés à cette période rendent bien compte du niveau du formalisme au cours de cette période : « **On prend les bêtes par les cornes et les hommes par la parole** », « **parole une fois volée ne peut plus être rattrapée** », « **un homme d'honneur n'a que sa parole** », « **la parole prononcée en justice ne plus être ni rétractée, ni modifiée** ».

¹⁰⁹ E. Glasson, *Les sources de la procédure civile française*, p. 48 ; Boitard, Colmet Daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, 15^e éd., t. 1, Paris, Librairie Cortillon, 1890, n°342.

directe, la procédure féodale offrait un second moyen de défense au défendeur identifié dans le droit coutumier sous le nom de *barre*¹¹⁰, *fuite* ou *exception*. Ce second moyen ne constituait pas une réponse, il permettait juste au défendeur d'échapper à l'obligation de fournir en justice une réponse. Il s'agissait en quelque sorte pour lui de fuir ou de se dérober à son obligation, celle de fournir une réponse lorsqu'il était assigné. De là était parti le nom de *fuite* pour nommer *l'exception* et de *fugitivus* pour désigner la personne qui soulevait une exception. Le défendeur qui faisait valoir une exception, opposait une *barre* c'est-à-dire un obstacle, mais il ne contredisait pas directement le droit allégué en justice. L'effet de cette *barre* était d'écarter le débat portant sur le fond.

25. Naissance d'une nouvelle théorie de l'exception. Une nouvelle théorie de l'exception avait ainsi vu le jour dans la procédure féodale. Au cours de cette procédure, on appelait exception tout moyen de défense autre qu'une simple négation mot pour mot de la prétention émise par le demandeur¹¹¹. L'exception était identifiée à partir d'un élément bien déterminé : la contradiction directe. Et tout moyen qui n'était pas une contradiction directe était une exception. La confusion était telle que les coutumiers se gardaient de proposer une définition. Ce que constate Raymond Carré de Malberg : « *il ne faut point vouloir chercher dans la procédure féodale une définition scientifique et raisonnée de l'exception. Nulle part les anciens coutumiers ne s'occupent de fixer cette définition. L'idée qui domine dans les textes (...) est uniquement la suivante : le défendeur qui élève une exception et qui la fait reconnaître, n'est pas tenu de répondre. Une fois cette idée admise on range indistinctement dans la classe des exceptions, tous les moyens qui ne se ramènent pas (...) à une négation pure* »¹¹². La notion d'exception s'en trouvait ainsi élargie¹¹³. Dans la procédure féodale, le défendeur qui opposait le paiement, la novation, la remise de dette, l'usucapion soulevait une exception¹¹⁴. La notion de l'exception au cours de la procédure féodale était distincte de

¹¹⁰ Les exceptions péremptoires au cours de la procédure féodale étaient celles qui sont spécifiquement appelées *barre* car elles érigeaient contre la demande une barrière, un obstacle infranchissable. A la différence des exceptions dilatoires, elles n'étaient pas de simples moyens de retardement de l'examen de la demande.

¹¹¹ R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française, thèse préc.*, p.276 : « **Tout moyen de défense qui est de nature (...), à un titre quelconque, à dispenser le défendeur de contester, de contredire mot pour mot les termes de la prétention adverse devient une exception** ».

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Boitard, Colmet Daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, 15^e éd., t.1, Paris, Librairie Cortillon, 1890, n°342.

¹¹⁴ R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française, thèse préc.*, p. 277

la conception romaine, du moins dans l'esprit. À Rome le défendeur qui soulève une exception acceptait le débat au fond et donc s'engageait sur le même terrain que son adversaire. Par contre, dans la procédure féodale celui qui soulevait une exception entendait éviter à tout prix le débat sur le fond. Ainsi, dans la procédure féodale, répondre, c'est accepter le débat sur le fond et s'interdire par conséquent de soulever des exceptions¹¹⁵. De là était partie l'idée qu'il vaut mieux se défendre par exception.

26. Classification des exceptions au Moyen Âge. En dépit de la tendance de certains coutumiers à proposer une division tripartite des exceptions, les idées les plus persistantes inclinent à une division bipartite. Ainsi opposait-on les exceptions dilatoires aux exceptions péremptoires. Certains auteurs détachaient les déclinatoires des exceptions dilatoires¹¹⁶. Au Moyen Âge, le conflit de compétence existait déjà en France et résultait de la coexistence des juridictions royales, seigneuriales, ecclésiastiques et municipales. Les parties étaient portées à soumettre leur demande à la juridiction qui leur paraissait plus favorable. Ainsi, elles se présentaient devant les tribunaux ecclésiastiques pour lesquels les plaideurs ont témoigné jadis une préférence marquée car les règles qui en organisaient la procédure paraissaient moins compliquées¹¹⁷. Les exceptions d'incompétence ont été d'un usage fréquent au cours de la procédure féodale¹¹⁸. L'exception de litispendance fit aussi son apparition à cette époque. Les exceptions déclinatoires au cours de la procédure féodale étaient dirigées contre le juge lorsqu'il existait contre ce dernier des causes de récusations jadis très nombreuses¹¹⁹. Telles ont été les évolutions de l'exception jusqu'à la fin du quinzième siècle.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ R. Carré de Malberg, *thèse préc.*, p.280 : « Les coutumes de l'Anjou et du Maine signalent de même l'exception déclinatoire et la rangent expressément au nombre des moyens dilatoires ».

¹¹⁷ R. Carré de Malberg, *thèse préc.*, p.295 « les demandeurs s'efforçaient donc d'éviter les juridictions royales ou seigneuriales, et portaient leur demande devant les tribunaux de l'Eglise. »

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ La pratique avait consacré une multitude d'exceptions permettant d'invoquer un délai. Ainsi distinguait-on, d'une part, les *contremands* et les *essoines* et d'autre part, les demandes de jours de délai, comprenant le jour de conseil¹¹⁹, le jour de vue et le jour de garant. La théorie des jours s'était développée au cours de la procédure féodale et a été à l'origine de bien des abus. Pour limiter ces abus, l'article 5 de l'ordonnance de 1363 a prévu que les délais accordés aux défendeurs ne pouvaient en aucun cas excéder une année. Deux siècles plus tard, l'ordonnance de 1539 a supprimé tous les délais autres que ceux de vue et de garant, les seuls qui ne soient pas dans l'ordonnance de 1667 et plus tard dans le code de procédure civile de 1806. D'autres exceptions dilatoires se sont développées au cours de la procédure féodale. Raymond Carré de Malberg les a désigné sous le nom « d'exceptions dilatoires proprement dites ». Ces exceptions sont présentées par les

2- L'exception dans la doctrine du XVIe au XVIIIe siècle et l'ordonnance de 1667

27. Un effort de clarification de la théorie l'exception au début du seizième siècle. Dès le début du seizième siècle, une nouvelle théorie de l'exception vit le jour. La notion a semblé s'éclaircir. Une nouvelle procédure a remplacé en France la procédure féodale¹²⁰. Cette nouvelle procédure est débarrassée de toutes formes de solennités et de paroles. La nouvelle procédure simplifiée et rendue plus accessible aux plaideurs a consacré un système d'écriture emprunté au droit canonique. Le système de demande et de défenses orales et l'emploi des formules sacramentelles héritées de l'ancienne procédure ont disparu des usages. L'oralité fit place à l'écrit dans nombre de formalités. La pratique et les ordonnances royales ont progressivement restreint la notion d'exception, notion qui avait été élargie sous les anciennes procédures et qui tendait à qualifier d'exception, tout moyen autre que la simple négation directe et formelle de la demande. Les ordonnances royales ont élagué nombre d'exceptions créées sous l'ancienne procédure. Ainsi dans un but de simplification et d'accélération de la marche du procès, l'ordonnance de Villers Cotterets a abrogé définitivement tous les délais d'origine féodale. Seuls avaient été conservés le délai pour appeler un garant¹²¹ et les délais pour délibérer accordés à l'héritier légitime et à la femme mariée en communauté¹²². Le nombre d'exceptions avait sensiblement baissé¹²³. À compter de cette époque, l'exception était parvenue à un niveau décisif de son évolution et surtout de sa transformation dans le droit français. Elle était devenue un moyen exclusif de procédure opposé à la défense au fond usuellement appelée « *défense* ». On appellera « *exception* » jusqu'à la fin du dix-huitième siècle tous les moyens tirés de la procédure.

coutumes de l'Anjou et du Maine sous le nom de fins de non-recevoir. Ces exceptions pouvaient être fondées sur un vice de forme qui affecte la demande, sur l'incapacité du demandeur ou de son représentant ou sur le droit litigieux lorsqu'il n'est pas encore exigible. Ainsi l'exception dilatoire pouvait être soulevée lorsque la prétention n'était pas clairement exprimée dans l'acte d'ajournement ou lorsque le mineur agissait sans son tuteur ou la femme sans l'autorisation de son mari. L'exception dilatoire servait également à repousser une demande lorsque le défendeur jouit d'un bénéfice du terme.

¹²⁰ R. Carré de Malberg, *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française, thèse préc.*, p.324.

¹²¹ L'ordonnance de 1539 a maintenu l'exception dilatoire pour appeler un garant avec une restriction. Ce délai ne peut plus être renouvelé contrairement à l'ancienne législation qui permettait que le même délai soit renouvelé trois fois.

¹²² Les *contremands* et les *essoines* sont tombés en désuétude à la fin de XV^e siècle. Les exceptions de vues et de montrées ont été supprimées par l'ordonnance de 1667 qui ne les a pas reconduits.

¹²³ E. Leroy, *Les exceptions dilatoires*, thèse, Paris, 1898, p. 7 ; R. Carré de Malberg, *thèse préc.*, p. 329 ;

28. La consécration d'une dualité de moyens de défense. Le seizième siècle a ainsi consacré une dualité des moyens de défense : d'un côté on avait les exceptions et de l'autre les défenses. Les premières regroupaient tous les moyens tirés de la procédure par lesquels le défendeur, sans toucher au fond de la demande, se bornait à en combattre la forme, à en discuter l'opportunité ou à établir que l'action du demandeur n'était pas recevable. Les secondes regroupaient tous les moyens soulevés dans le but de contester la demande dans son fondement. Telle était du moins, la doctrine défendue par la plupart des auteurs de cette époque. Ainsi Jean Imbert dans un écrit publié en 1637 opposait les défenses aux exceptions¹²⁴. Dans cette dernière catégorie, l'auteur distinguait les exceptions péremptoires et des exceptions dilatoires : « *pour ce voyons à présent des autres exceptions, lesquelles sont de deux manières ou espèces : sçavoir est dilatoire & péremptoires. Les dilatoires sont, fins de non procéder, ou de non-recevoir. Les péremptoires sont des fins de non valoir* ». Ces idées seront recueillies quelques années plus tard par l'ordonnance d'avril 1667. En dépit du manque de clarté de l'article 5 du titre V de ce texte, on pouvait noter : « *dans les défenses seront employées les fins de non-recevoir, les nullités des exploits ou autres exceptions péremptoires, si aucune y a, pour y estre préalablement fait droit* »¹²⁵. Et c'est sans doute le besoin de clarté qui a amené Daniel Jousse à préciser que « *exceptions et défenses ne sont point des termes synonymes* »¹²⁶. L'auteur distinguait dans la catégorie des exceptions : les déclinatoires, les exceptions dilatoires et les exceptions péremptoires. Il définit ces dernières comme : « *celles qui empêchent la poursuite de l'action, sans examiner si elle est juste ou non dans son principe. Telles sont les exceptions fondées, sur la nullité de l'exploit, ou sur les fins de non-recevoir ; comme si le défendeur est sans qualité pour agir au tems de la demande, ou sur la péremption d'instance, sur la prescription* »¹²⁷. Le mot « exception » désignait ainsi indistinctement entre le seizième et le dix-huitième siècle tout moyen de procédure qu'il soit tiré du défaut du droit d'agir ou de la marche de la procédure. C'est aussi le sens qu'indiquait Pothier : « *on appelle exceptions ou fins de non-recevoir, les*

¹²⁴ J. Imbert, *La practice judiciaire, tant civile que criminelle receue et observée pour tout le royaume de France*, Chovet, Genève, 1641, p. 203.

¹²⁵ Dans le titre VI intitulé les fins de non procéder, l'ordonnance de 1667 traite des exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité. Les exceptions dilatoires tirées du délai « pour faire inventaire et délibérer » ainsi que du délai pour appeler garant feront l'objet d'une attention particulière. Ces dernières exceptions dont évoquées respectivement dans les titres VII et VIII.

¹²⁶ D Jousse, « Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667. – Debure l'ainé 1757 » - 1757 – 2 Vol.in 12 t. 1, pp. 59-60.

¹²⁷ *Ibid.*

moyens qui, sans attaquer le fond de la demande, tendent à prouver que le défendeur ne doit pas être écouté à la proposer »¹²⁸. Cet auteur à l'instar de la doctrine de cette époque assimilait parfaitement les fins de non-recevoir aux exceptions¹²⁹. Pothier distinguait deux catégories d'exceptions : les dilatoires et péremptoires. Il proposait de distinguer dans ces derniers celles qui sont de forme et celles qui sont de droit lesquelles encore appelées fins de non-recevoir pouvaient être encore présentées même après la contestation sur le fond. Ce que justifiait Pothier en ces termes : « *c'est la même chose de n'avoir point d'action, et d'en avoir une qui puisse être exclue par ces sortes d'exceptions* »¹³⁰.

Parvenue à ce stade de son évolution, l'exception envisagée comme un moyen de procédure opposé aux défenses n'était pas moins confuse. Elle désignait à la fois les moyens tirés du droit d'agir et de la marche de la procédure. Elle était simplement un moyen de procédure. La notion était encore largement trouble et incertaine et le langage juridique associé flottant. En témoignent, les nombreuses critiques dont elle fera l'objet dès le début du dix-neuvième siècle¹³¹.

3- L'exception dans le Code de procédure civile de 1806 et la doctrine du XIXe siècle

29. Le rejet des fins de non-recevoir par le législateur de 1806. Les exceptions péremptoires de droit que Pothier proposait d'appeler fins de non-recevoir¹³² ont été ignorées par le législateur de 1806. C'est donc seulement l'exception, moyen tiré de la marche de la procédure, qui a été accueillie dans le Code de procédure civile de 1806. Le législateur, sans en donner une définition, proposa aux articles 166 et suivants du Code une énumération. Aux termes de ces dispositions, constituaient une exception : l'exception de caution *judicatum solvi*, l'exception d'incompétence, l'exception de nullité, l'exception de communication de pièces, l'exception dilatoire tirée du délai pour faire inventaire et délibérer et l'exception dilatoire accordée au défendeur pour appeler un garant. Cette liste

¹²⁸ R-JPothier, *Œuvres complètes. t. 24. Traité de la procédure civile.* – Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 22.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ L'exception au cours de ce siècle a fait l'objet de nombreuses publications dans lesquelles la doctrine s'est évertuée à éclaircir la notion.

¹³² V. *supra* n°28

aux dires des auteurs n'est pas limitative¹³³. L'occasion de cette codification a été également saisie par le législateur pour débarrasser la notion de tous les qualificatifs qui l'encombraient. Ainsi, à l'issue de cette codification, la division entre exceptions dilatoires et exceptions péremptoires héritée du droit romain n'a pas été introduite dans le code. La terminologie « *exception dilatoire* » sera cependant reçue mais avec un sens distinct de celui que lui attribuaient les anciennes procédures. Le Code de procédure civile de 1806 a considérablement restreint le sens de l'exception. Il a consacré deux catégories de moyens de défense : les exceptions et les défenses au fond plus connues à l'époque sous le nom de défenses.

30. La persistance de la « fin de non-recevoir » dans la doctrine du dix-neuvième siècle.

Bien que le législateur de 1806 ait pris l'option d'ignorer les fins de non-recevoir et les anciennes terminologies, la doctrine de son côté n'en désespère pas. Elle s'est, au début du dix-neuvième siècle, approprié la théorie de l'exception telle qu'elle avait existé depuis le seizième siècle et reprise par Pothier c'est-à-dire un moyen de procédure. Dans une œuvre intitulée « *introduction à la procédure civile* » publiée en 1818, Eustache Nicolas Pigeau s'est approprié la doctrine de Pothier¹³⁴. L'auteur distinguait dans son écrit quatre catégories d'exceptions : les déclinatoires, les péremptoires relatives à la forme de la demande, les dilatoires, et les péremptoires contre l'action elle-même (fins de non-recevoir). Ces exceptions, disait l'auteur, doivent être proposées dans cet ordre avant de défendre au fond de sorte que si le défenseur omettait d'en proposer une, « *il ne pourroit revenir sur ses pas ni par conséquent proposer l'exception antérieure* »¹³⁵. La théorie de l'exception présente en doctrine apparaissait plus large que celle retenue par le législateur de 1806. Pour cette doctrine, le moyen tiré du défaut du droit d'agir constituait également une exception. À ce propos, Eustache Nicolas Pigeau distinguait les exceptions péremptoires de forme et les exceptions péremptoires contre l'action elle-même (fins de non-recevoir)¹³⁶ lesquelles,

¹³³ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°307.

¹³⁴ E-N Pigeau, *Introduction à la procédure civile*, 3^e éd., Paris, 1818, p. 72.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

affirmait-il, sont : « *celles qui ont pour objet de faire rejeter l'action en elle-même, sans examiner si elle est bien ou mal fondée ; parce qu'elle est éteinte, ou pour autre cause* »¹³⁷.

31. La difficulté de rangement des fins de non-recevoir dans les deux catégories de moyens de défense établies par le législateur de 1806. Le Code de procédure civile de 1806 venu remplacer l'ordonnance de 1667 ayant ignoré les « *fins de non-recevoir*¹³⁸ », il s'était dès lors posé la question de leur appartenance à l'une ou l'autre des deux catégories de moyens de défense consacrés par le Code. Sur le plan pratique la question était de savoir si les fins de non-recevoir devaient être soumises au régime des exceptions tel que défini par le code ou si elles pouvaient être proposées en tout état de cause comme les défenses (au fond). Sur cette question, la doctrine n'avait pas été unanime. Deux courants s'étaient alors formés. Un premier courant minoritaire soutenait que les exceptions péremptoires opposées à l'action constituaient une sous-catégorie des exceptions. Un deuxième courant majoritaire y voyait plutôt une sous-catégorie de défenses (au fond).

32. L'assimilation de la fin de non-recevoir à une défense au fond par la doctrine classique majoritaire. Pour la doctrine majoritaire de cette époque, l'exception péremptoire opposée à l'action était une défense au fond¹³⁹. Dans ce sens, Boitard et Colmet Dâge ont été les plus virulents dans l'opposition à la doctrine de Pothier : « *ces prétendues exceptions qu'il (Pothier) appelle péremptoire du fond, quand j'allègue la prescription, une transaction, ou tout autre moyen de même nature, un de ces moyens qui détruisent la demande, comme l'avoue Pothier lui-même, on ne comprend guère comment il peut dire, en même temps, que ces moyens n'entrent pas dans le mérite de la demande. En un mot, on ne voit plus quelle distinction sera possible entre les exceptions péremptoires de fond et les défenses proprement dites que Pothier annonce en séparer* »¹⁴⁰. Eux d'ajouter : « *tous les moyens qui consistent à soutenir, dans une action personnelle que la dette n'a jamais existé, ou bien qu'elle est éteinte par un paiement, par une prescription, par une compensation, par une*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Dans le projet du Code de procédure civile, l'article 185 supprimé du texte définitif était ainsi rédigé « *le défendeur qui soutiendra le demandeur non recevable en sa demande, sera tenu de proposer cette exception préalablement à toute défense au fond* ».

¹³⁹ La doctrine majoritaire n'a pas abandonnée les anciennes terminologies. Ainsi a-t-elle continué par désigner les fins de non-recevoir par l'appellation « *exceptions péremptoires de droit* » ou « *exception péremptoire opposée à l'action* ».

¹⁴⁰ Boitard, Colmet dâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile, op. cit.*, n°342.

*transaction, tous ces moyens tiennent également du droit civil, tous ces moyens sont des défenses au fond ...»¹⁴¹. Ils en concluent qu'« il est impossible de distinguer dans le droit actuel, les exceptions péremptoires des défenses »¹⁴². Cette position était soutenue par plusieurs auteurs dont Maurice Boncenne pour qui : « les exceptions ne frappent point sur le fond du droit : elles tendent uniquement à faire suspendre la marche de la procédure, à en différer les effets... (...) au contraire, les défenses sont dirigées contre l'action : elle tendent à la faire déclarer mal fondée ou non recevable : **mal fondée**, parce qu'elle serait contraire à la loi, à l'équité, dépourvues de preuves, ou appuyées sur des titres vicieux : **non recevable**, parce qu'elle serait proscrite par un premier jugement, ou frappée de prescription, ou éteinte de toute autre manière, ou bien encore parce que le demandeur serait sans qualité, sans intérêt. »¹⁴³. Pour cet auteur, parmi les défenses au fond figurent également les moyens opposés à l'action ainsi qu'il en résulte de ces propos : « ces prétendues exceptions péremptoires appartiennent au Code civil. Suivant le Code de procédure ce sont de véritables défenses »¹⁴⁴.*

33. Les fins de non-recevoir, une catégorie autonome de moyens de défense selon la doctrine classique minoritaire. Pour l'autre partie de la doctrine, les exceptions péremptoires opposées à l'action constituent une catégorie distincte : les fins de non-recevoir qui regroupent les moyens opposés à l'action. A ce propos, Auguste Damase Jocoton a observé que : « l'exception qui frappe intimement contre l'action, constitue une fin de non-recevoir »¹⁴⁵. Il précisera dans le même sens que : « les moyens que le défendeur puise dans la chose jugée, l'acquiescement, l'extinction de l'obligation, sont des fins de non-recevoir »¹⁴⁶. L'auteur ajoute que : « dans la pratique, on confond à tort sous la même qualification, les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure »¹⁴⁷. Cet auteur fut l'un des tous premiers à avoir consacré aux exceptions une œuvre majeure et à avoir traité la notion sous l'appellation complète « exception de procédure »¹⁴⁸. Malgré ces mises au point,

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ M. Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, Soc. Typographie belge, Bruxelles, 1839, t. 1, pp. 20.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ A. Jocoton, *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale*, Paris 1859. N°6.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ A. Jocoton, *op. cit.*, N°5.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁸ Cet auteur utilise : « exception péremptoire d'instance » pour désigner l'exception de procédure.

l'auteur en rajoute à la confusion lorsqu'il souligne en parlant de l'exception péremptoire qu'« *elle peut être péremptoire de forme ou d'instance ou péremptoire d'action* »¹⁴⁹. Quoiqu'il en soit, l'idée d'une trilogie procédurale telle qu'elle apparaîtra plus tard commençait déjà à émerger des travaux de la doctrine dès la seconde moitié du dix-neuvième siècle. La distinction entre fins de non-recevoir et exceptions de procédure est également perceptible dans les écrits de Philibert Duchesneau. L'auteur constate qu' : « *on donne quelques fois aux exceptions proprement dites, (...) le nom d'exceptions de procédure ou fins de non procéder, et on les oppose aux exceptions de droit ou fins de non-recevoir* »¹⁵⁰. Quant à leur régime, les auteurs de ce courant soutenaient que les fins de non-recevoir pouvaient être proposées en tout état de cause, ce qui finalement les rapprochait de la doctrine majoritaire. La distinction ne présentait une utilité que sur le plan théorique. Ce qui fait qu'au final, on n'a pu se départir d'une classification bipartite des moyens de défense.

34. L'émergence d'une distinction entre fins de non-recevoir et exceptions. Des contradictions de la doctrine, une idée avait commencé à émerger : les fins de non-recevoir et les défenses au fond poursuivent une même finalité : *celle de contester, de nier et de détruire la prétention de l'adversaire*. L'exception apparaît de plus en plus non pas comme une défense mais comme un simple moyen de retardement. C'est le sens qu'indique Philibert Duchesneau quand il affirme que : « *l'exception ne se confond pas avec la défense* »¹⁵¹. Cette idée générale se dégagait des écrits de la doctrine de cette époque. A ce propos Boitard et Colmet Dâage après les critiques adressées à la classification proposée par Pothier, ont observé que : « *l'exception bien différente des défenses proprement dites ne tend point à nier, à combattre la prétention du demandeur, mais seulement à en retarder l'examen, à en critiquer la forme* ». Cette précision apparaît également chez Auguste Damase Jocoton, qui distinguait les fins de non-recevoir des exceptions de procédure en ces termes : « *alors que les premières emportent libération de l'engagement allégué contre le défendeur (...) les secondes ne peuvent y porter aucune atteinte* »¹⁵². Cette nouvelle théorie de l'exception même si elle n'a pas su trouver place au sein des textes, a été développée

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ P. Duchesneau, *Des exceptions, thèse préc.* p 4.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² A. Jocoton, *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale, op. cit.*, n°6.

jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle. Les fins de non-recevoir du moins théoriquement ont commencé à s'affranchir de la tutelle des exceptions.

III- L'exception de procédure : une identité apparemment retrouvée

35. De la dualité à trilogie procédurale. La nouvelle théorie de l'exception déjà émergente à la fin du dix-neuvième siècle atteindra sa maturité au vingtième siècle en dépit de la résistance du législateur qui à l'issue des réformes du Code de procédure civile en 1935 et 1958, a soumis les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir à un même régime. A l'issue de la réforme du Code de procédure civile en 1975 la notion apparaîtra sous sa dénomination complète d'« *exception de procédure* »(A). Le législateur distingue désormais trois moyens de défense : les défenses au fond, les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure. Cependant, les critères de distinction établis par la doctrine et les acteurs de la réforme, entre les différents moyens de défense, n'ont pas permis de mettre fin à la confusion qui a, de tout temps, entouré la notion « d'exception » depuis son introduction dans le droit français (B).

A- La maturation d'un concept : l'exception de procédure

36. L'exception et la nouvelle théorie de l'action. L'exception, simple moyen de procédure opposé à la fin de non-recevoir apparaît dans la doctrine processuelle dès les premières années du vingtième siècle. Une œuvre majeure sous la plume de René Japiot à cette période lui a été spécialement dédiée¹⁵³. Cet auteur ne proposa aucune définition de l'exception. Tout en admettant le caractère non limitatif de la liste proposée aux articles 166 et suivants du Code de procédure civile de 1806, il a dégagé quatre critères nécessaires à l'identification d'autres exceptions de procédure¹⁵⁴. Ces critères n'ont pas comblé toutes les

¹⁵³ R. Japiot, *La théorie des exceptions de procédure*, *Rec. périod. Pro. civ.* 1916, p. 7 s.

¹⁵⁴ R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., Rousseau et Cie, 1935, n°127 : « 1° **Les moyens esquivant la demande sans y répondre directement** (nullité de procédure, moyens dilatoires...), 2° **Les moyens de procédure** (incompétence...), par opposition aux défenses, moyens de droit civil (paiement, nullité de contrat); 3° **Les moyens à effet temporaire** (le délai demandé une fois expiré, le demandeur reprendra la poursuite); après jugement d'incompétence, assignera devant le tribunal compétent...), par opposition aux défenses, moyens définitifs (plus d'action en paiement possible s'il y a eu déjà paiement, si le contrat était nul...); 4° **Les moyens qui, logiquement, se discutent avant les autres** (il est logique de discuter la

attentes¹⁵⁵. Il ne propose d'ailleurs aucune distinction quant aux fins de non-recevoir. Une fois encore, l'exception ne prendra sa forme que dans la négation. Elle sera identifiée au regard des critères proposés à partir d'un élément connu : la défense (au fond)¹⁵⁶. A la fin de la première moitié du vingtième siècle, l'exception apparaîtra plus clairement comme un moyen visant : « *simplement à paralyser l'instance, à la supprimer, ou à retarder la marche* »¹⁵⁷. Mais c'est sous les travaux de Henry Vizioz et de Henri Motulsky, que la nouvelle théorie de l'exception atteindra sa maturité. Le premier de ces auteurs fut le précurseur d'une nouvelle théorie de l'action¹⁵⁸. Cette théorie a rendu plus perceptible, la finalité des fins de non-recevoir. Celles-ci se détachent désormais de la tutelle des exceptions de procédure. Ces dernières acquièrent ainsi un sens plus précis, elles ne désignent plus l'ensemble des moyens de procédure. Les travaux de Henry Vizioz seront suivis quelques années plus tard de ceux de Henri Motulsky qui, peaufinant la théorie de l'action, a observé dans l'un de ses écrits qu' : « *il doit apparaître normal d'isoler, de l'ensemble des objections formulées à l'encontre d'une prétention, celle qui ne concerne que l'action pour la distinguer, d'une part, des **critiques relatives à la marche de la procédure – ce sont les « exceptions » au sens procédural** – et, d'autre part, des moyens qui s'en prennent à la légitimité de la prétention et notamment à la réalité du droit substantiel*

compétence avant de débattre le fond, débat inutile si le tribunal est incompétent : d'où le texte disposant que l'incompétence doit être invoquée in limine ; sans cela, on y renonce implicitement) ». V. aussi C. Bonnard, *De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois*, thèse, Lausanne, Imprimerie Held S. A., 1948. Cet auteur rejette d'abord l'existence des fins de non-recevoir *op. cit.*, n° 85. Il relève ensuite l'insuffisance de la distinction, entre exception de procédure et défense au fond, fondée sur le Code de procédure civile et le Code civil, *op. cit.* n°182 : « *lorsque que le défendeur invoque un texte du CPC, il soulève une exception de procédure. Lorsqu'il invoque une disposition du CC ou CO, il oppose un moyen de fond* », avant de suggérer, *op. cit.*, n° 188 : « *préférons-lui le critère qui distingue suivant le but visé par le plaideur : le moyen tend-il à invalider l'instance, c'est une exception de procédure, tend-il à résister à l'action, à la prétention en litige, c'est un moyen de fond* ».

¹⁵⁵ V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°307 : avant la réforme de 1975, « *la doctrine, afin d'éviter les incertitudes, s'est efforcée d'élaborer la notion d'exception d'une manière abstraite, en dégagant les caractères communs à toutes les exceptions énumérées au Titre neuvième du Code de procédure civile. Quant à la jurisprudence, elle procède d'une manière empirique ; ce qui l'amène parfois à considérer comme des exceptions certains moyens de défense dont **il est permis de se demander s'il ne serait pas plus judicieux de les ranger parmi les fins de non-recevoir, tandis que d'un autre côté, de nombreuses incertitudes subsistent à la frontière entre les exceptions proprement dites et les défenses au fond*** ».

¹⁵⁶ R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, *op.cit.*, n°127 : « *Les interprètes considèrent ordinairement qu'il y a là que des exemples. Ils prétendent dégager les caractères des moyens énumérés au titre « Des exceptions », puis classer comme exceptions tous les autres moyens ayant les mêmes caractères, comme défenses tous les moyens ayant les caractères inverses* ».

¹⁵⁷ R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, n°46.

¹⁵⁸ H. Vizioz, *Etudes de procédure civile*, Bordeaux, 1956.

*réclamé – ce sont les « défenses au fond »*¹⁵⁹. C'est sous l'inspiration de ces écrits que les rédacteurs du Code de procédure civile ont consacré¹⁶⁰ ce qu'on appellera plus tard la trilogie procédurale¹⁶¹. Une nouvelle répartition des moyens de défense venait ainsi d'avoir le jour. On distingue désormais dans la catégorie des moyens de défense : la *défense au fond* - la *fin de non-recevoir* et *l'exception de procédure*. Cette dernière apparaît pour la première fois dans le Code sous sa dénomination complète : *exception de procédure*. Elle venait ainsi par son insertion dans le Code de procédure civile de parachever sa maturité. Dans le nouveau découpage, la fin de non-recevoir sanctionnerait le défaut du droit d'agir, la défense au fond, le défaut du droit substantiel et l'exception de procédure sanctionnerait l'acte de procédure irrégulier. A chacun de ces moyens correspond dans le code une définition précise. Il devient unanime en doctrine qu'un plaideur ne peut gagner son procès que si sa demande est à la fois, régulière, recevable, et bien fondée.

37. La consécration d'une trilogie procédurale. A la différence du Code de procédure civile de 1806, le code adopté en 1975 propose pour la première fois, en son article 73, une définition à l'exception de procédure. Aux termes de cette disposition, constitue une exception de procédure : « *tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ». Le Code de procédure civile actuel s'est gardé de fournir une énumération des exceptions de procédure. Il s'est contenté juste d'en

¹⁵⁹ H. Motulsky, *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. G. Cornu et J. Foyer, Dalloz. 1973, p. 358 ; H. Motulsky, *Droit processuel*, Ed. Montchrestien, 1973, p. 55 : « *L'action s'insère dans la trilogie procédurale : tout contentieux implique 3 facteurs : la régularité formelle de la procédure d'un côté, le fond de la prétention de l'autre, et entre les deux, la faculté de contraindre le juge à statuer sur le fond..* » ; V. p. 95 du même ouvrage : « *le terme générique moyens de défense comporte quatre catégories, dont les trois premières correspondent à la trilogie procédurale : régularité, fond, droit d'action ...* ».

¹⁶⁰ Le Code de procédure civile issu des réformes de 1975 (Décrets n°72-684 du 20 juillet 1972 et n°75-1123 du 5 décembre 1975) constitue une œuvre majeure comme en attestent les propos d'auteurs : « à notre sens, le Code de procédure civile de 1975 constitue l'œuvre législative majeure de la fin du XXe siècle. Rien ne peut lui être comparé depuis que se sont produites les profondes réformes du droit civil et du droit commercial qui ont marqué les débuts de la Cinquième république » V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, n°16 ; par ailleurs « diront « *Les qualités de fond du Code de procédure civile tiennent aussi à son inspiration. Il constitue une œuvre longuement méditée et mûrie par ses auteurs avant que la première ligne n'en ait été écrite* », *op. cit.*, n°18 ; Adde B. Beignier, « *Le nouveau Code de procédure civile : un droit des professeurs ?* », *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Litec, 2006, p. 35 ».

¹⁶¹ J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile*, 2^e, PUF 158 : « *le code a pris le parti d'en donner trois définitions parallèles (a. 71, 73, 122). Contester le bien-fondé de la prétention de l'adversaire, contester son droit d'agir en justice, contester la validité d'un acte de procédure. (...) à chaque type correspond, si le moyen est accueilli, une façon de perdre son procès : s'entendre dire que la demande est irrégulière, irrecevable ou mal fondée. Ce qui revient à dire que, pour le gagner, il faut tout à la fois que la demande soit régulière, recevable et bien fondée (cf. a. 472). Trois moyens de défense, trois débats spécifiques* ».

réglementer le régime de cinq d'entre elles¹⁶². On pourrait penser qu'avec ce nouveau découpage, du domaine de chaque moyen de défense, la théorie de l'exception a été suffisamment clarifiée, il n'en est rien. La doctrine et la pratique révèlent encore de nombreuses incertitudes en cette matière.

B- La persistance de la confusion en dépit de cette maturation

38. La confusion entre l'exception de procédure et les moyens de défense. Les réformes du Code de procédure civile n'ont pas permis de mettre fin à la confusion qui jadis entourait la notion d'exception depuis son introduction en droit français¹⁶³.

39. La confusion entre exception de procédure et fin de non-recevoir. La pratique révèle de nombreuses incertitudes entre l'exception de procédure et les différents moyens de défense consacrés par le Code de procédure civile. Plusieurs situations et propos d'auteurs corroborent ce constat. Ainsi M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand observent à ce propos que : « *la pratique jurisprudentielle révèle que de grandes incertitudes règnent parfois pour savoir si un moyen de défense constitue une fin de non-recevoir au sens propre du mot, ou une exception de nullité touchant au fond, ou même seulement une exception de nullité relative à la forme. Les deux concepts dans la pureté des principes, recouvrent deux situations bien différentes : la nullité affecte la validité de la procédure pour inobservation des formes (CPC, art. 114) ou pour l'une des irrégularité de fond visées à l'article 117, CPC. La fin de non-recevoir touche au droit d'agir en justice et atteint l'action elle-même (CPC, art. 32 et 122). Pourtant la confusion est fréquente entre nullités pour vice de forme ou de fond et les fins de non-recevoir, confusion entretenue par le législateur* »¹⁶⁴. La confusion entre fin de non-recevoir et exception de procédure ne se limite pas à ces constats. Ces auteurs soulignent aussi que : « *la distinction entre fin de non-recevoir et exception d'incompétence est parfois délicate* »¹⁶⁵. Au regard de toutes ces incertitudes, Jacques Héron et M. Le Bars concluront qu' : « *il n'existe pas de différence de nature entre une exception de procédure et*

¹⁶² CPC, art. 73 et suivants

¹⁶³ V. *supra* n° 19 s.

¹⁶⁴ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 333.

¹⁶⁵ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°335.

une fin de recevoir. Seuls leurs régimes respectifs permettent de les distinguer »¹⁶⁶. Ces propos d'auteurs attestent de toute la confusion qui entoure encore les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir. La confusion entre l'exception de procédure et la fin de non recevoir est une question constamment renouvelée. Elle est encore d'actualité avec l'épineuse question du moyen approprié pour la sanction de la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge. Cette question suscite tant de débats et de controverses¹⁶⁷ en dépit de l'orientation prise par la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁶⁸. Mais les incertitudes autour de l'exception de procédure vont au-delà de la confusion souvent opportuniste avec la fin de non recevoir.

40. La confusion entre exception de procédure et défense au fond. Les points de confusion entre exception de procédure et moyen de défense ne concernent pas que les difficultés de distinction entre celles-ci et les fins de non-recevoir. De nombreuses incertitudes subsistent encore entre la « *défense au fond* » et l'« *exception de procédure* ». sur le plan théorique, nombreux sont les auteurs qui contestent la nature d'exception de procédure conférée par le Code de procédure civile au moyen tiré du bénéfice de division ou

¹⁶⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 147.

¹⁶⁷ Ch. Boillot, « Quelle sanction pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *D. 2015*, 298 ; N. Gerbay, « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures 2015, étude n°7* ; S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 151, p. 282 : « *Son invocabilité en tout état de cause de même que sa régulation s'accordent mal à la tentative normalement préalable de conciliation* » ; S. Amrani-Mekki, « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non respect d'une clause de conciliation préalable », *note sous Cass. mixte, 12 déc. 2014, Gaz. Pal. 8 au 10 mars 2015, Jur. p. 9* ; Ch. Boillot, « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire », *note préc.* p. 301 ; N. Dissaux, « Justice imposée v. justice négociée : une conciliation douteuse », *JCP G 2015*, 115 ; G. Block, « La sanction attachée au non respect d'une clause de conciliation ou de médiation », *Mélanges en l'honneur de Raymond Martin*, Bruylant, LGDJ, 2003, p. 69 ; A. Mourre et E. Teynier, « L'irrecevabilité est-elle la sanction appropriée de la violation d'une clause de conciliation obligatoire », *Gaz. Pal. Cah. de l'arb.* 6 novembre 2003, p. 8 ;

¹⁶⁸ La Cour de cassation juge aujourd'hui que le moyen tiré de la méconnaissance d'une clause de conciliation préalable et obligatoire à la saisine du juge est une fin de non recevoir si les parties l'invoquent (Cass. mixte, 14 fév. 2003, n°00-19423 et 00-19424 : *Bull. civ. ch. mixte*, n°1 ; *D. 2003*, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *D. 2003*, p. 2480, obs. T. Clay ; *Dr. soc. 2003*, 890, obs. M. Keller ; *RTD civ. 2003*, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ. 2003*, p. 349, obs. R. Perrot ; *JCP G. 2003*, I, 128, n°17, obs. L. Cadiet ; *Procédures 2003*, n°96, note H. Croze) qui n'est pas régularisable et donc peut être soulevée en tout état de cause même si les parties en cours d'instance ont fini par recourir au conciliateur (Cass. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *JCP G 2014*, 1328 ; *JCP G 2015*, 115 ; *D. 2015*, p. 298, Notes Ch. Boillot). La Cour de cassation a d'abord jugé qu'une telle fin de non recevoir était régularisable (Cass. 2° civ., 16 déc. 2010, n°09-71575 : *Bull. civ. II*, n°212 ; *D. 2011*, p. 172, *RTD civ. 2011*, p. 170, obs. R. Perrot ; *RDC 2011*, p. 916, obs. C. Pelletier).

de discussion¹⁶⁹. Sur le plan pratique, la question se pose encore de savoir si toutes les demandes de sursis à statuer peuvent être qualifiées d'exceptions dilatoires. La question a été adressée à la Cour de cassation qui y a répondu par l'affirmative¹⁷⁰. Cependant, la pratique jurisprudentielle révèle encore de grandes incertitudes sur la question. Confrontée à cette difficulté quant à la nature de la demande de sursis à statuer fondée sur l'incident de faux invoqué devant le tribunal d'instance¹⁷¹, la Cour de cassation a répondu qu'une telle demande constitue non pas une exception de procédure au sens des articles 73 et 108 du Code de procédure civile mais une défense au fond¹⁷².

41. La controverse autour des demandes de sursis à statuer. Les demandes de sursis à statuer révèlent un grand malaise quant à leur compatibilité avec le régime strict des exceptions de procédure. On se demande si elles peuvent toutes relever de la compétence du juge de la mise en état à qui la loi a attribué compétence exclusive pour statuer sur les exceptions de procédure¹⁷³. Toutes les demandes de sursis à statuer peuvent difficilement être qualifiées d'exceptions dilatoires. Cette catégorie serait, aux dires des auteurs, trop hétérogène. En effet, celle-ci regroupe les hypothèses de sursis à statuer facultatif et des hypothèses de sursis à statuer obligatoire¹⁷⁴. Peuvent-elles être toutes qualifiées

¹⁶⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 157, note 278 : « On remarquera qu'en dehors, de la véritable exception dilatoire qui appartient à l'héritier l'article 108 vise également les bénéfices de division et de discussion qui appartiennent à la caution. A proprement parler, il ne s'agit pas d'exceptions dilatoires. Le bénéfice de division vise à diminuer l'obligation qui pèse sur la caution. Le bénéfice de discussion décharge la caution de toute obligation aussi longtemps que le créancier n'a pas discuté les biens du débiteur principal. Il s'agit donc de règles qui relèvent du droit civil, que l'on doit qualifier de défense au fond, puisqu'elles tendent au rejet partiel ou limité de la prétention, comme non justifiée. Il est vrai que ces règles vont probablement entraîner la suspension de l'instance, mais ce ne sera que par voie de conséquence. » ; V. S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse, Paris 2000, Dalloz 2002, n°148 ; V. S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, 1^{re} éd., PUF, 2014, n°252 spéc. p. 465 : « Le délai pour faire valoir un bénéfice de discussion ou de division est, selon l'article 108 du Code de procédure civile, une autre forme d'exception dilatoire imposant une suspension. Toutefois, sa nature est discutable car lorsque le bénéfice de discussion est invoqué, il a pour effet de faire rejeter la demande de l'adversaire comme non fondée. Il en est de même du bénéfice de division qui tend à faire rejeter partiellement la demande. Cette exception se traduit bien en procédure par une suspension de l'instance, mais elle a des effets au fond. Techniquement, malgré sa dénomination, il ne s'agit pas d'une exception de procédure mais d'une défense au fond ».

¹⁷⁰ Cass. avis, 29 sept. 2008, n° 08-00.007 : *Bull. civ.* 2008, avis, n° 6

¹⁷¹ V. *infra* n°196 s.

¹⁷² Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2006, *D.* 2007. 2431, obs. Fricero ; *D.* 2007. 192, obs. Cholet.

¹⁷³ CPC, art. 771.

¹⁷⁴ J. Héron et Th. Le Bars distinguent les cas légaux de suspension de l'instance qui regrouperaient les sursis à statuer obligatoires du sursis à statuer qui regrouperaient les hypothèses de sursis à statuer facultatifs. V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°1190.

d'exceptions dilatoires ?¹⁷⁵ J. Héron et M. Le Bars estiment que la qualification d'exceptions dilatoires devrait être exclusivement réservée aux seules hypothèses dans lesquelles le plaideur dispose d'un véritable droit à la suspension de l'instance. Ils proposent ainsi d'éliminer les cas de demandes de sursis à statuer facultatif prévues aux articles 109 et 110 du Code de procédure civile¹⁷⁶. Faisant écho à cette doctrine, les cours d'appel de Versailles¹⁷⁷ et de Paris¹⁷⁸ ont jugé que les demandes de sursis à statuer facultatif constituent non pas des exceptions dilatoires mais plutôt des incidents ne mettant pas fin à l'instance et qu'à ce titre pouvaient être proposées à toute hauteur de procédure. La résistance des cours d'appel de Paris et de Versailles à la jurisprudence suivant laquelle toute demande de sursis à statuer constitue une exception dilatoire atteste d'un malaise. Selon une partie de la doctrine, toutes les demandes de sursis à statuer ne constituent pas des exceptions dilatoires. Elle propose alors trois critères pour l'identification des exceptions des exceptions dilatoires. Ainsi, pour qu'une demande de sursis à statuer devienne une exception dilatoire il faut tenir compte : de la qualité du requérant – de la finalité suspensive de la demande – il faut enfin qu'une décision soit rendue à cette fin¹⁷⁹. Suivant donc ces critères, la demande de sursis à statuer présentée par le demandeur à l'action principale n'est pas une exception dilatoire. On voit ainsi que c'est la qualité du requérant qui commande la nature de la demande de sursis à statuer, ce que semble admettre la Cour de cassation¹⁸⁰. Que serait donc la demande de sursis à statuer formulée par le demandeur à l'action principale ? Une exception de procédure mais pas un moyen de défense répond la cour d'appel de Paris¹⁸¹. Cette réponse ne satisfait pas toute la doctrine. La demande de sursis à statuer présentée par le demandeur à l'action principale serait une

¹⁷⁵ N. Fricéro, obs. sous Cass. avis, 13 novembre 2006, *D.* 2007, pan. p. 2431 : « *Le débat renait avec la qualification du sursis à statuer. Doit-on le considérer comme un incident d'instance ? (...) Doit-on au contraire l'assimiler à une exception de procédure plus précisément à une exception dilatoire au sens de l'article 108 du nouveau code de procédure civile. (...) Cette dualité de régime soulève bien des questions : n'est-il pas paradoxal que, lorsque la loi impose un sursis à statuer, il ne soit plus possible de le soulever devant le juge du fond en raison de l'irrecevabilité prévue par l'article 771 du nouveau Code de procédure civile, alors que cela ne sera pas le cas le sursis n'est que facultatif ?* ».

¹⁷⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°157

¹⁷⁷ CA Versailles (16^e ch.), 30 novembre 2006, *Gaz. Pal.* 2007, p. 587

¹⁷⁸ CA Paris, Pôle 5 (9^e ch.), 23 mai 2013, n°13/00762, www.lamyline.fr,

¹⁷⁹ V. X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. civ., fasc.* 134, n°13 s.

¹⁸⁰ Cass. 1^{er} civ., 14 mai 2014, n°13-19.329, *Procédures 2014*, n°198, note R. Perrot. La haute juridiction précise en effet : « *que la demande de sursis à statuer formée par le défendeur à l'action constitue non pas un incident d'instance, mais une exception de procédure tendant à suspendre le cours de l'instance, peu important que le sursis soit facultatif ou obligatoire* ».

¹⁸¹ CA Paris, 19^e ch., 25 fév. 2003 : *Bull. Avoués.* 2003, n°168, p.22

« demande additionnelle » affirme un auteur¹⁸² plutôt un incident d'instance affirmant d'autres¹⁸³. En dépit de cette divergence de vues, ils s'accordent à admettre avec la cour d'appel de Paris que la demande de sursis à statuer présentée par le demandeur à l'action principale ne peut pas être soumise au régime strict des exceptions de procédure. Ce bref exposé illustre bien à propos, les nombreuses incertitudes qui entourent encore la notion d'exception dilatoire assimilée parfois à une défense au fond, à une demande additionnelle, à un incident d'instance et parfois même à une exception de procédure mais pas un moyen de défense.

42. L'exception de procédure et la demande de renvoi de l'article 47 du Code de procédure civile. La cour de cassation juge que la demande de renvoi fondée sur l'article 47 du Code de procédure civile, à la différence des demandes de renvoi pour incompétence, litispendance et connexité, ne constitue pas une exception de procédure¹⁸⁴. Or à l'évidence, elle poursuit l'une des finalités prévues à l'article 73 du Code de procédure civile¹⁸⁵.

Face à toutes ces incertitudes, on ne sait plus exactement ce qu'est l'exception de procédure, tantôt assimilée à des fins de non-recevoir, tantôt à des défenses au fond ou à

¹⁸² D. Cholet, « Le sursis à statuer en cours de la mise en état », *Gaz. Pal. Rec. 2008, doct.*, p. 3306 n°8. « *La demande de sursis à statuer formulée par le demandeur doit être classée parmi les demandes en justices (...) et plus particulièrement d'une demande additionnelle lorsqu'elle est formulée par le demandeur initial (article 65 du Code de procédure civile)* ».

¹⁸³ V. X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. civ., fasc. 134, n°17* : « *C'est la qualité du plaideur qui conditionne la qualification de cette demande. En effet, dans la mesure où celle-ci émane d'une partie en position de défense, il s'agit d'une exception de procédure, et, plus précisément, d'une exception dilatoire devant, par conséquent, être soulevée in limine litis (...)* **En revanche, si la demande est formulée par le demandeur, principal ou reconventionnel, celle-ci constitue un incident d'instance et ne relève pas de la compétence du juge de la mise en état** ».

¹⁸⁴ Mme Fricero constate à ce propos : que « *D'après l'article 73 du nouveau code de procédure civile, il s'agit de tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, ou à en suspendre le cours. Cette acception large génère des incertitudes. Par exemple, dès lors qu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige, porté devant la juridiction où il exerce ses fonctions, la garantie d'impartialité objective du tribunal impose une possibilité de « délocalisation » : l'article 47 organise un renvoi devant la juridiction limitrophe. La Cour de cassation a eu l'occasion de répéter que ce renvoi est un instrument procédural original qui n'est pas soumis au régime des exceptions d'incompétence* ». *V. D. 2007, 2431 obs.* N. Fricero

¹⁸⁵ CPC, art. 47 : « *Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe.*

Le défendeur ou toutes les parties en cause d'appel peuvent demander le renvoi devant une juridiction choisie dans les mêmes conditions. A peine d'irrecevabilité, la demande est présentée dès que son auteur a connaissance de la cause de renvoi. En cas de renvoi il est procédé comme il est dit à l'article 97 ».

des incidents d'instance. On a du mal à cerner qu'est l'exception de procédure ou du moins ce qu'elle est devenue aujourd'hui. Cette étude qui se veut d'abord critique de la notion, proposera d'autres critères indispensables à l'identification de l'exception de procédure.

C- La nécessité de la recherche

43. On ne peut lever la confusion qui entoure encore la notion de l'exception de procédure que si les causes justifiant cette situation sont clairement identifiées (1). Elles doivent être non seulement identifiées mais aussi analysées. De l'analyse de ces causes, se dégage une constance, la nécessité de renouveler la notion d'exception de procédure (2).

1- Les causes identifiées de la confusion

Les difficultés que soulèvent les exceptions de procédure dans le droit actuel semblent trouver leurs causes, d'une part, dans une absence de définition cohérente (a) et d'autre part, dans le régime inadapté auquel, elles sont soumises (b).

a- Une absence de définition cohérente

44. L'exception de procédure n'est pas une notion simple à définir. De cette complexité découle la difficulté qu'il y a à identifier la notion. L'historique de la notion a révélé qu'elle a été pendant longtemps une notion trouble et incertaine. Cette difficulté, on la note dans la définition proposée par les rédacteurs du Code de procédure civile : « *constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ». Cette définition fait un peu « désordre ». Il n'en fallait pas plus pour amener Jacques Héron et M. Le Bars à conclure qu'« *à la différence de la quasi-totalité des autres définitions, celle-ci manque de clarté et donne une impression de bric-à-brac* »¹⁸⁶. C'est-à-dire un assemblage d'éléments n'ayant pas une même finalité¹⁸⁷. La définition de l'exception de procédure appelle quelques observations. D'abord, l'exception

¹⁸⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°153.

¹⁸⁷ *Ibid.* « Il n'existe guère de lien entre les quatre exceptions de procédure réunies par les rédacteurs du Code de procédure civile, de l'article 73 à l'article 121 ; qu'y a-t-il de commun entre une exception dilatoire et une exception de nullité ? La seule explication que l'on puisse avancer tient encore une fois à la tradition et au plan suivi ».

de procédure se définit par ses effets : « *faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte* » ou « *en suspendre le cours* ». On remarque également dans cette définition que les termes employés sont non exclusives « *tout moyen* ». En combinant les deux observations, la qualification d'exception de procédure ne doit être déniée à aucun moyen poursuivant l'une des finalités prévues à l'article 73 du Code de procédure civile. Or, il n'en est rien. On remarquera que la jurisprudence n'est pas en ce sens¹⁸⁸. On voit ainsi que la définition telle que proposée par les rédacteurs du Code de procédure civile n'est pas satisfaisante si elle ne peut à elle seule suffire à reconnaître les exceptions de procédure. C'est bien sur la base de cette définition peu claire et peu satisfaisante que la jurisprudence, en raison du caractère non limitatif de la liste des exceptions de procédure règlementées dans le Code de procédure civile, doit identifier d'autres moyens devant être soumis à leur régime. L'absence de cohérence et d'homogénéité dans la définition proposée ne semble pas justifier toutes les incertitudes. Le régime auquel les exceptions de procédure sont soumises semble y prendre une grande part.

b- Un régime inadapté

45. La plupart des incertitudes de la jurisprudence en matière d'exception de procédure semblent prendre leur source dans le régime inadapté auquel le législateur les a soumises. C'est au nom de ce régime que la qualification d' « *exception de procédure* » est déniée à certains moyens poursuivant cependant l'une des finalités prévues à l'article 73 du Code de procédure civile. En effet, aux termes des dispositions du Code de procédure civile, les défenses au fond et les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause¹⁸⁹. Il en va autrement des exceptions de procédure qui aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 74 : « ... *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 de procédure seraient d'ordre public* ». Ne peuvent échapper en principe, à la rigueur de ce texte que les dérogations qui lui sont limitativement

¹⁸⁸ Tout ce qui poursuit l'une des finalités prévues à l'article 73 du Code de procédure civile ne constitue en principe une exception de procédure selon la jurisprudence de la Cour que s'il peut être soumis à la double règle de simultanéité et d'antériorité prévue à l'article 74 al. 1^{er} du Code.

¹⁸⁹ CPC, art. 72 et 123.

apportées à l'alinéa 2 de la même disposition. C'est donc souvent contrainte par ce régime que la jurisprudence disqualifie tantôt les exceptions de procédure en fin de non-recevoir¹⁹⁰, tantôt en défense au fond¹⁹¹ et parfois même en incident ne mettant pas fin à l'instance¹⁹², afin de permettre à une partie de s'en prévaloir en tout état de cause. En raison de ces incertitudes qui remettent en cause la pureté de la notion, il n'est donc pas excessif de conclure que le régime auquel les exceptions de procédure sont soumises est totalement incohérent et inadapté. On doit l'admettre, les incertitudes de la jurisprudence en cette matière posent un véritable problème de prévisibilité lorsque : « *l'on saisit (...) l'intérêt pratique qui s'attache à des notions exactes et à une terminologie précise* »¹⁹³ en procédure. Et comme l'ont su relever des auteurs, la discipline juridique n'a rien à gagner à une confusion des concepts, quel que l'intérêt qu'il puisse y avoir à simplifier les procédures¹⁹⁴.

2- Le renouvellement de la notion d'exception de procédure

46. La nécessité de redéfinir l'exception de procédure. Ayant relevé que la définition de l'exception de procédure contenue dans le Code de procédure civile n'est pas satisfaisante et que le régime proposé est incohérent et inadapté, il importe de proposer à la notion une nouvelle définition. De cette nouvelle définition découlera un nouveau régime plus cohérent et plus adapté. Pour y parvenir, on s'intéressera d'abord aux idées reçues. A ce propos, la répartition suivant laquelle l'exception de procédure est un moyen de défense ne paraît pas parfaitement cohérente et doit être combattue. En effet, les rédacteurs du Code de procédure civile n'ont fait de l'exception de procédure un moyen de défense qu'à travers

¹⁹⁰ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°333 et 335.

¹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2006, *D. 2007. 192*, spéc. p. 193 ; *D. 2007. 2431*, obs. Fricero ; D. Cholet « Qualification de l'incident de faux : exception de procédure ou défense au fond ? », obs. Fricero « *l'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue une défense au fond, non une exception de procédure* » ; S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°317 « *quant à l'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue une défense au fond, non une exception de procédure, dès lors il n'a pas à être soulevé in limine litis et échappe à la compétence du juge de la mise en état* ». Adde une partie de la doctrine qui parle d'un moyen (élément probatoire) au service d'une défense au fond ».

¹⁹² CA Versailles (16^e ch.), 30 novembre 2006, *Gaz. Pal. 2007*, p. 587 : « *La demande de sursis est, (...), non pas une exception dilatoire telle que définie par l'article 108 du nouveau code de procédure civile mais une demande de sursis facultatif, incident de procédure ne mettant pas fin à l'instance.*

En conséquence, elle doit être déclarée recevable devant la Cour».

¹⁹³ H. Vizios, *Etudes de procédure*, éd. Bière, 1956, n°46, p. 232.

¹⁹⁴ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 136.

son régime et son positionnement dans le Code¹⁹⁵. L'article 73 du Code de procédure civile à la différence des articles 71 et 122 qui définissent respectivement les défenses au fond et les fins de non-recevoir, ne positionnent pas l'exception de procédure par rapport à une quelconque partie adverse. La définition qui en est donnée rend alors inconciliable l'idée d'y associer un moyen de défense. Ainsi dit, c'est d'abord la qualification de l'exception de procédure comme moyen de défense qui doit être repoussée. L'exception de procédure n'est pas un moyen de défense. Or, c'est bien en cette qualité qu'elle est envisagée comme un moyen exclusivement réservé au défendeur et à ce titre comme devant être soulevée au début de l'instance. Cela apparaît tout de même comme un paradoxe que l'exception de procédure soit réservée au défendeur alors qu'aux termes de l'article 2 du Code de procédure civile, la conduite de l'instance appartient à toutes les parties. Pourquoi l'une d'elles, en l'occurrence le défendeur devrait en avoir l'exclusivité ? Apparaît également comme un paradoxe cette idée de vouloir cantonner les exceptions de procédure au seuil du procès alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées se poursuit et ne prendra fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. Les exceptions de procédure sont des éléments de l'instance. L'organisation de celle-ci est structurée autour de règles de type fonctionnel présidant tant à son déroulement qu'à son renouvellement. On remarquera ainsi que tant que dure l'instance, on doit s'attendre à ce que les exceptions de procédure soient toujours soulevées. Le régime strict des exceptions de procédure ainsi que tous les contournements qui y sont apportés tant par le législateur que par la jurisprudence ; l'exclusivité de compétence attribuée en cette matière au juge de la mise en état de même que toutes les exceptions de procédure progressivement soustraites de l'office de ce magistrat apparaissent comme un désordre qu'aucun bon sens ne peut tolérer¹⁹⁶. L'exception de procédure a quitté le seuil de l'instance. Elle se retrouve à toutes les phases de l'instance on ne peut continuer à le nier. On ne peut mettre fin au désordre constaté qu'en clarifiant la notion. Cette clarification demande qu'un nouveau regard soit porté sur les exceptions de procédure. Il faut non seulement redéfinir la notion mais aussi proposer un nouveau régime plus cohérent et plus adapté. En un mot la clarification emprunte la voie du renouvellement de la notion d'exception de procédure.

¹⁹⁵ En effet, les exceptions de procédure sont rangées dans le Titre V intitulé : Les moyens de défense figurant dans le livre premier du Code de procédure civile.

¹⁹⁶ V. *infra* n°272 s.

47. Le domaine de la recherche. Ce renouvellement se fera dans le cadre du procès civil à l'exclusion du procès pénal et du procès administratif. Pas que les résultats auxquels il conduira ne pourront pas servir à élucider la notion dans ces types de procès. Le souci de cohérence et de clarté dans le raisonnement impose que le cadre de l'étude soit circonscrit. Mais encore faudrait-il s'entendre sur ce qu'est le procès civil. Le terme en lui-même n'est pas une notion juridique¹⁹⁷. Le procès renvoie à la fois au litige et à la procédure¹⁹⁸. Le procès civil doit être pris ici comme un procès se déroulant devant une juridiction civile c'est-à-dire appelant la mise en œuvre du droit civil pris dans un sens large intégrant le droit commercial, le droit social, la sécurité sociale¹⁹⁹. Il s'agit donc de tout procès mettant aux prises des intérêts exclusivement privés. Cette étude ne s'intéresse pas non plus à la procédure civile d'exécution qui pour le moins a pris son autonomie de la procédure civile.

48. Une approche transnationale. Le domaine de l'étude précisée, il faut encore fixer son champ spatial. L'exception de procédure, il faut bien le dire, est une notion appartenant à l'espace francophone. Ainsi, cette étude bien que menée principalement dans le droit français intéresse particulièrement le procès civil dans les pays ayant le français en partage. Ces pays, pour la plupart, entretiennent avec la France des liens historiques. Le lecteur a dû s'apercevoir que l'approche comparative a été sacrifiée au profit d'une approche historique. En effet, l'approche comparative aurait pu conduire à une étude comparée de la notion dans les différents systèmes de droit. Mais par souci de clarté, pour une notion déjà trop confuse, on a écarté une telle approche. Ne dit-on pas que pour comparer, il faut avoir mis de l'ordre dans son propre droit ? On peut également s'interroger sur la pertinence d'entreprendre une étude sur des législations non seulement assez proches mais surtout relevant d'une même famille juridique. La réponse à une telle préoccupation, semble-t-il, a déjà été apportée par Mme Chainais dans sa brillante thèse²⁰⁰. Pour le reste, cette étude ne sera pas une macro-comparaison laquelle suppose une comparaison entre législations relevant de systèmes juridiques distincts. Elle ne sera non plus une micro-comparaison

¹⁹⁷ H. Croze, *Le procès civil*, 2^e, Dalloz, 2004, p. 5 : « *Le malaise vient peut-être de ce que la notion de procès serait plus sociologique que juridique (...) ce qui lui vaut de figurer dans le titre de livres ou de films, fonction qui serait incongrue et incompréhensible pour l'instance* ».

¹⁹⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit. n° 69, p. 305

¹⁹⁹ H. Croze, op. cit., p. 5. .

²⁰⁰ C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Préf. S. Guinchard, thèse, Paris, 2005 Dalloz, 2007, n°9 s.

laquelle suppose une comparaison entre différentes législations appartenant à une même famille juridique.

49. L'hypothèse de départ et plan. Après avoir repoussé la fausse qualité de « *moyen de défense* » conférée par tradition à l'exception de procédure parce qu'elle semble la source de toutes les incohérences constatées, il faudra veiller à restituer à la notion sa véritable identité. A ce propos, il faut éviter un risque, celui d'une qualification par défaut. On propose alors d'identifier l'exception de procédure à partir d'une hypothèse : ***une demande incidente par laquelle un plaideur soumet au juge une prétention relative à la marche de la procédure qui, dans la structure logique du procès, doit être examinée par préalable au fond.*** C'est à la vérification de cette hypothèse qu'il faudra se consacrer dans un premier temps. Il y a donc lieu de renouveler la définition classique de l'exception de procédure (première partie). Ce renouvellement débouchera sur une classification plus authentique des exceptions de procédure. Chacune des sous-catégories auxquelles on serait ainsi parvenu, sera soumise à un régime plus cohérent et plus adapté. Les différents résultats auxquels conduira la nouvelle définition de l'exception de procédure relèveraient d'une pure théorie si on ne peut de manière plus pratique en évaluer la portée. Ce sera l'objet de la seconde partie (seconde partie).

Première partie : Le renouvellement de la définition de l'exception de procédure

Deuxième partie : La portée de la nouvelle définition de l'exception de procédure.

PREMIÈRE PARTIE :

LE RENOUVELLEMENT DE LA DÉFINITION CLASSIQUE DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

50. L'exception de procédure n'est pas une notion simple à définir. De cette complexité découle la difficulté qu'il y a à identifier la notion. Cette première partie se propose d'identifier l'exception de procédure à travers des critères simples et clairs. Mais avant, il faudra se débarrasser des idées reçues dont elle peine à se défaire. Elle serait dit-on un moyen de défense. On a pourtant du mal à comprendre comment l'exception de procédure longtemps opposée aux défenses en soit elle-même devenue une défense.

51. On propose alors, de la définir comme ***une demande incidente par laquelle un plaideur soumet au juge une prétention relative à la marche de la procédure qui doit être examinée par préalable au fond.*** Cette proposition à la différence de l'article 73 du Code de procédure civile ne définit pas la notion à partir de ses effets. Elle ne tient non plus compte de la qualité de la partie qui en prend l'initiative. Cette définition rompt ainsi avec une tradition qui consiste à présenter l'exception de procédure comme un moyen exclusivement réservé au défendeur comme on peut le relever dans la définition proposée par Henry Solus et Roger Perrot : « *le moyen par lequel le défendeur, sans s'attaquer ni au fond du droit, ni aux conditions de l'action, entend faire ajourner la discussion immédiatement sur le fond même de la demande* »²⁰¹. La réalité de l'exception de procédure, on le verra, contraste avec cette présentation. Rien n'interdit au demandeur à l'action principale de présenter une exception de procédure. La difficulté se traduit tant pour lui que pour le défendeur par le régime rigoureux auquel les exceptions de procédure ont été soumises. Ce régime a été quasiment érigé en critère d'identification par la jurisprudence. Or, il n'en est rien. Nombre d'exceptions de procédure peuvent être soulevées en tout état de cause. Face à toutes ces

²⁰¹ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.* n°306

incertitudes, l'exception de procédure n'est ni plus ni moins qu'une demande (titre 1). Mais elle n'existe pas pour elle-même, elle ne trouve sa raison d'être que dans le cadre d'une instance qu'elle ne peut suffire à introduire. L'exception de procédure ne peut être présentée que lors d'une instance déjà ouverte. Elle est de ce fait une demande incidente soumettant au juge une prétention qui à la différence des autres, est relative à la marche de la procédure et doit en termes d'ordre logique être examinée par préalable au fond (titre 2).

TITRE 1

L'EXCEPTION DE PROCÉDURE, UNE DEMANDE

52. L'exception de procédure apparaît comme « *un faux moyen de défense* » dans la catégorie des défenses. Les exceptions de procédure figurent dans le Code de procédure civile au titre des moyens de défense. Prises comme telles, elles ne doivent pouvoir être soulevées que par le défendeur. Ce n'est cependant pas ce que révèlent les textes et la pratique. Douteuse, cette qualification ne convainc pas. Elle ne résiste donc pas à la critique. L'exception de procédure peut être soulevée par toutes parties à l'instance y compris le demandeur à l'action principale. A cette affirmation on rétorquera que l'exception de procédure ne peut être soulevée par le demandeur à l'action qu'à la condition qu'il soit en position de défense. Cette idée n'est non plus totalement juste. L'exception de procédure peut être soulevée par un demandeur à l'action qui n'est pas en position de défense. En termes littérales, ce dernier ne se retrouve en position de défense que si le défendeur originaire a formé lui-même une demande. Or même en l'absence, d'une telle demande, le demandeur à l'action principale peut présenter une exception de procédure. Comment pourrait-il en être autrement, lorsqu'aux termes de l'article 2 du Code de procédure civile, il revient que « *les parties conduisent l'instance* ». Cette seule raison ne suffit-elle pas à faire douter de la nature juridique conférée à l'exception de procédure ?

53. En observant de plus près les exceptions de procédure, on s'aperçoit avec une certaine aisance, que dans leur diversité, elles poursuivent une finalité distincte de celle poursuivie par les moyens de défense ou plus largement par les défenses. Les textes sont en ce sens. Toutes ces raisons amènent plus sérieusement à douter de la nature juridique des

exceptions de procédure. La qualification de moyen de défense mérite par conséquent d'être rejetée (chapitre 1). L'exception de procédure doit être détachée de la catégorie des moyens de défense pour être rattachée de par ses caractères à celle des demandes. L'exception de procédure présente tous les attributs de la demande. Il faut l'affirmer : elle est une demande (chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

LE REJET DE LA QUALIFICATION DE MOYEN DE DÉFENSE

54. L'idée couramment reçue de la doctrine et des rédacteurs du Code de procédure civile suivant laquelle l'exception de procédure constitue est un moyen de défense n'est pas à l'abri des critiques. En effet, les moyens de défense sont reconnaissables suivant deux critères. On les identifie d'abord, comme des moyens opposés par le défendeur²⁰² ou tout au moins une partie en position de défense²⁰³. Ensuite, ils sont des moyens dit-on destinés à combattre une prétention adverse. La définition proposée par Jean Foyer et Gérard Cornu

²⁰²E. Bonnier, *Eléments de procédure civile*, 1853, Paris, Plon, n° 403, p. 152 : « Une exception est dans la langue du Code de procédure civile, un moyen employé par le défendeur pour écarter pendant un certain temps, ou jusqu'à l'accomplissement de certaines conditions, l'effet de la demande dirigée contre lui. » ; E. Garsonnet, *Cours de procédure civile, Organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale*, t.1, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, p. 611 : « L'action est le fait du demandeur ; on appelle défenses les divers moyens qu'a le défendeur de s'y opposer, soit qu'il nie purement et simplement le droit du demandeur, soit qu'il relève quelque vice dans la demande ou qu'il refuse d'y répondre jusqu'à l'expiration d'un certain délai ou jusqu'à l'accomplissement d'une certaine formalité, soit que, enfin, prenant l'offensive, il forme à son tour une demande qui aura pour effet, si elle est admise, de supprimer ou d'atténuer la condamnation qui le menace » ; E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence*, 3^e éd. T 1^{er}, Sirey, note 227, p. 573 : « A la demande en justice ou action s'opposent, d'une façon générale, les défenses, moyens par lesquels le défendeur s'efforce de faire repousser la demande. Dans un sens large, le mot défense peut désigner tous les moyens qui sont à la disposition du défendeur. Mais ces moyens sont très variés et dont les effets sont souvent différents, se classent en plusieurs catégories. Il y a ici un ordre logique et nécessaire qui s'impose aux parties. Le défendeur peut d'abord contester le droit d'action, soutenir que la demande est irrégulièrement engagée, soit qu'il y a nullité de forme, soit qu'il y a incompetence du juge, soit qu'il ait incapacité du demandeur d'ester en justice, ou que l'examen doit être retardé pendant un certain délai, par exemple parce que assigné comme héritier, le défendeur a un délai pour prendre parti sur la succession. Le défendeur oppose ainsi des moyens de procédure, des exceptions de procédure, tendant à faire écarter la demande mal engagée ou à arrêter l'instance pendant un certain temps ». ; X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense : Règles générales », *J.-cl. Proc. Civ. Fasc. 128*, n°5 : « le titre V du livre 1^{er} du code de procédure civile énumère désormais les moyens mis à la disposition du défendeur pour s'opposer, définitivement ou temporairement, au succès de la prétention formée à son encontre ».

²⁰³ X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense – Règles générales », *J.-cl. proc. civ., fasc. 128* : « Une exception de procédure est un moyen de défense et n'a donc vocation à être soulevée que par la partie en situation d'être défendeur » ; X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. civ., fasc. 134*, n°9 : « les moyens de défenses ont une vocation commune de s'opposer aux prétentions de l'adversaire ce qui laisse supposer qu'ils relèvent des moyens dont dispose le défendeur. Le raccourci est simpliste et parfois erroné. (...). Par ailleurs, « une partie peut adopter successivement la posture de demandeur (principal) puis de défendeur (incident). Par définition, le demandeur principal ne peut se voir opposer la restriction "in limine litis" car cela lui interdirait de faire valoir des moyens de défense autres que des défenses au fond face à une demande incidente ou reconventionnelle » n°23.

l'illustre parfaitement : « *l'acte par lequel le défendeur, refusant de satisfaire à la prétention du demandeur, propose au juge des moyens, propres, s'ils sont établis à faire écarter la demande de façon plus ou moins définitive.* »²⁰⁴. Seulement, à l'analyse, l'exception de procédure s'associe très imparfaitement avec ces deux critères en dépit du fait qu'elle se trouve rangée par les rédacteurs du Code de procédure civile parmi les moyens de défense²⁰⁵. Il est donc permis de douter de cette qualification bien qu'elle procède d'une vieille tradition encore majoritairement défendue par la doctrine moderne. Sans doute doit-on repousser la qualification de moyen de défense car, d'une part, l'exception de procédure reste indifférente au rejet de la prétention adverse (section 1), finalité pourtant commune à tous les moyens de défense. Il sera établi d'autre part, que l'exception de procédure dans l'absolu n'est pas exclusivement réservée à une partie en position de défense (section 2).

SECTION 1 : L'INDIFFÉRENCE DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE AU REJET DE LA PRÉTENTION ADVERSE

55. « *Les moyens de défense ont une vocation commune de s'opposer aux prétentions de l'adversaire...* »²⁰⁶. Il en va autrement des exceptions de procédure, celles-ci ne s'opposent, ni ne visent le rejet des prétentions adverses. On constate à la lecture des dispositions du Code procédure civile que les exceptions de procédure ne visent pas le rejet de la prétention adverse, critère qui pourtant détermine tous les moyens de défense (§1). En cherchant alors la finalité des exceptions de procédure, on s'aperçoit très vite que nombre d'entre elles sont soulevées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (§2).

²⁰⁴ J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile, op. cit.*, n°84, p. 368

²⁰⁵ Le Code de procédure civile de 1806 évite d'ailleurs de présenter l'exception comme un moyen de défense.

²⁰⁶ X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *J-Cl, Pro. civ. Fasc. 134, 01, 2011, n°9* ; M. Douchy-Oudot, *Procédure civile, 5^e éd.*, Lextensoédition, n°187 : « *la défense consiste à s'opposer à la prétention de l'adversaire, à obtenir son rejet de la part du juge.* »

§1.- Le rejet de la prétention adverse, fonction commune à tous les moyens de défense

56. Certains auteurs voient dans la demande reconventionnelle un type particulier de demande permettant au défendeur qui la formule non seulement de faire rejeter la prétention de son adversaire mais également d'obtenir un tout autre avantage. Ils identifient ainsi dans la seule demande reconventionnelle à la fois une demande et une défense. Pour ces auteurs, les défenses ne se limitent pas aux seuls traditionnels moyens de défense. Pris dans ce sens, au sein des demandes figurerait une défense. Une telle conception loin d'emporter conviction doit être repoussée. Il convient donc d'établir une parfaite similitude entre défense et moyen de défense (A), avant de démontrer que seul le rejet de la prétention adverse détermine les moyens de défense (B).

A- La synonymie entre défense et moyen de défense

57. L'exception de procédure ne constitue pas un moyen de défense. A une telle affirmation, il peut être rétorqué que si elle n'est pas un moyen de défense, elle est tout au moins une défense. Cette dernière affirmation n'est non plus acceptable car « défense » et « moyen de défense » désignent une même réalité. La thèse consistant à établir une distinction entre les deux notions mérite donc d'être écartée. La distinction entre « défenses »²⁰⁷ et « moyens de défense »²⁰⁸ n'est pas toujours nette au regard de la confusion qu'entretient la doctrine autour des deux notions. Confusion qui tend d'ailleurs à qualifier certaines demandes de « défense ». Il faut d'abord exposer les termes de la confusion (1) avant de rejeter, pour la clarté du langage, toute distinction entre les deux notions (2).

²⁰⁷ Défense vient du latin *defendere*, qui signifie « repousser, écarter l'ennemi ». Défense vient donc du verbe *défendre* lui-même formé de (*de*) et d'un simple *fendere* dont le sens devrait être originellement « frapper, heurter » et qui ne s'est conservé que par ses composés.. V. A. Rey (Dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Robert, 2010

²⁰⁸ L'expression « moyen de défense » comme cela se donne à voir est un mot composé de moyen et de défense. Selon le dictionnaire historique de la langue française le mot « moyen » est substantivé du masculin de l'adjectif pour désigner ce qui sert à parvenir à une fin. Selon la même source, la défense a été introduit en droit pour désigner l'action de se défendre en justice, par métonymie les moyens employés défendre sa cause (1249) et ultérieurement, par une autre métonymie, concrète l'accusé et ses avocats (1851), symétrique à l'accusation ». V. pour plus de détail, A. Rey (Dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Robert, 2010

1- L'exposé des termes de la confusion

58. Il faut lever toute équivoque entre les expressions « *défense* » et « *moyen de défense* ». Cette dernière est d'apparition récente²⁰⁹. Elle était méconnue du Code de procédure civile de 1806 et surtout des anciens auteurs. Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir quelques écrits remontant au milieu du XXe siècle. L'expression est formellement intégrée au Code de procédure civile à l'issue de la réforme de 1975²¹⁰.

59. La doctrine ne semble pas unanime sur le point de savoir si les « *moyens de défense* » peuvent être assimilés aux « *défenses* ». Des travaux de la doctrine majoritaire, il ressort que les deux expressions doivent être prises pour synonymes. Cette conception se dégage clairement des propos de Jean Foyer et de Gérard Cornu : « *la défense, au sens large, est la contradiction à la demande, l'acte par lequel le défendeur, refusant de satisfaire à la prétention du demandeur, propose au juge des moyens propres, s'ils sont établis, à faire écarter la demande de façon plus ou moins définitive* »²¹¹. Et eux d'ajouter, « *il est équivalent de parler de défenses ou de moyens de défense* »²¹². Ils établissent ainsi une synonymie parfaite entre défenses et moyens de défense. Ils indiquent qu'« *il est d'usage d'en distinguer trois sortes, mais, d'après leurs résultats, on les regroupe volontiers en deux catégories* »²¹³. Ils proposent ainsi d'appréhender les défenses ou suivant leur nature ou suivant leur résultat. Ainsi suivant *leur nature*, ils opposent les défenses au fond qu'ils présentent comme des défenses stricto sensu aux exceptions qui regrouperaient les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir. D'après *leur résultat*, ils opposent les exceptions de procédure ayant un effet temporaire sur la procédure aux défenses au fond et aux fins de non-recevoir qui ont un résultat bien plus énergique²¹⁴. La notion de défense proposée par ses auteurs regroupe les défenses au fond, les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure. Il rejoint le sens proposé par le vocabulaire juridique publié sous la

²⁰⁹ A. Fisselier, *La défense en justice dans le procès civil*, thèse Rennes, 1979, n° 229. L'auteur précise en effet, que « *cette expression n'existait (...) pas dans le Code de procédure civile de 1806. Le code napoléonien n'avait pas dégagé ce terme synthétique et il se contentait d'une énumération analytique des règles de mise en œuvre des « exceptions » et des fins de non-recevoir* ».

²¹⁰ L'expression apparaissait déjà dans le décret du 20 juillet 1972 sous le titre II de la première partie intitulé : « *L'action et les moyens de défense* ».

²¹¹ J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile, op. cit.*, n°84, p. 368

²¹² En dépit du fait que Jean Foyer et Gérard Cornu présentent la demande reconventionnelle comme « *des défenses agressives* » V. J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile, op. cit.*, n°84, p. 374

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

direction de Gérard Cornu qui semble évincer la demande reconventionnelle. C'est à l'expression « moyen de *défenses* » que renvoie la défense²¹⁵. L'enseignement de Jacques Héron et M. Le Bars ne s'écarte pas de cette doctrine. C'est sous le titre très évocateur de « diversité des défenses » que Jacques Héron et M. Le Bars appréhendent les divers moyens de défense. Les termes utilisés par ces auteurs sont non équivoques. Après avoir rappelé que « *c'est la demande qui suscite la défense* »²¹⁶, ces auteurs soulignent que « *les défenses sont régies par les articles 71 à 126 du Code de procédure civile. La lecture de ces articles montre qu'il existe plusieurs sortes de défenses. Le Code cite successivement les défenses au fond, les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir* »²¹⁷. Critiquant cette répartition tripartite suggèrent plutôt une division bipartite²¹⁸. Ils proposent de distinguer, d'une part, les **défenses procédurales** qui regrouperaient les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir et d'autre part, les **défenses au fond**. Cette répartition ne fait aucune place aux demandes reconventionnelles envisagées comme des défenses ainsi que l'attestent les propos de ces auteurs : « *selon la proposition qui vient d'être effectuée, on essaiera de montrer qu'il n'existe que deux types de défenses : d'une part, les défenses au fond et d'autre part, les défenses procédurales qui regroupent les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir* ».

60. Dans le même ordre d'idées, M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand semblent eux aussi assimilés les « *moyens de défense* » aux « *défenses* »²¹⁹. Pour ces auteurs, « *on entend par défense l'acte par lequel est soumis au juge un moyen de défense* ». Aussi, ajoutent-ils, « *sous l'expression « moyens de défense », on regroupe tous les procédés qui permettent au défendeur de contrer les attaques dont il est l'objet par l'intermédiaire de la demande initiale. Ceux-ci se ramènent à trois, qu'il importe de distinguer soigneusement de la demande reconventionnelle* »²²⁰. Pour ces auteurs les « *défenses* » s'assimilent donc aux

²¹⁵ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V. Défense.

²¹⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, 131 : « *les défenses se présentant comme la suite presque naturelle des demandes, on est tenté d'établir entre elles une symétrie totale* ».

²¹⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, n°132. Ces auteurs critiquent cette répartition tripartite et suggèrent une répartition bipartite.

²¹⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 132. Ces auteurs soulignent qu' « *il est permis de douter du bien-fondé de cette division tripartite des défenses et de penser qu'il y a lieu de regrouper les deux dernières sortes de défenses dans la même catégorie des défenses procédurales* ».

²¹⁹ C'est sous le titre « *Les défenses* » que ces auteurs abordent les différents « *moyens de défenses* » V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°316

²²⁰ *Ibid.*

moyens de défenses mais se distinguent de la « *demande reconventionnelle* ». Ils soulignent cependant le caractère parfois hybride de certaines demandes reconventionnelles « *en ce sens qu'elles visent à la fois à faire rejeter la demande initiale (...) et à faire reconnaître un avantage distinct (...)* ». Au soutien de leurs propos, ils indiquent que les demandes reconventionnelles illustrent « *l'adage populaire selon lequel la meilleure défense serait l'attaque* » car ajoutent-ils « *elles mêlent les deux fonctions de contre-attaque et de défense* »²²¹.

61. Certains auteurs soutiennent que les moyens de défense vont au-delà de ceux qui sont limitativement énumérés par le Code de procédure civile. Dans ce sens, M. M. Fisselier qui semble établir une synonymie entre « défenses » et « moyens de défense »²²², relève le caractère insuffisant des moyens de défense présentés dans le Code de procédure civile. Il propose alors de distinguer les « *moyens de défense actifs* » des « *moyens de défense passifs* ». Les premiers selon l'auteur regrouperaient les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir et les défenses au fond tandis que les seconds les demandes reconventionnelles et l'appel incident²²³. L'auteur justifie sa proposition en indiquant que « *les moyens de défense passifs ont pour seul but de faire échouer la demande de l'adversaire* »²²⁴ alors que « *les moyens de défense actifs ont pour but de permettre à un plaideur en position de défense de riposter activement en contre-attaquant* »²²⁵.

62. Dans ce sens, plusieurs auteurs avaient précédé M. Fisselier. Ainsi, Henry Solus affirmait qu'« *à l'action du demandeur, le défendeur peut résister de plusieurs façons, utiliser deux tactiques. Il peut, d'une part, se défendre de façon en quelque sorte négative, n'ayant d'autre but que de faire échouer la demande ; il opposera alors au demandeur ou bien des défenses au fond, ou bien des exceptions, ou bien des fins de non-recevoir. Mais il peut aussi, et d'autre part, se défendre de façon en quelque sorte positive, c'est-à-dire se défendre en attaquant ; il formera alors une demande reconventionnelle. Chacun de ces moyens de*

²²¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°304

²²² A. Fisselier, *La défense en justice dans le procès civil*, thèse Rennes, 1979, n°228 s. L'auteur après avoir relevé l'insuffisance du critère formel de moyens de défense proposé par les rédacteurs du Code de procédure civile, suggère d'y ajouter un critère matériel tenant compte du but recherché par ces moyens c'est à dire leur finalité. C'est donc en prenant en compte ce second critère qu'il propose d'y ajouter la demande reconventionnelle et l'appel incident.

²²³ A. Fisselier, *La défense en justice dans le procès civil, thèse préc.*, n° 232.

²²⁴ A. Fisselier, *La défense en justice dans le procès civil, thèse préc.*, n°233.

²²⁵ A. Fisselier, *La défense en justice dans le procès civil, thèse préc.*, n° 234.

défense fera l'objet d'un paragraphe »²²⁶. Cet auteur propose deux sens au mot défense, un sens large et un sens strict²²⁷. Un sens large comprenant « *les moyens divers à l'aide desquels le défendeur s'oppose à l'action du demandeur, soit qu'il conteste le fond du droit, soit qu'il invoque un vice de forme, soit qu'il prenne à son tour l'offensive.* »²²⁸. Il suggère dans ce sens, d'étendre la notion « *aussi bien aux moyens de défense négative qu'aux moyens de défense positive, aux demandes reconventionnelles* »²²⁹. Dans un sens strict, l'auteur indique que, la défense doit être prise comme un « *moyen proposé par le défendeur pour établir directement que la prétention du demandeur est injuste et mal fondée, en un mot pour démontrer que le droit lui-même qu'invoque le défendeur n'existe pas.* »²³⁰. Et à lui de préciser qu' « *on dit en cette circonstance, qu'il s'agit d'une défense au fond* »²³¹.

63. Ces idées sont partagées par Henry Motulsky pour qui « *le terme générique "moyens de défense" comporte quatre catégories, dont les trois premières correspondent à la trilogie procédurale : régularité, fond, droit d'action et la 4^{ème} la demande reconventionnelle* »²³². Pour cet auteur, les exceptions de procédure, les défenses au fond, les fins de non-recevoir et les demandes reconventionnelles constituent des moyens de défense et il n'y a pas lieu de distinguer entre « *moyens défense* » et « *défenses* ». L'auteur propose de distinguer, trois catégories de demandes reconventionnelles : « *celles qui tendent à la compensation judiciaire, qui constitue une défense à la demande principale (nullité, pour éviter le paiement), les demandes en dommages-intérêts pour préjudice résultant de la demande principale, les demandes reconventionnelles par connexité (critère assez strict).* »²³³. Pour ces auteurs, les expressions « *moyens de défense* » et « *défenses* » sont synonymes mais, la liste du Code de procédure civile n'est qu'indicative.

64. Une doctrine minoritaire conduite par MM. Cadiet et Jeuland propose cependant de distinguer les « *moyens de défense* » des « *défenses* ». Pour ces auteurs, la catégorie des défenses serait plus large que celle des moyens de défense. Celle-ci comprendrait tous les

²²⁶ H. Solus, *Droit Judiciaire privé, Cours licence 3^{ème} année, 1959-1960, spéc.102*

²²⁷ H. Solus, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, pp. 102 : « *La terminologie de la procédure présente souvent des obscurités qui proviennent de sa grande pauvreté. Le même mot est pris dans des acceptions différentes ; on lui donne un sens large, parfois un sens étroit ; tel est spécialement le cas en ce qui concerne le mot **défense** ».*

²²⁸ H. Solus, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, pp. 103-104

²²⁹ *Ibid*

²³⁰ *Ibid*

²³¹ *Ibid.*

²³² H. Motulsky, *Droit processuel*, éd. Montchrestien, p. 95

²³³ H. Motulsky, *Droit processuel*, éd. Montchrestien, p. 101

moyens de défense à laquelle, il faut ajouter celle des demandes reconventionnelles. L'observation de MM. Cadiet et Jeuland au sujet de la demande reconventionnelle illustre parfaitement cette conception : « *cette défense est une demande et non un moyen de défense* »²³⁴. On peut donc traduire que pour ces auteurs les expressions « moyens de défense » et « défenses » ne sont pas synonymes. On peut retenir d'une telle conception, que *tout moyen de défense est une défense mais toute défense n'est pas un moyen de défense*. En d'autres termes, certaines défenses sont des « demandes » et d'autres des « moyens de défense ». Pour cette doctrine, au sein de la catégorie des demandes figurerait une défense, la demande reconventionnelle²³⁵, définie par l'article 64 du Code de procédure civile comme « *une demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ». Le lexique des termes juridiques publié sous la direction de MM. Guinchard et Debard retient également ce sens assez large du mot *défense* : « *on entend par « défense » tous les moyens qui permettent au défendeur de riposter à l'attaque en justice dont il est l'objet* »²³⁶. Il en fournit quelques exemples : la défense au fond, la demande reconventionnelle, l'exception de procédure et la fin de non-recevoir. La présence des demandes reconventionnelles au sein de la catégorie des défenses est largement partagée par la doctrine.

2- Rejet de la thèse de la distinction

65. En observant que « *la notion de demande reconventionnelle n'est pas aussi simple qu'il y paraît* », M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand veulent traduire toute la subtilité qu'il y a parfois à distinguer la « *demande reconventionnelle* » de la « *défense au fond* » qui

²³⁴ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°466 ; voir en sens contraire un autre auteur qui parle plutôt de moyen de défense, B. Rolland, *Procédure civile*, 3^e éd., Studyrama, 2013, p. 290 : « *la demande reconventionnelle constitue bien une demande du point de vue procédural, qui entraîne les effets d'une demande en justice (interruption de prescription, etc), mais sur le fond c'est un moyen de défense* »

²³⁵ A. Delahaye, *Des demandes reconventionnelles*, thèse Caen, 1898 : « *elle apparaît au début du droit romain aussitôt que la procédure commence à se dégager du formalisme qui l'enserme ; sa trace se retrouve alors dans toute dans l'histoire des institutions de droit : le droit canonique développe son champ d'action et permet de l'exercer chaque fois qu'un défendeur voudra opposer une prétention rivale à celle de son adversaire* »

²³⁶ S. Guinchard et Th. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., Dalloz, 2014-2015. V. *Défense*

comme son nom l'indique est une défense²³⁷. La première de ces notions est définie par l'article 64 du Code de procédure civile comme « *la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ». Cette définition présente un double avantage. Elle rappelle, d'une part, la vocation commune de tous les moyens de défense : *le rejet de la prétention adverse et d'autre part, celle de toutes les demandes : la recherche d'un avantage. Même si, le rejet de la prétention adverse peut aussi s'analyser comme la recherche d'un avantage, on ne doit donc comprendre à travers la formulation de l'article 64 du Code de procédure civile la poursuite simultanée des deux objectifs. Cette disposition semble rappeler que « le rôle normal du défendeur consiste à défendre »²³⁸, mais aussi qu'il peut bien arriver qu'au lieu de se défendre, le défendeur formule une prétention au moyen d'une demande reconventionnelle. La recherche d'« un avantage » constitue donc une alternative « au rejet de la prétention de l'adversaire ». La demande reconventionnelle est une « demande » formulée par le défendeur et la défense au fond est une « défense » ainsi que son nom l'indique. L'expression « *défense au fond* » qui revient à dire défendre sur le fond du droit²³⁹, traduit bien qu'on peut également défendre sur tout autre terrain, celui de la procédure par exemple²⁴⁰. Admettre que la demande reconventionnelle constitue une « défense » reviendrait à admettre qu'il existe plusieurs moyens de se défendre au fond : les « *défenses au fond* » et les « *demandes reconventionnelles* ». Car c'est bien sur le terrain du fond du droit que ces dernières opèrent. Le critère de la demande reconventionnelle comme l'indiquent M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand « *c'est la recherche d'un autre avantage**

²³⁷ S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile, Hypercours*, Dalloz, 3^e éd. n°1120. Ces auteurs observent que « *la demande reconventionnelle mêle deux fonctions de défense et d'attaque, ce qui brouille un peu sa physionomie* ».

²³⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°117.

²³⁹ R. Perrot, *Droit judiciaire privé, Les cours de droit*, Paris, 1981, p. 94 : « *Ainsi entendue, l'expression "défense au fond" a une signification technique très précise. La remarque est d'autant plus nécessaire que parfois le mot "défense" est utilisé pour désigner indifféremment tous les moyens par lesquels le défendeur résiste à la demande de son adversaire. On évitera toute ambiguïté en prenant soin d'ajouter que le moyen de défense dont il s'agit est une défense au "fond" étant destinée à bien marquer que ce moyen de défense a uniquement pour objet de s'attaquer au fond du droit lui-même* ».

²⁴⁰ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°132 : « le code cite successivement les défenses au fond, les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir. Il est permis de douter du bien-fondé de cette division tripartite des défenses et de penser qu'il y a lieu de regrouper les deux dernières sortes de défenses dans la même catégorie des défenses procédurales. V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°316 : « ...un auteur a déjà posé un jalon en proposant une classification dualiste des défenses, qui opposerait les défenses au fond aux « défenses procédurales ».

distinct »²⁴¹ et non le rejet de la prétention adverse. Ainsi, le rejet de la prétention adverse n'est pas un critère de la demande reconventionnelle. On peut donc admettre avec ces auteurs, que « *lorsque le défendeur n'ajoute rien au rejet de la prétention adverse, il y a simplement défense au fond. Pour qu'il y ait demande reconventionnelle, il faut que celui qui la présente vise à «obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* » »²⁴². Et comme le rappellent MM. Cadiet, Normand et Mme Amrani-Mekki, « *le Code de procédure civile considère les demandes reconventionnelles comme des demandes à part entière, autonomes* »²⁴³. Même constat chez Roger Perrot qui souligne qu' « *elle est d'abord et fondamentalement une demande en justice ayant son objet propre qui ajoute la prétention du défendeur à celle déjà présentée par le demandeur* »²⁴⁴.

66. Ernest Glasson et Albert Tissier enseignent par contre que le rejet de la prétention a été pendant longtemps le critère de la demande reconventionnelle au point où leur recevabilité était appréciée au regard de leur capacité à constituer un moyen de défense à la demande principale²⁴⁵. Ces auteurs rappellent aussi que les demandes reconventionnelles peuvent exister « bien qu'elles ne soient pas des défenses » à la demande principale. Ils ajoutent à ce propos que « *c'est bien certainement à tort qu'un arrêt déclare que toute demande reconventionnelle est une défense à la demande reconventionnelle.* »²⁴⁶.

²⁴¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°304.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, n°230, p. 789.

²⁴⁴ R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.* p. 103 : l'auteur remarquera en outre qu'«*elle peut en certaines circonstances jouer le rôle d'un moyen de défense. Lorsque par exemple, le débiteur assigné en exécution d'un contrat demande reconventionnellement la nullité de ce contrat, il est bien évident que s'il obtient gain de cause sur ce point, il fait disparaître le droit du créancier : par cet aspect, la demande reconventionnelle s'apparente à une défense au fond*». Adde, A. Delahaye, *Des demandes reconventionnelles*, , *op. cit.*, : p.3 « *qu'est ce que la demande reconventionnelle ? C'est la demande formée par le défendeur* ». V. aussi E. Bonnier, *Eléments de procédure civile*, Paris, 1853, n°713 : « la reconvention n'avait pas lieu si elle ne dépendait de l'action, c'est-à-dire si elle n'avait avec elle une étroite connexité. Le Code ne s'est exprimé sur ce point qu'en cause d'appel ; il n'admet alors les demandes nouvelles du défendeur **qu'elles constituent une défense à l'action principale** ».

²⁴⁵ E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., t. I, Sirey, 1925 n°238 : « On finit par n'exiger qu'une seule condition, à savoir que la reconvention put servir à repousser la demande principale. On admit donc comme demandes reconventionnelles toutes les demandes en liquidation et en compensation de dettes non liquides, toutes demandes en liquidation et en compensation de dettes non liquides, toutes demandes servant de défenses à la demande principale ». V. par ailleurs p. 609 : « *c'est bien certainement à tort qu'un arrêt déclare que toute demande reconventionnelle est une défense à la demande principale* ».

²⁴⁶ E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., T. 1, Sirey, 1925, n°239, p. 609 : « il en est qui ne sont pas des défenses à la demande principales,

67. Dans la pureté des expressions, la demande reconventionnelle n'est pas une défense. Elle est une demande même si parfois, la distinction entre les deux notions peut paraître très difficile²⁴⁷. Doivent en définitive, être entendus comme défenses, les seuls moyens qui ont pour vocation première le rejet de la prétention adverse, tel n'est pas à priori l'objet des demandes reconventionnelles. Sous ce prisme, il n'y a aucune distinction possible entre « défense » et « moyen de défense ». Les deux expressions doivent donc être prises pour synonymes. Cette clarification est importante car dans la suite ces expressions seront utilisées invariablement sans que leur sens ne soit dévoyé.

B- La détermination des moyens de défense par le rejet de la prétention adverse

68. En droit classique comme on le verra, l'exception de procédure était distinguée de la défense. Cette dernière était présentée par les anciens auteurs comme ce qui pouvait détruire l'action, en d'autres termes, permettre au plaideur d'obtenir *le rejet de la prétention* formulée par son adversaire²⁴⁸. Ce critère qui semblait déterminer les anciens auteurs à exclure l'exception de procédure de la catégorie des défenses, apparaît aujourd'hui encore en droit moderne comme un critère déterminant dans l'identification des défenses. C'est donc pour s'en convaincre, qu'il convient de revenir sur la perception de la défense dans la doctrine classique(1) avant de rechercher le critère qui fonde la notion de défense en droit moderne (2).

mais qui sont connexes à celle-ci, notamment si elles proviennent du même contrat ou du même fait invoqué par le demandeur. Elles peuvent être présentées comme demandes reconventionnelles, mêmes si elles n'ont pas le caractère de défense (...) le demandeur aussi bien que le défendeur, peut former une demande connexe à la demande primitive dirigée contre lui, et la porter devant le même tribunal, afin que les deux demandes soient instruites et jugées ensemble ; il peut le faire sous forme de demande reconventionnelle, dans les cas surtout où sa demande se rattache au même contrat ou au même fait qui sert de base à l'action du demandeur. Et cela était déjà le cas dans notre ancien droit ».

²⁴⁷ V. *infra* n°151

²⁴⁸ R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Sirey, n°357 : « Par la défense, le défendeur se contente de combattre la prétention du demandeur, par exemple en niant l'existence de la dette ou en soutenant que le préjudice qu'on lui impute ne s'est pas produit par sa faute. Si la défense est accueillie, le demandeur sera débouté, mais ce sera le seul résultat qu'obtiendra le défendeur ».

1- La perception de la défense dans la doctrine classique

69. La défense en tant que moyen visant le rejet de la prétention adverse était déjà perceptible dans la doctrine classique. Ainsi, l'idée suivant laquelle l'exception de procédure n'est pas une défense, était largement partagée par cette doctrine²⁴⁹. Les auteurs du milieu du XIXe siècle, n'établissaient aucune similitude entre exceptions de procédure et défenses, comme l'attestent ces propos relevés chez Pierre Boncenne : « *dans le langage de la procédure on distingue les exceptions des défenses* »²⁵⁰. Ces propos illustrent parfaitement la conception que les anciens auteurs se faisaient de l'exception de procédure et partant des défenses. Pour ces auteurs donc, l'idée de défense était intimement associée au « *rejet de la prétention adverse* », et c'est ce qu'on peut lire chez cet auteur, pour qui, les défenses n'ont qu'une seule et même finalité : détruire l'action²⁵¹. Ainsi, pour l'auteur et la plupart des anciens, les défenses ayant pour but soit de « *faire déclarer l'action mal fondée* », soit de la « *faire déclarer non recevable* », il n'y avait pas de place pour une troisième catégorie. L'idée de défense chez les anciens auteurs, du moins, les plus représentatifs de cette époque, se résumait aux « *défenses au fond* » et aux « *fins de non-recevoir* » et se confondait au seul rejet de la prétention adverse. Pour ces auteurs donc l'exception de procédure ne constituait pas une défense. C'est ce qu'on pouvait lire chez Boitard et Colmet Daâge pour qui

²⁴⁹ Les exceptions chez les anciens auteurs étaient opposées aux défenses. V. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier, Traité de procédure civile*, T. vingt quatrième : « *Le terme de défenses est général et comprend tout ce que l'on peut opposer contre une demande ; (...). Dans une signification plus spéciale, on entend par défenses, les moyens qui attaquent le fond de la demande ; qui tendent à soutenir qu'elle n'est pas juste, qu'elle n'est pas fondée* ».

²⁵⁰ P. Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, Soc, typographie belge, Bruxelles, 1939, T. 1^{er}, pp. 20 et 21 ou chez R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1932, Sirey, 2^e éd. 1949, n°52, pp. : « *...la fin de non-recevoir tient tout à la fois à la défense en ce qu'elle aboutit à l'échec définitif de la demande et de l'exception en ce qu'elle ne contredit pas la demande au fond* » ; V. A. Delahaye, *Des demandes reconventionnelles*, thèse précit., p. 15 : « *les avantages qu'elle présente sont certains, tant dans l'intérêt des justiciables, dans celui de la justice elle-même : d'abord la réunion en une seule instance de deux litiges dont l'un découle de l'autre réunion, avec toutes ses conséquences de célérité, d'économie, de frais et de temps. Et c'est l'intérêt de la justice que de permettre au juge d'examiner ainsi les deux prétentions rivales, avec ce qu'elles comportent de bonne ou de mauvaise foi.* » ; Adde H. Solus, *Droit judiciaire privé*, op.cit., p. 105 : « *On voit que c'est à de multiples points de vue qu'il y a un intérêt pratique à distinguer les défenses des exceptions. C'est pourquoi il ne faut point proposer pour modèle ni la terminologie de nos codes (voir les articles 1208 et 2038 du Code civil qui confondent les uns et les autres), ni davantage le langage courant des praticiens et des jurisconsultes. Ne dit-on pas couramment l'exception de chose jugée (alors qu'il s'agit bien d'une défense au fond ou tout au moins d'une fin de non-recevoir), ou encore "le juge de l'action est juge de l'exception" alors qu'il s'agit ici non pas d'exception mais de défense. Et ainsi font également les civilistes quand ils parlent d'exception de jeu, d'exception de compensation ou de prescription.*

En réalité, cette confusion que les codes et les jurisconsultes commentent si souvent provient de l'origine de l'exception ».

²⁵¹ P. Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, op. cit., pp. 20-21

« l'exception bien différente des défenses proprement dites, ne tend point à nier, à combattre la prétention du demandeur... ».

70. Ces idées se trouvent également développées chez Philibert Duchesneau en ces termes : « l'exception ne se confond pas avec la défense »²⁵². Cette même conception de la défense a traversé les âges, comme on peut le relever chez René Morel : « on appelle défense l'acte par lequel le défendeur s'oppose à la prétention du demandeur et conclut à son rejet »²⁵³. Les exceptions tendent comme le souligne Pierre Boncenne à « faire suspendre la marche de la procédure, à en différer les effets, telles sont les exceptions dilatoires, ou à la faire déclarer nulle, si quelques formes prescrites ont été négligées, telles sont les exceptions de nullité ; ou à faire renvoyer l'affaire devant un autre tribunal, telles sont les exceptions déclinatoires ». Et à Boitard et Colmet Daâge de conclure que : « Les exceptions ont toujours pour objet d'empêcher ou de retarder l'instance ; elles ne s'attaquent pas au fond du droit, et **en cela elles diffèrent des défenses par lesquelles le défendeur conteste, en totalité ou en partie la prétention même de son adversaire.** »²⁵⁴. Voilà ainsi résumée la perception de la défense dans la doctrine classique. Il faut maintenant rechercher le critère retenu par la doctrine moderne.

2- Le critère de la défense en droit moderne

70. Le Code de procédure civile a fait du rejet de la prétention adverse la finalité commune à toutes les défenses. C'est du moins l'idée générale qui se dégage à la lecture des différentes définitions consacrées aux défenses²⁵⁵. Comme si les rédacteurs du code avaient volontairement choisi un tel critère (a). Le rejet de la prétention est également le critère qui

²⁵² Ph. Duchesneau, *Des exceptions, thèse préc.*, p.4

²⁵³ R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2 éd., Sirey, n°46 : « il nous faut constater tout d'abord une grande imprécision dans la terminologie. Il est fréquent que, dans le langage des auteurs et du législateur, les mots défenses et exceptions soient pris comme synonymes (...) : « Le juge de l'action est juge de l'exception. Malgré cette confusion des deux termes qui est fréquente en droit civil, la procédure distingue traditionnellement l'exception et la défense : c'est ainsi que le Code de procédure consacre un titre spécial aux exceptions et que dans certains textes (...), il oppose l'exception à la défense ».

²⁵⁴ Boitard, C. Daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile, op. cit.*, n°342

²⁵⁵ X. Marchand et A. Pivet, *fasc. cit.* n°7 : « La défense ne s'entend, en effet, que dans l'action de s'opposer à une prétention formulée contre soi ».

détermine la jurisprudence à retenir des moyens de défense au-delà de ceux consacrés par le code (b).

a- Un critère retenu par les rédacteurs du Code de procédure civile

71. L'exception de procédure est rangée par les rédacteurs du Code de procédure civile parmi les moyens de défense. Pourtant la lecture attentive des dispositions du code conforte l'idée qu'elle n'en est pas un. L'exception de procédure apparaît en effet, comme un intrus dans la catégorie des moyens de défense. On peut remarquer aux termes des articles 71 et 122 du Code de procédure civile que seules, la fin de non-recevoir et la défense au fond se définissent par rapport à la prétention adverse²⁵⁶. Il en va autrement de l'exception de procédure. A la différence des deux dispositions précitées, la définition de l'exception de procédure proposée à l'article 73 du Code de procédure civile ne renvoie ni à la prétention, ni à la partie adverse. Au regard de ce constat, il n'est donc pas osé de prétendre que seules la fin de non-recevoir et la défense au fond constituent des moyens de défense. L'alinéa 2 de l'article 30 du Code de procédure civile en donne une parfaite illustration. En effet, l'action du défendeur y est définie comme « ...le droit de discuter le bien fondé de cette prétention »²⁵⁷. Cette définition ne semble envisager que ces deux moyens de défense²⁵⁸, contrairement à la doctrine majoritaire qui y voit exclusivement une défense au fond²⁵⁹. « Discuter le bien fondé d'une prétention », c'est vérifier d'abord, si le demandeur a le droit

²⁵⁶ Rapprocher les articles 71 et 122 du Code de procédure civile

²⁵⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°47 : « dans un souci d'harmonie, les auteurs sont obligés de s'inspirer, pour la définition de la défense, de celle retenue à titre « officiel » pour la demande et de se référer au droit d'être entendu sur le fond, **ce qui revient à réduire la notion de défense aux seules défenses au fond. Or à côté des défenses au fond, existent aussi des exceptions de procédure et les fins de non-recevoir. La définition est donc incomplète.** » ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n° 98 : « toutefois d'un point de vue théorique, la définition du droit d'action telle qu'elle est donnée par le Code pour le défendeur est excessivement restrictive. En effet contrairement à ce qu'indique l'article 30, la faculté d'agir du défendeur ne s'exerce pas seulement dans le cadre restreint défini par le bien fondé même la demande formulée par le demandeur ».

²⁵⁸ *Parlant des fins de non-recevoir et des défenses au fond.* » L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., 80, spéc. pp. 320-321

²⁵⁹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 478, pour ces auteurs « C'est la défense au fond qu'évoque l'article 30 du Code de procédure civile quand il définit l'action, du côté du défendeur, comme le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention. »

de la former²⁶⁰. Le défaut d'un tel droit²⁶¹ est sanctionné par l'irrecevabilité de la prétention soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir. Lorsque l'amant demande en justice le divorce d'une femme mariée avec laquelle elle projette le remariage, le bien fondé d'une telle prétention ne doit pas être seulement appréhendée sur le fond de la demande, il sera aussi recherché si la loi lui accorde un tel privilège. Lorsqu'on reçoit une assignation, le moins que l'on puisse faire, c'est vérifier si le demandeur est fondé à émettre une telle prétention en justice. « *La défense procédurale la plus forte est (...) la fin de non-recevoir* »²⁶² et c'est d'abord à elle que renvoie l'alinéa 2 de l'article 30 du Code de procédure civile. Une fois, le droit de soumettre la prétention reconnu, suivra la discussion. A cette occasion, le défendeur pourra soulever ses défenses au fond. Les fins de non-recevoir et les défenses au fond sont les seules armes permettant à l'adversaire de discuter le bien fondé de la prétention.

72. En second lieu, le résultat auquel aboutit ces deux moyens de défense (fin de non-recevoir et défense au fond) est le même : le rejet de la prétention adverse. Les fins de non-recevoir, comme on peut l'observer, regroupent les moyens destinés à faire « rejeter la prétention »²⁶³ sans examen au fond. Il s'agit donc d'une décision de rejet. La seule différence est que le rejet intervient dans un cas sans examen au fond et dans l'autre après examen au fond. Les deux moyens de défense poursuivent donc un même résultat, soit la

²⁶⁰ Certains auteurs ont une approche très différente, ainsi dans un passage intitulé critique d'une définition trop restrictive de l'action du défendeur M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand soulignent que : « ... contrairement à ce qu'indique l'article 30, la faculté d'agir du défendeur ne s'exerce pas seulement dans le cadre restreint défini par le bien-fondé même de la demande formulée par le demandeur. Elle vaut aussi pour toutes les prétentions que le défendeur lui-même pourrait soulever, en vertu des dispositions légales : lorsqu'il prétend que la demande n'est pas fondée en droit, mais aussi lorsqu'il prétend que le demandeur n'est pas recevable à agir ou qu'il ne respecte pas les règles procédurales qui entourent la demande en justice. Lorsque le défendeur soulève une exception de procédure en invoquant l'irrégularité de la demande, il soulève en effet une prétention relative au caractère non régulier de la demande. L'action du défendeur peut ainsi avoir des objets variables : bien-fondé de la prétention du demandeur au regard du droit litigieux, mais aussi contestation du *respect des règles relatives à l'intérêt ou la qualité d'agir, ou encore relatives à la régularité de la procédure* ». V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°98

²⁶¹ Le droit d'agir du défendeur, que MM. Cadiet et Jeuland appellent le droit d'être d'entendu. V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, 318

²⁶² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°65

²⁶³ Les rédactions du Code de procédure civile ont utilisé le mot demande dans la formulation de l'article 122. M. Block dénonce cet emprunt. Il précise qu' « en réalité le mot « demande » est ici utilisé dans le sens de « prétention » comme H. Motulsky l'a précisé, il existe une confusion entre « prétention » et « demande ». Pour plus de développement V. G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruylant, LGDJ 2002, p. 53. Nous ne partageons pas cette confusion de la demande et de la prétention, mais pour tenir compte du manque de rigueur des rédacteurs du Code, cette confusion sera acceptée dans certains contextes, notamment lorsque l'une des expressions est improprement utilisée.

mise hors de cause de l'adversaire ainsi que le relèvent Gérard Cornu et Foyer, « *défense au fond et fin de non-recevoir quand elles sont accueillies, (...) le résultat est identique, que le juge ait débouté le demandeur de sa prétention ou qu'il ait refusé de le recevoir : le procès est éteint et ne pourra être renouvelé sans s'opposer à la chose jugée.* »²⁶⁴. Le rejet de la prétention met en principe un terme définitif à la demande ainsi que le précise M. Cadiet : « *le justiciable (...) ne parvenant pas à convaincre le juge sur le bien-fondé de sa prétention, il s'expose à un jugement de débouté, partiel ou total sur les moyens de défense au fond, moyen de droit ou de fait. C'est une sanction définitive, sauf à ce qu'un autre juge en décide autrement à la suite de l'exercice d'une voie de recours contre le jugement prononcé* »²⁶⁵.

73. Les exceptions de procédure ne poursuivent pas une telle finalité. Il apparaît alors bien difficile d'admettre qu'un moyen de défense puisse poursuivre d'autres buts que le rejet de la prétention adverse. On dit souvent de l'exception de procédure, qu'elle constitue un moyen de défense parce qu'elle entrave provisoirement l'examen au fond de la prétention adverse²⁶⁶. Cette position est critiquable car on ne peut voir dans tout ce qui entrave l'examen de la prétention adverse un moyen de défense. A procéder ainsi, on risque de verser dans un excès. Il est donc possible d'affirmer à la suite de M. Block, que « *sous le vocable « les moyens de défense » on vise les différents moyens opposés par le défendeur pour repousser une attaque dirigée contre lui par le demandeur* »²⁶⁷.

74. Les rédacteurs du code retiennent également le rejet de la prétention adverse comme critère de distinction entre les demandes et les défenses. La rédaction de l'article 64 du Code de procédure civile en est une illustration. En effet, aux termes de cette disposition, « *constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* ». On conviendra que la partie la plus importante de cette définition est bien d' « obtenir un avantage autre que le simple *rejet de la prétention de l'adversaire* »²⁶⁸. Deux idées s'en

²⁶⁴ J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile, op. cit.*, p. 370. : « *D'après les résultats qu'ils produisent lorsque le juge y fait droit, ces trois moyens se réduisent, dit-on, à deux. L'exception de procédure s'oppose à un groupe comprenant défense au fond et fin de non-recevoir* ».

²⁶⁵ L. Cadiet « la sanction et le procès » in *Mél. J. Héron*, LGDJ, 2008, p. 125 et s. spéc. 129.

²⁶⁶ « *En droit français actuel, toutes exceptions de procédure n'aboutissent qu'à un arrêt momentanément de la procédure...* ». V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 31.

²⁶⁷ G. Block, *Les fins de non-recevoir*, thèse préc., n° 31

²⁶⁸ V. *supra* n°64.

dégagent. D'une part, le législateur présente l'objet de la défense comme « *le simple rejet de la prétention adverse* »²⁶⁹, d'autre part, le défendeur outre l'intérêt qu'il a au rejet de la prétention adverse peut, par le truchement de la demande reconventionnelle, soumettre au juge une prétention distincte²⁷⁰. La doctrine décrit cette situation par une belle formule, « *la meilleure défense est l'attaque* »²⁷¹. La définition de la demande reconventionnelle a été encore l'occasion pour les rédacteurs du Code de procédure civile de rappeler l'objet de toute défense. La demande reconventionnelle se définit donc à partir de son objet, « *obtenir un avantage* » *autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire*. Mais parfois cet autre avantage recherché se confond au simple rejet de la prétention entraînant une forte assimilation de la demande reconventionnelle à un moyen de défense²⁷².

b- Un critère affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation

75. Le simple rejet de la prétention, c'est ce qui détermine la Cour de cassation à voir dans certaines demandes de purs moyens de défense. L'illustration en est donnée par une décision. Ainsi, la cour de cassation n'a pas hésité à voir dans certaines demandes reconventionnelles de purs moyens de défense. Cette solution a été retenue, dans des hypothèses où l'objet de certaines demandes était confondu au simple rejet de la prétention adverse. Ce cas s'observe dans des espèces où « *le défendeur invoque la nullité pour se soustraire de l'obligation d'exécuter le contrat, sans inviter le juge à se prononcer en bonne et due forme sur cette nullité et à en tirer les conséquences* »²⁷³. On s'est alors demandé si le défendeur par un tel procédé invoquait une défense au fond ou une demande reconventionnelle. Les débats auxquels a donné lieu cette préoccupation semblent avoir pris

²⁶⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°117 : « *le rôle normal du défendeur consiste à défendre, c'est-à-dire obtenir le simple rejet de la prétention adverse* ».

²⁷⁰ *Ibid.* : « *En soumettant au juge une prétention allant au-delà du simple rejet de celle de son adversaire, il devient à son tour demandeur* ».

²⁷¹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°466 : « *le dicton ne prétend-il pas que la meilleure défense est l'attaque ?* » ; V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°304 : « *illustrant l'adage populaire selon laquelle la meilleure défense serait l'attaque, elles mêlent les deux fonctions de contre attaque et de défense* »

²⁷² V. *infra* 151.

²⁷³ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°304

fin avec l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 22 avril 2011²⁷⁴. La plus haute formation de la Cour de cassation a retenu la qualification de défense au fond dès lors que le défendeur en invoquant la nullité du contrat, n'a pas invité le juge à en tirer toutes les conséquences²⁷⁵, en sens contraire, le même moyen constitue une demande reconventionnelle²⁷⁶. Au-delà des enjeux liés à cette distinction, il ressort clairement qu'un moyen de défense a pour seul objet le rejet de la prétention adverse. Une solution identique a été consacrée par la Cour de cassation en matière de cautionnement²⁷⁷, notamment « *lorsqu'une caution invoque les fautes commises par une banque créancière qui a octroyé des crédits abusifs au débiteur principal : en l'absence de comportement relevant de l'article 2314 du Code civil, la caution ne peut échapper aux conséquences de son engagement qu'en obtenant des dommages et intérêts du créancier imprudent, lesquels se compenseront par sa propre dette* »²⁷⁸. Le qualificatif de moyen de défense est ainsi attribué à des demandes en raison de leur aptitude plus ou moins prépondérante à repousser la prétention adverse. Ces solutions sont diversement appréciées par la doctrine. Jacques Héron et M. Le Bars désapprouvent cette situation²⁷⁹. Ces auteurs observent en effet, qu' « *on regrettera, (...) que la Cour de cassation fasse parfois le choix de qualifier de défense au fond une demande reconventionnelle* »²⁸⁰. Cet avis n'est pas partagé par M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand²⁸¹.

²⁷⁴ Cass. ass. plén. 22 avr. 2011, n°09-16.008, *D.* 2011.1870, obs. X. Delpéch, note O. Deshayes et Y.-M. Laitier, *D.* 2012, p. 244, obs. N. Fricero ; *Rev. Sociétés* 2011. 547, note J. Moury ; *RTD civ.* 2011. 795, obs. Ph. Théry.

²⁷⁵ Arrêt précité.

²⁷⁶ Sur le plan pratique cette distinction présente deux conséquences. D'une part, alors que la présentation des demandes est enfermée dans le délai de prescription, les moyens de défense peuvent être présentés en tout état de cause sauf pour la première fois en cassation. D'autre part, lorsque le plaideur omet de présenter l'exception de nullité du contrat, il se heurterait dans le cadre d'une seconde première demande au principe de concentration des moyens posés par l'arrêt d'Assemblée plénière rendu le 7 juillet 2006. (Cass. ass. plén. 7 juil. 2006, Césaréo : *Bull. civ.* 2006, ass. plén., n°8 ; *JCP G* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *Procédures* 2006, repère 9, obs. H. Croze et n°201, obs. R. Perrot ; *Dr. et patrimoine* 2007, 113, obs. S. Amrani-Mekki ; *D.* 2006, 2135 note Weiller, *RTD civ.* 2006, 825, obs R. Perrot ; *Rev. huissiers* 2006, 348, obs. Fricero). Envisagée par contre comme une demande reconventionnelle la nullité du contrat sera reçue dans le cadre d'une nouvelle première demande si elle n'avait pas fait l'objet d'une autorité de la chose jugée lors de l'instance précédente.

²⁷⁷ Cass. mixte, 21 fév. 2003, *Bull. Mixte*, n°3, *JCP G* 2003, II, 10103, note Bouchard, *Procédures* 2003, n°118, note H. Croze ; Cass. Com. 26 octobre 1999, *Bull. Civ.* IV, n°182 ; Cass. Com 26 avril 2000, *Bull. Civ.* IV, n°80 ; Cass. Civ. 1re, 4 octobre 2000, *Bull. Civ.*, I, n° 233.

²⁷⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°136.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°304.

76. L'aptitude à repousser la prétention de l'adversaire a conduit également la Cour de cassation à retenir comme moyens de défense la méthode médicale dite des empreintes génétiques en matière de contestation de paternité²⁸².

77. Le rejet de la prétention adverse, c'est également ce qui a déterminé la Cour de cassation à qualifier de moyen de défense une assignation en intervention forcée adressée à la requête du défendeur initial aux fins d'éviter deux fois la condamnation au paiement d'une même somme, l'une en référé et l'autre au fond. M. Auclair en commentaire de cette décision a observé que « *l'action en intervention forcée qui vise à éviter un double paiement (...) tend indéniablement à faire rejeter comme non justifiée la prétention de l'adversaire* »²⁸³.

78. On observe à travers les cas évoqués que même pour la Cour de cassation le rejet de la prétention adverse est le critère de tout moyen de défense. Ce critère fait défaut aux exceptions de procédure qui par nature poursuivent un autre but. C'est ce qu'il convient à présent d'examiner.

§2.- Les exceptions de procédure dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice

79. Les exceptions de procédure, si elles ne poursuivent pas le rejet de la prétention adverse, ont une vocation commune. Elles répondent pour la plupart à des impératifs d'une bonne administration de la justice. Il en va ainsi de certaines demandes renvois (A) ou de suspensions dont seulement quelques unes seront examinées (B).

A- Les demandes de renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice

80. L'idée paraît difficile d'admettre que les exceptions de connexité et de litispendance puissent constituer des moyens de défense. Elles ne possèdent aucun attribut d'une défense. « *L'intérêt privé et l'ordre public souffriraient également si l'on pouvait soumettre une même question à deux tribunaux et risquer ainsi d'obtenir deux jugements*

²⁸² Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1994, *D.* 1994. 449, note Massip

²⁸³ Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, *JCP*, 2000, II, 10291, pp. 696 et s. note N. Auclair

contradictoires qu'il serait impossible d'exécuter simultanément. »²⁸⁴. C'est pour éviter qu'on aboutisse à un tel travers que la loi a permis que tout le contentieux soit concentré dans le cadre d'une même affaire devant une même juridiction. Ainsi, les renvois auxquelles, donnent lieu certaines exceptions de procédure sont dans le seul intérêt d'une bonne administration de la justice. A ce propos, il convient d'examiner successivement l'exception de connexité (1) et l'exception de litispendance (2).

1- L'exception de connexité

81. L'exception de connexité, un moyen de défense, cela paraît bien surprenant. On peut penser que ne disposant d'aucun autre moyen pour se défendre, le plaideur ait décidé de faire flèche de tout bois²⁸⁵. L'exception de connexité a son siège à l'article 101 du Code de procédure civile aux termes duquel « *s'il existe entre les affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction* ». La lecture de ce texte fait apparaître que le plaideur qui soulève une exception de connexité, agit dans « *l'intérêt d'une bonne justice* »²⁸⁶. On ne peut penser qu'il se défend en agissant dans l'intérêt de la justice ou qu'il agit dans l'intérêt de la justice en se défendant. Le vocabulaire juridique publié sous la direction du Doyen Cornu définit la bonne justice comme celle qui « *doit guider le juge* » dans la recherche des meilleures solutions à donner à des problèmes de procédure et de compétence afin que soient jugées dans le temps raisonnable qui convient des affaires ou des questions qui vont ensemble²⁸⁷. La bonne administration de la justice apparaît comme

²⁸⁴ Ph. Duchesneau, *Des exceptions de procédure, thèse préc.*, p. 19

²⁸⁵ V. *infra* n°379.

²⁸⁶ La doctrine utilise couramment l'expression « une bonne administration de la justice » qui lui est tout de même synonyme. L'usage de l'expression complète « souci d'une bonne administration de la justice » n'est pas moins fréquent ou encore « garantie d'une bonne justice ». V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF. 2010, n° 36 ; 109 ;132 ;154 ;155 ;159 ;186 ;189 ;206 ;207 ;220 ; 231 ;239 ; 281 ; 292

²⁸⁷ La bonne administration de la justice doit présider à tous les actes d'administration judiciaire avec lesquels elle ne doit pas cependant être confondue. Le législateur sans définir les mesures d'administration judiciaire dit d'elles qu'elles ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles ont pour objet le bon fonctionnement du service public de la justice, elles assurent le bon déroulement de l'instance. Ainsi, par une mesure d'administration judiciaire, « ...le juge agit dans l'intérêt du service public de la justice, il en assure le bon fonctionnement ».

une dette pour l'Etat et une devise pour le juge²⁸⁸. On constate bien que la bonne administration de la justice²⁸⁹ est plus une obligation pour l'Etat et pour le juge qu'elle ne l'est pour le plaideur. « *Cette notion, d'une grande souplesse, confère (...) un réel pouvoir discrétionnaire* »²⁹⁰ au juge. L'exception de connexité soumet d'ailleurs au juge une question de fait laissée donc à son souverain pouvoir²⁹¹. Ainsi, lorsque le plaideur soulève une exception de connexité, il cherche à faire éviter à la justice, le prononcé de deux décisions « *difficilement conciliables entre elles* »²⁹² dans des affaires présentant un lien de connexité²⁹³. Loin de se défendre, il agit à titre préventif contre le risque d'une contrariété de décisions à laquelle pourrait conduire la décision rendue par chacune des juridictions saisies. Le plaideur formule sa demande sans savoir si la contrariété de jugements sera ou non à son avantage. La contrariété de jugements n'a pas un vain sens en droit judiciaire, ce qui justifie que le législateur lui ait consacré deux dispositions du Code de procédure civile. Elle constitue un cas d'ouverture du pourvoi en cassation²⁹⁴. Elle est censurée par la Cour de cassation et les mesures visant en amont à éviter une situation aussi malencontreuse doivent être promues, encore davantage lorsque ce sont les plaideurs qui y contribuent. Le plaideur qui soulève une exception de connexité agit dans l'intérêt d'une bonne justice, l'acte ainsi posé n'est pas au détriment de son adversaire. Cette possibilité de se substituer

²⁸⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF la bonne justice est « le bienfait attendu du service de la justice, dette de l'Etat, devise du juge ». C'est « celle qui est dans le jugement, lorsque la solution qu'il donne au litige est fondée en vérité, droit et équité. »

²⁸⁹ La notion d'origine est règlementaire (art.89, 101, 568 du Code de procédure civile a été reprise dans plusieurs décisions de la Cour de cassation. Cass. 1^{re} Civ. 13 juin 1978, *Rev. crit. DIP* 1978, 722, note Audit ; JDI, 414 obs. -. La notion de bonne administration de la justice est souvent présente dans le règlement des questions de connexité et de compétence mais pas seulement, elle traverse toute la procédure. Le droit d'accès au tribunal, L'office du juge, la publicité des débats, l'évocation etc.

²⁹⁰ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 1^{re} éd., PUF, 2010, n°281

²⁹¹ Cette position est contestée par une partie de la doctrine notamment menée par J. Héron et Th. Le Bars qui y voient plutôt une question de droit que la Cour de cassation pour des raisons d'opportunité refuse de contrôler. Au soutien de leurs propos, ils avancent que « *quand l'existence d'un lien suffisant relève de l'évidence, il lui arrive de censurer les juges du fond qui ont refusé d'examiner la demande incidente. C'est ainsi que la Cour de cassation a justement décidé que par « sa nature même », l'action à fins de subsides prévue à l'article 342 du Code civil est connexe à une demande en recherche de paternité naturelle (...)* ». V. Cass. 1^{re} civ. 14 mars 1978, *Bull. civ. I*, n°105. Pour ces auteurs, l'absence de contrôle n'est pas suffisante pour qu'une question soit qualifiée de question de fait. V. pour plus de précisions J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°124. Une constance se dégage de la confrontation des différentes thèses, la connexité demeure encore largement soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

²⁹² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, 124.

²⁹³ CA Paris, 30 mars 1994 : *JurisData* n°1994-02-1986, il y a connexité « *si les instances présentent entre elles une corrélation telle que la solution de l'une doive nécessairement influencer sur la solution de l'autre de telle sorte que si elles étaient jugées séparément, il risquerait d'en résulter une contrariété de décisions* ».

²⁹⁴ CPC, art. 617 et 618.

au juge et à l'Etat pour agir dans l'intérêt d'une bonne justice est une mesure à encourager dans une période marquée par un besoin de plus en plus croissant de l'aboutissement rapide des procédures. Eviter, d'une part, les difficultés liées à l'exécution de deux décisions peu conciliables et d'autre part, la perte de temps relative à un éventuel recours en cassation tiré de l'existence d'une contrariété de jugements, tels sont les objectifs, à terme, de l'exception de connexité. On ne peut donc y voir un moyen de défense. Le plaideur qui soulève une exception de procédure agit comme le ferait la cour d'appel dont il est prouvé que c'est par souci de célérité et de bonne justice qu'elle peut évoquer une affaire lorsqu'elle est saisie sur un contredit de compétence ou dans le cadre d'une mesure d'instruction²⁹⁵. La bonne justice et la célérité sont également les objectifs poursuivis par la haute juridiction en cas de cassation sans renvoi²⁹⁶.

82. L'exception de connexité n'est pas en outre attachée à la personne du défendeur, elle peut être soulevée par toutes les parties au procès demandeur, défendeur, tiers-intervenant. Celui qui soulève une exception de connexité ne poursuit pas ce faisant le rejet de la prétention adverse. Par une exception de connexité, le plaideur ne soulève aucun moyen contre son adversaire, le contraire paraît bien difficile à admettre. Bien que cela n'apparaisse pas formellement dans les textes, c'est l'intérêt d'une administration de la justice qui est aussi le fondement de l'exception de litispendance.

2- L'exception de litispendance

83. L'exception de litispendance se rapproche fort bien de l'exception de connexité et il ne serait pas exagéré d'affirmer qu'elles poursuivent une même finalité. Ce que relève d'ailleurs Philibert Duchesneau quand il écrit que « *ces deux exceptions ont la plus grande analogie : elles reposent sur le même motif, la nécessité de prévenir une contrariété de*

²⁹⁵ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°281. « La Cour d'appel a la possibilité héritée de l'histoire, d'évoquer l'affaire au fond. En ce cas, elle décide de supprimer pour la bonne administration de la justice. « Le Bénéfice est certain, la procédure est accélérée (...). En matière civile cette possibilité est envisagée, techniquement, lorsque la Cour d'appel est saisie sur contredit de compétence (...) ou plus largement (...) sur une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ».

²⁹⁶« *La cassation sans renvoi est donc une décision importante qui se justifie par la bonne administration de la justice...* », « *L'idée est d'éviter les lourdeurs d'un renvoi supposé sans intérêt (...). Un point final est alors mis au procès, empêchant d'éventuels développements nouveaux de l'affaire* ». V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°292.

jugement, et elles tendent au même but le renvoi d'une affaire devant un autre tribunal »²⁹⁷. Bien que les rédacteurs du code n'aient pas évoqué expressément l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le risque demeure d'autant plus grand en cas de litispendance car ici, il s'agit d'un même litige opposant les mêmes parties devant deux juridictions distinctes. L'initiative de cette demande ainsi que cela ressort de l'article 100 du Code de procédure civile peut être prise par l'une quelconque des parties au procès. On note dans cette disposition une absence d'adversité. Le raccourci est donc vite trouvé de voir en un tel moyen, une défense. Et comme le soulignent MM. Cadiet, Normand et Mme Amrani-Mekki, « (...) le souci d'une bonne administration de la justice (...) impose d'éviter les solutions inconciliables. »²⁹⁸. L'idée d'une contrariété de jugements est incompatible avec la qualité attendue de la justice. C'est ce besoin « qui conduit à concentrer les demandes afin d'éviter des décisions inconciliables »²⁹⁹. C'est également la bonne justice qui commande de « donner au litige une solution unitaire »³⁰⁰. L'initiative des parties dans l'atteinte d'un tel objectif loin de constituer un moyen de défense devrait, être encouragé. A ce propos, on ne doit y voir ni un moyen de défense, ni en cantonner la demande au seuil de l'instance³⁰¹. De plus l'exception de litispendance lorsqu'elle prospère conduit à l'extinction de l'une des deux instances aptes à connaître de l'affaire sur le fond³⁰². L'article 100 du Code de procédure civile prévoit en effet que la juridiction saisie en second doit se dessaisir au profit de l'autre. Il est exagéré de voir dans cette extinction un avantage recherché par la partie qui a soulevé l'exception de litispendance alors même que le risque de contradiction évité devrait l'emporter. On peut toujours penser que l'extinction de l'instance procure à celui qui en prend l'initiative un hypothétique gain de temps ou qu'elle entrave l'examen sur le fond de la demande devant le second juge. De telles vues de l'esprit sont erronées car seule l'une des deux juridictions saisies pour connaître de l'affaire s'est dessaisie. L'autre devra de toute évidence conduire l'instance ouverte devant elle jusqu'à son dénouement par la décision finale sur le fond du litige. Au surplus, lorsqu'une partie soulève une exception de litispendance, c'est un potentiel pourvoi en cassation fondé sur une contrariété de jugements qui est ainsi évité par

²⁹⁷ Ph. Duchesneau, *Des exceptions, thèse préc.*, p. 19 V.

²⁹⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°207.

²⁹⁹ L. Cadiet J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°132.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Sur l'inadaptation du régime voir plus particulièrement V. *infra* n° 378.

³⁰² V. *infra* n°448 et 449.

anticipation. Il en résulte un gain de temps pour le service public de la justice. Le temps qu'aurait mis la haute juridiction pour statuer sur un éventuel pourvoi fondé sur la contrariété de jugements. « *L'impératif de célérité et le souci d'efficacité du service public commandent une unité substantielle du litige, c'est-à-dire de régler en une seule fois tout ce qui peut l'être pour éviter des procès futurs.* »³⁰³

84. Il est donc excessif de voir dans l'exception de litispendance un moyen de défense car, « *c'est principalement l'ordre public qui est intéressé à ce qu'on ne rende pas des jugements dont l'exécution sera impossible.* »³⁰⁴.

B- Les suspensions dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice

85. Si, en général, « *l'exception dilatoire répond (...) à des impératifs d'une bonne administration de la justice nécessitant que la procédure soit suspendue pendant un temps pour assurer un bon déroulement du procès* »³⁰⁵, deux cas particuliers appellent l'attention : l'exception dilatoire tirée de la règle « le criminel tient le civil en l'état » (1) et l'exception dilatoire tirée de l'exercice d'une voie de recours extraordinaire (2).

1- Exception dilatoire tirée de la règle « le criminel tient le civil en l'état »

86. Encore appelé, exception de sursis à statuer³⁰⁶, le moyen tiré de l'existence de la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » est une exception de procédure³⁰⁷ invoquée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. La Cour de cassation juge à ce propos qu'elle a « *pour finalité d'éviter une éventuelle divergence entre la décision civile et la*

³⁰³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°231.

³⁰⁴ Ph. Duchesneau, *Des exceptions, thèse préc.*, p. 19.

³⁰⁵ X. Marchand et J. Serapionian, « Les exceptions dilatoires », *fasc. cit.* 134, n°4

³⁰⁶ Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n°05-18.484 : *JurisData* n°2009-047699. V. *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 679; Cass. Com, 28 juin 2005, n°03-13.112 : *JurisData* n°2005-029.182; *Bull. Civ.* 2005, IV, n°146; Dr. sociétés 2005, comm. 209, obs. Lécuyer; *JCP G* 2005, IV 2902; *Resp. civ. Et ass.* 2005, comm.. 286; *JCP E* 2005, 1325, obs. Hovasse.

³⁰⁷ La Cour de cassation par un avis a admis le sursis à statuer comme une exception de procédure : Cass avis. 29 sept. 2008, n°08-00.007 : *Bull. civ.* 2008, avis, n°6 ; La Cour de cassation a jugé que le moyen tiré de la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » est une exception de procédure, et non une fin de non-recevoir, elle ne peut donc être relevée d'office par le juge ; Cass. 2e civ. 17 juin 2010, n°09-13.583 : *JurisData* n°2010-009340 ; *Bull. Civ.* 2010, II, n°116; *Resp. civ. et assur.* 2010, comm.. 242 ; cass. 2e civ., 15 oct. 2009, n°08-14.380.

décision pénale »³⁰⁸, elle ne peut donc être conçue comme un moyen de défense. Rien n'interdit au demandeur à l'action principale de soulever une telle exception de procédure si ce n'est le régime auquel elle est soumise³⁰⁹. Même soulevée par le défendeur, elle ne constitue pas une défense en ce sens qu'elle ne vise pas le rejet de la prétention adverse. En effet, fondé sur l'article 4 alinéa 2 du Code de procédure pénale, la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » est le corollaire du principe de primauté des juridictions répressives sur les juridictions civiles ; elle n'a alors pas pour but la préservation d'intérêts privés. L'objectif ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation est d'éviter une contrariété entre les décisions rendues par le juge civil et le juge répressif, mais surtout de ne porter atteinte à une autre règle : « *l'autorité sur le civil de la chose jugée au pénal* »³¹⁰. Il apparaît alors trop facile de voir dans la demande de suspension de l'instance fondée sur un tel motif, suspension que peuvent demander en principe toutes les parties³¹¹, la recherche d'un dilatoire, ou la loi indique qu'on suspend et on suspend, ou elle s'abstient et chacun s'y plie. La Cour de cassation soumet les exceptions dilatoires au régime très strict des exceptions de procédure auquel déroge l'exception de nullité pour irrégularité de fond et l'exception de connexité. Mais à comparer l'exception de connexité et l'exception dilatoire tirée de la règle "*le criminel tient le civil en l'état*", il n'est pas exagéré d'y voir une même finalité. Or, l'exception de connexité peut être soulevée en tout état de cause alors que l'exception dilatoire tirée de la règle "*le criminel tient le civil en l'état*" doit être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir³¹². Cette solution ne saurait être approuvée car rien ne justifie cette différence de régime et surtout la rigueur qu'impose la Cour de cassation³¹³. La règle "*le criminel tient le civil en l'état*" fonde une exception dilatoire obligatoire du moins pour ce qui est de l'exercice des actions civiles, malgré la réforme³¹⁴ intervenue le 5 mars 2007 et ayant

³⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, n°07-20.247 : *Jurisdata* n°2008-046344.

³⁰⁹ V. *infra* n° 380.

³¹⁰ Arrêt précité.

³¹¹ V. *infra* n°370.

³¹² Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n°05-18.484 : *JurisData* n°2009-047699. V. *J.-cl. proc. civ., fasc. 679*; Cass. Com, 28 juin 2005, n°03-13.112 : *JurisData* n°2005-029.182; *Bull. Civ.* 2005, IV, n°146; *Dr. societies* 2005, comm. 209, obs. Lécuyer; *JCP G* 2005, IV 2902; *Resp. civ. et ass.* 2005, comm.. 286; *JCP E* 2005, 1325, obs. Hovasse

³¹³ Sur le régime proposé V. *infra* 380

³¹⁴ L'échec de la proposition de loi déposée par J-L. Warsmann le 15 juillet 2005 demandant la suppression définitive de l'exception dilatoire fondée sur la règle « *le criminel tient le civil en l'état* », a conduit à l'adjonction d'un 3^e alinéa à l'article 4 du Code de procédure pénale. Cette réforme est consacrée par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 : rapport sénat, n°177, p.90 cité par J. Pradel : *JCP G : 2007*, I, 138, étude Pradel ; *Dr*

consacré l'adjonction d'un troisième alinéa à l'article 4 du Code de procédure pénale ainsi rédigé « *la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil* »³¹⁵. Une telle exception de procédure, on vient de le voir, est dans l'intérêt d'une bonne justice. Il en va autrement de l'exception dilatoire tirée de l'exercice d'une voie de recours.

2- Exception dilatoire tirée de l'exercice d'un recours extraordinaire

87. Aux termes de l'article 110 du Code de procédure civile, « *le juge peut suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision frappée de tierce-opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation* ». La jurisprudence par application de cette disposition a accueilli une demande de suspension de l'instance, dans l'attente de l'issue d'un pourvoi en cassation en cours, du fait de l'existence d'un risque de contrariété entre la décision rendue par la cour d'appel et celle à venir de la Cour de cassation³¹⁶. La demande de suspension fondée sur une telle disposition est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ; elle ne peut être considérée comme un moyen de défense ; elle a pour finalité, ainsi que l'a relevé la cour d'appel de Pau³¹⁷, d'éviter une contrariété de jugements³¹⁸. La tierce-opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation ont la particularité d'être des recours non suspensifs d'exécution. Le préjudice sera encore plus grand, lorsque la décision frappée d'un de ces recours a déjà été exécutée, et qu'à terme, on aboutit à une contrariété de jugements. La contrariété de jugements peut être invoquée lorsque deux décisions même non rendues en dernier ressort sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est

pénal. 2009, repère 4, note Conte ; *Dr. pén. 2007*, étude 6 note H. Matsopoulou ; *Procédure 2008*, n° 230, note R. Perrot ; *Procédures 2007*, étude 19, note Robert ; *Procédures 2007*, études 4, note J. Buisson.

³¹⁵ La réforme consacre une distinction entre les actions civiles (fondée sur l'alinéa 2) et les autres actions fondées (fondées sur l'alinéa 3). Seul, l'exercice des actions civiles fonde désormais un sursis à statuer obligatoire, le sursis à statuer étant facultatif dans le cadre de l'exercice des actions autres que civiles.

³¹⁶ CA Pau, 1^{re} ch., 10 déc. 2001, n°97/001727 : *JurisData* n°2001-162038, V. X. Marchand et J. Serapionian, *fasc. cit* n°33

³¹⁷ Arrêt précité

³¹⁸ Arrêt précité.

susceptible d'un recours ordinaire³¹⁹. Lorsque l'exception est soulevée devant le juge du 1^{er} degré, on peut penser que parce qu'un recours est encore possible, il n'y a pas encore péril, il en va autrement lorsque l'exception est soulevée devant le juge de l'appel, le risque est grand de se retrouver à terme en face de deux décisions inconciliables et non susceptibles de recours ordinaires. La voie de la cassation est alors ouverte avec la perte de temps inhérente. L'invocation de l'exception de procédure tirée de l'exercice d'un recours extraordinaire permet en amont un gain de temps. Bien que cette suspension au regard des thèmes consacrés procède d'une faculté pour le juge, la finalité poursuivie n'est pas distincte de celle qui justifie une exception de connexité.

88. On peut bien s'interroger sur les raisons qui fondent la différence de régime, l'exception de connexité peut être invoquée en tout état de cause, alors que l'exception dilatoire tirée de l'exercice d'un recours extraordinaire est soumise au régime strict de l'article 74 du Code de procédure civile. Cette différence de régime est totalement incohérente. On ne doit y voir la recherche d'un quelconque dilatoire³²⁰. Il faut oser le dire avec MM. X. Marchand et J. Serapionian que « *l'exception dilatoire doit être comprise dans un sens technique et procédural totalement dépourvu d'une acception péjorative. Si effectivement le terme dilatoire en procédure caractérise tout comportement habile du plaideur ayant pour finalité de retarder le cours de la procédure en exploitant tous les moyens propres à lui faire gagner du temps, l'exception dilatoire répond au contraire à des impératifs de bonne administration de la justice nécessitant que la procédure soit suspendue pendant un temps pour assurer le bon déroulement du procès* »³²¹. Ceci se justifie encore davantage, lorsque l'exception dilatoire est tirée de l'exercice d'un recours extraordinaire.

89. L'exception dilatoire tirée de l'exercice d'un recours extraordinaire ainsi qu'il ressort de l'article 110 du Code de procédure civile devrait en principe pouvoir être invoquée par toutes les parties. Elle ne sert pas à repousser une prétention adverse. Il est donc excessif d'y voir un moyen de défense. Cette première partie a permis de montrer qu'à la différence des moyens de défense, l'exception de procédure poursuit un objet distinct du rejet de la prétention adverse. Ce critère matériel est fondamental, mais peut paraître insuffisant pour

³¹⁹ CPC, art. 617

³²⁰ C'est pourquoi, on propose de soumettre toutes ces exceptions de procédure à un même régime.

³²¹ Arrêt précité.

conclure que l'exception de procédure n'est pas un moyen de défense. Il faut vérifier à présent un second critère, celui formel, lequel voudrait que le moyen de défense soit exclusivement réservé au défendeur ou plus particulièrement une partie en position de défense.

SECTION 2 : L'ABSENCE D'EXCLUSIVITÉ À L'ÉGARD DU DÉFENDEUR

90. Emile Bonnier présente l'exception de procédure comme « *un moyen employé par le défendeur pour écarter pendant un certain temps, ou jusqu'à l'accomplissement de certaines conditions, l'effet de la demande dirigée contre lui* »³²². Cette définition rejoint celle de Philibert Duchesneau pour qui « *l'exception est un moyen par lequel le défendeur, sans discuter la demande, ralentit ou fait tomber la poursuite dirigée contre lui* ». Ces idées qui procèdent d'une vieille tradition ont été reprises dans une large mesure par la doctrine moderne qui dans sa majorité présente l'exception comme étant un moyen à la disposition du défendeur pourtant il n'en est rien, et la doctrine semble bien en avoir conscience. L'absence d'exclusivité résulte des termes même consacrés par le Code de procédure civile (§1). C'est donc conscient de cela que la doctrine fait usage des expressions « *partie en position de défense* » ou « *partie en situation de défense* » plutôt que de parler du défendeur. C'est donc pour contourner cette difficulté que la doctrine a ajusté le langage préférant au à l'expression « *défendeur* » celle beaucoup plus large de « *partie en position de défense* ». Cette expression englobe non seulement le défendeur mais également la partie demanderesse à l'action lorsque celle-ci entend s'opposer à une prétention formée en retour par le défendeur originaire. Cette dernière expression semble avoir montré ses limites, elle ne recèle pas toutes les hypothèses où l'initiative d'une exception de procédure peut être prise. L'exception de procédure comme on le verra, peut être soulevée par toutes les parties y compris le demandeur à l'action principale, même quand celui-ci n'est pas en situation de défense (§2).

³²² E. Bonnier, *Éléments de procédure civile*, 1853, Paris, n°403, spéc. p. 152

§1.- Une absence d'exclusivité résultant des termes consacrés par le Code de procédure civile

91. MM. Marchand et Pivet constatent que « *l'expression moyens de défense* » laisse entendre que ces différents moyens n'ont vocation à être mis en œuvre que par le défendeur alors que la lecture attentive des articles du titre V met en évidence l'absence d'exclusivité en la matière »³²³. Cette absence d'exclusivité à laquelle se rapportent le propos de ces auteurs n'est remarquable qu'à l'égard des exceptions de procédure. Elles peuvent être soulevées par toutes les parties. D'abord, comme on peut le relever, les dispositions ayant consacré les exceptions de procédure laissent peu de place aux mots « *défendeur* » et « *adversaire* »³²⁴. Il en va autrement des « véritables » moyens de défense que sont la défense au fond et de la fin de non-recevoir. Les articles 71 et 122 du Code de procédure civile définissent respectivement la défense au fond et la fin de non-recevoir comme des moyens tendant à faire rejeter la prétention de l'adversaire, dans un cas comme mal fondé et dans l'autre comme irrecevable. On ne note par contre aucune adversité dans les termes consacrés par l'article 73 du même code, qui définit l'exception de procédure comme « *tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte ou à suspendre le cours* ». Cette formulation laisse déjà présager que l'exception de procédure n'a pas vocation à être soulevée par une seule partie au procès. Comme si cela n'apparaissait pas suffisant, le législateur est encore allé plus loin, préférant l'usage des expressions telles que « la partie qui le demande », « les parties », aux expressions « *défendeur* » et « *adversaire* ». Ces expressions traversent la quasi-totalité des dispositions qui dans le Code de procédure civile sont consacrées aux exceptions de procédure. Ainsi, l'article 100 de ce code précise qu'en cas de litispendance la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre « *... si l'une des parties le demande...* ». Cette lecture révèle non seulement qu'une demande doit être faite mais aussi qu'elle peut être formulée par « *toute partie* » intéressée et rien ne s'oppose à ce que la demande soit présentée par le demandeur à l'action principale ou par le

³²³ X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense-Règles générales », *J-CL, Proc. Civ.*, Fasc. 128, 1, 2011, n°6

³²⁴ L'article 71 et 122 qui définissent respectivement les défenses au fond et fin de non-recevoir parlent d'adversaire, tel n'est pas le cas de l'article 73 qui définit l'exception de procédure.

tiers intervenant. Sous certaines réserves³²⁵, c'est cette idée générale qui se dégage de l'ensemble des dispositions consacrées aux exceptions de procédure.

92. On vient de relever que l'exception de litispendance peut être soulevée par toute partie intéressée³²⁶. Il en va de même des exceptions dilatoires, ce que soulignent MM. Marchand et Serapionian quand ils affirment que « *si l'article 108 du Code de procédure civile vise expressément un délai pouvant être accordé au défendeur, les articles 108, 110 et 111 du Code de procédure civile font état d'un délai accordé à la partie qui le demande.* »³²⁷ et « *Rien n'interdit donc à une partie autre que le défendeur de soulever une exception dilatoire* »³²⁸. L'article 108 du code consacre donc une expression libérale, le juge suspend l'instance, lorsque « *...la partie qui le demande bénéficie d'un délai...* ».

93. La seule fois que le code consacre l'exception de procédure comme moyen exclusivement à la disposition du défendeur, c'est à l'article 109 où il y est précisé que « *le juge peut accorder un délai au défendeur pour appeler un garant...* », mais M. Guinchard apporte une précision capitale à ce propos. L'auteur relève en effet, qu'il peut être également accordé un délai au demandeur pour appeler un garant³²⁹. Il est donc possible d'affirmer qu'outre le cas où, l'héritier est poursuivi³³⁰, l'exception dilatoire pour une cause prévue par la loi ou non³³¹, peut être soulevée par toutes les parties y compris le demandeur à l'action principale. Il en va ainsi de l'exception dilatoire tirée du bénéfice de discussion ou de division, du délai pour appeler un garant, de la suspension induite de l'exercice d'une voie de recours extraordinaire, des questions préjudicielles, de la question prioritaire de constitutionnalité ou encore de la "règle le criminel tient le civil en l'état", pour ne citer que ces exemples. L'exception d'incompétence peut être soulevée tant par le demandeur que par le défendeur. Le demandeur principal peut soulever l'incompétence de la juridiction saisie pour connaître de la demande reconventionnelle formée par le défendeur

³²⁵ La réserve est liée exclusivement à l'exception dilatoire offerte à l'héritier.

³²⁶ L'article 101 sans indiquer de partie emploie la formulation « *il peut être demandée* ».

³²⁷ X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *J-Cl, Proc. Civ., Fasc. 134, 1, 2011, n°9.*

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°993.

³³⁰ V. *infra* n°354.

³³¹ V. *infra* n°415 s.

originaire³³², bien qu'il ne soit pas recevable à soutenir l'incompétence de la juridiction qu'il a lui-même saisi³³³.

94. L'exception de nullité des actes de procédure en offre une autre illustration. Elle peut être soulevée par toutes les parties au procès. Le défaut de pouvoir tout comme le défaut de capacité peut être reproché à toutes les parties au procès, demandeur, défendeur et même le tiers intervenant. Les exceptions de procédure n'offre pas toujours le tableau d'un plaideur posté en embuscade attendant que son adversaire commette le moindre faux pas dans l'accomplissement d'un acte de procédure pour s'y jeter. Déterminée à voir dans les exceptions de procédure des moyens de défense, la doctrine réfute l'idée suivant laquelle l'exception peut être soulevée par toutes les parties au procès. A ce propos, le langage a été ajusté, les auteurs préfèrent utiliser l'expression « partie en position de défense » plutôt que « le défendeur » pour désigner les parties pouvant prendre l'initiative d'une exception de procédure. Les auteurs admettent ainsi qu'une exception de procédure n'est pas exclusivement réservée au défendeur mais à toute partie en position de défense. Cette idée rejoint la définition de moyen de défense donné M. Fisselier : « *tout moyen utilisé par un plaideur en position de riposte pour défendre au mieux ses intérêts au cours d'un procès.* »³³⁴. Suivant les analyses de l'auteur, les moyens de défense ne sont pas exclusivement réservés au défendeur mais à toute partie en position de défense. Cette définition ne peut suffire à qualifier l'exception de procédure de moyen de défense. On conviendra bien, que l'exception de procédure n'est pas exclusivement réservée à une partie en position de défense. Elle peut être soulevée par toutes les parties qu'elles soient en position de défense ou non.

Le demandeur ne serait-il pas fondé à soulever le défaut de pouvoir de la personne venue représenter le défendeur assigné. Dans une telle hypothèse, on peut bien noter que le demandeur à l'exception n'est pas en position de défense, puisqu'aucune autre prétention n'a encore été transmise au juge. Dans le même ordre d'idées, Mme Chainais relève, que le moyen pris d'une exception de nullité visant à sanctionner une règle d'ordre public « *pourra*

³³² Cass. 1^{re} civ, 6 jan. 2010, n°08-20.827 cité par X. Marchand et J. Sérapionian, « Les exceptions dilatoires », *J-cl, Proc. Civ. Fasc. 134*, n°54.

³³³ V. *infra* 323.

³³⁴ A. Fisselier, *La défense en justice dans le procès civil*, thèse précitée, n°231.

être invoquée non seulement par la partie protégée par la règle, mais aussi toute partie, y compris paradoxalement, celle qui a accompli l'acte »³³⁵. Pour soutenir que l'exception de procédure peut finalement être soulevée par toute partie intéressée y compris le demandeur à l'action principale, la doctrine admet en suivant la jurisprudence de la Cour de cassation qu'elle peut être soulevée par toute partie en position de défense, ce qui n'est pas faux. Cette formulation présente l'avantage de ne pas exclure la partie demanderesse à l'action. Ainsi en va-t-il en matière d'exception d'incompétence comme l'attestent les propos de MM Marchand et Pivet : « le demandeur n'est pas recevable à soutenir l'incompétence de la juridiction qu'il a lui-même saisi³³⁶. Toutefois, les moyens de défense étant accessibles à toute partie se trouvant en situation de défendeur face à une prétention, le demandeur principal pourra soulever l'incompétence de la juridiction pour statuer sur la demande reconventionnelle du défendeur principal (Cass. 1^{re} civ., 6 jan. 2010, n°08-20.827 »³³⁷. Ce même constat est fait par MM. Croze et Lesourd qui, commentant la jurisprudence de la Cour de cassation³³⁸, observent en effet que « le demandeur principal peut soulever l'incompétence de la juridiction qu'il a saisie pour se prononcer sur la demande reconventionnelle formée par le défendeur »³³⁹. En concédant que l'exception peut être soulevée par toutes les parties demandeur et défendeur à condition qu'elles soient en position de défense, on s'apercevra très vite que dans plusieurs autres hypothèses, le demandeur à l'action principale peut soulever une exception de procédure, même s'il ne se retrouve pas en position de position de défense.

95. Le moins que l'on puisse dire, le législateur au regard des termes consacrés n'a pas fait de l'exception de procédure l'apanage ni du défendeur, ni d'une partie en position de défense. Si les exceptions de procédure peuvent être soulevées par toutes les parties, il n'en va pas ainsi de la fin de non-recevoir et de la défense au fond qui, traduisant l'idée d'une adversité, ne peuvent être opposées que par une partie en position de défense. M. Block

³³⁵ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.* n°59 ; p. 381

³³⁶ Cass. 2^e civ., 7 déc. 2000, n°99-14.902 : *JurisData* n°2000-007216 ; *Bull. civ.* 2000, II, n°163

³³⁷ X. Marchand et A. Pivet, *Moyens de défense – Règles générales, J.-cl. proc. civ., fasc. 128*, n° 30

³³⁸ Cass. 2^e civ., 13 juil. 2006, n°5-13.976 : *Jurisdata* n°2006-034571 ; *Bull. Civ.* 2006, II, n°210

³³⁹ Cass. 2^e civ., 7 déc. 2000, n° 99-14902 : *JurisData* n°2000-007216 ; *Bull. civ.*, 2000, II, n°163, V. aussi H. Croze et N. Lesourd, « Exceptions de procédure – Exception d'incompétence », *J.-cl. proc. form., fasc. 10*, p. 5.

concluera à ce propos que, « *la fin de non-recevoir se situe résolument du côté de la défense et du défendeur* »³⁴⁰.

§2. - Une absence d'exclusivité à l'égard d'une partie en position de défense

96. Il vient d'être démontré que la doctrine, pour admettre que l'exception de procédure peut être soulevée par toutes les parties, a dû rectifier son langage³⁴¹. Ainsi parle-t-elle de « *plaideur en état de défense* » ou de « *partie en position de défense* », expression que le code n'utilise pas, pour désigner les personnes pouvant soulever l'exception de procédure. Ces expressions regroupent aussi bien le demandeur à l'action que le défendeur. Seulement, dans de nombreux cas, l'exception de procédure est soulevée par le demandeur principal alors même que ce dernier ne se retrouve pas en position de défense. En effet, au sens du Code de procédure civile, les demandes sont opposées aux défenses. Le demandeur à l'action principale ne se retrouverait en position de défense que dans une hypothèse où le défendeur originaire présenterait lui-même une demande reconventionnelle³⁴², ce qui suppose que c'est à cette seule condition que le demandeur peut soulever une exception de procédure. Or, il n'en va pas toujours ainsi, le demandeur à l'action principale peut soulever des exceptions de procédure même si les seules prétentions substantielles en cause sont celles qu'il a lui-même formulées. Dans ce sens, quelques positions jurisprudentielles (A) et doctrinales (B) illustrent à suffisance ces propos³⁴³.

³⁴⁰ G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruylant, LGDJ, 2002, n°31.

³⁴¹ X. Marchand et J. Serapionian, *fasc. cit.*, n°14 : « *Cette notion de défendeur doit (...) être appréhendée dans une accession large, correspondant à l'ensemble des plaideurs en état de défense. Si le défendeur principal à l'action est naturellement visé cet état, le demandeur initial n'en est toutefois pas automatiquement exclu. En effet, dès lors que le défendeur principal à l'instance se porte lui-même demandeur à l'encontre du requérant par le biais d'une demande reconventionnelle, il sera en état de défense et pourra, ou plutôt devra, soulever les exceptions...* ».

³⁴² A. Fisselier, *La défense en justice dans le procès civil*, thèse précitée, n°8. L'auteur observe en effet qu'il est « *possible de trouver un demandeur en position de défense. (...). L'article 64 du Code de procédure civile permet au défendeur initial de former une demande reconventionnelle qui a pour objet de formuler un avantage autre que le simple rejet de la prétention du demandeur. Il est certain que le demandeur originaire se trouve en position de défense face à l'avantage revendiqué par le défendeur originaire dans sa demande reconventionnelle. La position de défense doit s'analyser sous un angle dynamique en tenant compte de la réalité processuelle.* ».

³⁴³ V. *infra* n° 365 s.

A- Une absence d'exclusivité affirmée par la jurisprudence

97. Certaines hypothèses trahissent la résistance des cours et tribunaux à admettre que l'exception de procédure puisse être soulevée par une partie en position de demande. Ainsi en va-t-il de l'exception de péremption (1) et de l'exception de garantie (2).

1- L'exception de péremption

98. Le Code de procédure civile n'a pas énuméré dans un article spécifique les différents cas d'exception de procédure. Ainsi, en raison de la définition assez large de l'exception retenue par les rédacteurs du Code de procédure civile en son article 73³⁴⁴, la jurisprudence s'est non sans peine évertuée à étendre la liste des exceptions de procédure. La pratique jurisprudentielle qualifie donc d'exception de procédure les moyens qui ne rentrent dans aucune des cinq catégories réglementées par le code, mais qui tendent bien à l'une des finalités prévues à l'article 73. C'est dans ce sens que l'incident de péremption³⁴⁵ a été qualifié d'exception de procédure par la jurisprudence³⁴⁶. L'article 387 du Code de procédure civile offre l'illustration que l'exception n'est pas l'apanage exclusif du défendeur ou d'une partie en position de défense. Aux termes de cette disposition, « *la péremption peut être demandée par l'une quelconque des parties* ». En application de cette disposition, la première chambre du tribunal de grande instance d'Evry a permis à un demandeur de soulever l'exception de péremption³⁴⁷. A ce propos, Roger Perrot constate : qu'« *il peut sembler paradoxal que l'extinction de l'instance soit demandée par celui-là même qui l'a fait*

³⁴⁴ CPC, art. 73 « constitue une exception tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte ou en suspendre le cours ».

³⁴⁵ On appelle péremption d'instance, l'extinction de l'instance résultant de l'inaction des parties pendant deux ans et qui n'excluant pas par elle-même l'introduction d'une nouvelle instance. V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, V. Péremption d'instance. CPC, art. 386 « *l'instance est périmée lorsque aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans* ». V. C. Chainais, « les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.* p. 371 : « *la fonction sanctionnatrice de la péremption d'instance a évolué historiquement. Elle a été tour à tour vue comme « une peine infligée, dans l'intérêt général, au plaideur négligent », puis comme une simple présomption – selon laquelle les parties qui, pendant plusieurs années, n'ont pas manifesté leur intention de poursuivre la procédure sont supposées vouloir y renoncer. Dans la période contemporaine, elle est vue comme la sanction d'un comportement fautif de négligence. La Cour de cassation lui assigne ainsi la finalité « de sanctionner le défaut de diligence des parties* ».

³⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 405, note Viatte. 31janv. 1996, *Bull. civ.* II, n°28. V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 2003, *Procédures 2003*, n°84, obs. Perrot, qui parle d'exception de péremption fév. 2003.

³⁴⁷ TGI Evry, 25 nov. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, somm. 36; *RTD civ.* 1986, 419, obs. Perrot, l'auteur observe par ailleurs que « *le tribunal de grande instance d'Evry vient d'offrir au commentateur une jolie brochette ...* ».

*naître. Et cependant une telle situation peut se présenter... »³⁴⁸. En effet, dans l'espèce soumise au tribunal de grande instance d'Evry, un demandeur qui souhaite se désister se heurte au refus de consentement de son adversaire. Le tribunal de grande instance d'Evry a donc été interrogé sur le point de savoir si le demandeur à l'action principale pouvait lui-même provoquer l'extinction de l'instance qu'il a lui-même introduite. A cette préoccupation, la juridiction saisie a répondu par l'affirmative dès lors, « *il est établi que si les poursuites ont été discontinuées pendant plus de deux ans, rien ne s'oppose à ce que le demandeur invoque la péremption et qu'il obtienne, grâce à ce détour, que l'instance soit éteinte de plein droit nonobstant le refus du défendeur* »³⁴⁹. Cette solution a été réaffirmée par la cour d'appel de Versailles le 1^{er} juillet 1987³⁵⁰. Comment pouvait-il en être autrement dans la mesure où l'article 387 du Code de procédure civile ouvre largement le droit de demander la péremption de l'instance à toutes les parties : « *la péremption peut être demandée par l'une quelconque des parties* ». Cette disposition ne fait nulle part allusion à une partie « *position de défense* ». Ainsi, l'exception de péremption peut être soulevée par toutes les parties y compris le demandeur à l'action principale. La jurisprudence demeure encore largement dans ce sens³⁵¹.*

2- L'exception de garantie

99. L'exception de procédure inscrite au titre des moyens de défense laisse entendre qu'elle n'a vocation à être mise en œuvre que par le défendeur ou tout au moins une partie en position de défense. Il n'en est rien. La lecture attentive des articles du titre V du Code de procédure civile met en évidence l'absence d'exclusivité en la matière. Rien donc, ne s'oppose, à ce qu'une exception de procédure soit soulevée par toutes les parties y compris le demandeur à l'action principale. Et c'est ce fait qu'a admis la cour d'appel de Paris. Ceci laisse penser qu'elle ne peut être soulevée que par le défendeur ou du moins une partie en position de défense. La demande de sursis à statuer en constitue une parfaite illustration. Le régime rigoureux auquel le législateur a soumis les exceptions de procédure semble

³⁴⁸ R. Perrot, *RTD civ.* 1986, 419, comm. TGI Evry, 25 nov. 1985.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ CA. Versailles, 1er juillet 1987, *JurisData* n°1987-044486.

³⁵¹ *Ibid.*

pourtant exclure toute possibilité pour le demandeur à l'action principale à soulever une exception. C'est donc tout naturellement que dans une espèce dont a été saisie la cour d'appel de Paris, le défendeur s'est opposé à la recevabilité de la demande de sursis à statuer formée par le demandeur à l'action principale. La cour d'appel de Paris a admis une telle demande en jugeant qu'« *une demande de sursis à statuer, qui est certes une exception de procédure au sens des 73 et suivants du N.C.P.C., n'est pas en revanche un moyen de défense lorsqu'il est sollicité par le demandeur à l'action, lequel n'est donc pas soumis à l'obligation édictée par l'article 74 de ce code de soulever ce moyen in limine litis. Dès lors, ce demandeur n'est nullement irrecevable à solliciter ce sursis à statuer, au regard de l'obligation faite par l'article 74 du N.C.P.C de soulever les exceptions simultanément ou avant toute défense au fond* ». ³⁵² La cour d'appel de Paris s'oppose ainsi au qualificatif de « *moyen de défense* » attribué à l'exception de procédure soulevée par le demandeur à l'action principale. On pourrait bien penser au regard de cette jurisprudence que l'exception de procédure ne constitue un moyen de défense que lorsqu'elle est soulevée par le défendeur ou une partie en position de défense. Mais à l'évidence, il faudrait plutôt constater que rien ne s'oppose à ce qu'une partie demanderesse à l'action principale soulève une exception de procédure dès lors que ses intérêts l'exigent. On peut regretter que la cour d'appel de Paris, en déniait à la demande de sursis à statuer formée par le demandeur à l'action principale le qualificatif de « *moyen de défense* », n'ait pas proposée en retour un autre qualificatif, c'est-à-dire celui approprié. Que serait donc alors l'exception de procédure formée par le demandeur à l'action principale ? La Cour de cassation semble admettre une telle position³⁵³. Mais nombre d'auteurs et pas des moindres restent assez favorables à la possibilité pour le demandeur à l'action principale de soulever des exceptions de procédure dans des cas bien spécifiques et c'est ce qu'il convient à présent d'examiner.

B- Une absence d'exclusivité souhaitée par une partie de la doctrine

100. Dans de nombreuses hypothèses, la doctrine a admis que l'exception puisse être soulevée par le demandeur principal à l'action alors même que ce dernier ne sera pas en

³⁵² CA Paris, 19^e ch., 25 fév. 2003 : *Bull. Avoués*. 2003, n°168, p.22.

³⁵³ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2014, n°13-19.329, FD : *JurisData* n°2014-01.0009, *Procédures* 2014, n°198.

position de défense³⁵⁴. Le cas le plus illustratif est celui de l'exception de garantie (1)³⁵⁵, mais les hypothèses de tolérance ne se limitent pas à cela. Une partie de la doctrine a souhaité, comme on le verra, que toutes les parties soient autorisées à soulever l'exception de nullité (2) notamment, lorsque la raison qui la fonde porte atteinte à l'ordre public.

1- Les exceptions dilatoires

101. La demande de sursis à statuer pour appeler un garant offre encore l'illustration que l'exception de procédure n'est pas exclusivement réservée au défendeur ou à une partie en position de défense. Bien que la mesure, à la différence de la plupart des autres dispositions³⁵⁶, semble avoir été exclusivement réservée par les rédacteurs du Code de procédure civile au seul défendeur, rien ne s'oppose à ce qu'une partie y compris celle en position de demandeur principal à l'action sollicite un sursis à statuer pour appeler un garant. C'est du moins la lecture qu'il convient d'avoir de l'article 109 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *le juge peut accorder un délai au défendeur pour appeler un garant ...* ». M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand observent à juste titre que « *la loi ne s'est occupée que de l'exception de garantie soulevée par le défendeur ; il peut y avoir exception de garantie soulevée par le demandeur* ». Ainsi selon ces auteurs, l'exception de garantie peut être soulevée par le demandeur principal à l'action. Il apparaît bien difficile d'admettre dans une telle hypothèse que l'exception de procédure puisse être une défense.. Ces auteurs, pour illustrer leur propos, fournissent un exemple qui mérite d'être rapporté.

³⁵⁴ Cl. Giverdon, *La procédure de règlement des exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité d'après le décret n°72-684 du 20 juillet 1972*, Dalloz 1973, Chr. 155. L'auteur souligne dans son article l'absence d'exclusivité au profit des exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité. Au sujet de la première il observe que : « *la partie qui soulève l'incompétence de la juridiction saisie oppose à cette fin l'exception d'incompétence.*

Cette partie est, en général, le défendeur attiré devant une juridiction qu'il estime incompétente. Si l'incompétence de cette juridiction est d'ordre public, on admet que l'exception peut être soulevée par le demandeur ». V. p.159 et sur les deux dernières : V. p. 171 : « *les exceptions de litispendance et de connexité peuvent sans aucun doute être soulevées par l'une ou l'autre des parties* ».

³⁵⁵ X. Marchand et J. Serapionian, *fasc. cit.*, n°15 : « *Bien qu'il puisse paraître abscons que le demandeur principal prenne l'initiative de soulever une exception visant à suspendre le cours de la procédure qu'il a lui-même introduite, cette hypothèse n'est pas rare. En effet, le requérant peut avoir intérêt à solliciter un sursis afin de suspendre immédiatement le cours de la prescription et éviter ainsi, par exemple, toute forclusion. De même l'intervention d'une décision de sursis à statuer étant de nature à suspendre le délai de péremption d'instance, peut se révéler profitable au demandeur principal* ».

³⁵⁶ A la différence de la plupart des dispositions ayant consacré les exceptions de procédure, les rédacteurs du Code de procédure civile semble avoir réservé l'exception de garantie au seul défendeur. (CPC, Art. 109).

En effet, lorsque, « *le cessionnaire d'une créance agit en paiement contre le cédé. Celui-ci prétend n'avoir jamais été débiteur du cédant. Le cessionnaire va appeler en cause le cédant qui doit lui garantir l'existence de la créance au moment de la cession (C.civ., art. 1693). Or le cessionnaire joue le rôle de demandeur* »³⁵⁷.

102. M. Cholet admet aussi que l'exception de garantie peut être soulevée par le demandeur principal à l'action. Mais cet auteur qualifie un tel moyen de « *demande incidente* » et non d'exception de procédure. Il observe en effet, que « *le sursis à statuer peut en effet ne pas être demandé par le défendeur. Il peut aussi être invoqué par le demandeur en cours de procès, non pas pour répondre à une demande reconventionnelle (...) mais comme un simple moyen ou argument pour solliciter un délai dont il souhaite bénéficier en cours d'instance. La demande peut également émaner d'une partie jointe telle que le ministère public, qui n'a pas la position de défendeur* ». Dans ce cas, observe l'auteur, « *il s'agit d'un moyen tendant à suspendre le cours de l'instance comme l'est l'exception dilatoire mais il ne s'agit pas d'un moyen de défense* »³⁵⁸. L'auteur semble dénier le qualificatif d'« *exception de procédure* » à une telle hypothèse. Pour lui, « *la demande de sursis formulée par le demandeur doit être classée parmi les demandes en justice régies par le titre IV du livre 1^{er} du Code de procédure civile, non parmi les défenses du titre V* ». A cet auteur de conclure : qu' « *il s'agit d'une demande incidente (article 63 du Code de procédure civile) et plus particulièrement d'une demande additionnelle lorsqu'elle est formulée par le demandeur initial (article 65 du Code de procédure civile)*».

Certains auteurs admettent que les demandes de sursis à statuer puissent être présentées par une partie autre que le défendeur. Mais soulignent-ils dans ces hypothèses, la qualification d'exception de procédure et plus particulièrement d'exception dilatoire ne doit pas être retenue. C'est sous ce registre que MM. Marchand et Serapionian affirment : « *si la demande est formulée par le demandeur, principal ou reconventionnel, celle-ci constitue un incident d'instance et ne relève pas de la compétence du juge de la mise en état* »³⁵⁹. Ces auteurs n'écartent donc pas la possibilité pour le demandeur à l'action principale de

³⁵⁷ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°993

³⁵⁸ D. Cholet, « Le sursis à statuer au cours de la mise en état » in *Gaz. Pal.* 2008, p. 3306, n°8.

³⁵⁹ Marchand, X. et Serapionian, J., « Les exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. n°134, n°17.

présenter une demande de sursis à statuer mais dans cette hypothèse, affirment-ils, on ne parlera pas d'une exception de procédure mais d'un incident d'instance³⁶⁰.

103. On observe, sans anticiper, sur l'une des conclusions de cette étude, que M. Cholet est le seul en doctrine à avoir osé le pas allant jusqu'à parler de demande sans toutefois l'étendre à l'exception de garantie soulevée par le défendeur ou une partie en position de défense.

2- Les exceptions de nullité

104. Les exceptions de procédure sont résolument d'initiative privée. Elles ne constituent pas des moyens de défense en ce qu'elles ne constituent pas une exclusivité du défendeur encore moins celle d'une partie en position de défense. Ce constat est soutenu dans une certaine mesure par une partie de la doctrine conduite par M. Guinchard. En effet, cet auteur soutenu par Mmes Chainais et Ferrand observe au sujet de la nullité qu'il doit apparaître normal que « *toutes les fois que l'irrégularité présente un caractère d'ordre public (nullité de fond et parfois même, pensons-nous, nullité de forme) l'exception devrait logiquement pouvoir être soulevée par les deux parties afin que l'instance soit régularisée.* »³⁶¹.

105. De son côté, Mme Chainais observe en ce qui concerne la nullité présentant un caractère d'ordre public, que « *dans ce cas, la sanction pourra être invoquée non seulement par la partie protégée par la règle, mais aussi par toute partie, y compris, paradoxalement, celle qui a accompli l'acte nul* »³⁶². Ces propos d'auteurs qui puisent leur fondement dans la régularisation de l'instance attestent encore une fois, si besoin en était, que les exceptions de procédure ne sont pas exclusivement réservées au défendeur ou à une partie en position de défense et donc ne constituent pas des moyens de défense, du moins lorsque l'exception de nullité est soulevée par la partie qui a accompli l'acte nul. On observe bien que ces

³⁶⁰ La Cour de cassation semble avoir aussi une telle conception de l'exception dilatoire V. Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2014, n°13-19.329, FD : *JurisData* n°2014-01.0009, *Procédures* 2014, n°198.

³⁶¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit. n°972

³⁶² C. Chainais, « les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », in *les sanctions en droit contemporain*, art. cit., n°59, p. 381

auteurs n'ont pas cantonné la possibilité pour le demandeur de soulever l'exception aux hypothèses où il s'agirait seulement d'une nullité de fond, mais ils l'ont également étendu aux cas de nullité pour vice de forme. A ces auteurs d'ajouter, « *on songe spécialement au cas de défaut de capacité ou de pouvoir, bien qu'en droit civil on enseigne qu'il s'agit de nullité de protection, d'intérêt privé. Nous avons déjà proposé d'adopter un point de vue différent en procédure civile, pour parvenir à donner plus de solidité au rapport d'instance, notamment au premier degré ...* »³⁶³. Les propos de ces auteurs présentent un tel intérêt qu'ils méritent que l'on s'y attarde. D'abord, ils observent que leurs suggestions ne sont valables que pour les hypothèses de vices de forme ou de fond présentant un caractère d'ordre public. Cependant ce sont les motifs avancés pour justifier ces propos qui retiennent plus l'attention : « *donner plus de solidité au rapport d'instance* ». Et pour y parvenir, il faut « *adopter un point de vue différent en procédure civile* ». Ainsi la nullité en cette matière ne devrait pas être une nullité de protection et donc seulement ouverte à la partie à laquelle l'irrégularité fait grief ; elle doit être ouverte à toutes les parties. Quoiqu'il en soit, après ces propos d'auteurs, il apparaît bien difficile d'admettre que l'exception de nullité puisse être encore un moyen de défense. D'une part, elle ne vise pas le rejet de la prétention adverse mais la régularisation de l'instance, d'autre part, rien ne devrait s'opposer à ce qu'elle puisse être soulevée par toutes les parties y compris la partie en position de demandeur principal à l'action.

106. Quoiqu'il en soit on ne peut plus affirmer aujourd'hui comme un auteur au sujet de l'exception que « *c'est toujours un défendeur qui ne recherche pas si la demande est ou non fondée, mais qui se borne à retarder ou à anéantir l'instance par un moyen tiré soit de la manière dont il a été attaqué soit de la faveur de sa position* »³⁶⁴.

107. On peut admettre cependant, avec André Damase Jocoton, que les exceptions de procédure dans leur diversité permettent « *simplement de régulariser la position du juge et des plaideurs, de mettre la cause en état d'être jugée* »³⁶⁵. Et prises donc sous ce rapport, elles doivent être ouvertes à toutes les parties y compris celles en position de demandeur principal à l'action. Il est contestable d'y voir des moyens de défense.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Ph. Duchesneau, *Des exceptions, thèse préc.*, p. 4

³⁶⁵ A- D. Jocoton, *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale, op. cit.*, n°3

108. Les rédacteurs du Code de procédure civile n'ont fait de l'exception de procédure un moyen de défense qu'à travers son positionnement dans le code. L'article 73 du Code de procédure civile à la différence des articles 71 et 122 ayant consacré respectivement la défense au fond et la fin de non-recevoir définit l'exception comme « *tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte ou à en suspendre le cours* ». De cette définition il apparaît clairement que ce moyen n'est pas orienté vers une partie qu'elle fut-elle en défense ou en demande. Si comme le distingue Henri Motulsky, il doit apparaître normal de distinguer dans un procès la marche de la procédure, l'action, le droit³⁶⁶, il doit apparaître également normal de préciser que l'action et le droit subjectif à la différence de la marche de la procédure ont tous deux un titulaire, ce qui se comprend aisément avec l'idée de défense. Par contre, la marche du procès envisagée comme une succession d'actes de procédure incombe à toutes les parties, ce que précisent d'ailleurs les articles 1 et 2 du Code de procédure civile.

109. On vient de le voir, l'exception de procédure ne satisfait aucun critère des moyens de défense. Pour l'essentiel, il y a deux raisons fondamentales qui amènent à douter de la qualification de moyen de défense conférée à l'exception de procédure. D'abord, l'exception de procédure ne satisfait pas le critère formel des moyens de défense en cela qu'elle n'est pas exclusivement réservée au défendeur. Les règles qui dans le Code de procédure civile organisent ces exceptions de procédure n'en ont pas réservé l'initiative au seul défendeur. Cette absence d'exclusivité au profit du défendeur est d'ailleurs admise par la doctrine majoritaire et dans une certaine mesure par la jurisprudence. Le demandeur à l'action principale peut prendre l'initiative d'une exception de procédure, on ne peut soutenir, en pareille occurrence, qu'il soulève un moyen de défense. La seconde raison, plus fondamentale que la première, qui amène à repousser la qualification de moyen de défense est qu'à la différence des « *vrais moyens de défense* », que sont les défenses au fond et les fins de non-recevoir, l'exception de procédure ne vise pas à proprement parler le rejet de la prétention adverse. On observe ainsi que

³⁶⁶ H. Motusky, *Ecrits-Etude et notes de procédure civile*, Préf. G. Cornu et J. Foyer, Paris, Dalloz, 1973, p. 358.

l'exception de procédure ne satisfait non plus le critère fonctionnel des moyens de défense. Cette singularité de l'exception de procédure se déduit aisément des différentes définitions consacrées par les rédacteurs du Code de procédure civile aux moyens de défense.

110. Il est vrai, on ne peut le nier, dans la catégorie des exceptions de procédure, celles qu'on verra³⁶⁷, sont *opposées à l'ouverture de l'instance s'apparentent à des moyens de défense*, mais de là à étendre ce qualificatif à toute la catégorie, il n'y a qu'un pas à ne pas franchir. En quoi l'exception de connexité serait-elle un moyen de défense ? L'idée suivant laquelle les exceptions dilatoires tirées de l'exercice d'un recours extraordinaire ou de la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » seraient des moyens de défense ne convainc pas. Seul le régime auquel la plupart d'entre elles ont été soumises rend difficile la possibilité pour le demandeur à l'action principale de s'en prévaloir. En somme, les traits qui particularisent l'exception de procédure dans la catégorie des moyens de défense l'en éloignent et la rapprochent de celle des demandes, c'est ce qu'il faut à présent examiner.

³⁶⁷ V. *infra* n° 319 s.

CHAPITRE 2 :

L’AFFIRMATION DE LA QUALIFICATION DE DEMANDE

111. On vient de voir, pour diverses raisons, que l’exception de procédure n’est pas un moyen de défense. En cherchant davantage à la caractériser, on constate qu’elle présente tous les attributs d’une demande, l’exception de procédure est une demande. Mais la notion même de demande semble controversée en doctrine³⁶⁸. Cependant, de toutes les définitions proposées, deux constances émergent : la demande est un « acte » juridique par lequel une partie soumet au juge une « prétention ». C’est aussi le sens retenu par le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu³⁶⁹. L’exception de procédure, on le verra, s’associe parfaitement avec cette définition. Ainsi, l’exception de procédure présente les attributs formel et matériel de la demande. Elle constitue donc un acte à la seule initiative des parties (section 1), par lequel, celles-ci soumettent au juge une prétention (section 2).

³⁶⁸ Cette notion est loin de faire l’unanimité. La définition de la demande varie d’un auteur à l’autre. V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n° 114 « *La demande, c’est l’acte processuel par lequel le juge est saisi d’une prétention* » ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n° 290 « *la demande en justice est l’acte juridique par lequel une personne soumet au juge une prétention* » ; L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 461 : « *la demande est l’acte de procédure par lequel une personne exerce son droit d’agir en soumettant une prétention au juge* » ; J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile*, op. cit., n°136, spéc. P. 582 : « *acte juridique par lequel une personne réclame une décision de justice sur une prétention : la demande* ».

³⁶⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*. PUF. Une définition similaire est donnée par le lexique des termes juridiques publié sous la direction MM. Guinchard et Debard : « *Acte par lequel une personne soumet au tribunal une prétention* ». V. S. Guinchard et Th. Debard (Dir), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 22^{éd.} 2014-2015

SECTION 1 : L'EXCEPTION DE PROCÉDURE, UN ACTE À L'INITIATIVE EXCLUSIVE DES PARTIES

112. L'exception de procédure est un acte juridique et donc un acte de volonté, en conséquence, elle est, dans l'absolu, résolument d'initiative privée. Il sera exposé dans un premier temps les raisons qui font d'elle un acte juridique (§1) avant d'exclure dans un second temps les situations mal à propos qualifiées d'exception de procédure lorsque l'initiative en est prise par le juge (§2).

§1.- L'exception est un acte juridique

113. L'exception de procédure n'est pas en elle-même une prétention contrairement à ce qu'enseignent certains auteurs³⁷⁰. Elle soumet plutôt au juge une prétention, prise sous ce rapport, elle constitue alors un acte. Cette assimilation de l'exception de procédure à une prétention semble trouver racine dans une vieille tradition qui consistait déjà à prendre les expressions « demande » et « prétention » pour synonymes. Il convient de partir de cette confusion entre « demande » et « prétention » (A) pour établir une nette distinction entre « exception de procédure » et « prétention » (B).

A- La confusion entre demande et prétention

114. Les expressions « demande » et « prétention » sont prises dans plusieurs écrits comme synonymes. Cette confusion « *très fréquemment commise même par les processualistes* »³⁷¹, et déjà dénoncée par plusieurs auteurs³⁷², apparaît encore dans de nombreux écrits. Cette confusion est également perceptible dans de nombreuses

³⁷⁰ Sur la confusion entre exception de procédure et prétention V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°80, p. 339.

³⁷¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°114

³⁷² H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits*, T. I, 1973, p. 44, n°12 « *on a accoutumé, en France, d'utiliser sans discrimination les mots 'demande' et 'prétention' ; la terminologie – comme celle du droit allemand – qui distingue et oppose la prétention – objet de la demande à 'la demande – acte de saisir la justice' est assurément préférable* ».

dispositions du Code de procédure civile³⁷³. Ainsi, en va-t-il de l'article 122 aux termes duquel, « *constitue une fin de non recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande ...* ». M. Block a déjà insisté sur le fait que ce texte gagnerait « *par souci de cohérence terminologique avec les autres dispositions du code, à voir remplacer le mot « demande » par « prétention »*³⁷⁴. Comme l'a fait remarquer un auteur, « *la demande acte de procédure ne doit pas être confondue avec son objet, la prétention* »³⁷⁵. Jacques Héron et M. Le Bars apportent dans ce sens une clarification qui mérite d'être approuvée. Ces auteurs, après avoir rappelé à juste titre que la prétention est l'objet de la demande, observent que « *contrairement à ce que les mots suggèrent, ce que l'on demande au juge d'accorder, ce n'est pas la demande, c'est la prétention que l'on soumet au juge au moyen d'une demande* »³⁷⁶. Sous ce rapport donc, la demande apparaît comme un contenant et la prétention comme le contenu. C'est le sens retenu par MM. Cadiet et Jeuland lorsqu'ils présentent la demande comme « *un acte de procédure par lequel une personne exerce son droit d'agir, ainsi elle peut prendre la forme d'une assignation, d'une requête simple ou conjointe, d'une déclaration ou d'une présentation volontaire devant la juridiction* »³⁷⁷. On verra également par la suite que l'exception de procédure n'est pas une prétention. Plutôt par son biais, un plaideur peut soumettre une prétention au juge, à ce titre, elle constitue un acte.

B- La nécessité de distinguer exception de procédure et prétention

115. On peut observer en retenant le sens de la prétention tel qu'il ressort du propos de Jacques Héron et M. Le Bars que l'exception de procédure, n'est pas, « *ce que l'on demande*

³⁷³ La même erreur qui se trouvait produite à l'article 564 du Code de procédure civile tel que issue de la réforme de 1975 et qui frappait d'irrecevabilité les « *demandes nouvelles* », a été rectifiée, le législateur lui ayant préféré « *les prétentions nouvelles* », ce qui est justifié.

³⁷⁴ G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse précit.*, n°32

³⁷⁵ J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, thèse, Toulouse, LGDJ, 1977, n°39, p. 49 ; L'auteur souligne l'ampleur du phénomène en précisant : « *... Qu'on peut sans difficulté parler de prétention ou de demande quant au sens substantiel sans que cela entraîne des confusions : quand on parle de demande nouvelle en appel, il va sans dire qu'il s'agit de "prétentions nouvelles". Par ailleurs, s'il fallait bannir le terme demande quand l est pris au sens de prétention, on serait sans cesse obligé non seulement de corriger la rédaction des arrêts (...), mais même de refaire un certain nombre de textes de la réforme qui n'ont pas suivis dans leur rédaction cet hommage rendu à la précision terminologique et de dire par exemple que dans l'art. 4 du décret du 9 septembre 1971 il ne s'agit pas de demandes incidentes mais de prétentions incidentes et que dans l'art. 5 il ne s'agit pas pour le juge de statuer sur tout ce qui est demandé mais sur tout ce qui est prétendu, il faudrait aussi parler de prétention reconventionnelle etc... Or l'essentiel est de s'entendre... ».*

³⁷⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°114

³⁷⁷ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°331

au juge d'accorder ». Or ce n'est que dans ce sens qu'on pourrait dire que l'exception de procédure est une prétention. La sollicitation est donc autre. Pour illustrer cette affirmation, on observera bien, qu'en soulevant une exception de nullité, l'on demande au juge de prononcer la nullité d'un acte de procédure soit pour vice de forme ou pour une irrégularité de fond. « Ce qui est demandé », c'est l'annulation de l'acte de procédure affecté par un vice. Pour ne pas s'en tenir qu'à cet exemple, on notera également que lorsqu'une partie soulève une exception d'incompétence, une exception de connexité ou une exception de litispendance, elle demande au juge d'ordonner un renvoi. Et pour être plus complet, lorsqu'une partie soulève une exception dilatoire, elle demande au juge d'accorder un sursis à statuer. Dans tous les exemples cités, il apparaît que, « *ce qu'on l'on demande au juge d'accorder* » ne peut être confondu avec l'exception de procédure elle-même. L'usage ne voudrait-il pas que l'on parle de « *demande de nullité* », de « *demande de renvoi* », de « *demande de sursis à statuer* » et peut être même de « *demande de péremption* », pour désigner respectivement « l'exception de nullité », « les exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité », etc. Dans chacune de ces illustrations, « *ce que l'on demande au juge d'accorder* » est précédé du vocable « demande ». Ainsi, ce que l'on demande au juge d'accorder ne peut alors se confondre avec « la demande ». Au regard de ces illustrations, l'exception de procédure s'apparente à un acte, une manifestation de volonté par laquelle une personne soumet au juge une prétention. Autrement dit, un acte qui assure la mise en œuvre de certaines prétentions de nature procédurale. Le juge ne serait saisi de ces prétentions que par l'entremise d'une exception de procédure. Au final, l'exception n'apparaît-elle pas comme un « acte » par lequel le juge serait saisi de certaines prétentions ?³⁷⁸ Si l'exception de procédure est un « acte » qui saisit le juge d'une prétention, il ne peut être adressé à ce dernier que par une partie, ce qui exclut tout pouvoir d'initiative du juge en cette matière et c'est ce qu'il convient à présent d'examiner.

§2.- L'exception de procédure exclusivement d'initiative privée

116. On vient de voir que l'exception est un acte juridique, donc un acte de volonté destinée à soumettre au juge une prétention. On observera à présent que cet acte ne peut

³⁷⁸ La forme interrogative a été préférée ici pour ne pas anticiper sur l'objet de la seconde partie de ce chapitre essentiellement consacré à l'objet de l'exception : une prétention procédurale.

émaner que de l'une des parties à l'instance, ce qui exclut tout pouvoir d'initiative du juge en matière d'exception de procédure. Cette absence de pouvoir d'initiative peut être appréhendée de deux façons. D'abord une absence largement consacrée par les textes (A) avec cependant quelques dérogations. Mais à l'analyse, n'est-il pas incohérent du point de vue terminologique d'affirmer que le juge relève d'office une exception de procédure ? (B).

A- L'absence de pouvoir d'initiative du juge en matière d'exception de procédure

117. Le principe de l'interdiction pour le juge de relever d'office les exceptions de procédure est un constat général qui se dégage de la lecture des dispositions du Code de procédure civile. Cette interdiction mérite d'être analysée (2), mais avant il faudra l'exposer (1).

1- L'interdiction faite au juge de relever d'office une exception de procédure

118. Le législateur pose en règle générale que les exceptions de procédure doivent être demandées. Ceci procède de l'interdiction faite au juge de les relever d'office³⁷⁹. A ce propos Mme Chainais souligne à la suite d'autres auteurs³⁸⁰ que « *ce constat découle, (...), du régime des exceptions de procédure. Certes, « aucun texte ne l'énonce expressément, mais la positivité de cette règle d'interdiction résulte suffisamment de ce que le législateur prend soin d'énoncer les exceptions qui lui sont apportées* »³⁸¹. Ces dérogations, très limitatives, sont prévues aux articles 92, 93, 100, 120 du Code de procédure civile et sont relatives à l'incompétence, à la connexité et à la nullité des actes de procédure pour irrégularité de fond. La lecture de ces dispositions révèle que le relevé d'office des exceptions de procédure procède plus d'une faculté que d'une obligation pour le juge.

³⁷⁹ Jacques Héron et M. Le Bars, cette restriction du pouvoir d'initiative du juge est due au fait que « *les règles sanctionnées par une exception de procédure sont tenues pour moins importantes que celles que sanctionnent une fin de non-recevoir. Le législateur y voit volontiers, et non sans quelque raison, un refuge de la chicane* ». V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°290.

³⁸⁰ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°290, note 84.

³⁸¹ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais et D. Fernouillet, *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz (*l'Esprit du droit*), 2012, p. 357 s., spéc. p. 396 s.

119. Il n'est fait obligation au juge de relever d'office une cause d'exception de procédure qu'à condition qu'il s'agisse d'une nullité pour irrégularité de fond présentant un caractère d'ordre public. C'est du moins ce que prévoit l'alinéa 1^{er} de l'article 120 du Code de procédure civile aux termes duquel « *les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* ». Seulement, ce texte, comme l'ont relevé des auteurs, est doté d'un domaine d'application très restreint en pratique, il n'intéresse que le défaut de pouvoir d'un représentant de l'Etat ou d'une collectivité publique³⁸². Reste les hypothèses très peu nombreuses où le juge conserve la faculté de relever d'office les causes d'exception de procédure. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 120 du code, « *le juge peut relever d'office le défaut de capacité d'ester en justice.* ». Il conserve cette même faculté en cas de connexité³⁸³. Il en va également ainsi en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque celle-ci est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas³⁸⁴. L'incompétence territoriale peut être relevée en matière gracieuse³⁸⁵ et en matière contentieuse pour les litiges relevant de l'état des personnes ou encore en cas de non comparution du défendeur dans une matière où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction. Enfin, le juge peut déroger au principe d'interdiction lorsque la loi en dispose autrement³⁸⁶. Ces derniers cas appellent deux observations : en premier lieu, le juge ne peut relever d'office l'incompétence d'attribution que lorsqu'elle touche à l'ordre public. Ceci rejoint les cas de nullité touchant à l'ordre public. En second lieu, la possibilité pour le juge de relever d'office son incompétence procède de l'absence d'une des parties au procès suivant qu'il s'agisse d'une procédure unilatérale comme c'est le cas en matière gracieuse,

³⁸² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°290 : « *Ce texte n'est doté que d'un domaine d'application très restreint. En pratique, il n'intéresse guère que le défaut de pouvoir d'un représentant de l'Etat ou d'une collectivité publique* ».

³⁸³ En effet, l'article 100 du Code de procédure civile prévoit que le juge peut se dessaisir d'office au profit de l'autre juridiction.

³⁸⁴ Une telle faculté n'est ouverte à la cour d'appel et à la cour de cassation que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative ou d'un ordre juridictionnel étranger. C'est du moins ce qui résulte de l'article 92, al.2 du Code de procédure civile.

³⁸⁵ La matière gracieuse est une procédure unilatérale caractérisée par une absence de défendeur.

³⁸⁶ CPC, art 1406 relatif à la procédure d'injonction de payer ; COJ, R. 231-5, alinéa 2 : le juge de proximité lorsqu'il est saisi d'un moyen de défense impliquant l'examen d'une question de nature immobilière pétitoire ou possessoire, est tenu de relever son incompétence au profit du tribunal de grande instance. Pour les conflits de compétence avec le juge de l'exécution V. art. L 311-12-1, al. 5 du Code de l'organisation judiciaire.

en matière d'injonction de payer³⁸⁷, de procédure sur requête ou en cas de non comparution du défendeur dans une procédure contentieuse relative à l'état des personnes lorsque la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction. Dans toutes ces hypothèses, l'intervention du juge pallie la carence de l'une des parties à l'instance. En l'occurrence, celle qui était fondée à présenter l'exception de procédure.

2- L'analyse de l'interdiction faite au juge de relever d'office les causes d'exception de procédure

120. Le juge ne peut relever d'office l'exception de procédure. Cette interdiction disparaît quasiment lorsqu'il s'agit des fins de non-recevoir. L'étude de ces moyens révèle qu'il est fait dans certains cas obligation au juge de les relever d'office. Parfois ceci procède d'une simple faculté. Mais à l'analyse, le relevé d'office est résolument du côté des fins de non-recevoir³⁸⁸ car en règle générale, celles-ci ne sont pas à demander³⁸⁹.

121. Il est courant de distinguer entre les fins de non-recevoir d'ordre public et celles qui ne le sont pas. Pour les premières, le juge a l'obligation de les relever d'office « *notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercés les voies de recours ou l'absence d'ouverture d'une voie de recours.* »³⁹⁰. Pour les secondes, l'alinéa 2

³⁸⁷ Du moins dans sa phase non contradictoire.

³⁸⁸ Cette idée résume bien les propos de M. Jeuland, pour qui le procès met aux prises trois types de rapports, un rapport de fond, un rapport de d'instance et un rapport statutaire. Que nous pensons appartenant plus au juge qu'aux parties. Car « le droit d'action dont les fins de non-recevoir sont la condition est bien dirigé vers le juge ». V. E. Jeuland, « Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique », *Mélanges en l'honneur de D. René Martin, Paris*, LGDJ, 2015, p. 253, spéc. p. 264.

³⁸⁹ Même en l'absence de demande, le juge peut les relever d'office.

³⁹⁰ L'obligation pour le juge de relever d'office la fin de non-recevoir notamment dans les cas où elle touche l'ordre public a été affirmée dans plusieurs espèces. Ainsi, doivent être relevée d'office, la fin de non-recevoir tirée l'interdiction faite au créancier d'agir en relevé de forclusion plus d'une année après le jugement d'ouverture, l'expiration de ce délai enlevant à tout juge le pouvoir de se prononcer sur le fond de la demande, sauf à commettre un excès de pouvoir : Cass. Com., 26 oct. 1999 : Bull. civ. IV, n°187 – du délai d'appel de 10 jours en matière de procédures collectives (art. R. 661-3 C.com.) Cass.com. 17 mai 2011, n°10-16.526 : D. 2011, 1550 – de l'irrecevabilité de l'appel immédiat contre les jugements ne tranchant aucune partie du principal dans leur dispositif, Cass. 2^e civ. 20 juin 1979 : Bull. civ. II, n°182., 7 oct. 1981 : Gaz. Pal. 1982, 112 note Viatte ; RTD civ. 1982, 472, obs. Perrot. Contra ; Cass. 2^e civ., 11 fév. 1976 : Bull. civ. II, n°45. V. annot. n° 2, p. 171 – de la forme de la voie de recours, Paris 30 oct. 1978 : Bull. avoués 1979, 1, p. 279, obs. Julien ; spéc. de l'irrecevabilité de l'appel, alors que c'est le contredit qui devait être exercé, V. annot. n°5 p.110 ; Cass. 2^e civ., 15 nov. 1994 – de l'irrecevabilité de l'appel immédiat sans autorisation du premier président en cas d'expertise (V. annot. n°4, p. 201) ou de sursis à statuer (V. annot. n°1, p. 243) – de l'irrecevabilité de l'appel contre une décision rectificative lorsque la décision rectifiée est passée en force de chose jugée (art. 462, al. 5) Cass. 2^e

de l'article 125 du Code de procédure civile fait du relevé d'office une faculté pour le juge. Ce n'est qu'à titre indicatif, qu'il énonce que les fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt, du défaut de qualité et de la chose jugée peuvent être relevées d'office par le juge. De toutes les énumérations de la liste de l'article 122, seule la prescription n'a pas été reprise par l'article 125. On peut supposer que la fin de non-recevoir tirée de la prescription ne peut être relevée d'office par le juge. Mais il y a lieu de relever que certaines règles organisant les prescriptions sont d'ordre public. C'est notamment le cas en matière de filiation³⁹¹ et en droit de la consommation³⁹². Les fins de non-recevoir apparaissent comme des moyens réservés tant au juge qu'aux parties. On pourrait même dire plus au juge qu'aux parties, car « *il arrive de manière très originale que le juge soit tenu de relever une fin de non-recevoir sans qu'une partie ait le droit de la soulever* »³⁹³. Ainsi en va-t-il de l'irrecevabilité prévue à l'article 963 al. 4 du Code de procédure civile, lorsque l'une des parties à l'instance d'appel ne s'est pas acquitté des 225 euros affectés au fonds d'indemnisation de la profession d'avoué³⁹⁴. Aux termes de cette disposition :

civ., 8 oct. 1986 : *JCP* 1986, IV, 321 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 279, obs. Guinchard et Moussa – de l'irrecevabilité d'un appel dirigé contre un jugement prononcé en dernier ressort, Cass. soc., 2 avr. 1998 : RJS 5/1998, n°654, RGDP 1998, p. 479, obs. Vachet ; Cass. soc. 5 déc. 1990 : *JCP* 1991, IV, 43 – de la forclusion du recours contre un assuré social devant la commission de recours amiable (CSS, art. R.142-1) ; Cass. 2^e civ. 3 avr. 2003 : *Bull. civ.* II, n°102 – de la forclusion de l'action en paiement d'un prêteur, à la condition de l'avoir préalablement constaté (C. consom. art. L.311-37) ; Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007 : *Bull. civ.* I, n°289 ; *JCP* 2008, I, 138, n°9, obs. Amrani Mekki et à condition que le défendeur ait invoqué les faits propre à caractériser la fin de non-recevoir ; Cass. 1^{re} 18 sept. 2008 : *Bull. civ.* I, n°207 ; *JCP* 2008, IV, 2613 ; *Procédures* 2008, n°324, obs. Perrot ; *D.* 2008, act. Jurispr. 2499, obs. Avena-Robardet ; *Gaz. Pal.* 1^{er} -3 mars 2009, 1251, note Poissonnier ; Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008 : *Bull. civ.* I, n°261 ; *JCP* 2009, I, 142, n°8, obs. Serinet ; *Bull. civ.* II, 10036, note Monachon-Duchêne ; *D.* 2009, pan. 2715, obs. Vasseur ; Cass. 1^{re} civ. 14 mai 2009, *D.* 2009, act. Jurispr. 1476, obs. Avena-Robardet – de l'irrecevabilité prise du manquement aux règles de notification du recours prévu en matière de contestation d'honoraires d'un technicien (CPC, art. 724 et 725) ; Cass. 2^e civ., 20 nov. 2003 cité annot. n°4, p. 546 – de l'expiration des délais prévus pour agir en désaveu et en contestation de paternité légitime, Cass. 1^{re} civ., 5 fév. 2002, somm. 2018, obs. Granet ; *RTD civ.* 2002 : *D.* 2002, somm. 2018, obs. Granet ; *RTD civ.* 2002, 494, obs. Hauser. CA Versailles, 12 mars 1992 : *D.* 1993, somm. 44, obs. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 1992, 545, obs. Hauser – du délai de l'action en contestation de paternité aux fins de légitimation prévue par l'article 318 ; Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1987 : *D.* 1988, 101, note Huet-Weiller – ou pour le délai en recherche de paternité naturelle ; Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1992 : *D.* 1993, somm. 166, obs. Granet-Lambrechts ; mais V. Cass. 1^{re} civ. 6 mars 2007 : *Dr fam.* 2007, 141, obs. Murat ; *RTD civ.* 2007, 762, obs. Hauser (au visa de l'art. 2223 C. civ.) – le juge doit relever d'office la fin de non-recevoir d'une règle touchant à l'ordre public.

³⁹¹ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.*, n°59 : « L'état des personnes étant d'ordre public, les fins de non-recevoir tirées de cette matière peuvent être relevées d'office par le juge, même lorsqu'elles concernent un moyen qui ne peut être relevé d'office ».

³⁹² L'article L. 141-4 énonce Le juge peut relever soulever d'office toutes les dispositions du présent Code dans les litiges nés de son application ». Ainsi la prescription biennale de l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs peut être relevée d'office par le juge.

³⁹³ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°289

³⁹⁴ *Ibid.*

« l'irrecevabilité est constatée d'office par le magistrat. Les parties n'ont pas la qualité pour soulever cette irrecevabilité. Elles sont avisées de la décision par le greffe ».

122. Pour Jacques Héron et M. Le Bars : « il (le législateur) se contente de restreindre les pouvoirs d'initiative du juge en fonction de l'importance qu'il attribue à la règle de procédure. Aussi n'est-il pas surprenant que les pouvoirs du juge soient plus importants pour les fins de non-recevoir que pour les exceptions de procédure »³⁹⁵. Pour Mme Chainais par contre « les sanctions procédurales sont (...) globalement, considérées comme étant d'intérêt privé », ce qui selon l'auteur semble expliquer l'interdiction pour le juge d'en prendre l'initiative. Ces explications ne sont que partiellement acceptables. C'est sans doute ce raisonnement basé sur l'importance des règles qui justifie les incohérences notées au niveau du régime. A l'analyse, les règles qu'entendent protéger les rédacteurs du Code de procédure civile par les exceptions de procédure ne sont pas toutes d'intérêt privé³⁹⁶. Et on ne peut non plus dire qu'en cette matière, les règles que protègent les fins de non-recevoir sont plus importantes que celles que protègent les exceptions de procédure³⁹⁷. La défense de l'ordre public se retrouve de part et d'autre tout comme d'ailleurs les règles d'intérêt privé. On peut ainsi résumer que le juge peut relever d'office une fin de non-recevoir toutes les fois où il n'en est pas disposé autrement. Le pouvoir d'initiative du juge est beaucoup plus marqué lorsqu'il s'agit des fins de non-recevoir³⁹⁸.

B- L'impossibilité pour le juge de soulever d'office une exception de procédure

123. Le constat général suivant lequel le juge ne peut relever d'office les exceptions de procédure semble d'une mauvaise interprétation. A l'analyse, il devrait s'agir plutôt d'une impossibilité que d'une interdiction. Il convient dans ce sens d'exposer d'abord les termes de l'impossibilité (1), lesquels sans doute justifient parfois la substitution des exceptions de procédure par des fins de non-recevoir (2).

³⁹⁵J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°288.

³⁹⁶ X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense-Règles générales », *fasc. cit.*, n° 7. Ces auteurs précisent à propos des exceptions de procédure, que « les principes que ces articles tendent à voir sanctionner ne sont toutefois pas réservés au seul intérêt privé ».

³⁹⁷ Le raisonnement en termes d'importance de la règle semble quelque peu biaisé le débat.

³⁹⁸ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.*, n° 55

1- L'exposé des termes de l'impossibilité

124. Les exceptions de procédure sont résolument d'initiative privée ; on y note une absence totale du pouvoir d'initiative du juge³⁹⁹. La doctrine attribuerait le principe au fait que le législateur jugerait de moindre importance les règles sanctionnées par une exception de procédure⁴⁰⁰. On est tenté de penser à une préservation du pouvoir d'initiative du juge notamment lorsque les règles qui fondent l'exception de procédure présentent un caractère d'ordre public. Il n'en est rien. La préservation du pouvoir d'initiative du juge n'intéresse que les sanctions de procédure. A ce propos, il faut bien distinguer entre la sanction et le moyen que constitue l'exception de procédure. Entre les deux, il y a un peu comme un rapport de cause à effet. Mais on note tant chez les auteurs que dans les textes une certaine confusion entre les exceptions de procédure et les sanctions qu'elles visent. L'exception de procédure n'est pas une sanction. C'est pourtant le sens dans lequel elle est envisagée par la majorité de la doctrine. On conviendra à ce propos que les expressions « *exceptions de nullité* » et « *nullité* » sont souvent prises pour synonymes. Or, il est nécessaire de distinguer entre « *la nullité* » et la « *demande de nullité* » pour ne s'en tenir qu'à cet exemple. La première désigne la sanction et la seconde l'exception de procédure. Cette distinction pourrait être envisagée pour chacune des exceptions de procédure. Cette précision terminologique est important car dans la pureté des expressions, le juge ne peut ni soulever, ni relever d'office une exception de procédure.

125. L'erreur se trouve pourtant commise à l'alinéa 1^{er} de l'article 120 du Code de procédure civile aux termes duquel il apparaît que « *les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* ». Ce qui contraste avec l'alinéa 2 de la même disposition où il est précisé que « *le juge peut relever d'office la nullité pour défaut de capacité* ». On constate que dans cette même disposition, les expressions « *exception de*

³⁹⁹ C. Chainais, « les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.*, n°54 : « *A la lecture du code, se dégage un principe implicite, selon lequel il est interdit au juge de prononcer d'office une sanction de procédure ; il ne peut le faire qu'à la demande de l'une des parties.*

Ce constat découle, par exemple, du régime des exceptions de procédure. Certes, « aucun texte ne l'énonce expressément, mais la positivité de cette règle d'interdiction résulte suffisamment de ce que le législateur prend soin d'énoncer les exceptions qui lui sont apportées ».

⁴⁰⁰ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°290 : « *Les règles sanctionnées par une exception de procédure sont tenues pour moins importantes que celles que sanctionne une fin de non-recevoir* ».

nullité » et « *nullité* » sont prises pour synonymes, ce qui est fort regrettable. On ne peut confondre la « demande de nullité » qui est l'exception de procédure et la nullité qui est la sanction attendue. Le juge peut recourir dans des circonstances assez particulières à la sanction sans attendre qu'elle soit demandée par les parties, notamment lorsque la règle censée fonder l'exception de procédure présente un caractère d'ordre public ou lorsqu'il a été spécialement autorisé par le législateur, ce qui n'est pas une exception de procédure.

126. Cependant, le législateur aménage les hypothèses dans lesquelles, il peut recourir à la sanction sans attendre que l'initiative soit prise par l'une des parties à l'instance. Dans ces hypothèses présentées par un auteur comme une « *...préservation d'un pouvoir d'initiative dans le prononcé des sanctions* »⁴⁰¹, on ne peut parler d'« exception de procédure ». Ainsi, le juge ne soulève ni ne prononce une exception de procédure lorsqu'en présence d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, il prononce la nullité sans attendre que la demande soit présentée par l'une des parties. On conviendra bien, que la connexité relevée d'office par le juge n'est pas une exception de connexité encore moins une exception de procédure.

127. Le même constat peut être fait lorsque dans des cas bien spécifiques, le juge est amené à relever d'office son incompetence. Cette distinction n'est pas toujours bien établie par la doctrine⁴⁰². M. Croze rappelle à ce propos, que lorsque le juge prend l'initiative de se déclarer incompetent, on ne peut parler d'exception d'incompétence et partant d'exception de procédure⁴⁰³. La remarque ainsi faite par l'auteur doit être approuvée même si le motif avancé pour justifier le rejet de la qualification d'« exception d'incompétence » reste

⁴⁰¹ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 381.

⁴⁰² Bien que la distinction n'apparaisse pas formellement, les auteurs semblent établir une distinction entre l'incompétence soulevée par les parties qui est une exception d'incompétence, et l'incompétence relevée d'office par le juge. V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°276 : Le qualificatif « *exception de procédure* » n'est utilisé chez ces auteurs que pour désigner « *l'incompétence soulevée par les parties* », qu'ils opposent à « *l'incompétence relevée d'office par le juge* ». V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1024 : « *Le plus souvent, l'incident naît de l'initiative d'une partie qui soulève l'incompétence du juge saisi au moyen d'une exception de procédure, à laquelle la pratique a donné le nom de déclinaoire de compétence. Parfois c'est le juge qui, lui-même, se déclare incompetent* ». V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1721 et s : « *un plaideur attrait devant une juridiction peut soulever trois sortes d'objections ; il le fera chaque fois par une exception de procédure qui, dans ce domaine, a reçu des appellations distinctes* ».

⁴⁰³ H. Croze, « Exception de procédure – Exception d'incompétence », *Procédure formulaire, Fasc. 20, n°5*, p. 3 : « *sous certaines conditions, le juge peut relever d'office son incompetence. Le moyen est alors relevé d'office mais ce n'est plus à proprement parler un moyen de défense et donc pas une exception de procédure* ».

contestable. Pour l'auteur, « *l'incompétence relevée d'office* » n'est pas un moyen de défense, en conséquence, elle n'est pas une exception de procédure⁴⁰⁴.

128. En étendant la remarque de M. Croze sur la qualification et non sur les motifs à toute la catégorie des exceptions de procédure, on parvient au résultat suivant lequel le juge ne peut dans aucune hypothèse soulever une exception de procédure, ce qui doit être approuvé⁴⁰⁵. La doctrine semble établir aussi une distinction entre le « *déclinatoire de compétence* » qui est une exception de procédure et l'incompétence relevée d'office par le juge qui n'est pas une exception de procédure⁴⁰⁶. Pour preuve, elle utilise rarement l'expression « exception d'incompétence » pour désigner l'incompétence relevée d'office par le juge.

129. En définitive, on note une absence totale du pouvoir d'initiative du juge en matière d'exception de procédure mais un certain aménagement du pouvoir d'initiative du juge dans la mise en œuvre des sanctions. Ainsi, on ne parlera d'exception de procédure que lorsque l'initiative en est prise par l'une des parties. Cette clarification terminologique présente tout son intérêt, car elle permet d'établir une distinction nécessaire entre les exceptions de procédure et les sanctions procédurales. Ainsi, on a d'un côté les rapports procéduraux qui appartiennent aux parties. Ce n'est que lorsque celles-ci en prennent l'initiative, qu'on parlera d'exception de procédure. Le juge pourra par divers procédés faire une incursion en cette matière sans qu'on ne puisse dire qu'il soulève une exception de procédure. Bien souvent, cette incursion se fera au moyen d'une fin de non-recevoir.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ On est d'avis avec M. Croze que l'incompétence relevée d'office n'est pas une exception de procédure.

⁴⁰⁶ C'est du moins, la compréhension que suggèrent les termes consacrés dans les écrits. V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°276 : Le qualificatif « exception de procédure » n'est utilisé chez ces auteurs que pour désigner « l'incompétence soulevée par les parties », qu'ils opposent à « *l'incompétence relevée d'office par le juge* ». V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1024 : « *Le plus souvent, l'incident naît de l'initiative d'une partie qui soulève l'incompétence du juge saisi au moyen d'une exception de procédure, à laquelle la pratique a donné le nom de déclinatoire de compétence. Parfois c'est le juge qui, lui-même, se déclare incompétent* ». V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1721 et s : « *un plaideur attrait devant une juridiction peut soulever trois sortes d'objections ; il le fera chaque fois par une exception de procédure qui, dans ce domaine, a reçu des appellations distinctes* ».

2- La substitution des exceptions de procédure par des fins de non-recevoir

130. Les rapports procéduraux semblent constituer une catégorie réservée aux parties de sorte que, quand le juge s'autorise à y faire une incursion, il ne peut procéder que par une fin de non-recevoir. Cette technique parfois prévue par le législateur a pour mérite de montrer la limite de la trilogie procédurale défendue par Henri Motulsky. Les fins de non-recevoir ne seraient plus uniquement une sanction attachée au défaut du droit d'agir, elles opèrent sur le terrain des rapports procéduraux, c'est-à-dire l'acte de procédure irrégulier pour rester fidèle à la pensée de Henri Motulsky. L'une des distinctions entre exception de procédure et fin de non-recevoir tient donc au fait que, la première doit être demandée alors que, la seconde n'a pas à être demandée. Ce critère de distinction semble bien justifier le recours du législateur à la fin de non-recevoir pour sanctionner les règles de procédure dont la violation aurait pu fonder une exception de procédure. Cette politique législative bien que justifiée demeure encore insuffisante (1), ce qui conduit la jurisprudence à pallier cette carence (2).

a- Une politique législative insuffisante

131. Le législateur substitue parfois les fins de non-recevoir aux exceptions de procédure. C'est ce que relève M. Cadiet quand il écrit que « ... l'irrecevabilité est aussi utilisée, par le législateur (...) pour sanctionner, non pas le défaut du droit d'agir stricto sensu, mais des carences ou irrégularités procédurales qui, logiquement, pour certaines d'entre elles du moins, pourraient être, voire devraient être sanctionnées sur le terrain de la nullité de l'acte de procédure irrégulier »⁴⁰⁷. Cette technique législative qui n'est pas dénuée de tout fondement, trouve diverses explications en doctrine, certains auteurs y voient une

⁴⁰⁷ L. Cadiet « La sanction et le procès », in *Mél. J. Héron*, LGDJ, 2008, p. 131 ; V. C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.* n°14 : « L'irrecevabilité s'applique (...) non à une demande ou à une défense en justice à proprement parler, mais à d'autres actes de procédure ou à des pièces, en raison de leur production tardive ou de leur non-conformité à des garanties formelles ou procédurales. L'irrecevabilité trouve ici une efficacité propre dans la théorie de l'instance, pour la validité des actes de procédure. Elle sanctionne le non respect d'une diligence imposée par la loi. Les pièces ou conclusions qui ne respectent pas les formes ou délais légalement définies ne pourront pas être examinées par le juge. Leur contenu restera lettre morte. »

incohérence terminologique entraînant un mélange singulier des genres⁴⁰⁸. Or, il n'en est rien. En effet, le législateur sanctionne d'irrecevabilité certains rapports procéduraux dans des hypothèses où aucune partie n'est fondée à présenter l'exception de procédure, soit parce que la partie y ayant intérêt est absente du procès ou parce que bien que présente, elle ne peut plus s'opposer à l'ouverture d'une instance qu'elle a contribué à ouvrir. Les articles 57 et 1090 du Code de procédure civile offrent dans ce sens un exemple assez édifiant. Le législateur y prescrit à peine d'irrecevabilité l'inobservation ou le défaut de mentions affectant la requête conjointe. Ce mode de saisine du juge est justifié par l'existence d'un accord tout au moins partiel entre les parties⁴⁰⁹. C'est l'existence de cet accord qui les fonde à saisir le juge par acte conjoint. En pareille occurrence, aucune d'elle n'est plus fondée à s'opposer à l'ouverture de l'instance. Aucune d'elle ne peut donc dans ce sens soulever une exception de procédure pour un vice affectant l'acte de procédure irrégulier conjointement rédigé. Jacques Héron et M. Le Bars dans ce cas relèvent « ... *l'inadaptation de la nullité pour vice de forme* »⁴¹⁰. Ils apportent cette précision que : « *la requête conjointe est un acte commun aux parties, dans lequel chacune d'elle a déjà développé ses arguments de fond. Par ailleurs, comment pourrait-on prétendre que l'on subit un grief du fait des irrégularités affectant un acte que l'on a soi même rédigé ?* »⁴¹¹. De leurs propos émergent une notion importante : « l'absence de grief », notion certainement rattachée à la position des parties au procès.

132. A s'interroger sur les motivations du législateur, on se rend très vite compte, qu'il est ainsi procédé lorsque la sanction attachée à la règle violée n'a pas à être demandée. Il peut être observé que les mentions prescrites à peine d'irrecevabilité par ces deux articles se rapportent à la forme de l'acte, et donc leur inobservation, dans la pureté des expressions, devrait être sanctionnée par une nullité pour vice de forme qui non seulement doit être demandée mais reste subordonnée à la justification d'un grief comme il a été rappelé en ces termes par la Cour de cassation : « *un acte de procédure ne peut être annulé pour vice de*

⁴⁰⁸ G. Block, *La fin de non-recevoir en procédure*, Bruylant, LGDJ, n°35. L'auteur affirme en effet, que « *La thèse de l'extension de l'applicabilité des fins de non-recevoir aux actes de procédure, quels qu'il soient, doit résolument être écartée* ».

⁴⁰⁹ Hypothèse assez rare où l'initiative de l'ouverture de l'instance est prise conjointement par les parties.

⁴¹⁰ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°466 ; V. L. Cadiet, « La sanction et le procès civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron art. cit.* p. 141.

⁴¹¹ *Ibid.*

forme que sur la demande de la partie intéressée et sur justification par elle du préjudice que lui a causé l'irrégularité »⁴¹². Les vices de forme affectant l'acte de procédure ne peuvent donc en principe être relevés d'office par le juge⁴¹³. Ce dernier ne doit relever d'office la nullité des actes de procédure qu'à la double condition qu'il s'agisse, d'une part, d'une irrégularité de fond affectant l'acte de procédure et, d'autre part, que l'irrégularité présente un caractère d'ordre public. Il conserve néanmoins, aux termes de l'article 120 du Code de procédure civile, la faculté de relever d'office le défaut de capacité d'une partie au procès. Il se trouve qu'aucun de ces cas n'étant visé aux articles 57 et 1090 du Code de procédure civile, le juge ne peut relever d'office la nullité de la requête conjointe sans violer l'article 114 du Code de procédure civile. C'est donc, tout naturellement qu'il recourt à la catégorie que lui réserve la loi pour sanctionner ces irrégularités. Accorder au juge la possibilité d'annuler la requête conjointe dans cette situation procéderait d'une contradiction avec le régime des nullités organisé aux articles 112 à 121 du Code de procédure civile. Cette contradiction s'observe avec regret à l'article 58 du Code de procédure civile qui sanctionne de nullité le vice affectant la requête (unilatérale) alors que les mêmes mentions sont sanctionnées d'irrecevabilité à l'article 57 dudit code. On peut observer que le juge en relevant d'office la nullité prévue à l'article 58 du Code de procédure civile ne soulève pas une exception de procédure car à proprement parler, il ne s'agit ni d'un moyen de défense encore moins d'une demande. La requête introduit généralement les procédures unilatérales comme la matière gracieuse, les procédures sur requête et la procédure d'injonction. Ces procédures sont caractérisées par l'absence d'une partie au procès, notamment « *le demandeur à l'exception* »⁴¹⁴, celle qui serait fondée à s'opposer à l'ouverture de l'instance⁴¹⁵, vu que le juge ne peut la relever d'office. Ainsi, par souci d'harmonisation, le législateur devrait prescrire ces mentions à peine d'irrecevabilité, l'irrecevabilité étant la catégorie réservée au juge. Cette solution existe déjà en droit comparé notamment en droit OHADA⁴¹⁶ où en matière de procédure d'injonction, l'article 4

⁴¹² Cass. 3^e civ., 10 juil. 1985 : *JCP*, IV, 226.

⁴¹³ J. Viatte, « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.*, II, 1980, Doct., pp. 470-471. L'auteur relève que la nullité pour vice de forme ne peut être relevée d'office.

⁴¹⁴ Cette expression non plus n'est pas trop heureuse. Le mot demandeur devrait être accompagné de la sanction attendue. Ainsi, on devrait parler de demandeur à la nullité.

⁴¹⁵ Dans l'hypothèse où l'initiative de l'ouverture de l'instance aurait été unilatérale.

⁴¹⁶ Il s'agit notamment de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. L'OHADA est une organisation régionale regroupant certains pays de l'Afrique de l'Ouest et l'Afrique Centrale et l'Océan

de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution ⁴¹⁷ sanctionne d'irrecevabilité le défaut des mêmes mentions⁴¹⁸. L'irrecevabilité devrait sanctionner tous les actes de procédure dans les procédures unilatérales notamment en matière gracieuse, d'ordonnance sur requête et de procédure d'injonction. Le même fondement justifie l'irrecevabilité prescrite aux articles 597, 715 et 724 du Code de procédure civile.

b- Une pratique jurisprudentielle justifiée

133. Les fins de non-recevoir sont des moyens principalement réservés au juge, elles n'ont pas à être demandées. Ceci explique que ce dernier s'autorise à en user dans bien des situations pour parvenir à un résultat. Cette pratique s'observe dans deux hypothèses.

134. La première, voulant échapper au régime trop rigoureux des nullités pour vice de forme, en raison de la nécessité pour le demandeur à la nullité de justifier d'un grief, la jurisprudence disqualifie souvent cette nullité en fin de non-recevoir⁴¹⁹. En effet, la réforme du Code de procédure civile a soumis la nullité pour vice de forme à un régime trop strict. Il ressort des articles 112 à 116 du Code de procédure civile que la nullité des actes de

Indien. Elle regroupe : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, La République Démocratique du Congo, Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

⁴¹⁷ On appelle **Acte uniforme**, les actes pris par le Conseil des Ministres de l'OHADA pour l'adoption des règles communes dans le cadre de l'harmonisation du droit des affaires (article 5 du traité instituant l'OHADA). A ce jour, les Actes uniformes ci-après sont en vigueur : droit commercial général, droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE), droit comptable, sûretés, procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, procédures collectives d'apurement du passif, transport des marchandises par route, sociétés coopératives. V. D. C. Sossa et J. Djogbénu, *Introduction à l'étude du droit : perspectives africaines*, éd. CrédiJ, 2012, n°241, p. 172, note 126

⁴¹⁸ AUVÉ, art. 4 « La requête doit être déposée ou adressée par le demandeur, ou par son mandataire autorisé par la loi de chaque Etat partie à le représenter en justice, au greffe de la juridiction compétente.

Elle contient à peine d'irrecevabilité :

- 1) Les noms, prénoms, profession et domiciles des parties ou, pour les personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social ;
- 2) L'indication précise du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance ainsi que le fondement de celle-ci

Elle est accompagnée des documents justificatifs en originaux ou en copies certifiées conformes

Lorsque la requête émane d'une personne non domiciliée dans l'Etat de la juridiction compétente saisie, elle doit contenir sous la même sanction, élection de domicile dans le ressort de cette juridiction ».

⁴¹⁹ J. Viatte, « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.* II, 1980, Doct., pp. 470-471. V. Après avoir relevé qu'« en vue de contourner le régime procédural strict des nullités, une certaine jurisprudence les a disqualifiées en fin de non-recevoir »⁴¹⁹, M. Block, n'a pas manqué de dénoncer ce phénomène. G. Block. *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.* n° 35

procédure ne peut être prononcée si la partie qui l'invoque justifie d'un grief. Elle ne peut non plus être prononcée si elle n'est pas expressément prévue par un texte, sauf s'il s'agit d'une formalité substantielle. Enfin, la nullité doit être invoquée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Ainsi que le souligne M. Normand, « *la rigueur de cet ensemble n'allait pas sans excès. Il eut été surprenant que l'on ne cherchât pas à la tempérer* »⁴²⁰. Et c'est la recherche de cette tempérance⁴²¹, ne pouvant sans doute laisser impunies certaines irrégularités pourtant graves, qui a conduit la jurisprudence à recourir à une disqualification des nullités pour vice de forme en fins de non-recevoir⁴²². L'absence ou l'inexactitude des mentions obligatoires devant figurer dans un acte est constitutive d'un vice de forme que le juge n'aurait pas pu relever d'office au moyen d'une nullité. Cette sanction est subordonnée à la prompte réaction de la partie qui entend s'en prévaloir. Par contre, le juge peut relever un tel vice au moyen d'une fin de non-recevoir, laquelle, aux termes de l'article 123 du Code de procédure civile peut être soulevée en tout état de cause⁴²³. Le plaideur n'aurait pu se fonder sur une fin de non-recevoir. On s'aperçoit donc, que la fin de non-recevoir est un outil à la disposition du juge, un outil dont ce dernier peut user en l'absence de tout fondement textuel.

135. Dans une seconde hypothèse, on observera que le juge recourt aux fins de non-recevoir pour sanctionner certaines irrégularités ou omissions affectant un acte de procédure dans des situations où de telles irrégularités ou omissions sont demeurées dépourvues de sanction à l'issue de la réforme du Code de procédure civile. Par un tel procédé, le juge parvient donc à combler les carences laissées par les rédacteurs du Code de procédure civile. Ainsi, c'est par une irrecevabilité et non par une nullité que le juge sanctionne l'erreur dans le choix du mode de saisine de la juridiction⁴²⁴. Roger Perrot indique

⁴²⁰ J. Normand, « Les excroissances des fins de non-recevoir », *RTD civ.*, 1981, p. 684. L'auteur ajoute en effet que « *l'irrecevabilité se substituant ainsi à la nullité, soumise à un régime permettant de sanctionner plus aisément les irrégularités commises.* »

⁴²¹ E. Du Rusquec, « Nature et nullités pour vice de forme dans les actes de procédure », *Gaz. Pal.* 1979, I, Doct. 136. « *on comprend aisément que la règle « pas de nullité sans grief » ne puisse pas s'appliquer en présence d'une fin de non-recevoir* ».

⁴²² R. Martin, « Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : droit d'action », *Rev. gén. des procédures*, n°3, 1998, pp. 419-426 « *il existe une tentation pour le juge (...) de baptiser fin de non-recevoir une nullité pour vice de forme* ».

⁴²³ Mais, on a des raisons de penser que le choix de l'irrecevabilité n'est pas fondé ici sur le moment de présentation de la sanction.

⁴²⁴ V. *infra* n°351 s.

à ce propos que : « *l'omission d'un acte est plus qu'une simple irrégularité formelle* »⁴²⁵. La Cour de cassation juge régulièrement que « *n'est pas atteint d'un vice affectant la forme un acte qui a été fait dans une autre forme que celle prévue par la loi.* »⁴²⁶. Et M. Normand d'apporter cette précision que « *les sources d'erreur en la matière sont relativement nombreuses* »⁴²⁷. La Cour de cassation distingue clairement⁴²⁸ entre vice de forme pouvant entacher un acte de procédure et donc soumis au régime des nullités pour vice de forme et l'erreur dans le choix du mode de saisine⁴²⁹ (omission pure et simple de l'acte de saisine), soumise au régime des fins de non-recevoir. L'erreur dans le choix du mode de saisine semble avoir échappé aux rédacteurs du Code de procédure civile, c'est donc la jurisprudence qui a mis au point le régime pour sanctionner les formes de saisine autres que celles prévues par les textes. On peut observer que, bien que l'erreur n'affecte pas généralement⁴³⁰ le droit d'agir mais plutôt l'acte de procédure et c'est à une fin de non-recevoir que les juges recourent pour en assurer la sanction⁴³¹. On constatera une fois encore que les fins de non-recevoir ne sont pas à demander et il en va différemment des exceptions de procédure. La sanction par la fin de non-recevoir de conditions tenant à la forme a fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine qui n'a pas tari d'expressions pour qualifier cette situation. Ainsi, M. Normand parle d'excroissance des fins de non-recevoir, affirmant qu'« *on ne peut parler de fin de non-recevoir que par extension* »⁴³². M. Du Rusquec, a relevé dans le même sens que « *la classification des nullités pour vice de forme parmi les fins de non-recevoir paraît (...) insolite* »⁴³³.

⁴²⁵ R. Perrot, *RTD civ.*, 1984, p. 559

⁴²⁶ J. Viatte « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.*, II, 1980, Doct., pp. 470-471

⁴²⁷ J. Normand, « Les excroissances des fins de non-recevoir », *art. cit.*, n°9

⁴²⁸ Cependant certains arrêts de la Cour de cassation avaient été rendus en sens contraire. En effet, la Cour jugeait que l'omission d'un acte ne rentre pas dans la catégorie des vices de forme, et la nullité était encourue sans qu'il y ait lieu de rechercher si elle a été génératrice d'un grief. V. Cass. civ. 12 mai 1976, *Bull. civ.* II, n°154, p. 120 *JCP. 1976. IV. 224* ; Cass. Civ. 11 janv. 1979, *Gaz. Pal.* 1979. 2. 629 ; Cass. civ. 3 déc. 1980, *Bull. civ.* II, n°254, p. 174, *JCP, 1981. IV. 70*.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Dans le cadre de l'exercice d'une voie de recours, l'erreur dans la forme de l'acte peut parfois entraîner la perte du droit d'agir, notamment lorsque la correction intervient après le délai du recours. Ainsi, pour la Cour de cassation « *lorsque les conditions de forme et de délai prévues aux articles 901 et 538 ne sont pas observées, il en résulte une perte du droit de relever appel entraînant fin de non-recevoir et irrecevabilité de l'appel* ».

⁴³¹ Ces différentes techniques par lesquelles, la jurisprudence sanctionne les conditions tenant à la forme n'a pas manqué de susciter l'indignation de la doctrine.

⁴³² J. Normand, « Les excroissances des fins de non-recevoir », *RTD civ.* 1981, p. 689

⁴³³ E. du Rusquec, « Nature et régime des nullités pour vice de forme dans les actes de procédure », *Gaz. Pal.* 1979, I, Doct., p. 137. Il relève qu'« *il serait toutefois superficiel et discourtois de laisser entendre que les*

SECTION 2 : L'EXCEPTION DE PROCÉDURE, UN ACTE SOUMETTANT AU JUGE UNE PRÉTENTION

136. Après avoir montré que l'exception de procédure est un acte que seules les parties au procès peuvent présenter, il convient à présent de préciser son objet : celui de soumettre au juge une prétention de nature procédurale (§1), susceptible d'être combattue par les moyens de défense (§2).

§1.- La réalisation de la soumission d'une prétention au juge

137. L'exception de procédure soumet au juge une prétention ; elle n'est donc pas une prétention. Cette idée déjà défendue par la doctrine majoritaire (A) ne suffit pourtant pas à faire de l'exception de procédure une demande car les moyens de défense tout comme les demandes soumettent au juge une prétention. A l'analyse, on s'aperçoit donc que la prétention n'est plus un critère déterminant dans l'identification des demandes⁴³⁴ ; la recherche d'un nouveau critère s'impose. Mais d'abord, il faut distinguer la prétention soumise au juge suivant qu'elle provient d'une demande ou d'une défense. C'est alors qu'on s'aperçoit que les prétentions soumises au juge au moyen d'une défense ont en commun le rejet de la prétention adverse⁴³⁵, tel n'est pas l'objet de la prétention soumise au juge au moyen d'une demande (B).

A- Une admission du principe par la doctrine

138. Sur divers fondements, la doctrine majoritaire a admis que l'exception de procédure soumet au juge une prétention. Un premier fondement basé sur la définition de l'action, a permis à la doctrine majoritaire de soutenir que les exceptions de procédure à l'instar des

auteurs de ces décisions ont agi par inadvertance et sans avoir murement pesé la portée de leur décision ! ». ; V. G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n°35, p. 61 : «*la thèse de l'extension de l'applicabilité des fins de non-recevoir aux actes de procédure, quels qu'il soient, doit résolument être écartée. Elle procède d'un mélange singulier des genres* ».

⁴³⁴ La prétention apparaît finalement comme un critère insuffisant pour caractériser la demande, d'où la nécessité de rechercher un nouveau critère d'identification.

⁴³⁵ Sans vouloir revenir sur une position déjà défendue V. n° ...La question discutée ici, est le principe suivant lequel tous les moyens de défense soumettent au juge « *une prétention* » présentant un objet spécifique : le rejet de la prétention adverse.

moyens de défense soumettent au juge une prétention (1). Un deuxième fondement a consisté plutôt pour une autre partie de la doctrine à partir du recours à la méthode structurale pour soutenir que les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir soumettent au juge une prétention (2).

1- Un argumentaire fondé sur la définition de l'action

139. La doctrine majoritaire partage l'idée suivant laquelle l'exception de procédure soumet à l'examen du juge une prétention. C'est du moins le constat qu'a permis de faire certains propos relevés chez nombre d'auteurs. A ce propos, Jean Foyer et Gérard Cornu semblent les premiers à constater dans la doctrine moderne que « *toutes les exceptions de procédure ont (...) pour trait commun de soumettre au juge une question tout à la fois extérieure et préalable au fond du litige, une question de procédure...* »⁴³⁶. La question de procédure à laquelle se rapportent les propos de ces auteurs constitue une prétention. Pendant longtemps, l'idée de prétention a été associée au droit substantiel. Ainsi, l'idée qu'il pourrait exister d'autres prétentions en dehors de celles portant sur le droit subjectif substantiel a été longtemps combattue. La définition de l'action proposée à l'article 30 du Code de procédure civile semble moins expressif à cet égard. En effet, l'alinéa 1^{er} de cette disposition définit l'action comme « ... *le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le **fond** de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* ». La question s'est alors posée quant au sens à donner au mot « **fond** » contenu dans cette disposition. La question ne manque pas d'intérêt lorsqu'on sait qu'en droit le « fond » est opposé à la « forme ». On peut alors légitimement s'interroger sur le point de savoir si les prétentions procédurales qui pourraient naître à l'occasion d'une instance trouvent place dans cette définition.

140. A cette préoccupation, MM. Cadiet, Normand et Mme Amrani-Mekki, répondent par l'affirmative en précisant que l'article 30 « ... *a vocation à s'appliquer à toute espèce de prétention juridiquement relevante ...* »⁴³⁷. Ils indiquent notamment que « *le « fond », (...) n'est pas seulement celui de la prétention substantielle, ce peut être aussi celui sur lequel*

⁴³⁶ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, op. cit., p. 369.

⁴³⁷ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°80.

porte une prétention procédurale ». Ainsi, pour ces auteurs, il existe aux cotés des prétentions substantielles des prétentions procédurales⁴³⁸. Ils ajoutent pour illustrer leurs propos que « *la partie qui, préalablement à l'examen du fond substantiel et, en règle générale, pour éviter ou différer celui-ci soulève une exception ou une fin de non-recevoir (...)* » exerce une action purement processuelle et « *le droit lui sera reconnu ou dénié d'être entendu sur le fond de cette prétention procédurale et dans l'affirmative le juge se prononcera sur le bien ou le mal fondé de cette dernière...* »⁴³⁹. Ces auteurs s'interrogeant sur le droit d'agir du défendeur observent en effet, « que s'agissant des fins de non-recevoir et il en irait de même pour les exceptions de procédure, les unes et les autres curieusement passées sous silence par l'article 30, il faut considérer, par analogie avec les dispositions de l'article 30 alinéa 1^{er}, que le défendeur au fond, demandeur au moyen, est bel et bien l'« auteur d'une prétention » de nature procédurale (prétention à l'irrecevabilité de la demande, à l'incompétence ou à la nullité) »⁴⁴⁰. Nul doute que pour ces auteurs, les exceptions de procédure et les moyens de défense soumettent au juge des prétentions.

141. Cette doctrine n'est pas isolée. Ces mêmes idées sont défendues par M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand pour qui, « *lorsque le défendeur soulève une exception de procédure en invoquant l'irrégularité de la demande, il soulève en effet une **prétention relative au caractère non régulier de la demande*** »⁴⁴¹. Dans le même sens M. Desdevises a observé que « *le fond d'une prétention soumise à un juge peut aussi être constitué par un problème de procédure. C'est en ce sens que l'article 480 du nouveau Code de procédure civile range dans la catégorie des jugements la décision qui (...) statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident* »⁴⁴². Cet auteur admet aussi l'idée que l'exception de procédure soumet au juge une prétention procédurale. Il indique en

⁴³⁸ Pour complément V. *infra* n°182 s. et 208 s.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n°80, p. 341.

⁴⁴¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, *op. cit.*, n°98. Dans un passage intitulé, critique d'une définition trop restrictive de l'action du défendeur, soulignent : « *contrairement à ce qu'indique l'article 30, la faculté d'agir du défendeur ne s'exerce pas seulement dans le cadre restreint défini par le bien-fondé même de la demande formulée par le demandeur. Elle vaut aussi **pour toutes les prétentions** que le défendeur lui-même pourrait soulever, en vertu des dispositions légales : lorsqu'il prétend que la demande n'est pas fondée en droit, mais aussi lorsqu'il prétend que le demandeur n'est pas recevable à agir ou qu'il ne respecte les règles procédurales qui entourent la demande en justice* ». .

⁴⁴² Y. Desdevises, « Variation sur le fond en procédure civile », in *La terre, la famille, le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, 1990, p. 325 et s., spéc. 327.

effet, que « *quand une contestation s'est nouée sur un tel objet on peut parler du fond de l'exception de procédure, ou du fond de la fin de non-recevoir sans erreur de langage* »⁴⁴³. Jacques Héron et M. Le Bars admettent aussi l'idée que les exceptions de procédure soumettent au juge une prétention : « *on constate (...) que celui qui soulève une défense procédurale soumet à son tour au juge une prétention* »⁴⁴⁴. Ces auteurs défendent également l'idée suivant laquelle les exceptions de procédure ainsi que les fins de non-recevoir soumettent au juge une prétention. Des propos de ces auteurs, il ressort clairement que l'exception de procédure comme toutes les demandes soumet au juge une prétention.

2- Un argumentaire tiré du recours à la méthode structurale

142. Jacques Héron et M. Le Bars soutiennent sur un tout autre fondement⁴⁴⁵ que les exceptions de procédure soumettent au juge une prétention⁴⁴⁶. Se basant ainsi sur le recours à la méthode structurale, ces auteurs indiquent que « *celui qui soulève une défense procédurale soumet à son tour au juge une prétention qui, dans sa structure, est strictement identique à celle d'une demande. Il allègue une série de faits, liés au procès, dont il soutient qu'ils correspondent au présupposé d'une règle de droit. En conséquence, il sollicite du juge que ce dernier fasse jouer l'effet juridique de cette règle* »⁴⁴⁷. Ainsi, pour ces auteurs, l'exception de procédure soumet au juge une prétention en raison du recours par le juge à la méthode structurale. Ce dernier statuera donc sur cette prétention en ayant recours à la forme « *si...alors* ». Pour illustrer leur propos, ces auteurs indiquent que lorsqu'un « *plaideur*

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°138. Ces auteurs appellent défenses procédurales : les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir.

⁴⁴⁵ Ces auteurs ne détachent pas pour autant ce raisonnement de la définition de l'action donnée à l'article 30 du Code de procédure civile comme en témoignent leurs propos : « *lorsqu'on parle de d'action, il ne s'agit que d'une façon commode de désigner les demandes et les défenses* ». La déduction peut être bien faite de leur analyse ainsi, « *l'action étant définie comme le droit d'être entendu sur le fond, par le juge, il est clair que cette prérogative constitue l'effet juridique de la règle qui peut être énoncée : alors, cette personne est entendue sur le fond de sa prétention par le juge, afin qu'il la dise bien ou mal fondée* ». Que trouve-t-on dans le présupposé de cette règle ? Ainsi que l'a montré M. Wiederkehr, on ne peut concevoir qu'une personne puisse être entendue sur le fond sans qu'elle ait formé une prétention, ce qui signifie que l'émission d'une prétention figure dans le présupposé de la règle. (...). En effet, dans la doctrine de H. Motulsky, si l'auteur d'une prétention peut être entendu sur le fond, c'est parce qu'il est titulaire du droit d'agir ».

⁴⁴⁶ Pour eux, la défense procédurale n'est identique à la demande que par son mécanisme, car soulignent-ils, par son objet « (...) elle tend à obtenir le rejet de la demande ou au moins à entraver son examen. » V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°131.

⁴⁴⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°131.

allègue le caractère prud'homal de la demande. Il soutient que cette situation correspond au présupposé d'une règle de droit, l'article L. 1411-4 du Code du travail. Le plaideur prétend donc que le juge doit faire jouer l'effet juridique de cette règle, à savoir le renvoi de l'affaire devant un conseil de prud'hommes, seul compétent pour connaître d'un tel litige »⁴⁴⁸. Ils en concluront que « *l'expression peut surprendre, mais elle correspond à la réalité : le plaideur qui soulève une défense procédurale agit comme un demandeur. Il est demandeur à la défense procédurale. (...) dans certaines hypothèses, l'usage reconnaît cette situation : on parle de demandeur pour désigner celui qui prend l'initiative de soumettre au juge une prétention sur la compétence du tribunal saisi.* »⁴⁴⁹.

143. On vient d'observer qu'une partie de la doctrine soutient que l'exception de procédure présente au juge qui en est saisi une prétention que ce dernier doit trancher en ayant recours à la forme « *si...alors* ». Ce critère de l'exception de procédure, on l'observe, la rapproche tant des demandes que des moyens de défense. En d'autres termes, on ne peut tirer aucune conséquence majeure de cet attribut de l'exception de procédure.

B- Une prétention autre que le rejet de la prétention adverse

144. En cherchant à caractériser l'exception de procédure, on bute sur un obstacle. On ne peut soutenir que l'exception de procédure est une demande parce qu'elle soumet au juge une prétention. En rapprochant l'objet de la demande de celui des moyens de défense, on constate que l'un et l'autre soumet au juge une prétention. La prétention cesse de ce fait d'être un critère déterminant de la demande. Ce critère apparaît donc insuffisant (1), il faut alors rechercher un critère discriminant permettant suffisamment de distinguer les demandes des moyens de défense. Cet exercice amène d'abord à exclure du champ de la demande les hypothèses où la prétention soumise au juge se confond au rejet de la prétention adverse (2). A la suite de ces exclusions, on voit enfin émerger un nouveau critère : la recherche d'un avantage distinct du rejet de la prétention adverse comme finalité de toute demande (3).

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*

1- L'insuffisance de la prétention comme critère de la demande

145. La proposition suivant laquelle l'exception de procédure est une demande parce qu'elle soumet au juge une prétention ne serait pas exempte de toute critique. A une telle proposition, il peut être objecté que les demandes ne sont pas, comme on le verra, les seuls actes par lesquels une partie peut soumettre une prétention au juge. C'est pourquoi, on essaiera de démontrer que la prétention ne suffit plus à caractériser la demande.

146. En revenant à la définition traditionnelle de la demande : « *l'acte juridique par lequel, une personne soumet au juge une prétention* »⁴⁵⁰, on constate qu'une telle définition ne permet pas suffisamment de distinguer les demandes des défenses. Pourtant, dans cette définition, la « prétention » apparaît comme le mot le plus important, et partant un critère de la demande au point où, il a été jugé qu'il n'y a pas de demande en justice tant qu'une prétention n'a pas été émise⁴⁵¹. A l'analyse, la prétention se présente dans cette définition comme un critère de la demande. Seulement dans l'absolu, la demande n'est pas le seul acte processuel par lequel une partie peut soumettre une prétention au juge. Le juge se trouve aussi saisi d'une prétention par le truchement d'un moyen de défense, ce qui rend très malaisé la distinction entre demande et moyen de défense.

147. L'idée suivant laquelle les demandes ne sont pas les seuls actes par lesquels une partie peut soumettre au juge une prétention est défendue par la doctrine majoritaire⁴⁵². Ainsi, soutient-elle que le défendeur qui soulève un moyen de défense, soumet à son tour une prétention au juge. Cette idée se trouve développée chez M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand « *pour toutes les prétentions que le défendeur lui-même pourrait soulever, en vertu des dispositions légales : lorsqu'il prétend que la demande n'est pas fondée en droit,*

⁴⁵⁰ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., 290 ; Cette définition se trouve également relevé chez Jacques Héron et M. Le Bars pour qui « *la demande c'est l'acte processuel par lequel le juge est saisi d'une prétention* ».

⁴⁵¹ Cass. soc. 10 juil. 1996, *RTD civ.* 1996. 981, obs. Perrot. Cass. Civ. 3^e, 14 juin 1989, Bull. civ. III. N°137.

⁴⁵² Une partie de la doctrine minoritaire sans doute réfute l'idée suivant laquelle que les moyens de défense soumettent au juge une prétention. **Pour le cas spécifique des fins de non-recevoir**, V. G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse précit.*, n°32, p. 52-53 : « si la fin de non-recevoir est liée à une prétention, elle n'implique cependant pas l'émission d'une quelconque prétention ; elle se borne à contrer la prétention émise par le demandeur » ; **et pour les moyens de défense en général** V.R. Perrot, *Droit judiciaire privé, Les cours de droit*, Paris, 1981, p. 94 : « *Sans élever de son côté aucune prétention, le défendeur peut se prévaloir de certains moyens que l'on a coutume d'appeler des "moyens de défense" et qui sont aujourd'hui règlementés par les articles 71 à 126 du nouveau Code de procédure civile* ». Adde X. Marchand et A. Pivet, « Les moyens de défense-Règles générales », *J.-cl. . Proc. civ., fasc. préc.* p. 1 : « les moyens de défense tendent au rejet d'une prétention initiale ou incidente ; ils ne portent en eux même aucune prétention spécifique ».

mais aussi lorsqu'il prétend que le demandeur n'est pas recevable à agir ou qu'il ne respecte pas les règles qui entourent la demande en justice »⁴⁵³. On peut également relever cette idée dans les propos de Mme Voidey : « le litige comprend effectivement toutes les prétentions soumises au juge, y compris celles exprimées dans les défenses »⁴⁵⁴. L'auteur précise dans ce sens que « l'objet du litige est composé de tout ce que réclament, demandent ou sollicitent les parties, autrement dit de tout ce à quoi elles prétendent en demande comme en défense »⁴⁵⁵. Pour la doctrine majoritaire, la possibilité pour le défendeur d'émettre une prétention par le truchement des moyens de défense n'est qu'une conséquence de la définition de l'action. A ce titre, MM. Cadiet, Normand et Mme Soraya ont observé que « le défendeur au fond, demandeur au moyen, est lui aussi, bel et bien, l'« auteur d'une prétention » »⁴⁵⁶. Même constat chez Mme Douchy-Oudot qui estime qu' : « une fin de non-recevoir tirée, par exemple, du défaut du droit d'agir tend à faire déclarer la demande irrecevable et constitue bien une prétention de la partie défenderesse qui l'invoque »⁴⁵⁷. Comme, il vient d'être exposé, les demandes et les moyens de défense soumettent au juge une prétention. Ceci devient du coup un point de confusion entre les deux notions. Ceci rend nécessaire la recherche d'un nouveau critère discriminant entre ces deux notions. On notera ainsi que la prétention n'est plus un critère suffisant pour caractériser la demande. Il faut donc exclure du champ de cette dernière certaines situations, et c'est ce qu'il convient à présent d'exposer.

2- L'exclusion du champ de la demande des prétentions se confondant au rejet de la prétention adverse

148. Pour mieux distinguer les défenses des demandes, il convient d'exclure du champ de cette dernière les situations où la prétention soumise au juge se confond rigoureusement au rejet de la prétention adverse. C'est d'abord le cas de tous les moyens de défense (a). C'est

⁴⁵³ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°98.

⁴⁵⁴ N. Voidey, « La notion de « prétentions » en procédure civile », *Gaz. Pal. Rec. Sept-Oct. 2006*, p. 2839, spéc. p.2840.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°80, p. 324 ; V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 138 : Ces auteurs observent « que celui qui soulève une défense procédurale soumet à son tour une prétention » qui dans sa structure, est strictement identique à celle d'une demande ». Ces auteurs soutiennent également l'idée que le défendeur en soulevant un moyen de défense élève une prétention.

⁴⁵⁷ M. Douchy-Oudot, « Jugement avant dire droit », *J.-cl. proc. civ., fasc. 530*, n°13.

aussi le cas de certaines demandes que la jurisprudence sous l'influence de la doctrine disqualifie en défense au fond (b).

a- L'exclusion des moyens de défense

149. A l'instar des demandes, il vient d'être démontré que tous les moyens de défense soumettent au juge une prétention, ce qui constitue parfois un point de confusion entre demande et moyens de défense, deux notions que le législateur distingue pourtant nettement. Il importe de distinguer la prétention soumise au juge au moyen des demandes de celle portée devant le juge par le truchement des moyens de défense. En d'autres termes, il s'agira de rechercher les raisons pour lesquelles, il est peu convenant d'employer le qualificatif de demande pour désigner les moyens de défense, bien que ceux-ci soumettent au juge une prétention. Si sur ce point, la défense au fond semble présenter moins de difficulté, la distinction ne paraît pas toujours évidente en ce qui concerne la fin de non-recevoir. Autrement dit, pourquoi devrait-on admettre que les exceptions de procédure constituent des demandes et sans étendre cette qualification aux fins de non-recevoir quand bien même elles soumettent toutes au juge une prétention.

150. L'idée est soutenue par MM. Cadiet, Normand et Mme Amrani Mekki notamment quand ils affirment que « *la partie (...) qui soulève une exception ou une fin de non-recevoir exerce (...) une action purement processuelle (...), le droit lui sera reconnu ou dénié d'être entendue sur le fond de cette prétention procédurale* »⁴⁵⁸. Cette idée se trouve également développée chez Jacques Héron et M. Le Bars⁴⁵⁹. Ces auteurs vont jusqu'à parler de « *défense comparable à **une demande par sa structure*** », pour désigner les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir⁴⁶⁰.

151. Mais ce qui distingue les fins de non-recevoir des exceptions de procédure et les rapproche des défenses au fond est le « *rejet de la prétention adverse* ». Ainsi, aux termes de l'article 122 du Code de procédure civile, la décision qui sanctionne une fin de non-recevoir

⁴⁵⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°80.

⁴⁵⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°138 : ces auteurs utilisent l'expression « défenses procédurales » pour désigner aussi les exceptions de procédure que les fins de non-recevoir.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

est une décision de rejet, il en va de même aux termes de l'article 71, de la décision qui fait droit à une défense au fond. La fin de non-recevoir et la défense au fond ont donc une même finalité : le rejet de la prétention adverse⁴⁶¹. La prétention soumise au juge par le biais d'une défense au fond ou d'une fin de non-recevoir se confond au rejet de la prétention adverse. On observera que celui qui soulève une fin de non-recevoir ou une défense au fond ne recherche pas « *un avantage autre que le rejet de la prétention* »⁴⁶² formée par son adversaire. Le rejet interviendra dans un cas sans examen au fond du droit et dans l'autre après cet examen, ces deux moyens poursuivent donc une même finalité⁴⁶³. Il en va autrement de l'exception de procédure qui soumet au juge une prétention dont l'objet est distinct du rejet de la prétention adverse. Le simple rejet de la prétention adverse, c'est le but poursuivi par certaines demandes, ce qui conduit la Cour de cassation dans ces situations à les disqualifier en moyens de défense.

b- La disqualification de certaines demandes en moyens de défense

152. La frontière entre « *demandes* » et « *moyens de défense* » apparaît parfois trop mince notamment lorsque la prétention soumise au juge au moyen de la demande se confond au rejet de la prétention adverse⁴⁶⁴. L'illustration en est donnée dans le cadre de la distinction entre « *défenses au fond* » et « *demandes reconventionnelles* ». La question s'est principalement⁴⁶⁵ posée quant au moyen à soulever par une caution qui, pour se soustraire des poursuites en recouvrement de créances, invoque les fautes commises par une banque créancière qui a octroyé des crédits abusifs au débiteur principal : en l'absence de

⁴⁶¹ Dans la pratique la défense au fond est sanctionnée par un débouté et la fin de non-recevoir par une décision de rejet. Le débouté est également une décision de rejet. V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit v° Débouté : « *décision judiciaire qui rejette, comme irrecevable ou mal fondée (débouté au fond) la prétention d'un demandeur principal ou reconventionnel, soit devant le premier juge, soit sur recours.* »

⁴⁶² S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *art. cit.* n° p.765.

⁴⁶³ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°314 : « *Elles (les fins de non-recevoir) aboutissent à des résultats analogues à ceux d'une défense au fond, puisque, dans les deux cas, la demande est tenue en échec.* ».

⁴⁶⁴ B. Rolland, *Procédure civile*, 3^e éd, Studyrama, 2013, p. 290 : « *La demande reconventionnelle constitue bien une demande du point de vue procédural, qui entraîne les effets d'une demande en justice (interruption de prescription, etc), mais sur le fond c'est un moyen de défense*».

⁴⁶⁵ Il s'agit en réalité d'une question récurrente V. E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., T. 1, Sirey, 1925, n°238 et s.

comportement relevant de l'article 2314 du Code civil⁴⁶⁶, la caution ne peut échapper aux conséquences de son engagement qu'en sollicitant du créancier des dommages-intérêts au moyen d'une demande reconventionnelle, lesquels compenseront sa propre dette⁴⁶⁷. En application de la disposition susvisée, la Cour de cassation se prononçait traditionnellement en faveur de l'irrecevabilité de la défense au fond⁴⁶⁸, obligeant ainsi la caution à agir au moyen d'une demande reconventionnelle en responsabilité contre le créancier. Cette position de la Cour a été dénoncée par M. Guinchard pour qui, « *la demande de la caution n'est pas une demande reconventionnelle mais une défense au fond...* »⁴⁶⁹. L'auteur justifie ses propos en précisant que si « *cette défense est accueillie et réussit, le résultat unique, pour la caution, est le débouté sans qu'elle obtienne aucun autre avantage, ce qui correspond très exactement à la définition de la défense au fond en droit processuel et exclut la qualification de demande reconventionnelle* »⁴⁷⁰. De ce fait, M. Guinchard propose le rejet de la qualification de « *demande* » au profit de celle de « *défense au fond* », car précise-t-il, la « **demande reconventionnelle** »⁴⁷¹ en compensation « *se confond avec la défense, c'est-à-dire avec le rejet de la prétention de son adversaire et ce rejet seulement, il n'y a pas d'ajout* »⁴⁷². En résumé, comme l'indique l'auteur « *lorsque le défendeur n'ajoute rien au*

⁴⁶⁶ Cc. Art. 2314 « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. (L.n°84-148 du 1^{er} mars 1984). Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

⁴⁶⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°136 ; F. Boucard note sous cass. JCP G 2003, II, 10103 : « *La caution peut, pour engager la responsabilité du créancier, procéder par voie de défense au fond ou par voie de demande reconventionnelle en sollicitant des dommages-intérêts puis la compensation entre le montant de sa dette et celui de dommage-intérêts* ».

⁴⁶⁸ F. Boucard, note sous Cass. Mixte 21 fév. 2003, JCP G 2003, II, 10103 : « *La Cour de cassation se prononçait traditionnellement en faveur de l'irrecevabilité de la défense au fond, obligeant ainsi la caution à présenter une demande reconventionnelle en responsabilité contre le créancier* ».

⁴⁶⁹ S. Guinchard, « *Le droit a-t-il encore un avenir à la cour de cassation ?* », *Mél. F. Terré*, PUF, 1999, p. 761. Pour un avis contraire lire J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°136 « *ce genre d'assimilation (délibéré) ou non d'une demande à une défense au fond est, de la part de la haute juridiction, tout à faire regrettable, car la discipline juridique n'a rien à gagner à une confusion des concepts, quel que soit l'intérêt qu'il peut avoir à simplifier les procédures* ».

⁴⁷⁰ S. Guinchard, « *Le droit a-t-il encore un avenir à la cour de cassation ?* », art. cit., p. 765 : « *En présentant sa demande de dommages-intérêts, la caution cherche seulement à annihiler la demande en paiement du créancier sans rien obtenir de plus* ».

⁴⁷¹ S. Guinchard, « *Le droit a-t-il encore un avenir à la cour de cassation ?* », art. cit., p. 765 : L'auteur soutient que le qualificatif de demande reconventionnelle sera retenue si un avantage supplémentaire était demandé ainsi : si la caution « *demandait plus, elle demanderait plus que son préjudice, rechercherait par conséquent un avantage autre que le rejet de la prétention du créancier et c'est bien une demande reconventionnelle qu'elle formerait alors* ».

⁴⁷² *Ibid.* Cette doctrine semble avoir provoqué un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière juge désormais que les demandes reconventionnelles et les moyens de défense étant formés de la même manière, la cour d'appel doit répondre à la demande de la caution qu'elle qu'en fût la qualification

rejet de la prétention adverse, il y a défense au fond »⁴⁷³. Cette position avait été défendue par Ernest Glasson et Albert Tissier qui ont observé que « *les conclusions tendant seulement à anéantir ou restreindre les chefs de la demande principale peuvent être en effet, bien que qualifiées demandes reconventionnelles, de simples moyens de défense* »⁴⁷⁴. Ces auteurs illustrent leur propos, en précisant au sujet de la compensation entre dettes réciproques, « *qu'il n'y a lieu à demande reconventionnelle que si la créance du défendeur dépasse celle du demandeur* »⁴⁷⁵. On retrouve ici aussi dans l'idée de ces auteurs la notion « *d'ajout* ». Ainsi, en cas de confusion entre la prétention du demandeur et celle du défendeur, il y a défense au fond. Cette position⁴⁷⁶, qui est celle suivie par la Cour de cassation⁴⁷⁷, doit être approuvée bien que la doctrine ne soit pas unanime à ce propos. C'est donc au regard de la doctrine de M. Guinchard⁴⁷⁸, que la Cour de cassation accueille désormais favorablement la demande de la caution quelle que fut la qualification procédurale⁴⁷⁹. M. Croze semble approuver cette opinion lorsqu'il affirme qu'une « *demande* » peut précisément n'être qu'un *moyen de défense* »⁴⁸⁰. Constat identique chez MM. Cadiet, Normand et Mme Amrani-

procédurale ; M. Douchy-Oudot, *Procédure civile*, op. cit., n°167 : « *la demande reconventionnelle est distincte du simple moyen de défense parce que le défendeur demande un avantage nouveau au juge. C'est d'ailleurs ce qui permet de la distinguer de la défense au fond* ».

⁴⁷³ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n° 304 : chez les mêmes auteurs : « *le seul débouté du demandeur est ainsi le signe manifeste qu'il y a défense au fond, quelle que soit par ailleurs, la manière dont le défendeur présente sa défense* ». ; V. H. Croze, Ch. Morel et O. Fradin, *Procédure civile*, 4 éd. Lexisnexis, 2008, n°377 : « *En tout cas il n'y a nulle contradiction à former une demande reconventionnelle tout en invoquant une défense au fond ayant substantiellement le même contenu, ce qui permet de faire de celle-ci un subsidiaire de celle-là* ».

⁴⁷⁴ E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., T. 1, Sirey, 1925, n°239, p. 609.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ La solution de la Cour de cassation n'est pas nouvelle. La Cour s'était déjà prononcée dans ce sens dans un arrêt rendu en 1917. V. Cass. civ., 12 décembre 1917, S., 120. 1. 23.

⁴⁷⁷ Cet exercice de disqualification est sans grande portée pratique puisqu'en toute hypothèses, les demandes reconventionnelles et les moyens de défense sont formés de la même manière à l'encontre des parties à l'instance ; par suite, les juges doivent répondre à la demande de la caution qu'elle qu'en soit la qualification procédurale (Cass. Ch. Mixte, 21 fév. 2003 : *Juris-Data* n°2003-17890).

⁴⁷⁸ F. Boucard, note sous cass. *JCP G* 2003, II, 10103 : « *Dans sa contribution aux mélanges Terré, le Professeur Guinchard a fait observer que la demande reconventionnelle ainsi exigée n'avait pas d'autre but que le rejet de la prétention du créancier poursuivant. L'auteur en a déduit que la faute de la banque pouvait être invoquée par voie d'exception, au moyen d'une défense au fond* ». V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°135, note 221 : « *La Cour y a été vivement encouragée par notre collègue S. Guinchard « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », Mélanges F. Terré, PUF, 1999, p. 761* ».

⁴⁷⁹ F. Boucard, note sous cass. mixte, 21 fév. 2003, *JCP G* 2003, II, 10103 : « *le plaideur se trouve dispensé de former une demande reconventionnelle pour émettre une prétention qui peut s'exprimer par une simple défense au fond* ».

⁴⁸⁰ H. Croze, note sous cass. *Procédures* 2003, n°118 : « *formellement, une demande reconventionnelle peut donc se confondre avec une défense au fond* ».

Mekki : « *les demandes reconventionnelles sont parfois essentiellement des moyens de défense* »⁴⁸¹ notamment, si « *le « plus » demandé n'est pas autre chose que la volonté de repousser la demande* » initiale⁴⁸².

153. La doctrine de M. Guinchard est par contre dénoncée par plusieurs auteurs dont M. Boucard selon qui la demande de la caution est, non, une « *défense au fond* mais une « *demande* ». Pour cet auteur, « *même lorsque le défendeur cherche exclusivement à paralyser la demande en paiement du créancier, le moyen tiré de la faute de ce dernier s'analyse en une demande incidente* »⁴⁸³. Pour l'auteur, la qualification de demande doit être retenue vu que « *saisi d'une telle demande, le juge doit (...) apprécier autre chose que le bien-fondé de la demande initiale* »⁴⁸⁴. Il en conclut qu' « *on est donc en présence d'une demande reconventionnelle* »⁴⁸⁵. L'auteur fonde principalement sa critique sur le fait que le juge, appelé à apprécier la responsabilité du créancier, est ainsi amené à se prononcer sur autre chose que ce qui est initialement demandé. L'objet du litige s'en trouve donc élargi. Cette position est critiquable. En effet, lorsque le débiteur d'une obligation contractuelle, assigné en exécution, invoque par voie d'exception la nullité du contrat, il convie ce faisant le juge à se prononcer « *sur autre chose que ce qui était initialement demandé* ». On peut ainsi observer que l'objet du litige n'est plus le même. La masse des questions à trancher est plus étendue car les règles de formation du contrat sont distinctes de celles relatives à son exécution. Il s'agit bien d'autre chose que ce qui est initialement demandé. On conviendra pourtant qu'en opposant la nullité du contrat par voie d'exception, il s'agit non d'une demande reconventionnelle mais d'une défense au fond. On observe bien que par le biais d'une défense au fond, le juge peut être amené à se prononcer sur « *autre chose que ce qui est initialement demandé* ».

154. Le raisonnement de M. Boucard fondé sur l'élargissement de l'objet du litige n'est pas hors de toute critique. En effet, les moyens de défense soumettent au juge diverses prétentions qui ont également pour but d'accroître la masse des questions à trancher ; on ne peut pour autant retenir qu'ils constituent des demandes. De plus, dans l'exemple précité, la

⁴⁸¹ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, n°230, p.788.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ F. Boucard, note sous Cass. Mixte, 21 févr. 2003, *Bull. Mixte*, n°3, *JCPG*. 2003, II, 10103.

⁴⁸⁴ F. Boucard, *note préc.* p. 4.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

nullité du contrat, si elle venait à être accordée, emportera rejet de la demande en exécution du contrat présentée par le demandeur à l'action principale.

155. La doctrine de M. Guinchard n'échappe pas aux critiques de Jacques Héron et M. Le Bars. Ceux-ci relèvent que : « *ce genre d'assimilation (délibéré) ou non d'une demande à une défense au fond est, de la part de la haute juridiction, tout à fait regrettable, car la discipline juridique n'a rien à gagner à une confusion des concepts, quel que soit l'intérêt qu'il peut avoir à simplifier les procédures* »⁴⁸⁶. La position de ces auteurs contraste cependant avec une analyse qu'ils ont eue au sujet de la distinction entre la « *nullité opposée par voie d'exception* » et la « *demande reconventionnelle* ». En effet, distinguant entre défense au fond et demande reconventionnelle, Jacques Héron et M. Le Bars observent que : « *le défendeur qui se borne à soutenir que le contrat est nul ne présente qu'une défense au fond* »⁴⁸⁷. Mais comme ils l'admettent eux-mêmes, la partie qui se borne à soutenir qu'un contrat est nul ne présente qu'une défense au fond. Il en irait autrement si la prétention allait au-delà de ce simple rejet, par exemple « *la restitution des sommes versées, ce qui en fait une demande* »⁴⁸⁸. Que l'une des parties se borne à soutenir la nullité du contrat ou à réclamer en plus la restitution des sommes versées, elle soumet dans les deux hypothèses une prétention à l'appréciation du juge. Et la première hypothèse rejoint bien la position de M. Guinchard : « *lorsque le défendeur n'ajoute rien au rejet de la prétention adverse, il y a simplement défense au fond* »⁴⁸⁹. Mais ajoutent-ils, lorsque « *sa prétention va au-delà d'une simple défense si, en conséquence de cette nullité, il sollicite la restitution de ce qu'il a versé auparavant en vertu du contrat. Le débiteur forme alors une demande reconventionnelle*⁴⁹⁰. » Dans ce dernier cas, « *non seulement il soutient qu'il ne doit pas fournir la prestation que lui réclame le demandeur, mais encore il sollicite **autre chose du juge*** »⁴⁹¹. Cette analyse ne semble présenter aucune distinction avec celle de M.

⁴⁸⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, n°136.

⁴⁸⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°117.

⁴⁸⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, 118.

⁴⁸⁹ Le défendeur qui se borne à soutenir que le contrat est nul ne présente qu'une défense au fond ; V. M. Douchy-Oudot, *Procédure civile*, 5^e éd., Lextensoédition, 2012 n°167 : « il ne fait nul doute qu'elle souhaite obtenir purement et simplement le rejet de la demande en étant déchargée de son obligation ».

⁴⁹⁰ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°118.

⁴⁹¹ *Ibid.*

Guinchard⁴⁹². Ainsi, on peut déduire de leur propos que lorsque la prétention se confond au rejet de la prétention adverse, il y a défense au fond. Quand il y a un ajout, il s'agit d'une demande reconventionnelle notamment lorsque le défendeur sollicite autre chose du juge que le simple rejet de la prétention adverse⁴⁹³.

156. Les mêmes raisons ont déterminé la Cour de cassation à disqualifier en « *défense au fond* » une « *demande en intervention forcée* » formée par le défendeur afin d'éviter un double paiement⁴⁹⁴. Après avoir souligné qu'une telle demande constitue à la fois une demande incidente et une défense au fond, M. Auclair justifie son propos en indiquant au sujet d'une telle demande qu'*«elle est une défense au fond au sens de l'article 71 du nouveau Code de procédure civile. Elle constitue une réponse à l'argumentation du demandeur initial. Le défendeur initial ne paiera pas le demandeur initial s'il doit payer le tiers appelé en la cause. Un tel résultat tend indéniablement "à faire rejeter comme non*

⁴⁹² V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°304 : « Lorsqu'un débiteur d'une obligation contractuelle, assigné en exécution invoque la nullité du contrat, s'agit-il d'une demande reconventionnelle ou d'une simple défense au fond ? A juste titre, la Cour de cassation retient la qualification de demande reconventionnelle dès lors que le défendeur ne s'est pas contenté d'invoquer la nullité du contrat pour neutraliser la demande initiale mais qu'il a manifesté la volonté explicite de voir cette nullité prononcée et qu'en soient tirées les conséquences (...)

En revanche, la Cour considère qu'il y a simple défense au fond si le défendeur invoque la nullité pour se soustraire de l'obligation à l'obligation d'exécuter le contrat, sans inviter le juge en bonne et due forme sur cette nullité et à en tirer les conséquences. Cette solution doit être approuvée. La notion d'exception de nullité devrait d'ailleurs, stricto sensu, être réservée à cette dernière hypothèse ».

⁴⁹³ S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la cour de cassation ? », art. cit., p. 765 : « *La demande reconventionnelle est une demande par laquelle le défendeur demande plus que le simple rejet de la demande* », **cela sous entend demander autre chose**. V. E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, op. cit., n° 239, pp. 608-609 : « *Dans tous les cas que nous avons cités, il n'y a pas un simple moyen de défense opposé par le défendeur ; il y a une demande en justice tendant à obtenir un avantage autre que le seul rejet de la demande. La formule traditionnelle d'après laquelle les demandes reconventionnelles servent ici de défense à la demande principale n'est pas en réalité suffisante ; la demande reconventionnelle aboutit sans doute à écarter la demande comme le ferait une simple défense ; mais elle va plus loin ; elle procure un avantage que la simple défense ne peut procurer, une décision de justice reconnaissant définitivement le droit du défendeur et empêchant pour l'avenir toute autre demande contraire.*

*Il n'est pas suffisant non plus, de dire, comme on le fait souvent, que la demande reconventionnelle a ici pour but d'anéantir ou de restreindre les effets de l'action intentée par le demandeur. Cette formule, qui se retrouve dans plusieurs arrêts ne va pas assez loin. Il faut dire, avec un arrêt récent et plus exact, que **la demande reconventionnelle tend ici, non seulement à anéantir ou à restreindre la demande principale, mais encore à procurer au défendeur un avantage distinct et indépendant du rejet de cette dernière demande ; des conclusions tendant seulement à anéantir ou restreindre les chefs de la demande principale peuvent être en effet, bien que qualifiées demandes reconventionnelles, de simples moyens de défense**.*

⁴⁹⁴ N. Auclair, « Une défense au fond rend l'exception d'incompétence irrecevable », note sous Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, *JCP G 2000, II, 10291* l'auteur apporte la précision suivant laquelle : cette qualification «... ne peut être étendue à l'ensemble des assignations en intervention forcée qui, en principe, ne correspond pas à définition de la défense au fond »

justifiée” “la prétention de l’adversaire” demandeur initial »⁴⁹⁵. Par conséquent, « il n’est pas exclu à l’avenir qu’apparaissent d’autres **demandes incidentes pouvant revêtir la qualification de moyens de défense** selon les définitions du Nouveau Code de procédure civile »⁴⁹⁶.

157. Il convient ainsi d’exclure du champ des demandes, les situations où la prétention soumise au juge se confond rigoureusement au rejet de la prétention adverse. Dans ces situations, le défendeur n’espère autre chose que le simple rejet de la prétention de son adversaire. De toute évidence, les défenses et les demandes soumettent au juge des prétentions. Ainsi apparaîtrait donc un malaise dans la définition de la demande proposée par la doctrine : un acte par lequel un plaideur soumet au juge une prétention. La défense répond aussi à une telle définition. L’insuffisance de la prétention comme critère de la demande rend nécessaire la recherche d’un critère discriminant permettant plus facilement de distinguer les demandes des défenses. On pourrait alors définir la demande comme *un acte par lequel un plaideur soumet au juge une prétention au moyen de laquelle il prétend obtenir un avantage qui ne saurait se résoudre au rejet de la prétention adverse dans l’hypothèse où elle est introduite incidemment*. Il faut d’abord rechercher ce critère, on pourra ensuite vérifier si l’exception de procédure envisagée comme une demande remplit ce nouveau critère.

3- La recherche d’un avantage comme critère déterminant de la demande

158. Georges Quarez caractérisant la demande reconventionnelle pour mieux la distinguer de la défense a observé en 1910 qu’ « *il faut que cette demande tende à procurer au défendeur un avantage distinct et indépendant du rejet de la prétention du demandeur* »⁴⁹⁷. Cette même idée a été reprise par l’article 64 du Code de procédure civile aux termes duquel « *constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire*

⁴⁹⁵ N. Auclair, *notes. préc.* : L’auteur souligne notamment que la Cour de cassation « *a admis que cumulativement une même prétention pouvait être à la fois comme une demande et comme une défense* ».

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ G. Quarez, *Les demandes reconventionnelles*, thèse, Lille, 1910, p.33.

*prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire »*⁴⁹⁸. Cette disposition présente un double mérite. Non seulement, elle renseigne sur l'objet de la défense (le rejet de la prétention adverse) mais également sur celui de la demande (obtenir un avantage). Ainsi, de la lettre de l'article 64 du Code de procédure civile découle la finalité de toutes les demandes : la recherche d'un avantage. La recherche d'un avantage apparaît alors comme un critère qui détermine toutes les demandes. On pourrait ainsi résumer en paraphrasant un auteur⁴⁹⁹ : « *pas d'avantage... Pas de demande* »⁵⁰⁰. On vient de voir que cet avantage ne peut se confondre avec le simple rejet de la prétention adverse, auquel cas il vaudrait mieux parler de moyen de défense. C'est ce critère, il a été déjà souligné, qui détermine la Cour de cassation à disqualifier certaines demandes en défense au fond. Et comme l'enseignent M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand, « *L'avantage doit s'entendre au sens juridique du terme et non au sens matériel* »⁵⁰¹. On verra dès à présent, que le plaideur qui soulève une exception de procédure poursuit un avantage qu'accorde la loi bien distincte du rejet de la prétention adverse. La nature disparate des éléments qui composent la catégorie des exceptions de procédure atteste de la diversité des avantages directs recherchés (a). Ceux-ci semblent souvent moins perceptibles que l'avantage indirect qui se résume en un simple moyen de retardement (b).

a- La poursuite d'avantages directs

159. D'après Philibert Duchesneau, « *toutes les exceptions (...) ont pour résultat de retarder pendant un temps plus ou moins considérable la marche d'une affaire ; mais **ce n'est là qu'une conséquence indirecte de leur objet principal**, (...) ce n'est pas à cette fin qu'elles ont été introduites* »⁵⁰². Il est bien regrettable de voir que c'est cette conséquence indirecte qui est souvent mis en avant par la doctrine moderne et qui l'amène à qualifier les

⁴⁹⁸ N. Voidey, « La notion de « prétentions » en procédure civile », *art. cit.*, p. 2840: « *ce texte permet d'en déduire qu'émettre une prétention consiste à demander au juge l'obtention d'un avantage ou, inversement à lui demander que cet avantage soit refusé à son prétendant* ».

⁴⁹⁹ S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la cour de cassation ? », *art. cit.*, p. 765 : l'auteur établissant une distinction entre demande reconventionnelle et défense résume sa pensée à travers la formule que voici : « *pas d'avantage « autre », pas de demande reconventionnelle* ».

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°304 .

⁵⁰² Ph. Duchesneau, *Des exceptions, thèse préc.*, p.22

exceptions de procédure de moyens de défense. C'est cette vue qui est la cause de la réticence des auteurs à voir le demandeur à l'action principale soulevée une exception de procédure. Comment pourrait-il chercher à retarder une instance qu'il a lui-même introduite, s'étonne-t-on. Et c'est à cela que concourt le régime rigoureux des exceptions de procédure. La remarque de Philibert Duchesneau n'est pas isolée. Abondant dans le même sens, Edouard Bonnier observe que « *les exceptions déclinatoires n'ont point pour but de faire gagner du temps ; c'est seulement par voie de conséquence que l'instruction de la demande portée devant un tribunal incompetent se trouve différée* »⁵⁰³. Dans le même ordre d'idée Boitard et Colmet Daâge enseignent que « **le délai, le sursis est bien un résultat de l'exception, mais il n'est qu'une conséquence indirecte et secondaire** »⁵⁰⁴. Ces propos d'auteurs relevés au XIXe siècle attestent bien que les exceptions de procédure n'ont pas pour finalité directe de retarder la marche de la procédure. Ainsi, au moyen d'une exception de procédure, le plaideur peut rechercher divers avantages⁵⁰⁵. La partie qui soulève une exception de litispendance ou une exception de connexité se prémunit contre une contrariété de jugements qui pourrait rendre difficile leur exécution⁵⁰⁶. Il en va de même pour la partie qui soulève une exception dilatoire tirée de l'exercice d'un recours extraordinaire⁵⁰⁷. L'exception dilatoire, « pour faire inventaire et délibérer », permet à un héritier de ne s'engager qu'en connaissance de cause, « *celui-ci a une option entre acceptation pure et simple, acceptation à concurrence de l'actif net ou renonciation* »⁵⁰⁸. L'une des parties peut également demander une suspension de l'instance pour appeler un garant. La présence du garant dans la cause peut être analysée comme un avantage. Qu'il s'agisse d'un garant qui doit être mis en cause ou d'un garant qui doit venir appuyer la

⁵⁰³ E. Bonnier, *Éléments de procédure civile*, Paris, 1853, n°403, spéc. p. 153

⁵⁰⁴ Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile, op. cit.*, 368: « *le délai, le sursis est bien un résultat de l'exception, mais il n'en est qu'une conséquence indirecte et secondaire ; je ne demande pas précisément un délai ; j'oppose l'incompétence, j'invoque la nullité ; le résultat sera sans doute (...) si l'incompétence est reconnue, si la nullité est déclarée, d'entraîner un sursis mais ce sursis ne m'arrive qu'indirectement par voie de conséquence d'une exception dans laquelle je n'y avais pas conclu directement* ».

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ V. *supra* n°79 s. et *infra* n°377 s.

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°989 ; D. Guével, *Droit des successions et des libéralités, op. cit.*, n° 3 éd. LGDJ, Lextensoéditions, 2014, n°540 ; B. Beignier, *Libéralités et successions, op. cit.*, n°599 ; C. Renault-Brahinsky, *Droit des successions*, 6éd., Gualino, Lextensoéditions, 2011, p. 163 ; S. Ferré-André, *Successions et libéralités*, 2éd. Dalloz, 2014, n°592 « L'héritier renonçant échappe rétroactivement au paiement des dettes et des charges de la succession » ; A-M. Leroyer, *Droit des successions*, 3^e éd. Dalloz, 2014, n° 396.

position de l'une des parties à l'instance. La partie qui demande une suspension de l'instance tirée de l'existence d'une question préjudicielle entend obtenir l'éclairage d'une juridiction, celle compétente sur une norme qu'on entend appliquer à la cause, pour ne citer que ces exemples. L'effet de retardement sur le cours de l'instance est cependant inévitable, lorsqu'une partie fait valoir une exception de procédure. Cette conséquence n'est qu'indirect, il n'est peut être pas abusif de l'envisager aussi comme un avantage.

b- La recherche d'un avantage indirect

160. On ne peut nier l'effet indirect provoqué par l'exception de procédure : le gain de temps. Cet effet apparaît dans les finalités prévues à l'article 73 du Code de procédure civile aux termes duquel, « *constitue une exception de procédure tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte ou à suspendre le cours* ». Qu'il s'agisse de la régularité, de l'extinction ou de la suspension de l'instance, chacune des finalités de l'exception provoque un effet de retardement sur l'instance. Cet effet est admis par toute la doctrine comme l'attestent ces propos d'auteurs : « *En droit français actuel, toutes les exceptions n'aboutissent qu'à un arrêt momentané de la procédure* »⁵⁰⁹. Ce même effet avait été constaté par les anciens auteurs notamment quand ils affirmaient que « *toutes les exceptions sont dilatoires* »⁵¹⁰. Les exceptions de procédure apparaissent ainsi comme des moyens par lesquels un plaideur pourrait gagner du temps. Cet effet pourtant indirect reste consubstantiel aux exceptions de procédure au point où il intervient dans la définition proposée par les auteurs. Chez Philibert Duchesneau, l'exception est « *un moyen par lequel le défendeur, sans discuter la demande, ralentit ou fait tomber la poursuite dirigée contre*

⁵⁰⁹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°319; E. Garsonnet et CH. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3^e éd., t.1, Sirey, 1912, n°451, p. 708 : « *Il est vrai qu'en fait il n'y a pas une seule exception qui ne soit dilatoire, car il est toujours sursis au procès pendant le temps nécessaire pour y statuer ...* ».

⁵¹⁰ Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, op. cit., n°369 : « *Cependant, au premier aspect, ce mot d'exception dilatoire pourrait jeter quelque embarras dans vos esprits, en le rapprochant des exceptions déclinatoires et de celle de nullité. En effet, soit que le défendeur assigné (...) devant un tribunal incompétent (...) oppose l'incompétence, soit qu'enfin il invoque les nullités de l'espoir d'ajournement, dans tous les cas, la conséquence de l'exception invoquée, c'est d'obtenir un délai, c'est de faire surseoir, pendant un temps plus ou moins long à l'examen de la demande. Ainsi, (...) quand j'oppose la nullité de l'ajournement, je tends à me procurer un délai, je tends à ne répondre au mérite de la demande qu'après que le tribunal aura été saisi par un ajournement régulier. Sous ce rapport on pourrait dire que toutes les exceptions sont dilatoires* ».

lui. »⁵¹¹. Le gain de temps est pourtant attribué à l'exception dilatoire⁵¹². Le temps nécessaire pour examiner la prétention procédurale soumise au juge au moyen de l'exception a également un effet dilatoire sur l'instance. La question de droit initialement soumise au juge se trouve ainsi déviée sur un autre terrain, celui de la procédure. Le débat a changé, du moins temporairement⁵¹³, les positions peut-être, mais les protagonistes sont restés les mêmes. Qu'il s'agisse de ce temps ou de celui provoqué par le résultat de l'exception, ce gain de temps peut s'analyser comme un avantage recherché par la partie qui soulève l'exception de procédure mais il n'est qu'indirect.

§2.- Une prétention susceptible d'être combattue par tout moyen de défense

161. Il a été exposé que l'exception de procédure n'est pas une défense mais qu'elle constitue plutôt une demande. A ce titre, un plaideur pourrait contester son bien fondé au moyen d'une défense au fond (A), contester sa recevabilité au moyen d'une fin de recevoir (B).

A. Une prétention sanctionnée par une défense au fond

162. La défense au fond est un moyen directement dirigé à l'encontre de la prétention pour établir qu'elle est injustifiée⁵¹⁴. Ainsi, celui qui soulève une défense au fond soutient que le demandeur ne saurait se voir reconnaître l'avantage qu'il sollicite. L'exception de procédure soumet au juge une prétention et la défense au fond qui lui est opposée va consister à contester le bien fondé de cette prétention.

163. La défense au fond comme son nom l'indique suggère une interprétation qui renvoie au fond du litige c'est-à-dire au droit substantiel. La doctrine est majoritairement en ce

⁵¹¹ Ph. Duchesneau, *Des exceptions, thèse préc.*, p.4.

⁵¹² Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile, op. cit.*, n°368 : « ce nom de dilatoire semble porter en lui-même sa définition ; l'exception dilatoire dans le sens naturel, le sens littéral du mot, désigne une exception qui tient à obtenir un délai, à différer, pendant un temps plus ou moins long, l'examen de la demande contre laquelle est invoquée l'exception ».

⁵¹³ Un temporaire qui dure souvent dans le temps. La discussion étant menée successivement devant le juge de la première instance, devant la cour d'appel et devant la cour de cassation.

⁵¹⁴ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°317.

sens⁵¹⁵. Mais cette vue est assez réductrice de la fonction de la défense au fond⁵¹⁶. Ce moyen de défense peut être aussi opposé à une exception de procédure. Jacques Héron et M. Le Bars sont les seuls auteurs qui l'admettent expressément⁵¹⁷. Ils indiquent en effet qu' : « *une telle défense peut encore être opposée à une défense procédurale* » car affirment-ils : « *par son mécanisme, en effet, cette dernière constitue une demande dont l'autre partie peut contester le bien-fondé* »⁵¹⁸. Ces auteurs illustrent leur propos en indiquant que « *si le défendeur à la demande initiale conteste par, une défense procédurale, la compétence du juge pour connaître de la demande initiale, le demandeur peut soutenir que c'est à tort que la compétence du tribunal est contestée. A l'égard de cette défense procédurale, le demandeur devient défendeur. Etant défendeur à l'exception, il soutient que le demandeur à l'exception n'a pas le droit d'obtenir le renvoi de l'affaire devant un autre juge. Il accepte la discussion sur le terrain choisi par son adversaire, étant seulement précisé que ce terrain n'est pas celui du droit substantiel, mais celui des règles de compétence* »⁵¹⁹. Ils en concluent « *que l'acte processuel qu'il (le défendeur à l'exception de procédure) réalise tend bien, ainsi que l'énonce justement l'article 71 du Code de procédure civile, « à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* »⁵²⁰.

⁵¹⁵ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, n°304 : « Elle sert à désigner spécialement le moyen de défense par lequel le plaideur assigné, faisait porter le débat sur le fond même du litige, dénie à son adversaire le droit dont celui-ci se prévaut » ; par ailleurs n°305 : « La demande en justice et la défense au fond se présentent comme les deux aspects, positif et négatif, de la même question litigieuse » ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°479 : « C'est la défense au fond qu'évoque l'article 30 du Code de procédure civile quand il définit l'action, du côté du défendeur, comme le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention » ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°317 : « La défense au fond est un moyen dirigé directement à l'encontre de la prétention de l'adversaire pour en contester le mérite, pour établir qu'elle est injustifiée, non fondée ; c'est la dénégation du droit de l'adversaire, par contestation, soit des faits allégués, soit de la règle de droit que le demandeur invoque à l'appui de sa prétention. Ainsi, le défendeur à qui l'on réclame une somme d'argent, répondra que le demandeur ne lui a jamais rien prêté ou qu'il s'est déjà acquitté de ce paiement ou que c'était un don. Cette attitude prouve que le défendeur accepte la lutte sur le terrain choisi par le demandeur pour en discuter les mérites ».

⁵¹⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°141 : « La défense au fond peut être opposée à une demande portant sur le droit substantiel. C'est à elle que l'on pense en priorité. ».

⁵¹⁷ Pour ces auteurs, la répartition des moyens de défense laisse subsister au sein du code une lacune. Ils observent à ce propos, qu' « il n'existe aucune qualification pour la défense que l'on oppose à une exception de procédure ou à une fin de non-recevoir. Comment qualifier en effet l'acte processuel par lequel le demandeur originaire soutient que l'exception de procédure, par exemple l'exception d'incompétence, soulevée par le défendeur est infondée ? ». A cette interrogation, ces auteurs répondent qu' « il s'agit incontestablement d'une défense au fond. Une telle qualification semble incompatible avec la définition qu'en donne H. Motulsky ».

⁵¹⁸ *Ibid* ; par ailleurs cette répartition des défenses entre les différents niveaux conduit d'ailleurs à une lacune. Il n'existe aucune qualification pour la défense que l'on oppose à une exception.

⁵¹⁹ *Ibid*.

⁵²⁰ *Ibid*.

164. L'idée en effet n'est pas surprenante car les exceptions de procédure, on l'a souligné, soumettent au juge une prétention. Or, aux termes de l'article 71 du Code de procédure civile, il ressort clairement 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* ». Très souvent, le défendeur qui entend faire rejeter une telle prétention, contestera l'interprétation de la règle de droit qu'invoque son adversaire au soutien de son exception de procédure. Ainsi, le mécanisme par lequel la partie qui n'a pas soulevé une exception de procédure cherche à en faire constater le mal-fondé est une défense au fond. De cette confrontation, on tire la conséquence que l'exception de procédure soumet au juge un litige que ce dernier doit trancher conformément aux règles de droit qui lui sont applicables⁵²¹. Un litige présentant ses propres protagonistes avec des positions processuelles parfois distinctes des positions initiales.

165. La défense au fond peut être opposée à toute sorte d'exceptions de procédure. Qu'il s'agisse de contester la compétence d'une juridiction, la validité d'un acte de procédure ou l'opportunité d'une question préjudicielle pour ne citer que ces exemples.

166. Le contentieux des exceptions de procédure se pose également en termes de recevabilité au regard de la double exigence de simultanéité et d'antériorité. « *Cette double exigence (...) est sanctionnée par l'irrecevabilité du moyen, irrecevabilité qui est opérante même dans le cas où les règles invoquées au soutien de l'exception sont d'ordre public.* »⁵²². Le litige peut naître de la volonté de l'une des parties d'obtenir le rejet sans examen au fond de l'exception de procédure présentée tardivement par son adversaire. Ce litige peut même être déféré devant la cour d'appel ainsi que le soulignent M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand : « *le moyen pris de la violation de la double règle de l'article 74 étant ainsi introduit par une fin de non-recevoir, il peut être opposé pour la première fois en appel* »⁵²³. La prétention soumise au juge au moyen de l'exception de procédure peut donc aussi être combattue au moyen d'une fin de non-recevoir.

⁵²¹ V. *infra* n°562 s.

⁵²² S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°321.

⁵²³ *Ibid.*

B- Une prétention sanctionnée par une fin de non-recevoir

167. L'exception de procédure soumet au juge une prétention dont on pourrait se demander si elle est susceptible d'être combattue au moyen d'une fin de non-recevoir. La réponse à une telle préoccupation se trouve dans les propos de M. Desdevises pour qui : « *la fin de non-recevoir qui aux termes de l'article 122 du nouveau Code de procédure civile (...) tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande peut constituer un obstacle anticipé à l'examen au fond de toute prétention* »⁵²⁴. Ainsi en va-t-il également de la prétention soumise au juge au moyen de l'exception de procédure. La fin de non-recevoir apparaît à la fois comme la sanction générale des exceptions de procédure (1) et comme une sanction s'appliquant spécifiquement à certaines catégories d'exceptions de procédure (2).

1- Une sanction générale des exceptions de procédure

168. L'article 74 du Code de procédure civile soumet les exceptions de procédure à la double règle de simultanéité et d'antériorité. « *Ces deux règles sont sanctionnées par une fin de non-recevoir ...* »⁵²⁵, c'est du moins ce qui ressort de l'alinéa 1^{er} de l'article 74 aux termes duquel « *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* ». Comme l'a observé un auteur, « *les mots « recevable » ou « irrecevable » marquent de façon certaine l'existence d'une fin de non-recevoir* »⁵²⁶. Mme Chainais constate que « *l'irrecevabilité est une sanction grave, qui prive celui qui le subit de la possibilité d'obtenir du juge qu'il dise sa demande bien ou mal fondée* »⁵²⁷. Ainsi, les exceptions de procédure qui ne satisfont pas aux exigences qui prévues dans la disposition précitée encourent une irrecevabilité. Cette sanction vise les

⁵²⁴ Y. Desdevises, « Variations sur le fond en procédure civile », in *La terre, la famille, le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, 1990, p. 325 et s. spéc.p. 329.

⁵²⁵ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°160. V. R. Martin, « un virus dans le système de défense du nouveau code de procédure : le droit d'action », *Rev. gén. des procédures*, n°3, 1998, pp. 419-426. L'auteur relève que l'exception peut elle-même être frappée d'une fin de non-recevoir.

⁵²⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°160.

⁵²⁷ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais et D. Fenouillet *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, D. 2012, p. 357 s. spéc. p. 396 s.

exceptions de procédure présentées tardivement. Une sanction que « (...) le juge a l'obligation de soulever d'office »⁵²⁸. Le juge saisi, d'une exception de procédure doit d'abord en apprécier la recevabilité au regard de l'article 74 du Code de procédure civile ; il en va ainsi même lorsqu'il est saisi d'une exception dilatoire pour les cas où la suspension de l'instance est obligatoire⁵²⁹. Cette sanction peut être même relevée pour la première fois en cause d'appel ainsi que le constatent les auteurs : « *le moyen pris de la violation de la double règle de l'article 74 étant (...) introduit par une fin de non-recevoir, il peut être opposé pour la première fois en appel* »⁵³⁰. Il est ainsi établi que les prétentions transmises au juge au moyen de l'exception de procédure peuvent être combattues au moyen d'une fin de non-recevoir que le juge a l'obligation de relever d'office, le moyen peut même être invoqué pour la première fois en appel. Or comme le relève M. Block, la fin de non-recevoir est un moyen lié à une prétention⁵³¹. Ce que précise d'ailleurs le Code de procédure en son article 122 aux termes duquel, « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond...* ». L'auteur indique que par souci de cohérence terminologique, ce texte gagnerait à voir remplacer « demande » par « prétention »⁵³². Henri Motulsky et Jacques Miguet⁵³³ ont souligné la confusion qui existe entre prétention et demande⁵³⁴. Or, les deux notions renvoient deux réalités bien distinctes. Il est possible d'affirmer à la suite de René Martin que « *la prétention*

⁵²⁸ Cass. 2^e civ, 29 octobre 1986, *Bull. civ.* II, n° 154, *D.* 1987, somm. 229, obs. P. Julien.

⁵²⁹ En effet, en présence d'une cause de suspension obligatoire de l'instance, le juge apprécie surtout la recevabilité de la demande de suspension. Une fois la vérification des conditions légales effectuées, et si cet examen se révèle positif, il prend une décision de sursis à statuer pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'il détermine. Il est privé dans ces cas du pouvoir d'appréciation de l'opportunité de suspendre l'instance.

⁵³⁰ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°321.

⁵³¹ G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse, Nice, 2002, Bruylant, 2002, n°30 .

⁵³² G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n°32.

⁵³³ J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, thèse, 1975, n°39 : « *la confusion entre les deux notions s'est opérée (...) il nous semble qu'on peut sans difficulté parler de prétention ou de demande quant au sens substantiel sans que cela entraîne des confusions : quand on parle de demande nouvelle en appel, il va sans dire qu'il s'agit de "prétention nouvelle". Par ailleurs, s'il fallait bannir le terme de demande quand il est pris au sens de prétention, on serait sans cesse obliger (...) de refaire un certain nombre de textes de la réforme qui n'ont pas suivi dans leur rédaction cet hommage rendu à la précision terminologique et de dire par exemple que dans l'article 4 du décret du 9 septembre 1971 il ne s'agit pas de demandes incidentes mais de prétentions incidentes et que dans l'art. 5 il ne s'agit pas pour le juge de statuer sur tout ce qui est demandé mais sur tout ce qui est prétendu, il faudrait aussi parler de prétention reconventionnelle etc... Or l'essentiel est de s'entendre et il nous semble que sur ce point il ne saurait y avoir de difficulté il suffira, quand il s'agira de demande au sens formel de parler de demande en justice, de demande introductive ou assignation ».*

⁵³⁴ H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Ecrits, T. I*, 1973, p. 44, n°12 et *Etudes de droit contemporain*, 1959, pp. 257 et s.

*est l'objet de la demande... »*⁵³⁵, position qui rejoint celle de Jacques Héron et M. Le Bars pour qui : « *la prétention est l'objet de la demande »*⁵³⁶. Certains auteurs dont M. Block qualifient cette fin de non-recevoir de purement procédurale, la distinguant de la fin de non-recevoir moyen de défense⁵³⁷. Et M. Block de préciser : « *nous ne sommes pas (...) en présence de moyens de défense opposés à une prétention »*⁵³⁸. Or, il n'en est rien, cette fin de non-recevoir est bien opposée à une prétention⁵³⁹. Cette affirmation de l'auteur contraste d'ailleurs avec la thèse qu'il développe⁵⁴⁰ quand se voulant plus précis, il écrit que la fin de non-recevoir « ... n'a vocation qu'à contrer une prétention (...). *Son champ d'application est limité à la prétention, objet de la demande »*. Si comme il le soutient, la fin de non-recevoir est un moyen de défense lié à une prétention, l'exception de procédure est également un acte processuel qui porte devant le juge une prétention que celui-ci est appelé à trancher conformément aux règles de droit qui lui sont applicables⁵⁴¹. Et la fin de non-recevoir tirée de la violation de la double règle de simultanéité et d'antériorité vient sanctionner le droit pour l'auteur de cette prétention (procédurale) de la soumettre au juge pour qu'il la dise bien ou mal fondée. Ce qui s'accorde parfaitement avec la définition que proposent Jacques Héron et M. Le Bars, selon qui, la fin de non-recevoir « *constitue un obstacle ... qui entraîne le rejet de la prétention sans examen au fond »*⁵⁴². Pour ces auteurs, « *la partie qui soulève une fin de non-recevoir soutient que son adversaire ne satisfait pas aux conditions posées par la loi pour soumettre au juge l'acte qu'il vient de réaliser. Dès lors que l'adversaire n'a pas le droit de faire l'acte, le juge doit l'écarter au seul motif que les conditions exigées par la loi ne sont pas remplies ; il doit l'écarter sans même prendre*

⁵³⁵ R. Martin, *Théorie générale du procès*, EJT, 1980, n°120, p. 157

⁵³⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°114 ces auteurs soulignent que « *la demande fournit l'occasion d'une précision terminologique. Encore que la confusion soit fréquemment commise, même par les processualistes, il convient, dans la rigueur des mots, de distinguer la demande de la prétention, c'est l'acte processuel par lequel le juge est saisi d'une prétention : la prétention est l'objet de la demande. Ainsi, contrairement à ce que les suggèrent, ce que l'on demande au juge d'accorder, ce n'est pas la demande, c'est la prétention que l'on soumet au juge au moyen d'une demande »*.

⁵³⁷ G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n°38

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ On a déjà soutenu à la suite des auteurs que l'exception de procédure soumet aussi au juge une prétention. V. *supra* n°136 s.

⁵⁴⁰ L'auteur précise en effet, que la fin de non-recevoir « *n'a vocation qu'à contrer la prétention émise par une partie. C'est pourquoi, elle est considérée comme un moyen de défense. Son champ d'application est limitée à la prétention objet de la demande* ».

⁵⁴¹ V. *supra* n°136 s.

⁵⁴² J. Héron et Th. Lebars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°146.

connaissance de son contenu »⁵⁴³. Cette position doit être approuvée dans la mesure où l'exception de procédure soumet elle-aussi au juge une prétention que celui-ci peut refuser d'examiner pour cause de tardiveté par exemple, telle est l'interprétation que suggère l'article 74 du Code de procédure civile. Cette situation est fort comparable au refus d'examen de la demande que le juge oppose à un appel formé hors délai. Dans ces deux cas, la fin de non-recevoir a un caractère d'ordre public, ce qui fait que le juge a l'obligation de la relever d'office. C'est ce que précise l'article 125 du Code de procédure civile et la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁴⁴. La fin de non-recevoir ne peut être opposée qu'à une prétention. Si comme l'indiquent les auteurs « *la détermination des fins de non-recevoir dépend exclusivement de la volonté de l'auteur du texte...* »⁵⁴⁵, il n'en demeure pas moins que les rédacteurs du Code de procédure civile ont consacré au sein des moyens de défense une demande. Les fins de non-recevoir ont un seul objet, le rejet de la prétention sans examen au fond⁵⁴⁶. En dépit de sa portée générale, l'article 74 du Code de procédure civile ne s'applique pas à toutes les exceptions de procédure. Nombre de celles qui y dérogent restent cependant encore passibles d'une fin de non-recevoir.

2- Une sanction spécifique à certaines exceptions de procédure

169. Certaines exceptions de procédure échappent à la double règle de simultanéité et d'antériorité énoncée à l'article 74 du Code de procédure civile mais pas à la fin de non-recevoir. Si la règle énoncée à l'article précité a une portée générale, elle admet toutefois certaines dérogations. Ainsi, l'article 112 auquel renvoie aussi l'article 74 énonce que « *la nullité des actes de procédure peut être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement ; mais elle est couverte si celui qui les invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir sans soulever la nullité.* », solution dont Jacques Héron et M. Le Bars soulignent qu'elle « ... *relève du plus élémentaire bon sens* » et doit être étendue à toutes les exceptions de procédure si le cas se

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Cass. 2^e civ., 29 octobre 1986, *Bull. civ. II*, n° 154, *D. 1987*, somm. 229, *obs.* P. Julien .

⁵⁴⁵ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°141.

⁵⁴⁶ G. Block, *Les fins de non-recevoir, thèse préc.*, n°38. L'essentiel de l'analyse de l'auteur ne s'en tient qu'aux exceptions de procédure, il affirme notamment que « *le champ d'application respectif des fins de non-recevoir et des fins de non-recevoir purement procédurale diffèrent nettement* ».

présente⁵⁴⁷, ce que corroborent d'ailleurs MM. Marchand et Pivet quand ils font observer que « ... la formule latine "*in limine litis*"⁵⁴⁸, (...) selon une traduction littérale "*au seuil du procès*" (...) n'est (...) pas exacte ». Comme cela ressort du propos de ces derniers, les exceptions de procédure ne sont placées que devant les défenses au fond et les fins de non-recevoir. La lecture qu'il convient alors d'avoir de l'article 112 est que l'irrecevabilité doit être prononcée lorsqu'une nullité a été invoquée par une partie après qu'elle se soit prévaluée d'une fin de non-recevoir ou d'une défense au fond. C'est dans ce sens que va l'article 113 lorsqu'il énonce que « *tous les moyens de nullité contre les actes de procédure déjà faits doivent être invoqués simultanément à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été* ». La fin de non-recevoir peut donc être invoquée à l'encontre des exceptions de nullité pour vice de forme soulevée tardivement par une partie qui a conclu au fond ou soulevé une fin de non-recevoir. Les rédacteurs du code entendent ainsi éviter qu'une partie ne soulève coup par coup les moyens de nullité contre un acte de procédure.

170. Une dérogation est également accordée par l'article 111 à l'héritier qui bénéficie d'un délai « pour faire inventaire et délibérer ». Ce dernier peut ne proposer ses autres exceptions de procédure qu'à l'expiration de ce délai. L'application de la double règle de simultanéité et d'antériorité n'est que différée. Ceci appelle deux observations. La première, lorsque dans le délai qui lui est accordé l'héritier soulève une fin de non-recevoir ou une défense au fond, il n'est plus recevable à présenter postérieurement une autre exception de procédure. Ainsi, les exceptions de procédure soulevées en pareille situation pourront être déclarées irrecevables au moyen d'une fin de non-recevoir. La seconde, si passé le délai qui lui a été accordé, il revient dans la cause, il a l'obligation de présenter simultanément ses autres exceptions de procédure, à défaut la fin de non-recevoir pourra être soulevée à l'encontre de ces exceptions de procédure soulevées tardivement.

⁵⁴⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°160.

⁵⁴⁸ X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense – Règles générales », *fasc.cit.*, n° 105. Ces auteurs affirment qu'« il est courant dans le langage juridique de traduire l'exigence liée aux exceptions de procédure par la formule latine "*in limine litis*", c'est-à-dire selon une traduction littérale "*sur le seuil du procès*" (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique* : PUF, 2007), laquelle n'est finalement pas exacte. L'article 74 du Code de procédure civile ne place, en effet, les exceptions qu'avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir et ne se réfère pas au "*in limine litis*". En effet, le demandeur peut lui-même soulever des exceptions en cours de procédure ce qui par définition ne peut être fait "*in limine litis*". ».

171. Enfin, l'article 75 du code frappe d'irrecevabilité le demandeur à l'exception d'incompétence qui aura manqué de motiver sa demande et de préciser devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée⁵⁴⁹. MM. Cadiet et Jeuland observent à ce propos que les conditions découlant des articles 74 et 75 « *sont requises à peine d'irrecevabilité* »⁵⁵⁰. Cette sanction vise tant l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur que celle soulevée par le demandeur contre une demande reconventionnelle ou additionnelle⁵⁵¹. Seules les nullités pour irrégularité de fond et l'exception de connexité échappent à la double règle de simultanéité et d'antériorité dont la violation est sanctionnée par une fin de non-recevoir. Mais ceci n'enlève rien au fait qu'elles soient toutes porteuses d'une prétention à soumettre au juge et que ce dernier doit trancher conformément aux règles de droit qui leur sont applicables⁵⁵².

172. A l'issue de ce deuxième chapitre, on a observé que l'exception de procédure présente tous les attributs formel et matériel de la demande. Il n'est donc pas excessif de conclure qu'elle constitue une demande, non pas, parce qu'elle peut aussi être présentée par le demandeur à l'action principale⁵⁵³, mais parce qu'elle constitue un acte par lequel un plaideur soumet au juge une prétention, attribut qu'elle partage cependant avec les moyens de défense. Seulement, à la différence de ceux-ci, l'exception de procédure soumet au juge une prétention dont l'objet est distinct du rejet de la prétention adverse.

⁵⁴⁹ La Cour de cassation a cantonné cette sanction au déclinatoire soulevé en première instance, ceci ne résulte pas expressément de la lettre de l'article 75 qui n'a pas délimité le champ d'application de l'exigence de motivation. Cass. 3^e civ., 6 juil. 2011 : *Procédures nov. 2011*, n° 330 obs. Perrot.

⁵⁵⁰ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 280.

⁵⁵¹ X. Xavier et A. Pivet, « Moyen de défense : règles générales », *J-Cl., Proc. Civ. Fasc. 128*, 1, 2011, n°30.

⁵⁵² CPC, art 12.

⁵⁵³ La qualification de demande n'est pas retenue en tenant compte de la qualité de la personne. On observera à ce propos, que même le défendeur peut émettre une demande. On parle dans ce cas de demande reconventionnelle.

CONCLUSION TITRE 1

173. Il faut bien le dire, il n'y a aucune corrélation entre le fait que l'exception de procédure ne soit pas un moyen de défense et le fait qu'on affirme qu'elle constitue une demande. En d'autres termes, ce n'est pas parce que l'exception de procédure n'est pas un moyen de défense qu'on en conclut qu'elle est une demande⁵⁵⁴. Les raisons de cette affirmation sont singulières. L'exception de procédure présente en effet tous les attributs de la demande. Un attribut formel parce qu'elle est un acte envisagé comme un contenant, un attribut matériel parce que par son biais, un plaideur soumet une prétention au juge. On observera cependant qu'elle partage tous ces attributs avec les véritables moyens de défense que sont la défense au fond et la fin de non recevoir. Seulement, à la différence de ceux-ci, mais comme toutes les demandes, l'exception de procédure soumet au juge une prétention dont l'objet est distinct du rejet de la prétention adverse. C'est de cette dernière observation, qu'on tire la conclusion que le demandeur à l'action principale ne devrait pas en principe être déclaré irrecevable à les présenter.

174. Il faut donc restituer à l'exception de procédure sa véritable nature juridique. Elle est une demande. Ce critère est essentiel mais pas suffisant à l'identification des exceptions de procédure. D'autres traits les particularisent et les distinguent des autres demandes que peuvent présenter les parties à l'occasion d'une instance. A ce propos, on observera que l'instance doit préexister à l'exception de procédure. Elle est une demande relative à la marche de la procédure c'est-à-dire à l'instance qu'elle ne peut suffire à introduire. L'exception de procédure soumet donc par voie incidente au juge une prétention relative à la marche de la procédure qui en termes d'ordre logique doit être examinée par préalable au fond.

⁵⁵⁴ On a vu à l'occasion que certaines demandes sont spécifique réservée au défendeur. On les appelle les demandes reconventionnelles.

TITRE 2

UNE DEMANDE INCIDENTE À EXAMINER PAR PRÉALABLE AU FOND

175. L'exception de procédure, on l'a vu⁵⁵⁵, est une demande par laquelle une partie soumet au juge une prétention. Ce critère ne peut suffire à caractériser l'exception de procédure. Il pourrait davantage installer la confusion. Plusieurs autres demandes peuvent être présentées dans le cadre d'une instance. Il faut distinguer l'exception de procédure de celles-ci. A ce propos, trois autres critères sont nécessaires à l'identification des exceptions de procédure. D'abord, l'exception de procédure ne peut saisir le juge à titre principal. Elle ne peut donc servir à introduire une instance. Traditionnellement, on oppose la demande qui introduit l'instance (demande initiale) aux demandes présentées lors du déroulement de l'instance. On appelle celles-ci les demandes incidentes. L'exception de procédure appartient à cette catégorie. Elle est donc une demande incidente. Elle ne peut être présentée qu'au cours d'une instance déjà née. Sur le plan formel, cela ne soulève aucune difficulté puisqu'aux termes de l'article 68 du Code de procédure civile, les demandes incidentes sont formées de la même manière que sont présentés les moyens de défense.

176. Ensuite, l'exception de procédure est une demande incidente qui à la différence des demandes substantielles soumet au juge qui en est saisi, une prétention relative à la marche de la procédure (Chapitre 1). Il faut préciser enfin sa place dans l'ordre logique du procès. On observera à ce propos, que l'exception de procédure n'a rien à voir avec le début du procès auquel on semble souvent la confiner. Ainsi entre l'exception de procédure et la fin de non-recevoir on ne peut raisonner ni en termes d'antériorité, ni en termes d'importance des règles tels que cela résulte de la trilogie procédurale établie par Henry Motulsky. On

⁵⁵⁵ V. *supra* n°111 s.

remarquera simplement que l'exception de procédure soumet au juge une prétention qui en termes d'ordre logique doit être examinée par préalable au fond. (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

UNE DEMANDE INCIDENTE RELATIVE À LA MARCHE DE LA PROCÉDURE

177. Il a affirmé précédemment que l'exception de procédure est une demande, non pas, principalement parce qu'elle ne serait pas exclusivement réservée au défendeur à l'action principale⁵⁵⁶, mais surtout en ce que le plaideur qui la soulève, poursuit un avantage autre que le rejet de la prétention adverse⁵⁵⁷. Ce critère n'est cependant pas suffisant pour caractériser l'exception de procédure. Deux autres critères seront examinés dans le cadre de ce chapitre. Comme on s'apprête à le voir, l'exception de procédure ne peut être soulevée que dans le cadre d'une instance déjà née. A ce titre, elle constitue une demande incidente⁵⁵⁸, distincte de l'incident de procédure qu'elle tend à provoquer. Soutenir que l'exception de procédure est une demande, c'est admettre qu'elle porte aussi une prétention⁵⁵⁹. Cette dernière, on le verra, pour que la qualification d'exception de procédure soit retenue doit être relative à la marche de la procédure. Cette relativité à la marche de la procédure sera examinée en premier lieu (section 1), puis en second lieu, la demande incidente sera présentée comme catégorie juridique de l'exception de procédure (section 2).

⁵⁵⁶ V. *supra* n°90 s.

⁵⁵⁷ V. *supra* n° 54 s.

⁵⁵⁸ Définie comme une «demande intervenant au cours d'un procès déjà engagé, par opposition à la demande initiale » V. S. Guinchard et Th. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., Dalloz, 2014, V° demande incidente

⁵⁵⁹ V. *supra* n°136 s.

SECTION 1 : LA RELATIVITÉ DE LA PRÉTENTION À LA MARCHE DE LA PROCÉDURE

178. Dans une même instance coexiste une variété de prétentions. C'est sur cette variété de prétentions que doit s'exercer l'office du juge (§1). De toutes ces prétentions, l'exception de procédure n'intéresse que celle relative à la marche de la procédure qu'on pourrait dénommée une « *prétention procédurale* ». On observera à ce propos, que plusieurs autres prétentions procédurales n'intéressent pas spécifiquement la marche de la procédure, ainsi en va-t-il de la prétention par laquelle une partie soulève le défaut du droit d'agir de son adversaire. Une telle prétention se rapporte à la procédure mais pas à la marche de la procédure⁵⁶⁰. La relativité à la marche de la procédure de la prétention soumise au juge au moyen de l'exception de procédure constitue une question délicate. En témoigne la difficulté qu'il y a parfois à la distinguer des autres prétentions versées dans le procès (§2).

§1.- La variété des prétentions adressées au juge

179. Parmi les prétentions qui peuvent s'élever à l'occasion d'un procès, certaines intéressent la procédure⁵⁶¹ et d'autres le droit substantiel. Les premières forment les prétentions procédurales et les secondes, les prétentions substantielles. Au sein de cette diversité de prétentions (A) apparaît une diversité de prétentions procédurales dont celles intéressant plus particulièrement la marche de la procédure (B).

A- La diversité des prétentions au sein de l'instance

180. On rappellera ici que la doctrine partage largement l'idée d'une coexistence dans le procès, de prétentions substantielles et de prétentions procédurales, ainsi qu'on peut le noter dans les propos de Jacques Héron et M. Le Bars : « *les diverses prétentions des parties, qu'elles portent sur le droit substantiel ou sur la procédure, conduisent le juge à établir sur son carnet la liste des différentes difficultés qu'il devra successivement trancher : la validité*

⁵⁶⁰ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°75

⁵⁶¹ La notion est envisagée dans un sens large incluant tant le droit d'agir que la marche de la procédure.

d'un acte de procédure, la compétence du tribunal, la qualité du demandeur, la prescription qui serait acquise, le paiement qui aurait été effectué ... »⁵⁶². Cette dualité des prétentions soumises au juge peut être également relevée dans les propos de MM. Cadiet, Normand et Mme Amrani-Mekki : « le « fond », ce n'est pas seulement celui de la prétention substantielle, ce peut être aussi celui sur lequel porte une prétention procédurale »⁵⁶³. Les prétentions, qu'elles soient procédurales ou substantielles peuvent être adressées au juge soit au moyen des demandes, soit au moyen des défenses⁵⁶⁴. Ainsi, les prétentions peuvent provenir des demandes initiales ou des demandes incidentes (additionnelle, reconventionnelle ou en intervention) ou encore des défenses (défense au fond ou fin non recevoir).

181. On admet bien traditionnellement, que les prétentions substantielles sont celles que portent la demande initiale, les demandes incidentes et les défenses au fond alors que les prétentions procédurales sont portées par les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure. L'exception de procédure soumettant au juge une prétention de type procédurale, c'est à celle-ci qu'il faut maintenant s'intéresser plus particulièrement.

B- La diversité des prétentions procédurales

182. Est procédurale, la prétention qui est relative à la procédure. Mais l'objet de la procédure apparaît très large⁵⁶⁵. Pothier en donne une définition qui l'illustre : « la procédure est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter »⁵⁶⁶. Certains auteurs jugent le domaine ainsi décrit assez restrictif, à ce propos Gérard Cornu et Jean

⁵⁶² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°371

⁵⁶³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°80

⁵⁶⁴ Il a été déjà indiqué que ce point constitue un grand trait de ressemblance entre les demandes et les défenses V. *supra* 144 s.

⁵⁶⁵ Procédure, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1053 : « Suivant la hauteur à laquelle se situe le regard, le terme se charge de contenus divers, mais étroitement apparentés. » ; Adde L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, « Motulsky avait déjà observé, à la suite de Vizioz, que dans chaque type de procès, « à la situation juridique substantielle », ce que nous appelons aussi le rapport de droit fondamental, ou substantiel, « se superpose une situation procédurale », « impliquant toute une série de conséquences » de nature processuelle. » ; V. H. Vizioz, *Etudes de procédure*, op. cit., spéc. p. 52-58 ; H. Motulsky, *Droit processuel*, op. cit., p. 145.

⁵⁶⁶ Pothier, *Traité de la procédure civile*, t. 9, Paris, Pichon-Bechet, 1827, p. 1.

Foyer, relèvent que « ... l'identité qu'elle (la définition) établit entre la procédure et le procès, d'une part, entre la procédure et la forme, d'autre part, ne peut être admise sans réserve ni précision »⁵⁶⁷. Ces auteurs proposent une conception encore plus large de la procédure comprenant le *jus litis* et *jus ad litem*⁵⁶⁸. Ainsi, selon ces auteurs, la procédure comprendrait le droit du litige⁵⁶⁹, le droit de l'action⁵⁷⁰, le droit de la justice⁵⁷¹ et le *jus litis* envisagé comme un ensemble de règles qui gouvernent le déroulement du procès⁵⁷².

183. Le large domaine⁵⁷³ de la procédure est également constaté par MM. Cadiet, Normand et Mme Amrani-Mekki, qui précisent au sujet de la définition de Pothier qu'elle renvoie à l'instance, or soulignent-ils, « la procédure ne saurait être réduite à l'instance car, si l'instance suppose la saisine du juge, cette saisine suppose à son tour l'exercice préalable d'une action dite précisément « en justice » »⁵⁷⁴. Ces auteurs proposent ainsi de distinguer dans la procédure l'action et l'instance⁵⁷⁵. C'est la procédure, telle qu'elle apparaît dans la doctrine de ces auteurs qui sera retenue pour cette étude.

⁵⁶⁷ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°2, p.3 : « La procédure proprement dite, telle que Pothier la présente, n'est qu'une partie du droit procédural ... ».

⁵⁶⁸ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°2, p. 4 : « Si l'on veut donc rétablir la procédure dans son ordre naturel, il ne faut pas la renfermer dans le procès lui-même, mais replacer le phénomène dans l'ordre des réalités et des institutions qui lui sont antérieures et, par une sorte de renversement intégral, réinstaurer la procédure dans un plus vaste ensemble... ».

⁵⁶⁹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°2, p. 4 : « La première réalité est le litige, différend qui divise les sujets de droit sur le règlement de leurs intérêts. Il ne dégènera pas nécessairement en procès, mais il en constitue la matière. Pour cette raison, le droit procédural ne peut s'en désintéresser, alors même que le litige serait résolu en dehors du juge, et parce qu'il est utile de replacer le recours à la justice parmi les divers modes de solution des litiges. »

⁵⁷⁰ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°2, p. 5 : « Il a bien fallu donner aux justiciables le droit de porter leur différend devant le juge « d'agir en justice », qui s'exerce par la demande ».

⁵⁷¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°2, p. 5 : « Parce qu'il a des litiges, il a fallu instituer des juges, en leur conférant le pouvoir de les trancher. Une fois conçue la fonction du juge (fonction juridictionnelle), l'établissement des organes de la justice et l'attribution, à chacun, de sa part de juridiction font l'objet de règles qu'il est convenu d'appeler d'organisation judiciaire et de compétence ».

⁵⁷² G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°2, p. 3

⁵⁷³ Procédure, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1053 : « Suivant la hauteur à laquelle se situe le regard, le terme se charge de contenus divers, mais étroitement apparentés ». La procédure renvoie aux applications juridictionnelles ou non juridictionnelles. Dans ce dernier sens, elle désigne des « ... enchaînements plus ou moins complexes d'actes et de formalités, préalables obligés à certaines catégories de décisions unilatérales (individuelles ou réglementaires) ou de conventions.

⁵⁷⁴ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°75, p. 329 : « l'instance n'est que la phase judiciaire de la procédure. Action, instance, cette dualité exprime le procès en tant que procédure, qui ne se réduit ni à l'une ni à l'autre, car le procès préexiste à la saisine du juge ».

⁵⁷⁵ D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse, 2002, préf. G. Giudicelli-Delage LGDJ, 2006 n° 33 : « la procédure (...) se décompose en trois phases : l'action, l'instance et le jugement ».

184. Ainsi, on s'intéressera à la procédure en tant qu'elle désigne l'action et l'instance. Cette conception se rapproche beaucoup plus de la trilogie procédurale telle qu'elle ressort de la pensée d'Henri Motulsky⁵⁷⁶.

185. En prenant ce parti, on observera que certaines prétentions procédurales se réfèrent à l'action (1) alors que d'autres se rapportent plus spécifiquement à la marche de la procédure (2).

1- Les prétentions procédurales intéressant l'action

186. L'action est définie par l'article 30 du Code de procédure civile comme « *le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention* ». Sans rentrer dans les controverses qui entourent cette définition⁵⁷⁷, on précisera que c'est par une fin de non-recevoir qu'une partie peut soulever le défaut du droit d'agir de son adversaire. Cette précision est apportée par l'article 122 du Code de procédure civile aux termes duquel « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». Ces définitions doivent beaucoup à la pensée d'Henri Motulsky⁵⁷⁸. La fin de non-recevoir sanctionne une cause d'irrecevabilité de la demande, cause qui touche au droit d'agir en justice (ex. pas d'intérêt, pas de qualité, chose déjà jugée) et atteint l'action elle-

⁵⁷⁶ L'expression a été utilisée pour la première fois par Henri Motulsky ; H. Motulsky *Ecrits – Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. Cornu et J. Foyer, Paris, Dalloz., 1973, p. 358 : « *il doit apparaître normal d'isoler, de l'ensemble des objections formulées à l'encontre d'une prétention, celles qui ne concernent que l'action pour la distinguer, (...) des critiques relatives à la **marche de la procédure** – ce sont les exceptions au sens procédural* ».

⁵⁷⁷ G. Wierderkehr, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile » in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 949. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 47 s. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°77 s. ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°80 s.

⁵⁷⁸ H. Motulsky, *Ecrits – Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. Cornu et J. Foyer, Paris, Dalloz, 1973, p. 358. L'auteur parle des objections qui concernent l'action.

même⁵⁷⁹. Pour l'essentiel, on retiendra que la partie qui soulève une fin de non-recevoir émet une prétention procédurale⁵⁸⁰.

187. Toutes les fins de non-recevoir ne portent pas de prétention. Ainsi, aucune prétention procédurale n'est émise lorsque la fin de non-recevoir est relevée d'office par le juge⁵⁸¹. Cette situation peut se produire aussi bien pour des questions touchant le droit d'agir que la marche de la procédure. Ainsi, en va-t-il du relevé d'office de l'irrecevabilité de la requête conjointe en matière de divorce par consentement mutuel ou de l'irrecevabilité en cas de défaut de motivation du contredit pour ne citer que ces exemples.

188. La prétention procédurale est également relative à l'action, lorsque l'une des parties s'oppose à la continuation de l'instance motif pris du décès de son adversaire dans des hypothèses où l'action n'est pas transmissible⁵⁸². Dans une telle situation l'extinction de l'instance n'est qu'une conséquence de l'extinction de l'action. Il en irait de même lorsque l'une des parties invoque une transaction⁵⁸³, un acquiescement et un désistement d'action pour s'opposer à la continuation de l'instance. Ces causes affectent directement le droit d'agir⁵⁸⁴ et le fait qu'elles provoquent l'extinction de l'instance n'est qu'un effet indirect de l'extinction du droit d'agir. Ainsi qu'il est prévu à l'article 384 du Code de procédure civile aux termes duquel, « *l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet d'une transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou dans les actions non transmissibles par le décès d'une des parties* ». Sous ce rapport, on peut soutenir

⁵⁷⁹ S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°954.

⁵⁸⁰ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°80 ; S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°98.

⁵⁸¹ La prétention peut être définie comme une question de fait ou de droit que les plaideurs soumettent au juge et qui sont fixées, pour le demandeur, par l'acte introductif d'instance, pour le défendeur, par les conclusions en défense (exceptions, fins de non-recevoir, dénégations). V. S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd, Dalloz, 2014-2015, V° Prétention.

⁵⁸² L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n°411 s.

⁵⁸³ Régie, par les articles 2044 à 2058, elle est définie par le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu comme « *un contrat par lequel les parties à un litige (déjà porté devant un tribunal ou seulement né entre elles) y mettent fin à l'amiable en se faisant des concessions réciproques* ».

⁵⁸⁴ J. Héron et M. Le Bars y voient plutôt non pas une cause d'extinction de l'action mais une cause de disparition du droit substantiel objet du litige. V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1201 : « *tout cela n'intéresse pas l'action : c'est l'accord sur les questions de droit substantiel qui rend l'instance sans objet et en entraîne l'extinction. La même réflexion peut être menée à propos des actions intransmissibles. En réalité, ce n'est pas l'action, mais le droit substantiel qui est intransmissible : le droit est tellement attaché à la personne de son titulaire qu'il s'éteint à la mort de celle-ci. Le droit substantiel s'étend éteint en cours d'instance, celle-ci n'a plus de raison d'être. Il en va de même des deux dernières causes d'extinction à titre accessoire de l'instance* ».

contrairement à la lettre de l'article 73 du Code de procédure civile que « *tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure éteinte* » n'est pas une exception de procédure. En conséquence, ces cas ne se rapportent pas à la marche de la procédure. Les prétentions portant sur de telles causes se rapportent au droit d'agir et non à la marche de la procédure.

2- Les prétentions procédurales intéressant la marche de la procédure

189. C'est à la procédure envisagée comme « marche de la procédure » que se rapporte la prétention soumise au juge au moyen d'une exception de procédure. Cette idée se retrouve bien transcrite dans le découpage opéré par Henri Motulsky : « *il doit apparaître normal d'isoler de l'ensemble des objections formulées à l'encontre d'une prétention (...) des critiques relatives à la marche de la procédure – ce sont les exceptions au sens procédural* »⁵⁸⁵. Prise dans ce sens, c'est à l'instance que renvoie la marche de la procédure, bien que celle-ci ne puisse être résumée à celle-là. La marche de la procédure envisagée comme la marche du procès commence toujours avant celui-ci et lui survit généralement à travers l'exercice des voies de recours⁵⁸⁶. La marche de la procédure commence généralement dès la toute première notification précédant l'instance. Pour que le lien juridique soit créé, il faut que l'une des parties adresse une convocation (assignation) à l'autre ; que cette convocation soit rédigée suivant les règles de procédure ; que cette convocation soit notifiée conformément aux prescriptions de la loi, alors même que la violation de règles de rédaction ou de notification ne sera soulevée que dans le cadre d'une instance.

190. En effet, bien que certaines causes qui donneront lieu plus tard à une exception de procédure se produisent en dehors de l'instance, c'est bien au cours de celle-ci qu'elles seront débattues. Toutes les exceptions de procédure se rapportent à l'instance, à ce propos, on aurait pu parler d' « *exception d'instance* » ce qui traduirait mieux l'objet de ces

⁵⁸⁵ H. Motulsky, *Ecrits – Etudes et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 358.

⁵⁸⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, n° 94.

demandes⁵⁸⁷. Dans ce sens, André Damase Jocoton parlait d'exception péremptoire de l'instance pour désigner jadis ce qui était appelé exception péremptoire de forme⁵⁸⁸.

191. La prétention soumise au juge au moyen de l'exception de procédure ne se rapporte qu'à l'instance, présentée « *comme la phase judiciaire du procès au cours de laquelle, les parties au litige accomplissent un certain nombre d'actes de procédure dans les délais prévus par la loi, fixés par le juge ou convenu avec lui.* »⁵⁸⁹. Mais la marche de la procédure n'est pas que la chose des parties comme le traduit si bien la définition qu'en donne M. Jeuland : « *l'instance qui est la traduction juridique du procès est l'ensemble des actes processuels – actes de procédure et actes judiciaires – réalisés au cours d'un procès* »⁵⁹⁰. La marche de la procédure n'est donc qu'une succession d'actes juridiques à l'initiative du juge et des parties destinée à faire avancer le procès vers son dénouement consacré par le jugement⁵⁹¹.

192. L'exception de procédure est une demande dont l'objet porte sur le déroulement de l'instance, laissant *a priori* intact le droit d'agir. Ce que traduit cette définition proposée par René Morel « *l'exception est un moyen par lequel le défendeur, sans s'attaquer au fond du droit, sans contredire la prétention de son adversaire ni y acquiescer, demande au juge, soit de repousser la demande parce que l'instance a été mal engagée, qu'elle a été portée devant un juge incompétent ou qu'elle est entachée d'une irrégularité de procédure, soit de surseoir à statuer pendant un certain délai, jusqu'à ce qu'un fait soit accompli.* »⁵⁹². Ainsi, l'exception de procédure se rapporte, non au droit d'agir lui-même, mais à la marche de la procédure, c'est-à-dire à l'instance⁵⁹³. C'est d'ailleurs sous ce rapport que lorsque l'exception de procédure est reconnue fondée, l'instance prendra fin ou sera suspendue avec

⁵⁸⁷ On observa à ce propos, la jurisprudence de la Cour de cassation au conseiller de la mise en état toute compétence sur les exceptions de procédure relative à la première instance. V. Cass., avis 2 avr. 2007, n°7-00.004. Pour un complément V. *infra* n°671 s.

⁵⁸⁸ A.-D. Jocoton, *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, n° 5

⁵⁸⁹ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n°96, p. 387 : « *ces actes sont la face apparente de l'instance et c'est à travers leur succession, mariant subtilement formes et délais que le code organise méticuleusement le cours de l'instance. Mais l'instance n'est pas seulement cette préparation passablement formaliste de la décision du juge ; elle est aussi une situation juridique originale, un dialogue rituel à deux personnages ou plus : un demandeur, le plus souvent un défendeur et, toujours le juge* ».

⁵⁹⁰ E. Jeuland, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n°493

⁵⁹¹ E. Jeuland, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n°398

⁵⁹² R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, n°48

⁵⁹³ *Ibid.*

généralement une possibilité de reprise⁵⁹⁴. C'est à ce propos que M. Jeuland indique que « *les exceptions de procédure concernent l'existence voire la suspension du lien d'instance* »⁵⁹⁵. On peut donc envisager la prétention procédurale soumise au moyen de l'exception de procédure comme toute prétention qui tend à empêcher la marche ou la progression vers la solution du litige lorsque le droit d'agir n'est pas affecté.

193. En définitive, doivent être considérées comme prétentions procédurales relatives à la marche de la procédure, celles qui se rapportent à l'instance sans s'attaquer au droit d'agir, soit qu'elles visent à l'éteindre, soit qu'elles en poursuivent la suspension. Mais, dans la pratique, la distinction n'est pas toujours aisée, les incertitudes trouvent leur source tant dans la loi⁵⁹⁶ que dans la jurisprudence⁵⁹⁷. Ce sont ces cas qu'il faut maintenant envisager.

§2.- La difficulté de distinction des prétentions

194. Au sein d'une même instance, certaines prétentions, on vient de le voir, sont relatives au fond du litige et fondent une défense au fond. D'autres encore sont relatives à l'action et fondent les fins de non-recevoir. D'autres enfin sont relatives à la marche de la procédure et fondent les exceptions de procédure. Cette répartition qui apparaît sans doute limpide suscite cependant beaucoup de difficultés dans la pratique. On verra dans ce sens que la distinction entre prétention procédurale relative à la marche de la procédure et les défenses au fond suscite encore des incertitudes tant en jurisprudence qu'en doctrine (A). Mais aussi qu'une confusion entoure encore les prétentions procédurales entre elles (B).

⁵⁹⁴ V. *supra* 402 s et 443 s.

⁵⁹⁵ E. Jeuland, « Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique », *art. cit.* p. 265.

⁵⁹⁶ A. D. Jocoton, *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, n°9 : « Il existe cependant plusieurs cas où la ligne de démarcation semble s'effacer entièrement, où les deux exceptions paraissent se confondre en une seule et porter à la fois sur l'instance et l'action ». H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°306 : « Il est parfois difficile de dire si l'on se trouve en face d'une véritable exception ».

⁵⁹⁷ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°307 : « Quant à la jurisprudence, elle procède d'une manière empirique ; ce qui l'amène parfois à considérer comme des exceptions certains moyens de défense dont il est permis de se demander s'il ne serait pas judicieux de les ranger parmi les fins de non-recevoir, tandis que, d'un autre côté, de nombreuses incertitudes subsistent à la frontière entre les exceptions proprement dites et les défenses au fond ».

A- La prétention procédurale et les défenses au fond

195. La distinction entre défense au fond et exception de procédure n'est pas toujours aisée. La première soumet au juge une prétention substantielle et la seconde une prétention procédurale relative à la marche de la procédure. Mais dans la pratique, cette frontière n'est pas toujours hermétique qu'elle pourrait paraître à première vue⁵⁹⁸. A ce propos, ce sont les exceptions dilatoires qui offrent le tableau le plus illustratif. En effet, celles-ci permettent à un plaideur d'« *invoker un délai sans contester le moins du monde le fond du droit* »⁵⁹⁹. Elles soumettent donc au juge une prétention relative à la marche de la procédure. On verra, qu'en dépit de leur finalité, la présence de certains moyens au sein de la catégorie des exceptions de procédure reste encore discutée. Ceci justifie que ces cas soient exposés. Il s'agit du moyen tiré de l'inscription de faux soulevé à titre incident devant une juridiction d'exception (1) mais aussi du moyen tiré du bénéfice de division et de discussion (2).

1- Le moyen tiré de l'incident de faux soulevée à titre incident

196. De nombreuses incertitudes subsistent à la frontière des prétentions relatives à la marche de la procédure et des prétentions substantielles. Le moyen tiré de l'inscription de faux soulevé à titre incident invoqué devant une juridiction d'exception en constitue une parfaite illustration. La question s'est, en effet, posée de savoir si un tel moyen constitue une défense au fond ou une exception de procédure. En d'autres termes, si la prétention émise était relative au droit substantiel ou à la marche de la procédure. La réponse à une telle préoccupation n'est pas aisée, en témoignent les contradictions jurisprudentielles dans une affaire où un client était poursuivi par son avocat pour le paiement de ses honoraires⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ D. Cholet, note sous cass. 1^{re} civ. 24 oct. 2006, n°05-21. 282, *D. 2007. Jur. 192*

⁵⁹⁹ Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile, op. cit.*, n°412

⁶⁰⁰ Cass. 1^{re} civ, 24 oct. 2006, n°05-21.282 : *Jurisdata* n°2006-035515; *Bull. Civ.* 2006, I, n°434; *Procédures* 2007, n° 34, obs. R. Perrot ; *D. 2007. Jur. 192*, note D. Cholet ; X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires » *fasc. cit.*, n°6 : « *l'exception dilatoire ne saurait théoriquement être confondue avec une défense au fond, dans la mesure où elle ne tend pas au rejet de la prétention de l'adversaire, mais simplement à suspendre le cours de la procédure, toutefois la différence entre ces deux moyens n'est pas toujours limpide, ainsi qu'en attestent les difficultés à qualifier le moyen soulevant un incident de faux* ».

197. Cette affaire aux dires d'un auteur présente toutes les allures d'une saga judiciaire, en raison des nombreuses cassations auxquelles elle a donné lieu⁶⁰¹. La procédure a d'abord commencé devant le bâtonnier qui a offert ses bons offices⁶⁰². Mais non satisfait de la décision rendue par ce dernier, l'avocat demandeur à l'action a interjeté appel devant le premier président de la cour d'appel en sa qualité de juridiction d'appel des décisions rendues en cette matière par le bâtonnier⁶⁰³. Après deux renvois sur cassation, l'avocat soulève devant le premier président⁶⁰⁴ appelé à connaître de cette affaire une inscription de faux contre la décision rendue par le bâtonnier⁶⁰⁵. Le demandeur espérait à cette étape de la procédure une suspension de l'instance. Il est prévu en effet aux termes de l'article 313 du Code de procédure civile que « *si l'incident est soulevé devant une juridiction autre que le tribunal de grande instance ou la cour d'appel, il est sursis à statuer jusqu'au jugement sur le faux ...* ». N'étant ni le tribunal de grande instance, ni la cour d'appel, cette suspension s'impose au premier président de la cour d'appel à « *moins que la pièce litigieuse ne soit écartée du débat lorsqu'il peut être statué au principal sans en tenir compte* ». C'est cette dernière voie qu'a voulu emprunter le premier président de la cour d'appel, en rejetant ce moyen au motif que celui-ci constitue une exception de procédure et qu'à ce titre, il devrait être soulevé avant toute défense au fond ainsi qu'il est prévu à l'article 74 du Code de procédure civile. Ce qui ne préservait les intérêts du demandeur pour qui ce moyen constitue plutôt une défense pouvant être soulevée en tout état de cause.

198. L'inscription de faux, on le rappelle, est définie par le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu, comme une contestation en vue de faire reconnaître qu'un acte authentique est faux⁶⁰⁶. Aux termes des articles 306 et 314 du Code de procédure civile, l'inscription de faux peut être introduite à titre principal ou soulevée à titre incident. Exercée à titre principal, l'inscription de faux est une demande en justice, soulevée à titre

⁶⁰¹ Pour emprunter les expressions de M. Cholet, *notes préc.*, p. 195.

⁶⁰² Articles 174 et suivants du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 (*D.* 1991, Lég. p. 480)

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ Les premiers présidents des cours d'appel de Paris, Reims, Amiens et Douai ont connu respectivement de cette affaire, soit au total trois (03) renvois et quatre premiers présidents.

⁶⁰⁵ Il est reproché à l'avocat demandeur d'avoir déclaré à l'avocat rapporteur désigné par le bâtonnier que « *les sept dossiers en cause ont donné lieu à une convention d'honoraires forfaitaires d'un montant de 30.000 francs* ». V. D. Cholet « Qualification de l'incident de faux : exception de procédure ou défense au fond », *D.* 2007, p. 192, spéc. 193.

⁶⁰⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V. Inscription de faux.

incident, elle soumet à un juge déjà saisi, une prétention incidente dont le but est de contester la véracité d'un acte authentique versé au dossier.

199. Suivant l'analyse du premier président, l'article 313 du Code de procédure civile en prévoyant qu' « *il est sursis à statuer jusqu'au jugement sur le faux* », constitue un cas de sursis à statuer obligatoire qui fonde une exception dilatoire ainsi qu'il est prévu à l'article 108 du même code, aux termes duquel : « *le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit (...) de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi* ». Ce cas constitue donc une exception de procédure et plus particulièrement une exception dilatoire. La Cour de cassation devant laquelle, un recours a été exercé n'est pas de cet avis. Pour la haute juridiction : « *l'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue non une exception de procédure mais une défense au fond* »⁶⁰⁷. Cette solution est critiquable. L'effet suspensif du moyen invoqué est incontestable. Le moyen invoqué en d'autres circonstances aurait pu constituer une défense au fond⁶⁰⁸.

200. La défense au fond est définie par l'article 71 du Code de procédure civile comme « *tout moyen qui tend à faire déclarer comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* ». Dans ces principes, le droit de la preuve ne relève pas du droit judiciaire privé, mais du droit substantiel⁶⁰⁹, et le moyen par lequel une partie conteste la véracité d'un écrit produit au cours de l'instance par une partie, n'est pas une question de procédure, en conséquence, elle n'est donc pas relative à la marche de la procédure.

201. Cependant, comme dans l'espèce, l'incident de faux soulevé devant une juridiction d'exception, a pour effet d'empêcher la progression vers le prononcé de la décision finale, dans l'attente du jugement sur le faux. En conséquence il s'agit bien d'une prétention relative à la marche de la procédure. C'est ce que pense bien à propos M. Cholet lorsqu'il

⁶⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 2006, n°05-21.282, D. 2007, Jur. 192

⁶⁰⁸ Si l'incident est soulevé devant une juridiction autre que le tribunal de grande instance ou la cour d'appel, il est sursis à statuer jusqu'au jugement sur le faux à moins que la pièce litigieuse ne soit écartée du débat lorsqu'il peut être statué au principal sans en tenir compte (CPC, art. 313 al.1^{er})

⁶⁰⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1069 : « le droit de la preuve se trouve à la charnière du droit substantiel et du droit judiciaire. On peut y distinguer les règles *ad litem ordinendam* des règles *ad litem decidendam*. Les premières régissent l'activité processuelle des parties et du juge, et les secondes l'activité extrajudiciaire des particuliers, le juge étant chargé d'en assurer la sanction ».

indique le sens dans lequel la Cour de cassation aurait dû rendre sa décision⁶¹⁰. Pour l'auteur, la décision de la Cour manque de nuance et aurait dû être rédigée en ces termes : « *l'incident de faux est le moyen d'une défense au fond, sauf lorsqu'il est exercé devant une juridiction d'exception et vise un acte authentique* »⁶¹¹. Il conclura que « *l'inscription de faux incident exercée devant une juridiction d'exception contre un acte authentique doit être qualifiée d'exception de procédure* »⁶¹². C'est fort regrettable que la Cour ne soit pas allée dans ce sens.

202. Mais on observera une fois encore, que c'est le régime rigoureux auquel la loi a soumis les exceptions de procédure qui pose problème. Admettre que ce moyen soit une exception de procédure reviendrait en l'état actuel du droit positif à priver le demandeur d'un droit essentiel, celui de contester la validité d'un écrit qui pourrait conditionner l'issue du procès. Mais ce régime ne peut plus continuer à justifier les confusions auxquelles se livre la Cour. Le régime n'est pas un critère d'identification des exceptions de procédure⁶¹³. Dans cette espèce, avait-on besoin de soutenir que ce moyen constitue une défense au fond avant d'admettre qu'il puisse être soulevé à toute hauteur de procédure ? La Cour de cassation a déjà apporté une réponse dans ce sens, en ce qui concerne la demande de sursis à statuer en vue de la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne qui, bien que constituant une exception de procédure, peut être soulevée en toute hauteur de procédure⁶¹⁴.

203. La nature d'exception de procédure conférée par la loi à certains moyens en procédure reste encore discutée en doctrine. Ce sont ces cas qu'il faut maintenant examiner.

⁶¹⁰ D. Cholet, *notes préc.*, p. 193; D. 2007. 2431, obs. Fricero « *l'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue une défense au fond, non une exception de procédure* » ; S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit. n°317 « quant à l'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une prétention, constitue une défense au fond, non une exception de procédure, dès lors il n'a pas à être soulevé in limine litis et échappe à la compétence du juge de la mise en état ». Adde une partie de la doctrine qui parle d'un *moyen (élément probatoire) au service d'une défense au fond* » V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°317 ; *Procédures 2007*, n°218, note Perrot ; D. 2007

⁶¹¹ D. Cholet, *note sous cass.* 1^{re} civ. 24 oct. 2006, n°05-21. 282, D. 2007. Jur. 192, spéc. p. 194

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ V. *infra* n°272.

⁶¹⁴ V. *infra* n°312 s.

2- Le moyen tiré des bénéfices de division et de discussion

204. La nature du moyen tiré des bénéfices de discussion et de division a été longtemps discutée en doctrine. Les rédacteurs du Code de procédure civile à l'issue de la réforme de 1975 ont pris le parti de les ranger dans la catégorie des exceptions dilatoires⁶¹⁵. Ainsi ces causes figurent désormais au titre de l'article 108 du Code de procédure civile. Mais la codification de ces moyens n'a pas suffi à taire les vieilles querelles. Une partie de la doctrine moderne continue à dénier la qualification d'exception dilatoire à ces moyens. A ce propos, Jacques Héron et M. Le Bars, soulignent qu' « *on remarquera qu'en dehors de la véritable exception dilatoire qui appartient à l'héritier l'article 108 vise également les bénéfices de division et de discussion qui appartiennent à la caution. A proprement parler, il ne s'agit pas d'exceptions dilatoires. Le bénéfice de division vise à diminuer l'obligation qui pèse sur la caution. Le bénéfice de discussion décharge la caution de toute obligation aussi longtemps que le créancier n'a pas discuté les biens du débiteur principal. Il s'agit donc de règles qui relèvent du droit civil, que l'on doit qualifier de défenses au fond, puisqu'elles tendent au rejet partiel ou limité de la prétention, comme non justifiée* »⁶¹⁶. Ces auteurs sont soutenus par Mme Amrani-Mekki et M. Strickler pour qui « *Cette exception se traduit bien en procédure par une suspension de l'instance, mais elle a des effets au fond. Techniquement malgré sa dénomination, il ne s'agit pas d'une exception de procédure mais d'une défense au fond* »⁶¹⁷.

205. Cette question qui était ignorée du Code de procédure civile de 1806 avait suscité beaucoup de controverses⁶¹⁸. Plusieurs auteurs avant l'avènement du Code de procédure civile ont soutenu que ces moyens constituent des défenses au fond. Ainsi, Edouard Deroy qui a le mérite d'avoir consacré une œuvre spécifique à la question⁶¹⁹, soutenait que ces moyens constituent des défenses au fond. Une fois encore c'est le régime auquel sont

⁶¹⁵ L'exception dilatoire tirée du bénéfice de discussion et de division était demeurée inconnue du Code civil de 1806. Elle a été introduite dans le Code suite à la réforme de 1975.

⁶¹⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°157, note 278

⁶¹⁷ S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, 1^{re} éd., PUF, 2014, n° 252 ; S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, n° 148

⁶¹⁸ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit., 307, p. 285, note 2 : « ainsi, on peut se demander à quelle catégorie appartient le bénéfice de discussion dont peut se prévaloir la caution (art. 2021 C. civ.) ». »

⁶¹⁹ E. Deroy, *Des exceptions dilatoires*, thèse, Paris, 1898, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau.

soumis ces moyens qui est en cause. A ce propos, l'auteur dans son analyse a indiqué que les bénéfiques de discussion et de division se rapportent au fond du droit et ne peuvent pas être cantonnés au début du procès⁶²⁰.

206. Il a pu souligner au sujet du bénéfice de discussion que « *lorsqu'il est opposé à une action, il s'exerce bien sous la forme d'une exception, mais ce n'est pas une exception dilatoire, (...) exception sui generis* »⁶²¹. Constatant qu'« *il est inexact de dire que l'exception de discussion tend directement à l'obtention d'un délai. Que demande en effet, la caution qui l'oppose ? Que le créancier avant de la contraindre au paiement discute les biens du débiteur principal. Est-ce là véritablement réclamer le sursis des poursuites ?* »⁶²². L'auteur avait relevé que « *le plus souvent elle (l'exception) produit un effet plus considérable, puisque la caution échappe complètement à la poursuite et se trouve libérée, lorsque le créancier obtient son paiement du débiteur discuté* »⁶²³. Dans le même sens, il observe que « le

⁶²⁰ E. Deroy, *Des exceptions dilatoires, thèse préc.*, p. 162 : « quant aux termes de l'article 2022 du Code civil qui oblige la caution à requérir le bénéfice de discussion sur les premières poursuites dirigées contre elle, ils n'ont pas la signification qu'on leur prête. Le législateur n'a pas voulu dire par l'expression « sur les premières poursuites » que l'exception de discussion doit être opposée dès l'entrée de la cause, in *lime litis*. ; il y a entendu seulement refuser à la caution le droit d'invoquer en tout état de cause le bénéfice qu'il lui accordait et l'obliger à en user, avant que la procédure engagée contre elle ne soit trop avancée (...) on ne peut donc pas dire d'une manière absolue que l'exception de discussion doit être opposée dès le début des poursuites : tout dépendant des circonstances de la cause.

⁶²¹ E. Deroy, *Des exceptions dilatoires, thèse préc.*, p. 163

⁶²² E. Deroy, *Des exceptions dilatoires, thèse préc.*, p. 161 : « il n'y a donc aucun rapport entre ce moyen présenté par la caution et les exceptions dilatoires dont s'occupe le code de procédure civile »

⁶²³ E. Deroy, *Des exceptions dilatoires, thèse préc.*, p. 164. L'auteur fait une comparaison avec le moyen tiré du bénéfice du terme qui tout comme le moyen tiré du bénéfice de discussion n'est pas une exception de procédure mais une défense au fond. Il a relevé à ce propos que « le moyen tiré du terme ne saurait être regardé dans le droit actuel comme exception dilatoire. En lui attribuant ce caractère, on aboutirait aux mêmes conséquences inadmissibles que nous avons précédemment signalées au sujet du bénéfice de discussion. Le débiteur, actionné en paiement avant l'arrivée du terme, serait en effet tenu d'opposer le moyen tiré de l'inexigibilité avant toute défense au fond et il en serait déchu si, avant de l'invoquer, il avait commencé par plaider au fond et par contester l'existence de la créance réclamée contre lui, suivant la seule marche logique du procès. Les rares partisans de cette opinion, aujourd'hui à peu près complètement abandonnée, objectent que le terme procurait dans le droit romain comme dans l'Ancien Droit une exception dilatoire. Nous le reconnaissons, mais nous avons vu qu'il n'y a entre l'exception dilatoire de la législation romaine et la nôtre qu'un rapport de mots et quant à l'Ancien Droit, la notion exacte de ces exceptions y est tellement trouble et incertaine que l'on ne saurait guère invoquer son autorité pour la solution de cette question. D'ailleurs il est manifeste que le bénéfice du terme ne forme même plus dans le droit actuel une exception. Lorsque le défendeur réclame un terme, il n'oppose pas un moyen préalable emprunté à la procédure, il défend en réalité au fond. Le moyen tiré du terme ne constitue donc plus aujourd'hui une exception dilatoire, ni même une exception ; il est une véritable défense au fond, proposable en tout état de cause ». Tel a été également le sens dans lequel la Cour de cassation a rendu sa décision en date du 11 juillet 1921 : « que le délai que la loi ou la convention accorde au débiteur pour se libérer constituent non pas une exception de procédure, mais un moyen de défense au fond qui peut être proposé en tout état de cause. » (Cass civ. 11 juil. 1921, Bull. civ. 1922, n°130, p. 232-233). Dans ce sens aussi, Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile, op. cit.*,

bénéfice de division est (...) réellement un moyen de fond, un moyen de libération qui peut être proposé en tout état de cause »⁶²⁴. L'auteur justifiait ses propos en ces termes : « on a quelquefois attribué le caractère dilatoire au bénéfice de division qu'accorde l'article 2026 du Code civil aux personnes qui se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette. Chacune des cautions est obligée à toute la dette, mais, lorsque l'une d'elles est poursuivie pour le tout par le créancier, elle peut exiger que ce créancier divise son action entre toutes les cautions, de manière à ne demander à chacune que sa part contributive ; il a pour but non pas de retarder l'action du créancier contre celui qui l'oppose, mais bien d'exclure entièrement cette action pour la partie de la dette qui doit être acquittée par les autres cautions. »⁶²⁵. Cette position avait été défendue un siècle plutôt par Pothier⁶²⁶ qui a constaté que « cette exception tient plus des exceptions péremptoires que des dilatoires, puisqu'elle tend à exclure entièrement l'action du créancier contre celui qui l'oppose pour les parts de ses cofidélusseurs »⁶²⁷ car précisait l'auteur, « l'effet de l'exception de division est de faire prononcer par le juge la division de la dette entre les fidélusseurs qui sont solvables, et

n°407 : « dire qu'il y a dette contractée, mais payable à un terme qui n'est pas échu, c'est là défendre au fond, c'est là emprunter des moyens, non pas à la procédure, mais au fond du droit, à la constitution même de la créance ».

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ L'auteur soulève également le moment de présentation de l'exception dilatoire tirée du bénéfice de discussion et de division, pour soutenir sa soustraction de la catégorie des exceptions dilatoires. « Aussi, les auteurs ont-ils tenté de concilier ces deux textes (articles 186 et 187), en prétendant qu'il y avait d'autres exceptions dilatoires, soit dans d'autres parties du Code de procédure civile lui-même, soit dans le code civil. Cette exception, par laquelle la caution poursuivie en paiement, demande que le créancier, moyennant certaines garanties qui lui sont données, discute préalablement les biens du débiteur principal, doit être opposée sur les premières poursuites, condition qui est bien en rapport avec la prescription de l'article 186. En outre, disent la plupart des auteurs, la caution, qui invoque ce bénéfice, sollicite évidemment un délai ; elle ne refuse pas de payer, elle ne conteste pas sa qualité de caution, elle demande seulement que les poursuites dirigées contre elles soient différées jusqu'après le temps de la discussion du débiteur principal. L'exception tend donc à l'obtention d'un sursis ; elle est donc bien dilatoire et soumise à ce titre à la règle générale de l'article 186.

Nous pensons, contrairement à cette opinion admise par la majorité des auteurs, que telle n'est pas la nature véritable de l'exception de discussion. Si, en effet, cette exception était vraiment dilatoire, il faut en conclure qu'elle devrait être opposée avant toute défense au fond. Or, la caution peut encore, dans certaines circonstances, opposer le bénéfice de discussion même après un débat sur le fond. (...).

De même, dans un cas particulier, il est généralement admis que la caution conserve le droit d'invoquer le bénéfice de discussion, bien qu'elle ait laissé engagé les poursuites contre elle ; c'est lorsqu'il survient au débiteur principal insolvable des biens qu'il n'avait pas au moment où la caution a été suivie. »

On donne généralement pour exemple le bénéfice de discussion établi par l'article 2021 du Code civil, qui, en effet, au premier aspect, offre les aspects d'une exception dilatoire.

⁶²⁶ Il peut paraître inutile d'exposer des opinions à tort ou à raisons considérées comme dépassées. Le choix de l'exposé de l'opinion de Pothier a été fait en raison de l'autorité de son enseignement.

⁶²⁷ R.-J. Pothier, L'auteur assimile l'exception de division à une fin de non-recevoir. L'exception péremptoire. Les exceptions péremptoires désignaient à l'époque les fins de non-recevoir et les dilatoires représentaient la catégorie des exceptions de procédure.

de restreindre par ce moyen la part seulement du fidéjusseur qui a opposé, la demande qui a été donnée contre lui. »⁶²⁸. Il soutenait aussi que l'exception tirée du bénéfice de division pouvait être opposée pour la première fois en appel⁶²⁹. La position de cet auteur était partagée par Eugène Garsonnet et Charles Cézard-Bru⁶³⁰. Cette position a été partiellement défendue par une partie de la doctrine classique⁶³¹. Cependant, pour l'auteur, à la différence d'Edouard Deroy, l'exception dilatoire tirée du bénéfice de discussion est une exception dilatoire et non une défense au fond. A ce propos, il se prononçait en ces termes : l'« exception de discussion est du nombre des exceptions dilatoires, puisqu'elle ne tend qu'à différer l'action du créancier contre le fidéjusseur, jusqu'après le temps de la discussion, et non à l'exclure entièrement. C'est pourquoi, selon la règle commune aux exceptions dilatoires (...), elle doit être opposée avant la contestation en cause. Si le fidéjusseur a contesté au fond, sans l'opposer, il n'y est pas recevable étant censé, en défendant au fond, avoir tacitement renoncé à cette exception. »⁶³².

⁶²⁸ R-J. Pothier, *Traité des obligations*, op. cit., p. 427 : « Avant que cette division de la dette ait été prononcée par le juge sur l'exception de division, ou qu'elle ait été faite volontairement par le créancier, par la demande qu'il aurait donnée contre chacun des fidéjusseurs pour sa part, l, 16, Cod. De fidej., chacun des fidéjusseurs est véritablement débiteur du total de la dette. C'est pourquoi, si l'un d'eux a payé le total de la dette, il ne peut avoir contre le créancier aucune répétition des parts de ses cofidéjusseurs. (...) car il devoit véritablement le total qu'il a payé, n'en usant pas de l'exception de division dont il pouvoit user ». Dans ce sens V également Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, op. cit., n°411 : « le « bénéfice de division qui peut être opposé par l'une de plusieurs cautions attaquée seule pour le tout (...) n'a en lui-même rien de dilatoire (...), c'est là plus qu'une défense au fond qu'une exception ».

⁶²⁹ R-J. Pothier, *Traité des obligations*, op. cit. p. 426 : « la caution peut être admise en cause d'appel à opposer l'exception de division.

⁶³⁰ E. Garsonnet et CH. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3^e éd., t.1, Sirey, 1912, n°453, p. 711, note 1 : « Le bénéfice de division, accordé par l'article 2026 du Code civil aux personnes qui ont cautionné ensemble une même dette, ne procure pas non plus d'exception dilatoire, car la caution poursuivie pour le tout qui demande la division ne sollicite pas de sursis : quand même sa prétention aurait pour résultat de retarder la poursuite, il n'y aurait pas d'exception dilatoire, puisque le propre de cette exception est de tendre précisément à l'obtention d'un délai. ».

⁶³¹ Boitard, Colmet daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, op. cit., n°410 et 411.

⁶³² R-J. Pothier, *Traité des obligations*, Préf. J-L Halpérin, D. 2011, Rééd. de la version parue en 1928 ; R-J. Pothier, *Œuvres de Pothier*, t. 1, *Traité du droit des obligations*, De M. Dupin, 1824, Paris 1824, Béchet Ainé Librairie ; R-J. Pothier, *Œuvres de Pothier*, t. 1, *Traité du droit des obligations*, De Siffrein ; V. également n°421, l'auteur y présente la distinction entre l'exception discussion et l'exception de division en ces termes : « ... l'exception de division diffère de l'exception de discussion. La raison de la différence vient de la différente nature de ces exceptions. Celle de discussion n'est que dilatoire ; elle ne fait que différer l'action du créancier contre le fidéjusseur, après que le créancier aura discuté le débiteur principal : au lieu que l'exception de division tient de la nature des exceptions péremptoires : elle périmé entièrement, lorsqu'elle a lieu, l'action du créancier contre le fidéjusseur qui l'a opposée, pour la part de ses cofidéjusseurs, avec lesquels la division lui a été accordée ; et c'est pour cela que le créancier ne peut plus revenir contre lui, quand même les cofidéjusseurs par la suite deviendraient insolubles. »

207. La plupart des exceptions dilatoires ont un effet au fond, qu'il s'agisse de l'exception dilatoire tirée du délai « pour faire inventaire et délibérer » ou de celui accordé à l'un des plaideurs pour appeler un garant. Ainsi, dans le premier cas, c'est l'acceptation de l'héritage par l'héritier qui déterminera sa qualité de partie au procès⁶³³. On observera à ce propos, qu'en cas de refus, il ne pourra pas être poursuivi, ce qui équivaudrait à un débouté qui est une décision sur le fond. Dans le second cas, l'appel d'un garant peut avoir pour effet de décharger le plaideur qui s'en prévaut ; ce qui s'apparenterait à un débouté. La prétention émise dans tous ces cas, comme lorsqu'il s'agit d'un bénéfice de discussion⁶³⁴ ou division, est relative à la marche de la procédure et c'est ce seul critère qui devrait être pris en compte⁶³⁵. Dans toutes ces situations, il faut le remarquer, il s'agit d'empêcher la progression de l'instance vers la décision finale sur le fond. Il s'agit en conséquence de la marche de la procédure rien de plus.

B- Les prétentions procédurales entre elles

208. On a constaté aujourd'hui l'effondrement du principe dispositif au profit du principe de coopération⁶³⁶. Le procès civil n'est plus à proprement parler la chose des parties⁶³⁷. Des auteurs ont pu noter dans ce sens que « *dans une société démocratique, un état de droit, si l'on veut, aucune procédure ne peut être la chose des seules parties ou la chose du seul juge ;* »

⁶³³ V. *infra* n°354 s.

⁶³⁴ E. Garsonnet et CH. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3^e éd., t.1, Sirey, 1912, n°453, p. 711. Ces auteurs admettent la relativité à la marche de la procédure de l'exception dilatoire tirée du bénéfice de discussion comme en témoignent leurs propos : « *C'est pourtant la vraie marche du procès (le bon sens l'indique)* ».

⁶³⁵ Cet effet suspensif a d'ailleurs été admis par Boitard en dépit de son hostilité à voir ces moyens considérés comme des exceptions dilatoires. Il souligne au sujet de la partie qui se prévaut du moyen tiré du bénéfice de discussion que : « *elle demande seulement qu'il soit sursis aux poursuites, jusqu'à ce que l'insolvabilité du débiteur principal ait été constatée par le créancier. L'exception se réduit donc à demander un sursis, à solliciter un délai ; l'exception est donc dilatoire, et l'art. 186 s'y applique. Ajoutez que, d'après l'art. 2021, cette exception doit être opposée par la caution sur les premières poursuites dirigées contre elle ; exigence qui cadre encore très bien avec le caractère d'exception, avec l'idée et le système général de l'art. 186* ». V Boitard, Colmet Daâge et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, *op. cit.*, n°408.

⁶³⁶ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°524 et s, 533 et s ; E. Jeuland, « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975 », in L. Cadiet et G. Canivet (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, 101, spéc. pp. 102 à 103.

⁶³⁷ *Ibid.*

tout procès est par principe la chose des parties et la chose du juge »⁶³⁸. Le principe de coopération⁶³⁹ met à la charge de chacun des acteurs des droits et obligations en vue d'une solution du litige⁶⁴⁰. Dans ce sens, on peut soutenir avec M. Jeuland, cependant avec quelques réserves, que le procès crée trois rapports entre les parties et le juge : *le rapport de fond, le rapport statutaire* entre les parties et le juge, d'une part, et d'autres par *le rapport d'instance* entre les parties. Comme le souligne l'auteur, à chacun de ces rapports correspond spécifiquement un moyen de défense⁶⁴¹.

209. Une première réserve va concerner la répartition tripartite des rapports nés du procès à laquelle, on propose une répartition bipartite : les *rapports procéduraux* et le *rapport de fond*. Dans les rapports procéduraux, on propose de distinguer le rapport statutaire qui est du côté du juge avec une possible incursion des parties et un rapport d'instance qui est du côté des parties avec une possible incursion du juge. Le rapport de fond est beaucoup plus du côté des parties que du juge⁶⁴². L'incursion du juge dans le rapport d'instance se fera le plus souvent au moyen d'une fin de non-recevoir ou d'une irrecevabilité pour emprunter les expressions du code⁶⁴³. A ce propos Mme Chainais constate que « *l'irrecevabilité trouve ici une efficacité propre dans la théorie de l'instance, pour la validité des actes de procédure* »⁶⁴⁴. Ainsi, dans la plupart des cas, le juge recourra à l'irrecevabilité pour sanctionner la validité des actes de procédure qu'il s'agisse des causes prévues par la

⁶³⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°100. Ils soulignent à ce propos que « l'intérêt général est toujours présent dans le procès civil (le respect des lois, la paix sociale), l'intérêt public l'est même parfois (le ministère public peut être partie principale, sinon l'administration de la justice est un service public) ».

⁶³⁹ Pour consécration d'un principe de coopération V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°524 et s, 533 et s ; E. Jeuland, « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975 », in L. Cadiet et G. Canivet (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, 101, spéc. pp. 102 à 103.

⁶⁴⁰ E. Jeuland, « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975 », in L. Cadiet et G. Canivet (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, 101, spéc. p. 110 : « *Ce sont les parties et le juge qui produisent ensemble la solution d'un litige* ».

⁶⁴¹ E. Jeuland, « Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique », *art. cit.* p. 265.

⁶⁴² S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°497 et s.

⁶⁴³ Le moyen tiré de l'irrégularité de la requête conjointe en est une illustration. En effet, une telle irrégularité est sanctionnée au moyen d'une irrecevabilité, alors que traditionnellement, les vices affectant l'acte de procédure sont soulevés au moyen d'une exception de procédure. On note ici l'inadéquation de l'exception de procédure. Les parties ne peuvent y recourir car elles ne peuvent s'opposer à l'ouverture d'une instance dont elles sont les seules à en prendre l'initiative.

⁶⁴⁴ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré » in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain, art. cit.*, n°15 ou par ailleurs n°20 « *Il est difficile d'aborder la question de la spécificité de la fin de non-recevoir sans observer que la frontière entre la théorie de l'instance est peut-être plus fine que ce que la lecture du Code ne donne à penser* ».

loi ou en cas d'omission⁶⁴⁵. Le juge pourra, également dans les cas prévus par la loi, relever d'office des moyens qui auraient pu fonder une exception de procédure⁶⁴⁶.

210. Une deuxième réserve concerne l'affectation du rapport d'instance. Le rapport d'instance contrairement aux propos de l'auteur est relatif non pas aux exceptions de procédure mais à la marche de la procédure. Ainsi, toutes les exceptions de procédure concernent l'existence voire la suspension du lien d'instance, mais tout ce qui concerne l'existence du lien d'instance n'est pas du domaine de l'exception de procédure du moins en l'état actuel du droit. Ainsi en va-t-il des hypothèses de demandes de renvoi prévues à l'article 47 du Code de procédure civile.

211. Une troisième réserve concerne le rapport statutaire. L'auteur après avoir rappelé bien à propos que « *l'action est en effet le droit d'obtenir du juge un jugement sur le bien fondé de la demande* »⁶⁴⁷, indique que les « fins de non-recevoir sont liées au pouvoir du juge donc au lien statutaire ». Ce qui est quelque peu discutable, car les fins de non-recevoir, on l'a observé, peuvent être également purement procédurales et donc attachées au non respect de conditions liées à la validité de la demande, envisagée comme un acte de procédure. Ainsi, le rapport statutaire serait lié à l'action. Mais le domaine des fins de non-recevoir est plus vaste que celui de l'action⁶⁴⁸.

212. Cette répartition explique les difficultés qu'il y a parfois à distinguer les fins de non-recevoir des exceptions de procédure. Ainsi la frontière entre ces deux notions reste délicate qu'il s'agisse du moyen tiré de l'existence d'une immunité de juridiction, d'une clause compromissoire⁶⁴⁹, de conciliation ou de médiation⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ V. *supra* n°130 s.

⁶⁴⁶ V. *infra* n° 552 s.

⁶⁴⁷ E. Jeuland, « Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique », *art. cit.* p. 265.

⁶⁴⁸ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain*, *art. préc.* n°20 : « L'irrecevabilité s'applique en réalité aux actes de la procédure sous leurs formes les plus variées ».

⁶⁴⁹ V. *infra* n°336 s.

⁶⁵⁰ V. *infra* 553 s.

SECTION 2 : LA CATÉGORIE JURIDIQUE DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

213. On vient de le voir dans certaines situations, le juge est saisi d'une prétention procédurale relative à la marche de la procédure. Ces cas ne constituent pas toutes des exceptions de procédure. Cette qualification ne pourra être retenue que si la prétention procédurale est adressée à un juge déjà saisi. A ce titre, l'exception de procédure constitue une demande incidente distincte de l'incident de procédure qu'elle tend à provoquer. Les situations dans lesquelles, les deux notions sont confondues ne sont pas rares en doctrine ; ce qui est fort regrettable. Pour plus de clarté, on précisera d'abord ce que l'exception de procédure n'est pas avant d'indiquer ce qu'elle est. Il importe donc à ce propos d'établir la distinction entre exception de procédure et incident de procédure (§1), avant de restituer à la notion sa véritable nature, en ce qu'elle constitue une demande incidente (§2).

§1.- L'exception de procédure distincte d'un incident de procédure

214. La distinction entre exception de procédure et incident de procédure n'est pas une question tranchée en doctrine. Pour certains auteurs, l'exception de procédure est un incident de procédure, pour d'autres les deux notions sont distinctes. Mais en réalité c'est la notion même d'incidents qui est controversée⁶⁵¹ au point où il est dit qu'ils « *présentent une telle variété de figures que leur notion ne se prêtent pas à une définition précise* »⁶⁵². On exposera dans un premier temps la confusion qui entoure exception de procédure et incident de procédure (A) avant d'envisager ceux-ci comme étant l'objet de ceux-là (B).

⁶⁵¹ Cette variété de sens apparaissait déjà dans la définition qu'en donne Nicolas Pigeau : « *une contestation accessoire qui s'élève sur une autre qui est principale, ou un événement qui arrive pendant une contestation, et qui interrompt (incident qui interrompt) le cours de l'affaire pendant un temps*. Il a ajouté d'autre part, qu'« *on peut réduire les incidents à six espèces principales : les demandes incidentes, l'intervention, l'impossibilité d'agir de la part des parties, causée par leur décès, la mort, la démission, l'interdiction ou la destitution de leurs avoués, le désaveu, la récusation, le renvoi pour cause de parenté ou d'alliance* », V. N-E. Pigeau, *La procédure civile des tribunaux de France démontrée par principe, et mise en action par des principes*, Paris, 1807-1808, Vol. 2, Paris :

⁶⁵² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit Judiciaire Privé*, op. cit., n°949.

A- La confusion entre exception de procédure et incident

215. L'exception de procédure constitue-t-elle un incident de procédure ? La réponse à cette question n'est pas aisée en raison de l'incertitude qui caractérise la définition de l'incident⁶⁵³, envisagée tantôt comme une contestation incidente⁶⁵⁴ tantôt comme le résultat de cette contestation⁶⁵⁵. Cette incertitude justifie sans doute que certains auteurs

⁶⁵³ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1991, t. III, n°1013 et 1014, ces auteurs soulignent en effet, que « les incidents qui peuvent survenir sont extrêmement variés » ; V. par ailleurs n°1014 : « Il est assez fréquent que, durant le procès, le rapport d'instance soit affecté par une circonstance qui altère plus ou moins profondément le contenu initial ou le déroulement normal. Tel est le cas par exemple lorsque l'une des parties formule une prétention nouvelle, lorsqu'un tiers fait acte d'intervention ou encore lorsque l'instance est interrompue par le décès de l'une des parties ». M. Dehesdin, *De la règle le juge de l'action est juge de l'exception, thèse précit.*, p. 2, « Le mot incident est un terme fort vague qui embrasse une foule de choses »

⁶⁵⁴ Dans l'ancien droit, l'incident était présenté comme une question soulevée à l'occasion de l'examen d'une cause principale. A ce propos, Claude-Joseph Ferrière a précisé que « l'incident est une contestation survenue entre les parties pendant la poursuite de la cause principale ». V. J.-C. Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique contenant l'explication des termes juridiques, de Droits et Coutumes*, 2 vol., Paris : V. Brunet, 1758, 720 pp., V. incident., V. dans ce sens J. B. Denisart, *Procureur au Châtelet de Paris, Collections de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7^e éd., Paris, 1771, sur la notion d'incident : « 1. c'est ainsi qu'on nomme au palais une contestation qui arrive à l'occasion d'une autre. Souvent les incidents se décident avant la cause ou le procès principal ; 2. Quelquefois on nomme incident, une portion de la contestation principale qui s'instruit et se juge distinctement. »

Les deux sens du mot retenus par le lexique des termes juridiques publié sous la direction de MM. Guinchard et Debard, renvoient également à une question incidente donc présentée au cours d'un procès déjà né. S. Guinchard et Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^e éd. 2007, V^o Incident Ainsi au sens strict, les incidents se présentent comme des « questions soulevées au cours d'une instance déjà ouverte et qui ont pour effet de suspendre ou d'arrêter la marche de l'instance ». Dans ce sens il peut être cité les questions relatives à la compétence, à la régularité de la procédure et les exceptions dilatoires. Au sens large, les incidents comprennent « les demandes qui, interviennent en cours d'instance, visent à modifier la physionomie de la demande, c'est-à-dire les demandes incidentes introduisant des demandes nouvelles entre les mêmes parties ou appelant en cause des personnes jusque-là étrangères au procès ». Le lexique des termes juridique n'a pas retenu comme incident les effets attachés à de telles demandes. Une idée émerge du lexique des termes juridiques, l'incident est une question née dans une instance déjà ouverte. Le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu retient également ce sens. Il distingue cependant entre *incident de fond* et *incident de procédure*. **Les premiers sont** des « demandes incidentes qui, reliés au principal, modifient le fond du procès entre parties originaires ». Les seconds constituent plutôt des « contestations distinctes du principal dont l'objet particulier très divers peut être de critiquer la validité d'un acte de procédure (incident de nullité) ou la saisine du juge (incident d'incompétence, de récusation, etc.) ou la valeur d'une preuve (incident de faux, vérification d'écriture), etc ».

Les rédacteurs du Code de procédure civile utilisent le qualificatif « incident » pour désigner les demandes qui interviennent à la suite de la demande initiale. Les demandes incidentes sont ainsi organisées au chapitre 2 du titre IV intitulé la demande en justice inscrit au livre premier : dispositions communes à toutes les juridictions.

⁶⁵⁵ La polysémie de la notion d'incident renvoie aussi au résultat d'une contestation incidente. Dans ce sens, l'incident apparaît comme un événement ou une perturbation survenu à l'occasion d'un procès. Le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu retient également ce sens. Dans ce sens, l'incident est également présenté comme le résultat d'une contestation incidente. Le vocabulaire retient ainsi que l'incident comme « tout ce qui survient au cours d'un procès (*quidquid incidit in litem*) et peut avoir une incidence sur ce procès (y compris la majorité ou le décès d'une partie) ». Dans ce sens on y retrouve les incidents d'instance présentés comme un « ensemble de faits et actes qui affectent le cours de l'instance : jonction et disjonction d'instance, interruption, suspension, extinction de l'instance, (...) sursis à statuer radiation, péremption d'instance, désistement d'instance, acquiescement ». P. Julien et N. Fricéro, *Procédure civile*, 4^e éd., LGDJ,

l'assimilent à un incident alors que pour d'autres, les deux notions sont distinctes. On exposera d'abord ces deux thèses en présence (1), avant de repousser la thèse de l'assimilation (2).

1- Les thèses en présence

216. Il faut exposer la thèse des auteurs qui assimilent l'exception de procédure à un incident (a) avant celle de ceux pour qui les deux notions sont distinctes (b).

a- La thèse de l'assimilation : l'exception de procédure est un incident

217. L'immense majorité de la doctrine, non sans raison, assimile les exceptions de procédure à des incidents⁶⁵⁶. L'exercice ici n'est pas de se prononcer sur le bien fondé de cette pratique mais seulement d'exposer les propos d'auteurs qui corroborent cet usage.

218. Comme on s'apprête à le voir, plusieurs propos d'auteurs illustrent la confusion qu'ils entretiennent au sujet des deux notions. Dans ce sens, M. Jeuland présente l'exception de procédure comme un obstacle temporaire à l'instance ayant un sens voisin du terme d'incident de procédure⁶⁵⁷. Même si aux dires de l'auteur, ce dernier apparaît plus large car

n°552 : « *Le Code de procédure civile ne définit pas la notion d'incident : on peut considérer qu'il s'agit de tout événement qui perturbe le déroulement de l'instance, en soulevant une question de pure procédure. Les incidents de procédure sont nombreux ; ils sont prévus essentiellement par le titre 11 du Code intitulé « les incidents d'instance », mais d'autres dispositions les concernent notamment en matière d'administration judiciaire de la preuve, de récusation, qui affectent le déroulement de l'instance sans être qualifiés d'incidents d'instance par le CPC.... Les incidents sont tranchés, en principe, par la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'ils affectent (art. 50) ».*

⁶⁵⁶ S. Pillet, *Les incidents de procédure d'après la jurisprudence du parlement (XIII et XIV siècles)*, thèse, Paris, 2005 : l'auteur aborde les exceptions de procédure sous le titre de sa thèse, les incidents de procédure. V. dans ce sens Ch. Lefort, *Procédure civile*, 4^e éd., D. 2011 n°187 : l'auteur précise au sujet des incidents de compétence que « *les rédacteurs du code de procédure civile ont prévu deux types dont ils organisent le règlement. L'un a trait aux exceptions d'incompétence, lesquelles font l'objet d'un traitement minutieux puisque le code leur consacre pas moins de 24 articles (...), l'autre concerne une autre catégorie d'exceptions de procédure, il s'agit des exceptions de litispendance et de connexité ...* »; V. P. Julien et N. Fricero, *Procédure civile*, 4^e éd., par N. Fricero, LGDJ, 2008. N°202 et 644 : ces auteurs envisagent les exceptions dilatoires et les exceptions déclinatoires comme des incidents relatifs à la vie propre du lien juridique d'instance.

⁶⁵⁷ E. Jeuland, *Droit processuel général*, op. cit., n°430 : « *on peut se demander si les deux notions n'ont pas tendance à se recouvrir* ».

incluant toute question de procédure⁶⁵⁸. Il soulignera à ce propos que le sursis à statuer est envisagé par le Code de procédure civile à la fois comme une exception de procédure et comme un incident d'instance⁶⁵⁹. Beaucoup plus concrètement, Gérard Cornu et Jean Foyer assimilent les exceptions de procédure à des incidents comme en attestent leurs propos : « *alors que les autres incidents sont recevables en tout état de cause, les exceptions sont en principe préliminaires, et la loi soumet de surcroît leur proposition à la règle de simultanéité* »⁶⁶⁰. Et eux d'ajouter que « *certaines questions incidentes sont rangées, par la loi, dans la catégorie des exceptions (a. 73-121). Bien qu'elles ouvrent un véritable procès relativement à leur objet, elles sont traitées au regard du principal, comme des espèces de défenses à la demande principale. Ce sont : les déclinatoires pour incompétence, litispendance ou connexité (a. 75 – 107), les exceptions de nullité (a. 112 – 121), les exceptions dilatoires de l'héritier, de la femme, du garant (a. 108-111).* »⁶⁶¹. Ainsi, pour ces auteurs, les exceptions de procédure appartiennent à la catégorie des incidents. Même constat chez Roger Perrot pour qui, l'exception de procédure est aussi un incident⁶⁶². Il précisera que : « *de toute évidence, l'exception de péremption constitue un incident de l'instance ...* »⁶⁶³. Et c'est sous le titre très évocateur : « *les incidents de procédure d'après la jurisprudence du parlement (XIII –XIX^e siècles)* »⁶⁶⁴, que M. Pillet a traité des exceptions de procédure dans son œuvre. Pour l'auteur, dans la catégorie des incidents de procédure, il y a « *d'une part, les incidents de procédure exclusivement liés à l'introduction de l'instance (...), et*

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ « *Le sursis à statuer* » est un incident distinct de la « *demande de sursis à statuer* » qui est une exception de procédure. V. *infra* n°222

⁶⁶⁰ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°166, p. 663, dans le même sens des propos des mêmes auteurs G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°165, p. 661 : « *certaines questions incidentes sont rangées, par la loi, dans la catégorie des exceptions (a. 73-121). Bien qu'elles ouvrent un véritable procès relativement à leur objet, elles sont traitées au regard du principal, comme des espèces de défenses à la demande principale. Ce sont : les déclinatoires pour incompétence, litispendance ou connexité (a. 75 – 107), les exceptions de nullité (a. 112 – 121), les exceptions dilatoires de l'héritier, de la femme du garanti (a. 108-111).* »

⁶⁶¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°165, p. 661

⁶⁶² R. Perrot, note sous cass. 1^{re} civ. 18 fév. 2003, *Procédures 2003*, n°84, l'auteur affirme que « *l'exception de péremption est un incident de l'instance* ». Les observations de l'auteur contrastent avec sa conception de l'incident V. dans ce sens H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1991, t. III, n°1013 et 1014 : « *le mot « incident » ne doit pas être pris dans le sens d'une difficulté nécessairement contentieuse. Et s'il est vrai que certains incidents peuvent donner lieu à contestation, beaucoup ne soulèvent aucune difficulté majeure. En réalité, le mot doit être entendu dans son sens étymologique, comme étant un événement qui survient accessoirement, « de façon incidente », à l'occasion d'un procès déjà engagé* ».

⁶⁶³ R. Perrot, note sous Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 2003, *Jurisdata*, n°2003-17793, *Procédures 2003*, 84.

⁶⁶⁴ S. Pillet, *Les incidents de procédure d'après la jurisprudence du parlement (XIII et XIV siècles)*, thèse, Paris, 2005 : l'auteur aborde les exceptions de procédure sous le titre de sa thèse, les incidents de procédure.

d'autre part, ceux qui forment la catégorie des exceptions de procédure (...). »⁶⁶⁵. Mais la confusion procède d'une vieille tradition ainsi, dans l'encyclopédie de Diderot et d'Alembert : « *les incidens ou demandes incidentes sont de deux sortes les renvois & déclinatoires : les exceptions dilatoires, les communications de pièces, & les autres sont des accessoires de la demande principale, & se jugent en même tems.* »⁶⁶⁶.

219. Cette conception vise à considérer comme incident toute question présentée au juge dans une instance déjà née. C'est d'ailleurs le sens retenu par le lexique des termes juridiques publié sous la direction de MM. Guinchard et Debard : « *questions soulevées au cours d'une instance déjà ouverte et qui ont pour effet de suspendre ou d'arrêter la marche de l'instance...* »⁶⁶⁷. La « question incidente » désigne également les demandes incidentes qui intervenant en cours d'instance visent à modifier la physionomie de la demande initiale⁶⁶⁸.

b- La thèse de la distinction : l'exception de procédure n'est pas un incident

220. Pour d'autres auteurs en revanche, l'exception de procédure est distincte de l'incident. Mme Rolland est l'un des rares auteurs à défendre cette position. Ainsi, pour l'auteur, « *les exceptions de procédure peuvent avoir pour effet de provoquer un incident d'instance* ». ⁶⁶⁹ Dans le même sens, elle souligne que : les « *incidents d'instance peuvent être considérés comme le résultat d'un moyen de défense (et plus spécialement d'une exception*

⁶⁶⁵ S. Pillet, *Les incidents de procédure d'après la jurisprudence du parlement (XIII et XIV siècles), thèse préc.*, n°50 : Dans l'historique de l'incident présenté par cet auteur, la notion d'exception n'est pas si éloignée de celle d'incident qui y apparaît tantôt comme une contestation incidente tantôt comme tout événement qui perturbe la marche normale de l'instance. L'auteur relève qu'au cours du moyen âge « de nombreux événements sont susceptibles de perturber ce bon déroulement du procès, sans pour autant que leur survenance soit systématique. Il s'agit de tout ce qui vient dévier, retarder, voire même arrêter la progression normale de l'instance. Pour les désigner, le latin classique emploie deux termes formés à partir des verbes *emergere* et *incidere*. Le premier renvoie à « s'élever », « apparaître » ou encore « naître » en français. Le second peut être traduit soit par « tomber dans ou sur » (s'il dérive de *in cadeo*), ou bien par « couper, interrompre » (s'il vient de *in cadeo*). Le participe présent de ces verbes *emergens* ou *incidens* désigne alors tout ce qui survient de façon imprévue. Au moyen âge ces termes ont acquis une signification juridique précise, le travail des romanistes y a à l'évidence contribué. C'est, en effet, dans cette acception stricte que les deux termes sont employés ». Pour une distinction entre exception de procédure et incident V. aussi C. Bonnard, *De la classification des exceptions de procédure en droit vaudois, thèse précit.* n°193 s.

⁶⁶⁶ Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, V. Incident (Jurisprud.).

⁶⁶⁷ S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, V° Incident.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ B. Rolland, *Procédure civile*, Studyrama, 3^e éd., 2013, p 292.

de procédure) invoqué par l'une des parties. »⁶⁷⁰. Ainsi comme cela se déduit clairement des propos de l'auteur, l'exception de procédure n'est pas un incident. Ce dernier n'est que le résultat auquel peut conduire une exception de procédure. Cette distinction semble aussi se déduire des propos de Jacques Héron et M. Le Bars plus particulièrement au sujet de l'incompétence qui est un incident. Ce sens se déduit aisément des propos de ces auteurs : « le plus souvent, l'incident naît de l'initiative d'une partie qui soulève l'incompétence du juge saisi au moyen d'une exception de procédure, à laquelle la pratique a donné le nom de *déclinatoire* »⁶⁷¹. Leur position n'est pas très affirmée⁶⁷². Pour MM. Cadiet et Jeuland, les incidents seraient également distincts des exceptions de procédure. Ils l'affirment précisément au sujet des incidents de compétence, de litispendance et connexité : « dans chacune de ces hypothèses, un moyen de défense peut être invoqué pour justifier le dessaisissement du juge saisi. Ce moyen de défense prend la forme d'une exception de procédure : exception d'incompétence, exception de litispendance et exception de connexité »⁶⁷³. La position de ces auteurs aussi n'est pas très affirmée. C'est à Mme Rolland que revient le mérite d'avoir clairement établi une distinction entre les deux notions.

2- Le rejet de la thèse de l'assimilation

221. La thèse de l'assimilation de l'exception de procédure à un incident ne peut être admise : l'exception de procédure n'est pas un incident. Le risque de confusion est cependant très grand. L'exception de procédure et l'incident présentent de fortes ressemblances en raison de leur effet perturbateur sur le cours de l'instance. La première soumet au juge une *prétention procédurale incidente*⁶⁷⁴, la seconde est un événement pouvant affecter le déroulement normal de l'instance, même si comme il a été déjà exposé, certains auteurs désignent sous ce nom toute contestation soulevée au cours d'une instance

⁶⁷⁰ B. Rolland, *Procédure civile*, op. cit., p. 310.

⁶⁷¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 1024.

⁶⁷² Dans d'autres passages de leur ouvrage, ils assimilent les exceptions de procédure à des incidents. A ce propos, ils précisent par exemple que : « lorsqu'une partie prétend qu'un acte de procédure est entaché d'une cause de nullité, elle soulève un incident ». V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 949.

⁶⁷³ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 274.

⁶⁷⁴ V. *supra* n° 136 & 189.

déjà née⁶⁷⁵. Ce n'est pourtant que sous ce rapport que, l'exception de procédure peut être assimilée à un incident, en cela qu'elle élève aussi une prétention au cours d'une instance déjà ouverte, une prétention procédurale incidente.

222. Pour éviter toute confusion, il serait préférable de distinguer les incidents des questions incidentes. A ce propos, on doit distinguer la prétention procédurale incidente soumise au moyen de l'exception de procédure de l'incident qu'elle tend à provoquer. Dans ce sens, on ne doit pas confondre la « *demande de sursis à statuer* » qui est une exception de procédure et le « *sursis à statuer* » qui en est l'effet recherché c'est-à-dire l'incident⁶⁷⁶. La question se pose en termes d'antériorité entre l'exception de procédure et l'incident. L'exception de procédure préexiste-t-elle à l'incident ? On pense que non. Avant que le juge n'ordonne ou ne constate l'incident, on ne peut que supposer celui-ci. Dans tous les cas, c'est la décision du juge qui constatera l'incident. C'est donc l'exception de procédure qui entraîne l'incident. Dans ce sens, on peut s'interroger sur le point de savoir ce qui représente l'incident entre une « *exception de péremption* » et une « *péremption* ». Il apparaît évident que seule la seconde représente un incident et que la première est une exception de procédure. C'est donc contestable d'admettre comme Roger Perrot que « *l'exception de péremption est un incident* »⁶⁷⁷. C'est la péremption qui est un incident, plus particulièrement un incident d'instance. C'est d'ailleurs sous ce titre qu'il figure dans Code de procédure civile⁶⁷⁸. Comme on peut l'observer, lorsqu'une exception de péremption est soulevée ou encore une demande de sursis à statuer, l'examen de ces prétentions incidentes provoque un débat incident qui se greffe à l'examen des autres prétentions⁶⁷⁹. Cet examen retardera celui de la question de fond dont le juge avait été déjà saisi. Dans ce débat, il peut y avoir, comme c'est souvent le cas mais pas toujours, une inversion des rôles⁶⁸⁰, le demandeur à l'action pourrait devenir le défendeur à la demande de sursis à statuer ou à la

⁶⁷⁵ Cette acception inclut les demandes incidentes dans la catégorie des incidents.

⁶⁷⁶ V. Certains auteurs qui présentent le sursis à statuer à la fois comme une exception de procédure et comme un incident. V. dans ce sens. E. Jeuland, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n°430 ; D. Cholet, « Le sursis à statuer », *art. préc.*, n°7.

⁶⁷⁷ R. Perrot, note sous cass. 1^{re} civ. 18 fév. 2003, *Procédures 2003*, n°84 : « *De toute évidence, l'exception de péremption constitue un incident de l'instance, et dès lors seul le juge des référés devant lequel a été portée l'instance prétendument éteinte avait le pouvoir de dire si elle était ou non périmée* ».

⁶⁷⁸ CPC art. 386 et s. La notion est traitée parmi les incidents d'instance.

⁶⁷⁹ V. *supra* n°180 s.

⁶⁸⁰ Il a été déjà soutenu que l'exception de procédure n'est pas exclusivement réservée au défendeur V. *supra* n° 90 s.

demande de péremption. Ce débat affectera le cours de l'instance en raison du temps lié à l'examen de la prétention incidente soumise au juge au moyen de la demande de sursis à statuer ou de la demande de péremption. Cette définition d'Henry Solus et Roger Perrot illustre parfaitement le sens qu'il convient de réserver à l'incident : « *le mot doit être entendu dans son sens étymologique, comme étant un événement qui survient accessoirement, « de façon incidente », à l'occasion d'un procès déjà engagé* »⁶⁸¹. Peut-on envisager une demande comme un événement de l'instance ?

223. Le sursis à statuer, lorsqu'il est prononcé, ou la péremption lorsqu'elle est constatée affecteront davantage l'instance en raison de la suspension ou de l'extinction qu'ils ont pour effet de provoquer sur le cours de l'instance. La prétention incidente introduite dans le procès au moyen de l'exception de procédure n'est pas un incident. Pour que la notion d'incident soit davantage clarifiée, il faut donc repousser la thèse qui consiste à voir dans une demande incidente un incident⁶⁸². Sous ce rapport donc, on peut observer que la « *demande de péremption* » n'est pas « *la péremption* », « *la demande de sursis à statuer* » ainsi qu'il a été déjà évoqué n'est pas « *le sursis à statuer* », « *la demande de nullité* » d'un acte de procédure n'est pas « *la nullité* », « *la demande d'incompétence* » n'est pas « *l'incompétence* » pour ne s'en tenir qu'à ces exemples. Les premières constituent des exceptions de procédure et les seconds des incidents. Ainsi, on peut soulever une exception d'incompétence sans que l'incompétence qui en est l'incident ne soit prononcée, tout comme on peut soulever l'exception de péremption sans que la péremption ne soit constatée. L'exception de connexité et l'exception de litispendance peuvent être soulevées et après examen de ces demandes le juge constatera qu'il n'y a lieu ni à connexité, ni à litispendance.

224. Admettre que l'exception de procédure est un incident entraînera une confusion qu'il vaudrait mieux éviter pour la clarté du langage judiciaire. Il faut distinguer l'incident des prétentions incidentes adressées à un juge. Or toute prétention procédurale même relative à la marche d'un procès formulée devant un juge déjà saisi ne constitue pas une exception de procédure. C'est à l'incident, que renvoie l'article 50 du Code de procédure civile aux

⁶⁸¹ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1013

⁶⁸² S. Guinchard et Th. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques, op. cit. V° Incident. La définition de l'incident proposée par ces auteurs inclut les demandes incidentes.*

termes duquel « *les incidents d'instance sont tranchés par la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'ils affectent* ». A supposer que la prétention incidente est un incident, cela ne poserait aucun problème de compétence, car tout juge devant lequel une telle question est formée doit pouvoir y statuer en raison de l'adage « *le juge de l'action est juge de l'exception* ». Ainsi, lorsque la péremption d'une instance ouverte devant le tribunal est sollicitée devant le juge des référés, ce dernier doit pouvoir y répondre. La jurisprudence n'est pas en ce sens⁶⁸³. Lorsque, l'article 50 du Code de procédure civile fait référence à « *l'incident* » ce n'est point à toutes les prétentions procédurales incidentes qu'il renvoie. On regrettera, cependant la rédaction de l'article 50 lequel pourrait être reformulé lors d'une prochaine relecture du Code de procédure civile en ces termes : « *les incidents d'instance sont constatés par la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'ils affectent* ».

225. Toutes les prétentions procédurales même relatives à la marche d'une procédure ne fondent pas une exception de procédure. La qualification d'exception de procédure ne devrait être retenue que si la prétention procédurale qui en résulte a pour objet un incident de procédure. Il faut peut être y voir le lien de connexité auquel la recevabilité, des demandes incidentes est subordonnée. C'est ce point qu'il faut à présent examiner.

B- L'incident de procédure comme objet de l'exception de procédure

226. Après avoir clairement indiqué que l'exception de procédure n'est pas un incident, il faut préciser formellement que le second n'est que la conséquence de la première : l'exception de procédure a pour objet un incident, plus particulièrement un incident de procédure. Mais parce que les incidents sont trop variés il importe de clarifier la notion afin d'isoler ceux qui méritent spécifiquement la qualification d'incidents de procédure. Cette clarification passe par une délimitation des incidents de procédure (1). On observera ensuite, que toute prétention procédurale même relative à la marche de la procédure ne peut suffire à caractériser une exception de procédure. Cette qualification ne peut en effet

⁶⁸³ R. Perrot, note sous cass. 1^{re} civ. 18 fév. 2003, *Procédures 2003*, n°84 : « *Seul le juge des référés devant lequel a été portée l'instance prétendument éteinte avait le pouvoir de dire si elle était ou non périmée* ».

être retenue que si l'incident de procédure qu'elle tend à provoquer est susceptible d'affecter l'instance au cours de laquelle l'exception de procédure a été soulevée (2).

1- Une délimitation des incidents de procédure

227. Le contenu que Gérard Cornu et Jean Foyer donnent à la catégorie des incidents de procédure mérite sous une réserve d'être approuvé⁶⁸⁴.

228. D'abord la réserve, ces auteurs classent parmi les incidents de procédure, les incidents relatifs à la preuve, ceci apparaît discutable car ces causes n'affectent pas directement la procédure. Les incidents relatifs à la preuve se rapportent au fond du droit et à ce titre ne méritent pas le qualificatif d'incidents de procédure⁶⁸⁵. C'est donc sous cette réserve qu'on s'approprie le classement proposé par ces auteurs. Ils proposent en effet, d'inclure dans la catégorie des incidents de procédure : ceux qui sont relatifs à l'instance ainsi que ceux relatifs aux juges et à leurs auxiliaires.

229. Les incidents relatifs à l'instance regroupent les incidents les plus graves constitués des nullités d'actes de procédure et de la péremption de l'instance⁶⁸⁶. Une autre sous-catégorie regroupe les incidents de procédure jugés moins graves dont les effets sur l'instance ne sont pas irréparables mais au contraire limités dans le temps. On peut citer à ce propos le sursis à statuer pour les causes prévues aux articles 108 à 111 du Code de procédure civile⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°165, p. 659 s.

⁶⁸⁵ La doctrine est en ce sens. Des auteurs ont déjà saisi plusieurs occasions offertes par la jurisprudence pour le démontrer. V. J. Héron *note* sous cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1994, *Justices 1995*, p. 243; *Bull. civ. I*, n°14 ; D. 1994, somm. p. 113, obs. F. Granet-Lambrechts ; Jur. p. 449, obs. J. Massip. au sujet de la méthode dites des empreintes génétiques, en matière de contestation de la paternité ; V. aussi D. Cholet « Qualification de l'incident de faux : exception de procédure ou défense au fond ? », *note* sous Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2006, *D. 2007*. 192, spéc. p. 193 ; *D. 2007*. 2431, obs. Fricero.

⁶⁸⁶ H. Croze, Ch. Morel et O. Fradin, *Procédure civile – Manuel pédagogique et pratique*, 4^e éd., Litec. 2008 n°586 : ces auteurs indiquent que « les incidents d'instance ne se confondent pas avec les incidents de procédure dont ils ne constituent qu'une espèce d'ailleurs limitée : il y a incident de procédure toutes les fois qu'un événement vient troubler le déroulement normal du procès et appelle une décision spéciale appelée « jugement sur incident » ».

⁶⁸⁷ Cependant c'est sous le qualificatif d'incident d'instance que le « sursis à statuer » et la « péremption d'instance » ont été abordés dans le Code de procédure civile.

230. On peut également classer dans les incidents de procédure, les incidents relatifs aux juges. Il s'agit de ceux qui sont relatifs à la compétence ou à la désignation du juge. Cette catégorie d'incidents regroupe les différents types de renvoi. Qu'il s'agisse du renvoi pour incompetence, pour cause de connexité ou de litispendance ou le renvoi pour cause de suspicion légitime, de récusation contre plusieurs juges ou pour cause de sûreté publique.

231. Sous ce rapport, peuvent donc être envisagés comme un incident de procédure : l'incompétence, la connexité, la litispendance, la nullité, le sursis à statuer, la péremption, la récusation et la caducité. La demande de sursis à statuer encore appelée exception dilatoire provoquera, si elle prospère, le sursis à statuer. Lorsque le juge fait droit à l'incompétence demandée par l'une des parties, il prononce l'incompétence et ordonne le renvoi de l'affaire. On voit à travers ces exemples, que l'exception de procédure soumet au juge une prétention procédurale dont l'objet est un incident de procédure. Ainsi, a-t-on à un bout de la chaîne l'exception de procédure et à l'autre bout l'incident de procédure.

232. L'exception de procédure a pour objet un incident de procédure susceptible d'affecter l'instance au cours de laquelle, elle est soulevée, dans ce sens toute prétention procédurale même relative à la marche d'une procédure adressée à un juge ne constitue pas une exception de procédure, c'est ce qu'il faut à présent examiner.

2- Un incident affectant l'instance au cours de laquelle l'exception est présentée

233. Il a été précédemment démontré que l'exception de procédure n'est pas un incident et qu'elle soumet plutôt au juge qui en est saisi une prétention procédurale ayant pour objet un incident de procédure. Seulement, la seule prétention procédurale visant à provoquer un incident de procédure, n'est pas suffisante, pour caractériser l'exception de procédure. Encore faut-il, que l'incident de procédure objet de la prétention procédurale soit susceptible d'affecter l'instance au cours de laquelle l'exception de procédure a été soulevée. On peut en déduire que toute prétention procédurale relative à la marche de la procédure adressée à un juge ne suffit pas à caractériser une exception de procédure. Une espèce illustre à suffisance cette affirmation.

234. Ainsi, dans une affaire⁶⁸⁸, où la recevabilité d'une demande devant le juge du fond dépendait du point de savoir si l'instance préalablement ouverte devant le juge des référés était ou non périmée, une partie a soulevé incidemment devant le premier, la péremption de l'instance ouverte en référé. Dans cette affaire, deux instances ont été ouvertes, l'une devant le juge des référés et l'autre devant le juge du fond. Une partie sollicite devant ce dernier la péremption de l'instance en référé. La question se pose de savoir si l'attitude processuelle de cette partie est constitutive d'une exception de procédure, précisément une exception de péremption. On peut essayer d'abord de caractériser la prétention ainsi soumise au juge du fond. Cette prétention au regard de son objet est une prétention procédurale relative à la marche d'une procédure notamment celle se déroulant devant le juge des référés et dont l'une des parties en réclame l'extinction. Cette prétention est donc une prétention procédurale car la péremption affecte la marche de la procédure à laquelle le juge mettra fin sans que le droit d'agir ne soit en principe affecté⁶⁸⁹. La question vise également à provoquer un incident de procédure à savoir la péremption de l'instance en référé. Mais s'agit-il d'une exception de procédure ?

235. La question ne manque pas d'intérêt. En l'espèce, le demandeur au soutien de sa demande, allègue « *qu'aucun texte ne subordonne la recevabilité de l'exception de péremption (...) à la constatation préalable de cette péremption par la seule juridiction concernée par cette péremption* »⁶⁹⁰. La cour d'appel de Versailles devant laquelle la cause a été déférée et à sa suite la Cour de cassation, n'ont pas expressément dénié la qualification d'exception de procédure à la prétention procédurale soumise à la cour d'appel⁶⁹¹. Sans doute parce que cela ne présentait aucun intérêt pratique. La technique utilisée a consisté à rechercher si l'incident objet de la prétention procédurale tend à affecter l'instance au cours de laquelle elle a été soulevée⁶⁹². C'est à bon droit, qu'évoquant l'article 50 du Code de procédure civile, la Cour a rappelé que « *les incidents d'instance sont tranchés par la*

⁶⁸⁸ Cass. 1^{re} civ, 18 fév. 2003, Cie La Mondiale : *Jurisdata*, n°2003-017793 (rejet pourvoi c/ CA Versailles, 9 déc. 1998. *Procédures* 2003, n° 84, obs. R. Perrot.

⁶⁸⁹ Il en irait autrement si la péremption était obtenue en appel.

⁶⁹⁰ *Arrêt précité*.

⁶⁹¹ Il faut peut-être le rappeler, le moyen visant à faire constater la péremption d'une instance est une exception de procédure. V. *infra* n°256 s, n°300 s, n°381 s.

⁶⁹² En témoignent les propos de Roger Perrot : « Cet arrêt fait application d'un texte dont on entend rarement parler : il s'agit de l'article 50 du Nouveau Code de procédure civile ». V. R. Perrot, *note* sous cass. 1^{re} civ. 18 fév. 2003, *Procédures* 2003, n°84.

juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'il affecte »⁶⁹³. La solution de la Cour de cassation appelle deux observations : d'une part, la prétention procédurale adressée au juge du fond tendant à voir prononcer la péremption de l'instance en référé n'est pas portée par une exception de procédure. Sa nature procédurale est cependant incontestable en ce qu'elle tend à faire déclarer la procédure éteinte. L'exception de procédure devrait être soulevée devant le juge en charge de l'instance que l'incident (péremption) affecte ou est susceptible d'affecter en occurrence le juge des référés. D'autre part, l'incident auquel se réfère l'article 50 n'est pas l'exception de péremption comme l'a conclu Roger Perrot, mais la péremption de l'instance⁶⁹⁴.

236. Suivant donc l'analyse, cette prétention n'a rien à voir avec une exception de procédure, parce que l'incident qu'elle tend à provoquer n'est pas susceptible d'affecter l'instance au fond au cours de laquelle elle a été pourtant présentée.

237. On précisera enfin, que lorsque plusieurs instances sont ouvertes dans un même procès⁶⁹⁵, la prétention procédurale caractéristique de l'exception de procédure ne peut être présentée qu'au cours de l'instance qu'elle tend à affecter. Ainsi, la demande de renvoi ne peut être adressée qu'au juge à qui l'on réclame son dessaisissement. La demande de nullité d'un acte d'assignation ne peut être adressée qu'au juge devant lequel se déroule l'instance dont l'existence est querellée.

⁶⁹³ On a suggéré une nouvelle rédaction de cette disposition en ces termes : « *les incidents d'instance sont tranchés par la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'il affecte* ». V. *supra* n°224

⁶⁹⁴ R. Perrot, note sous cass. 1^{re} civ. 18 fév. 2003, *Procédures 2003*, n°84. : « *Dans cas d'espèce, pour invoquer l'irrecevabilité de la demande de son adversaire, un défendeur faisait état de ce qu'une instance en référé concernant le même litige entre les mêmes parties avait été frappée de péremption, et que de ce fait la citation en référé se trouvait dépourvue de tout effet interruptif de prescription. La jurisprudence saisie de la demande au fond avait-elle compétence pour déclarer périmée l'instance en référé ? La règle selon laquelle " le juge de l'action est juge de l'exception" pouvait conduire à le penser : dans la mesure où la recevabilité de la demande au fond dépendant du point de savoir si l'instance en référé était ou non périmée, on pouvait être enclin à en déduire qu'il lui appartenait de se prononcer sur l'exception de péremption. C'était oublier la disposition de l'article 50 du Nouveau Code de procédure civile, ce texte si discret qu'il passe à peu près inaperçu dans les recueils de jurisprudence. De toute évidence, **l'exception de péremption constitue un incident de l'instance**, et dès lors seul le juge des référés devant lequel a été portée l'instance prétendument éteinte avait le pouvoir de dire si elle était ou non périmée. » V. pour un complément la distinction entre exception de procédure et incident. V. *supra* n° 221 s.*

⁶⁹⁵ On pense aux hypothèses de connexité et de litispendance.

238. Cette espèce offre aussi l'occasion d'une précision terminologique⁶⁹⁶. Le mot « *incident* » dans l'arrêt de la Cour n'est pas pris au sens de « *prétention procédurale incidente* » mais d'événement susceptible d'affecter l'instance « *la péremption de l'instance* ». Car même soulevée devant le juge du fond, elle constitue une « *prétention procédurale incidente* ». On peut déduire de la décision de la Cour que l'exception de péremption ne peut être soulevée que devant le juge des référés.

239. Après avoir repoussé la qualification d'incident de procédure souvent à tort attribuée aux exceptions de procédure, il faut maintenant préciser la catégorie à laquelle appartiennent celles-ci.

§2.- L'exception de procédure assimilée à une demande incidente

240. L'exception de procédure n'est pas un incident, elle n'est non plus à proprement parler un moyen de défense. Il a été soutenu jusque là qu'elle constitue une demande. On indiquera à présent qu'elle constitue une demande incidente. Cette dernière est définie par le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu comme une demande formée dans un procès déjà né. On verra à ce propos que, l'exception de procédure ne peut être présentée que dans un procès déjà né. A ce titre, elle ne peut être présentée que par voie incidente devant un juge déjà saisi. Cette affirmation a une double conséquence. Elle exclut du champ de l'exception de procédure les hypothèses où une prétention procédurale relative à la marche d'une procédure saisit à titre d'action une juridiction. Ces cas n'ont rien à voir avec l'exception de procédure. On peut citer, à titre d'exemple, l'action déclaratoire en incompétence. Elle exclut aussi, les cas où la prétention procédurale même incidente est adressée à un organe autre que celui saisi de la prétention principale. Ce cas se rapporte à la demande de renvoi fondée sur l'article 47 du Code de procédure civile.

241. On essaiera de démontrer que l'exception de procédure est une demande incidente parce qu'elle ne peut être soulevée qu'à titre incident (A), devant donc un juge déjà saisi d'une prétention principale (B).

⁶⁹⁶ V. *Supra* n°221.

A- Une prétention procédurale soulevée par voie incidente

242. La prétention procédurale soumise au juge au moyen de l'exception de procédure ne peut être présentée que dans le cadre d'une instance déjà ouverte. Ainsi, l'exception de procédure ne peut saisir le juge à titre principal (1). On verra également à ce propos que tous les moyens tirés de la péremption de l'instance présentent ne serait ce que sur cet aspect, le critère de l'exception de procédure. Il faut donc les inclure dans le champ de l'exception de procédure (2).

1- L'exception de procédure ne peut saisir le juge à titre principal

243. L'exception de procédure ne peut être soumise au juge que par voie incidente, celle-ci présupposant une action⁶⁹⁷. Ceci suppose donc un procès déjà né au cours duquel l'exception de procédure sera présentée. La prétention procédurale que porte l'exception de procédure ne peut être soumise au juge à titre principal. L'instance doit préexister à l'exception de procédure. Elle ne peut introduire une instance. Cependant, les hypothèses dans lesquelles une prétention procédurale relative à la marche de la procédure est adressée à titre principal à un juge ne relèvent pas des hypothèses d'école. Ces cas, qui, n'ont rien à voir avec l'exception de procédure se présentent, comme on s'apprête à le voir, tant en droit interne (a) que dans le règlement de litiges internationaux (b).

a- Exemples tirés du droit interne

244. Il arrive qu'une partie introduise une action, en soumettant au juge une prétention procédurale relative à la marche d'une procédure, invoquant ainsi, un texte qui aurait pu fonder une exception de procédure.

245. Les exemples sont souvent tirés de l'invocation de l'article 110 du Code de procédure civile. Cette disposition fonde, en effet, une demande de sursis à statuer qui est en principe une exception de procédure. Aux termes de cette disposition, « *le juge peut également*

⁶⁹⁷ E. Deroy, *Des exceptions dilatoires, thèse préc.* p. 163 : « *une exception suppose une action* ».

suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision frappée de tierce-opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation ». Le plaideur qui l'invoque entend obtenir un sursis à statuer le temps d'attendre ce qui sera décidé par la juridiction qui connaît de l'un de ces recours⁶⁹⁸. Se trouve-t-on en présence d'une exception de procédure lorsqu'une partie saisit à titre principal un juge aux fins d'obtenir par exemple la suspension d'une autre instance. Les exemples en cette matière ne sont pas rares.

246. Dans un recours, dont a été saisie la cour d'appel de Nîmes, une personne reproche à un juge des référés d'avoir autorisé l'exécution d'un arrêt la condamnant alors qu'il y avait, selon elle une contestation sérieuse, ce qui exclurait la compétence de ce magistrat. L'appelant a allégué devant le juge des référés l'existence d'une contestation sérieuse manifestée par son désir de vouloir saisir à nouveau la cour d'appel, pour invoquer la suspension de l'instance, déjà terminée devant cette formation, sur le fondement de l'article 110 du Code de procédure civile. Un recours en cassation ayant été entre-temps formé. La question s'est alors posée de savoir si une partie pouvait à nouveau saisir à titre principal le juge du fond aux fins d'invoquer la suspension d'une instance déjà terminée. L'instance étant terminée, la prétention procédurale ne sera adressée au juge qu'à titre principal. Se retrouve-t-on dans une telle situation en présence d'une exception de procédure ? En d'autres termes, peut-on retenir qu'il a été soulevé devant le premier président de la cour d'appel une exception de procédure et plus précisément une exception dilatoire ? A cette question, la cour d'appel de Nîmes a répondu que *« l'article 110 nouv. C. pr. civ. ne peut être opposé que par voie incidente et non à titre principal »*⁶⁹⁹. Le juge ne peut être saisi à titre principal par une exception de procédure. Cette solution est de bon sens. Admettre toute autre solution aurait contribué à une dénaturation et à un détournement de l'objet de l'exception de procédure. Jacques Lachaud, commentant cette décision, a précisé que

⁶⁹⁸ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°992 : *« Il s'agit là de la mise en œuvre d'une exception dilatoire, qui permettra d'attendre ce qui sera décidé par la juridiction qui connaît de l'un de ces trois recours »*.

⁶⁹⁹ Nîmes, 23 fév. 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 265, note Lachaud. : *« Le juge du fond n'est plus saisi d'aucune instance, entre les mêmes parties qu'il pourrait suspendre, et que l'article 110 nouv. C. pr. civ. ne peut être opposé que par voie incidente et non à titre principal »*.

l'article 110 ne peut être opposé que par voie incidente et non à titre principal⁷⁰⁰. Cette solution a été réaffirmée dans une autre espèce.

247. Dans autre une affaire, qui se rapproche de celle qui vient d'être évoquée, une partie dont la demande de sursis à statuer, fondée sur l'article 110 du Code de procédure civile, a été rejetée par le tribunal de commerce, a saisi en dernier recours aux mêmes fins le Premier Président de la cour d'appel de Paris. Dans cette affaire, il avait été rendu entre les mêmes parties un jugement correctionnel qui, confirmé en appel, avait été frappé d'un pourvoi en cassation. Le demandeur au sursis à statuer voulait donc que le tribunal de commerce sursoit à statuer en attendant que la Cour de cassation se prononce dans l'affaire pénale, telle n'a pas été l'attitude de la haute juridiction. C'est en voulant échapper à l'exécution de la décision rendue par le tribunal de commerce que le premier président a été saisi à titre principal sur le fondement de l'article 110 du Code de procédure civile pour ordonner la suspension d'une instance déjà achevée et suspendre subsidiairement les effets du jugement rendu par le tribunal de commerce. En réponse à cette demande, l'ordonnance du premier président précise que « *l'exception dilatoire prévue par l'article 110 du N.C.P.C ne peut être soulevée que devant le juge du fond, et qu'il n'appartient pas au premier président statuant en matière de référé d'ordonner en application de ce texte, la suspension de l'instance.* »⁷⁰¹.

248. Dans les deux exemples cités, qu'il s'agisse de la cour d'appel de Nîmes ou du Premier Président de la cour d'appel de Paris, les prétentions procédurales, dont ils ont été saisis, sont relatives, à la marche d'une procédure, mais ne constituent pas des exceptions de procédure⁷⁰². Il s'agit, en effet, de simples actions dont les juges saisis sont appelés à en apprécier le bien-fondé.

249. D'autres exemples en matière de règlement de litiges internationaux illustrent bien les hypothèses où une prétention procédurale est soumise à titre principal à un juge. Ce sont ces cas qu'il faut à présent examiner.

⁷⁰⁰ J. Lachaud, *note* sous Nîmes, 23 fév. 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 265, spéc. p. 266.

⁷⁰¹ CA Paris, 22 oct. 1987, *Bull. avoués* 1987. 4. 195.

⁷⁰² Les deux espèces évoquées soulèvent une autre question, celle de savoir si un juge des référés peut ordonner un sursis à statuer sur le fondement de l'article 110 du Code de procédure civile. Cette question n'a rien à voir avec la qualification de l'exception de procédure. Elle se rapporte à l'appréciation de son bien-fondé.

b- Exemples tirés du règlement de litiges internationaux

250. Traditionnellement, l'incompétence d'une juridiction ne peut être invoquée qu'au moyen d'une exception de procédure, plus particulièrement une exception d'incompétence. Dans les espèces qu'on s'apprête à évoquer, il a pourtant été demandé à titre principal à une juridiction de se déclarer incompétente. La question se pose de savoir s'il s'agit dans ces exemples d'une exception de procédure et plus particulièrement d'une exception d'incompétence. Ces cas se rapportent à l'indemnisation de victimes d'accidents d'avions. Deux cas seront successivement évoqués.

251. Le premier est relatif à l'affaire *Flash Airlines* du nom d'une compagnie aérienne de transport aérien de nationalité américaine. Un avion appartenant à cette compagnie a subi un accident en Egypte alors qu'il transportait des français à destination de Paris. Comme c'est souvent le cas dans ce type d'accident, une action en indemnisation des victimes a été introduite en Californie pour obtenir des dommages-intérêts, traditionnellement plus élevés aux Etats-Unis qu'en France. Le juge américain s'est reconnu compétent mais a estimé qu'il n'était pas le for le plus commode, ce que serait le juge français car toutes les victimes sont françaises et le vol était à destination de la France. Les victimes ayant compris que le succès de leur action en indemnisation aux Etats-Unis dépendait de la déclaration d'incompétence du juge français, ont alors saisi ce dernier à titre principal à cette fin. Les proches des victimes demandent au juge français de déclarer ne pas être lié par ce litige. Il s'agit là d'une situation étrange qui amène M. Jeuland à relever « *un problème procédural de l'existence d'une action déclaratoire en incompétence* »⁷⁰³ car ajoute-t-il, « *selon le Code de procédure civile l'incompétence est une exception et non une action (article 75)*».

252. La préoccupation, la plus évidente pour cette étude, est de savoir si l'attitude procédurale des victimes peut être qualifiée d'une exception de procédure, précisément une exception d'incompétence. En d'autres termes, les victimes ont-elles soulevé devant le juge français une exception d'incompétence ? La négative paraît la réponse la plus prudente. Dans l'espèce, il s'agit non pas d'une exception d'incompétence mais d'une action

⁷⁰³ E. Jeuland, « Les internationalistes et les processualistes ont-ils une vision commune de la notion même de coordination des justices étatiques ? Etude de canardologie » in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, p. 11, spéc. p. 16

déclaratoire en incompetence. L'exception de procédure ne peut être soulevée à titre principal. Elle ne peut être opposée que dans le cadre d'une instance déjà ouverte, tel n'est pas le cas dans cette affaire. La nature procédurale de la prétention adressée au juge français est incontestable. Elle est relative à la marche de la procédure. Cette forme de prétention est généralement soumise au juge au moyen d'une exception d'incompétence⁷⁰⁴. Il s'agit cependant, en l'espèce, d'une action pour laquelle on pourrait aussi se demander si le juge français est compétent pour en connaître. Rien n'empêche d'ailleurs les défendeurs à cette cause de soulever l'incompétence du juge français à connaître de cette action. Ce qui conduirait, à une situation encore plus étrange, où on opposerait une exception d'incompétence à une exception d'incompétence. A supposer le juge français compétent, plusieurs autres exceptions de procédure pourront être soulevées au cours de l'instance. Le moins qu'on puisse dire est que dans cette espèce, la voie empruntée n'est pas celle de l'exception de procédure. Celle-ci opère uniquement par voie incidente. Pour M. Jeuland « *le demandeur ne peut pas soulever une exception d'incompétence car cela reviendrait à renverser les positions procédurales* »⁷⁰⁵. Mais on ne peut en l'espèce penser qu'il s'agit d'une exception d'incompétence soulevée par les demandeurs. Traditionnellement, le refus de la Cour de cassation de voir le demandeur à l'action principale prendre l'initiative d'une exception d'incompétence est fondé sur le devoir de loyauté. Ce refus est donc lié à la recevabilité de cette demande et n'a rien à voir avec la « *qualification* » d'exception de procédure⁷⁰⁶. Ainsi seule la demande d'incompétence présentée par voie incidente constitue une exception d'incompétence, peu importe qu'elle ait été présentée par le défendeur ou le demandeur à l'action principale. Le cas ainsi exposé n'est pas isolé.

⁷⁰⁴ Dans cette affaire, le juge français de première instance a refusé de se prononcer sur son incompetence au motif qu'il s'agissait d'une action déclaratoire, l'intérêt n'était donc pas né et actuel. La cour d'appel saisie a estimé que le juge français pouvait se déclarer pour des raisons de coopération internationale. Saisie sur pourvoi, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, un appel immédiat n'étant pas admis à propos d'une question de compétence (Cass. 2^e civ., 30 avril 2009, n°08-14883, Sté The Boeing Compagny c/Sersiron, JCP 2009, note M. Attal.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ La jurisprudence française sur divers fondements juge irrecevable l'exception d'incompétence soulevée par la partie qui a introduit l'instance. Tantôt, il est fait référence à l'exigence de la bonne foi, ce qui renvoie au devoir de loyauté (Cass. 1^{re} civ., 15 octobre 1996, *Bull. civ. I*, n°349) mais il arrive aussi que la cour de cassation donne un appui textuel à son rejet. Elle précise notamment que, le Code de procédure civile ayant classé les exceptions d'incompétence, règlementées aux articles 75 et suivants, parmi les exceptions de procédure définies à l'article 73, lesquelles figurent sous le titre consacré aux moyens de défense, la compétence de la juridiction saisie ne peut être contestée que par le défendeur, par voie d'exception, et non par le demandeur, par voie d'action (Cass. 2^e civ., 7 déc. 2000, *Bull. civ. II*, n°163).

253. Dans un second exemple lui-aussi relatif à un crash d'avion (affaire de la *West Caribbean*)⁷⁰⁷, les proches de victimes d'accident d'avion ont saisi le juge français d'une demande déclaratoire en incompetence. Dans cette espèce, l'aéronef, affrété par une société américaine établie en Floride et exploitée par une compagnie aérienne colombienne, en provenance de Panama City à destination de Fort-de-France, s'est écrasé au Venezuela, causant la mort de tous les passagers, originaires de la Martinique, et de tous les membres de l'équipage colombien. En vue de l'indemnisation, les proches des victimes ont ouvert plusieurs procédures parallèles⁷⁰⁸. Certains ayants droit des victimes ont engagé devant une juridiction fédérale des Etats-Unis, une action en indemnisation contre ces deux sociétés. D'autres victimes qui n'étaient pas parties à cette procédure ont introduit devant le tribunal de grande instance de Fort-de-France une action conservatoire dans l'attente de la décision de la juridiction fédérale américaine de première instance. Sans attendre, l'issue de ces deux procédures, une autre partie des victimes saisit à titre principal, le tribunal de grande instance de Fort-de-France, aux fins de voir cette juridiction déclarer son incompetence et prononcer son dessaisissement au profit de la juridiction fédérale américaine. La question se pose de savoir si cette seconde prétention procédurale introduite à titre principal constitue une exception de procédure.

254. On observera, d'une part, qu'elle ne constitue pas une prétention incidente c'est-à-dire présentée dans une instance déjà ouverte. Cette demande a plutôt pour effet de créer une autre instance amenant le tribunal de Fort-de-France à procéder à une jonction d'instances. La finalité de cette demande n'est pas d'empêcher la juridiction de se prononcer sur une demande pour laquelle, elle a été déjà saisie mais d'empêcher plutôt que l'affaire ne vienne à elle. Elle constitue une prétention procédurale d'incompétence certes mais pas au plan formel une exception d'incompétence. La qualification d'exception de procédure ne doit être retenue que si la prétention procédurale est adressée à un juge déjà saisi, c'est-à-dire par voie incidente. Ce critère fait de l'exception une demande incidente.

⁷⁰⁷ Cass. 1^{re} civ. 7 déc. 2011, 10-30.919, *West Caribbean Airways*, *Rev. Crit. DIP.* 2012, 138, rapport A. Maitrepierre, *JDI* 2012, 1384, note S. Clavel, *D.* 2012, 254, note Ph. Delebecque, par. 1442, obs. H. Kenfack, et 1237, obs. F.J-S.

⁷⁰⁸ Une partie des victimes a introduit sa demande en indemnisation devant le tribunal de Fort-de-France, une autre partie a saisi plutôt un tribunal fédéral des Etats-Unis. C'est ce dernier groupe ajouté à d'autres victimes qui ont porté une demande d'incompétence devant un juge français déjà saisi.

255. On verra par la suite que tous les moyens tirés de la péremption de l'instance renvoient à des comportements qui se produisent en cours d'instance. Ainsi, les expressions « Opposé par voie d'exception » et « demande » dans le cadre d'une exception de péremption ne désignent qu'une même réalité. Il est donc très difficile de les distinguer de la demande incidente. En tenant donc compte du moment où ils interviennent, il n'est pas excessif de prétendre qu'ils constituent au plan formel des demandes incidentes, l'une plus explicitement et l'autre plus implicitement. Il faut maintenant démontrer que ces deux situations renvoient à la demande incidente. Ce qui incite à lever la confusion que le Code de procédure civile semble entretenir à ce propos.

2- L'inclusion de tous les moyens tirés de la péremption de l'instance

256. A la lecture de l'article 387 du Code de procédure civile, on peut penser qu'il est mis à la disposition des parties deux types de moyens pour faire constater la péremption de l'instance⁷⁰⁹, l'un constituant une « *exception de procédure* » et l'autre « *une demande* », il n'en est rien. En effet aux termes de cette disposition, « *la péremption peut être demandée par l'une quelconque des parties ou opposée par voie d'exception à la partie qui accomplit un acte après expiration du délai de péremption* ». La disposition consacre deux expressions qu'on pourrait assimiler à deux moyens distincts : « *la péremption peut être demandée* » ou « *opposée par voie d'exception* ». Que la péremption soit demandée ou opposée par voie d'exception, on remarquera que par le truchement de ces deux moyens, le juge est saisi d'une prétention procédurale relative à la marche de la procédure qui, plus est, est soulevée dans le cadre d'une instance déjà ouverte.

257. Il est déjà établi que le second moyen constitue une exception de procédure, du moins au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, ce qui doit être approuvé⁷¹⁰. On s'intéressera à la « *demande* » de péremption dont la nature juridique pourrait prêter à

⁷⁰⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 1208 : « *La partie qui souhaite s'en prévaloir peut procéder de deux façons différentes : elle peut prendre l'initiative de demander au juge de constater la péremption, mais elle peut aussi attendre que son adversaire effectue une diligence, après l'expiration du délai et lui opposer la péremption à titre d'exception* ».

⁷¹⁰ Cass. 2^e civ., 2 déc. 1982, *Bull. civ. II*, n°159, *D. 1983, IR. 398, obs. P. Julien*.

confusion. Il est important d'évoquer ce cas en dépit de sa rareté⁷¹¹. La demande de péremption constitue elle aussi une demande incidente qui suivant qu'elle émane du demandeur ou du défendeur, pourrait être une demande additionnelle ou une demande reconventionnelle. Elle constitue une demande incidente parce qu'elle suppose une instance déjà ouverte depuis au moins deux ans. Cette demande constitue une exception de procédure indépendamment de l'exigence faite aux parties de la présenter avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir⁷¹². L'expression « *opposée par voie d'exception* » n'a rien à voir avec la qualification d'exception de procédure. On observera à ce propos, que les demandes de sursis à statuer, les demandes de renvoi pour incompétence ou connexité pour ne citer que ces exemples ne sont pas opposées par « *voie d'exception* » sens auquel renvoie l'article 387 du Code de procédure civile. Elles constituent de simples demandes présentées dans le cadre d'une instance.

258. Tous les moyens tirés de la péremption de l'instance constituent des exceptions de procédure sans qu'il y ait lieu de distinguer.

259. L'exception de procédure porte une prétention *procédurale incidente*, ce qui revient à dire que la prétention doit être soulevée devant un juge déjà saisi. Dès lors, il convient, d'une part, de préciser l'approche retenue du « *juge déjà saisi* » et, d'autre part, d'isoler les situations qui, de par, leurs effets, peuvent prêter à confusion avec la catégorie des exceptions de procédure mais qui s'en distinguent par ce seul critère.

B- Une prétention procédurale soumise à un juge déjà saisi

260. L'exception de procédure soumet à un juge déjà saisi, une prétention procédurale incidente. Ainsi, convient-il de fixer le sens retenu de l'expression « *juge déjà saisi* » (1) afin d'exclure du champ de l'exception de procédure les hypothèses où la prétention procédurale incidente est adressée à un organe autre que celui qui doit connaître du principal (2).

⁷¹¹ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 703 : « *Rarement demandée, elle sera le plus souvent opposée par voie d'exception à la partie qui accomplit un acte après l'expiration du délai de péremption* ».

⁷¹² CPC, art. 388.

1- Un juge déjà saisi d'une prétention

261. L'expression « *juge déjà saisi* » doit être entendue dans une large acception désignant tout juge saisi d'une question à laquelle il doit apporter une réponse qui fasse autorité⁷¹³. En effet, c'est dans le cadre du processus conduisant à cette réponse que les exceptions de procédure trouvent leur existence. Il faut donc s'entendre sur qui est « le juge » et sur le sens de la prétention dont il est « *déjà saisi* ». Ces précisions offrent l'occasion de repréciser le cadre de cette étude qui ne concerne que le procès civil.

262. Pour emprunter les expressions de M. Wiederkehr, on retiendra que « *le juge est celui qui juge* »⁷¹⁴. Il s'agit donc d'un tiers complètement extérieur à la prétention des parties. Il s'agit ici du juge civil. Cette notion sera réservée à tout organe étatique investi de la mission de trancher un litige ou une contestation relevant de la matière civile. Celle-ci renvoie au droit civil, au droit commercial, plus largement au droit des affaires, et au droit social. La matière civile se caractérise par la nature des intérêts en jeu, en l'occurrence les intérêts privés, même si comme l'observe M. Croze, l'ordre public économique ou de protection tendent à envahir la procédure civile⁷¹⁵. L'exemple, déjà cité⁷¹⁶ de l'avocat qui poursuit son ancien client en recouvrement de ses honoraires, peut être rappelé à titre illustratif⁷¹⁷. Dans cette espèce, la première phase de la procédure s'est déroulée devant le bâtonnier selon la procédure prévue aux articles 174 et suivants du Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991. La décision rendue par le bâtonnier a été ensuite déférée devant le premier Président de la Cour d'appel en sa qualité de juridiction d'appel en cette matière ainsi qu'il est prévu à l'article 176 du décret précité. Aux termes de cette disposition, « *la décision du bâtonnier est susceptible de recours devant le premier président de la cour d'appel, qui est saisi par l'avocat ou par la partie, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ». L'exception de procédure peut être soulevée au cours de l'instance d'appel se déroulant devant le premier président de la cour d'appel. La prétention procédurale

⁷¹³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°72.

⁷¹⁴ G. Wiederkehr, « Qu'est ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, Nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Pierre Drai, p. 575, spéc. p. 580.

⁷¹⁵ H. Croze, *Le procès civil*, 2^e éd., Dalloz, 2014, p. 6.

⁷¹⁶ V. *supra* n°196 s.

⁷¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 24 oct. 2006, D. 2007, 3, p. 192. Note D. Cholet.

incidente peut être soulevée devant le premier président. Ce dernier est bien un juge déjà saisi en cette occurrence d'une question principale⁷¹⁸.

263. L'exception de procédure peut être soulevée devant le juge du fond, devant un juge du provisoire⁷¹⁹ ou toute autre juridiction, il importe juste qu'une instance soit ouverte devant ces formations. Peu importe aussi qu'il s'agisse d'une procédure contentieuse ou gracieuse. L'exception de procédure soumet donc à un juge déjà saisi une *prétention procédurale*. Cette prétention ainsi qu'il a été déjà démontré ne peut être soumise à titre principal à une juridiction. Lorsque, par exemple, une exception de procédure est invoquée pour la première fois en appel, c'est parce que la cour d'appel, est déjà saisie de la question principale, et cette prétention procédurale incidente devra être examinée accessoirement à la question principale. Cependant, il arrive qu'une décision ayant statué sur l'exception de procédure soit déférée devant la cour d'appel ou devant la Cour de cassation, dans ces hypothèses, on ne dira pas qu'il a été soulevé devant ces formations une exception de procédure. Il s'agit plutôt de recours exercé contre ces demandes.

264. La *prétention procédurale incidente* est parfois adressée à un juge qui n'est pas celui saisi de la question principale. Ces hypothèses qui ne répondent pas aux critères de l'exception de procédure méritent cependant d'être exposées. On pense principalement aux demandes de renvoi fondées sur l'article 47 du Code de procédure civile. Ce cas sera à présent examiner.

2- Une exclusion des hypothèses où la prétention procédurale incidente est adressée à un juge qui n'est pas celui saisi de la question principale

265. La qualification d'exception de procédure ne peut être retenue que si la *prétention procédurale incidente* est portée devant un juge déjà saisi. Mais, dans certaines situations une *prétention procédurale incidente* qui s'apparente à celle portée par une exception de

⁷¹⁸ Pour une exception de procédure soulevée devant le premier président V. *supra* n°196 s.

⁷¹⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF. V° Principal. Entre autre sens, le principal « *Plus spécifiquement, ce qui fait l'objet de la demande originaire ou initiale (dite aussi principal), par opposition à l'incident* ».

procédure est adressée à un organe autre que le juge saisi de la question principale. Ces cas qui s'apparentent aux hypothèses déjà évoquées méritent que l'on y revienne⁷²⁰.

266. Ces exemples se rapportent aux « *demandes de renvoi* », fondées sur l'article 47 du Code de procédure civile. On observera à ce propos, que toutes les demandes de renvoi ne constituent pas des exceptions de procédure⁷²¹. Les rédacteurs du Code de procédure civile ont rangé les demandes de renvoi pour incompétence, pour cause de litispendance ou de connexité dans la catégorie des exceptions de procédure. D'autres cas de « *demandes de renvoi* » échappent par contre à une catégorie. Ainsi, en va-t-il des demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime, pour cause de récusation ou pour cause de sûreté publique⁷²².

267. En observant ces deux catégories de « *demandes de renvoi* », l'on s'aperçoit, qu'elles portent toutes *une prétention procédurale incidente*. Mais les premières se distinguent des secondes en ce qui concerne le destinataire des prétentions. La *prétention procédurale incidente* fondée sur l'article 47 du Code de procédure civile est adressée à un organe autre que celui saisi de la question principale. Ainsi en va-t-il des demandes de récusation pour cause de parenté ou d'alliance et des demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime. Aux termes de l'article 344 du Code de procédure civile, « *la demande de récusation est formée par acte remis au secrétariat de la juridiction à laquelle appartient le juge ou par une déclaration qui est consignée par le secrétaire dans un procès verbal...* ». Le secrétariat communique ensuite au juge une copie de la demande de récusation dont il est l'objet. Les observations du juge accompagnées de la demande de récusation sont transmises au premier président de la cour d'appel ou au président de la juridiction échevinale. Ce bref récit montre qu'il s'agit d'une demande relative à la marche de la procédure mais adressée

⁷²⁰ On pense notamment aux hypothèses où la *prétention procédurale incidente* saisie le juge à titre principal. La particularité ici est que la prétention n'a pas pour but l'ouverture d'une instance devant le juge qui en est saisi.

⁷²¹ Mme Fricero constate à ce propos : que « *D'après l'article 73 du nouveau code de procédure civile, il s'agit de tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, ou à en suspendre le cours. Cette acception large génère des incertitudes. Par exemple, dès lors qu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige, porté devant la juridiction où il exerce ses fonctions, la garantie d'impartialité objective du tribunal impose une possibilité de « délocalisation » : l'article 47 organise un renvoi devant la juridiction limitrophe. La Cour de cassation a eu l'occasion de répéter que ce renvoi est un instrument procédural original qui n'est pas soumis au régime des exceptions d'incompétence* ». V. D. 2007, 2431 obs. N. Fricero.

⁷²² A. Jocoton, *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, 1859 : Les premières ont été dans l'ancien droit des causes d'exceptions de procédure. On parlait de déclinatoire fondé sur la parenté et l'alliance, d'exception de renvoi pour suspicion légitime. Ces mêmes causes qui figurent dans le titre X du Code de procédure ne constituent pas une cause d'exception de procédure.

au premier président de la cour d'appel ou au président de la juridiction échevinale suivant les cas. Les demandes de renvoi pour cause de récusation ou de suspicion légitime, bien que portant sur des prétentions procédurales, ne sont cependant pas adressées au juge saisi de la question principale, mais à un organe distinct. Ce critère fondamental éloigne ces types de prétentions de celles soumises au juge au moyen d'une exception de procédure. On pense que, pour plus d'homogénéité, il serait adéquat que la catégorie des exceptions de procédure ne soit pas étendue à ces moyens procéduraux. La jurisprudence de la Cour de cassation, sur un tout autre fondement, juge que ce type de demande de renvoi ne constitue pas une exception de procédure mais un instrument procédural original qui n'est pas soumis au régime des exceptions d'incompétence⁷²³.

268. L'exception de procédure est une demande qui présuppose une instance déjà ouverte, elle constitue de ce fait une demande incidente. Elle ne peut donc introduire une instance. L'exception de procédure ne peut être soulevée qu'au cours d'une instance déjà née. On peut alors affirmer à la suite d'Edouard Deroy qu'« *une exception suppose une action* »⁷²⁴. Comme toutes les demandes, l'exception de procédure soumet au juge qui en est saisi une prétention au sujet de laquelle, il a été précisé qu'elle se rapporte à la marche de la procédure, c'est-à-dire à l'instance. A cette étape, on a eu à démontrer que : *l'exception de procédure est une demande incidente par laquelle un plaideur soumet au juge une prétention relative à la marche de la procédure*. Cette prétention ne peut saisir le juge à titre principal. L'exception de procédure est également une espèce particulière de demande incidente en cela que toute demande procédurale incidente présentée au cours une instance ne constitue pas une exception de procédure. Cette qualification ne peut être retenue que si la demande a pour objet un incident qui affecte l'instance au cours de laquelle elle a été soulevée. Deux observations doivent être faites à ce propos. En premier lieu, l'exception de

⁷²³ Cass. 2^e civ., 13 fév. 2003, Bull. civ. II, n°37; D. 2003. IR. 737. « Il peut être soulevé à tout état de cause, il est de droit et lorsque le juge le prononce, l'adversaire est irrecevable à former un contredit, recours réservé aux décisions statuant sur une exception d'incompétence ». (Limoges, 11 déc. 2006, D. 2007. AJ. 315 ; Gaz. Pal., 28-30 janv. 2007, p. 15, note H. Vray). » V. D. 2007, 2427, spéc. p. 2431, obs. N. Fricero.

⁷²⁴ E. Deroy, *Des exceptions dilatoires*, thèse préc. p. 163.

procédure est distincte de l'incident de procédure qu'elle tend à provoquer. Dans ce sens, « *le sursis à statuer* » est distinct de la « *demande de sursis à statuer* ». En second lieu, la qualification d'exception de procédure ne doit être retenue que si la prétention se rapporte à l'instance au cours de laquelle elle a été présentée. Ne devrait-on pas y voir le lien de connexité auquel la recevabilité des demandes incidentes est subordonnée⁷²⁵. Les demandes incidentes sont recevables lorsqu'elles se rapportent à la demande initiale par un lien suffisant. Ainsi, lorsque deux instances parallèles se déroulent, la demande de renvoi pour cause de connexité ne peut être présentée qu'au juge à qui l'on demande le dessaisissement. L'exception de procédure est une demande procédurale incidente qui, à la différence des demandes substantielles, doit être examinée par préalable au fond. Ce critère qui n'a rien à voir avec le régime se rapporte à la nature même de l'exception de procédure.

⁷²⁵ CPC, art. 470.

CHAPITRE 2

UNE DEMANDE À EXAMINER PAR PRÉALABLE AU FOND

269. Un dernier critère reste nécessaire à l'identification complète de l'exception de procédure. Celle-ci constitue une demande incidente soumettant au juge une prétention relative à la marche de la procédure « *qui, logiquement, se discute avant les autres* »⁷²⁶. Ces propos relevés chez un auteur⁷²⁷ renvoient à la fois à la nature et au régime de l'exception de procédure. Ces deux notions sont difficilement dissociables, c'est pourquoi, il est préférable de les étudier ensemble sans les confondre. Comme on s'apprête à le voir, la nature préalable de l'exception de procédure n'a rien à voir avec le régime auquel elle est soumise. Ce n'est cependant pas, ce que la pratique tend à démontrer. En effet, « *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* »⁷²⁸. Cette règle d'une apparente rigueur constitue le fondement de nombreuses confusions qu'entretiennent la jurisprudence et la doctrine⁷²⁹. Ainsi, la jurisprudence juge-t-elle constamment que tel moyen ne constitue pas une exception de procédure parce qu'il peut être soulevé à toute hauteur de procédure⁷³⁰. Or à l'analyse, ce critère ne peut servir à l'identification des exceptions de procédure. Plusieurs d'entre-elles dérogent à ce régime et peuvent donc être soulevées à toute hauteur de procédure. En s'en tenant à cette analyse, on regrettera la pratique de la Cour de

⁷²⁶ R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., Paris, 1935, Librairie Arthur Rousseau, n° 127, spéc . p. 115. L'auteur précise entre autres critères que les exceptions de procédure constituent des « moyens qui, logiquement, se discutent avant les autres (il est logique de discuter la compétence avant de débattre le fond, le débat est inutile si le tribunal est incompétent) ».

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ CPC, art. 74, al. 1^{er}.

⁷²⁹ V. *infra* n° 45.

⁷³⁰ La jurisprudence de la Cour de cassation affirmant que le moyen tiré du faux incident soulevé devant une juridiction d'exception constitue non une exception de procédure mais une défense au fond, en est une illustration. V. Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2006, *D.* 2007. 2431, *obs.* Fricero, *D.* 2007. 192, *comm.* Cholet.

cassation qui, en raison des difficultés qu'il y a parfois à distinguer l'exception de procédure des moyens de défense, fait du régime de celle-ci un critère d'identification.

270. En raison des confusions jurisprudentielles et doctrinales, on précisera au regard de ces deux notions, d'abord ce que l'exception de procédure n'est pas, avant d'indiquer ce qu'elle est. A ce titre, on verra que l'exception de procédure n'est pas une demande à cantonner au tout début du procès, mais une demande soumettant au juge une prétention qui en toute logique doit être examinée tantôt avant le débat sur la recevabilité de l'action tantôt avant celui portant sur le fond principal. En d'autres termes, le contentieux de l'exception de procédure doit être scindé en deux, l'un est antérieur à la question de la recevabilité de l'action et l'autre lui est postérieur. Sommes toute, ils doivent être vidés avant la décision finale sur le fond du litige. A ce propos, on admet avec Gérard Cornu et Jean Foyer que : « *dans leur diversité, toutes les exceptions de procédure ont (...) pour trait commun de soumettre au juge une question tout à la fois extérieure et préalable au fond du litige, une question de procédure* »⁷³¹. Une question devant donc être examinée par préalable au fond.

271. Il faut d'abord se rendre à l'évidence qu'il est rigoureusement impossible de concentrer les exceptions de procédure en un contentieux préalable à évacuer au seuil de l'instance (section 1). Celles-ci sont des éléments de l'instance et ne peuvent donc en principe prendre fin qu'avec cette dernière. Les difficultés auxquelles a conduit le régime incohérent et totalement inadapté de l'exception de procédure imposent une nouvelle définition de celui-ci (section 2).

SECTION 1 : L'IMPOSSIBLE CONCENTRATION DES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE EN UN CONTENTIEUX PRÉALABLE

272. La jurisprudence semble appréhender les exceptions de procédure par leur régime⁷³². Ainsi, constitue une exception de procédure, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation,

⁷³¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°84.

⁷³² L'article 73 du Code de procédure civile ayant une portée non limitative (S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 320), la Cour de cassation est souvent amenée à se prononcer sur le point

tout moyen qui en plus de poursuivre l'une des finalités prévues à l'article 73 du Code de procédure civile, doit être soulevé avant toute fin de non-recevoir ou défense au fond⁷³³. La haute juridiction semble ainsi ériger le régime des exceptions de procédure en un critère d'identification⁷³⁴. La confusion est ainsi vite faite entre le régime de l'exception de procédure et le caractère préalable de la prétention qu'elle soumet au juge. Les exceptions de procédure comme, on peut le relever dans les écrits de la doctrine apparaissent comme des moyens devant être enfermés dans la phase préalable du procès. Dans ce sens, M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand, indiquent que : « *le vœu de la loi est d'enfermer le mécanisme des exceptions dans la phase préliminaire du débat* »⁷³⁵, or les exceptions de procédure, on le verra, réfutent toute idée d'enfermement. Cette idée est également perceptible dans les propos de Jean Foyer et Gérard Cornu qui constatent que ce régime « *...tend à purger d'emblée le litige de toutes ses scories procédurales, en regroupant in limine litis le contentieux des exceptions de procédure en un contentieux préalable d'assainissement* »⁷³⁶. Le constat est identique chez Jacques Héron et M. Le Bars pour qui : « *le régime des exceptions est commandé par le souci de concentrer au début du procès le règlement du contentieux qu'elles peuvent soulever* »⁷³⁷. Les exceptions de procédure ne peuvent être cantonnées au début de l'instance alors que celle-ci doit se poursuivre jusqu'à son dénouement sur le fond du litige. Plusieurs situations l'illustrent. On ne sait ce à quoi sert véritablement le régime auquel le législateur a soumis les exceptions de procédure puisqu'on les retrouve tout au long de l'instance.

273. Les exceptions de procédure ne peuvent être concentrées en début de l'instance, en raison d'abord des limites très nombreuses limites dont souffre leur régime (§1). L'admission tacite par la jurisprudence de l'impossibilité de réunir les exceptions de procédure en un

de savoir si tel moyen est une exception de procédure ou une fin de non-recevoir ou encore une défense au fond.

⁷³³C'est-à-dire, tout moyen compatible avec les exigences prévues à l'article 74, al. 1^{er} du Code de procédure civile.

⁷³⁴ Ce malaise apparaît clairement dans la qualification du moyen tiré de l'existence d'une clause compromissaire et de celui tirée de l'immunité de juridiction. Bien que les deux moyens aient un même fondement, la Cour de cassation juge que la première constitue une exception de procédure alors que la seconde est une fin de non-recevoir.

⁷³⁵ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°323.

⁷³⁶ J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1958, p. 372.

⁷³⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°159.

contentieux préalable en est une autre illustration. Au regard de cette situation, il n'est pas excessif de conclure au déclin de la double-exigence de simultanéité et d'antériorité (§2).

§1.- Les limites à la double règle de simultanéité et d'antériorité

274. Les exceptions de procédure sont présentées comme des moyens devant être soulevés *in limine litis*, ce qui, traduit du latin, veut dire « *sur le seuil du procès* »⁷³⁸ ou encore « *au tout début du procès* » ; or il n'en est rien. Les rédacteurs du Code de procédure civile qui d'ailleurs n'utilisent à aucun moment l'expression « *in limine litis* », n'ont placé l'exception de procédure que devant la défense au fond ou la fin de non-recevoir. C'est du moins ce qu'a prévu l'article 74 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *les exceptions de procédure 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...* ». Ce texte consacre deux exigences : une exigence de simultanéité et une exigence d'antériorité. La première signifie que toutes les exceptions de procédure doivent être soulevées ensemble à peine d'irrecevabilité de celles qui ne l'auront pas été. La seconde exigence indique qu'elles doivent être soulevées avant les fins de non-recevoir et les défenses au fond. Ces exigences semblent rapprochées par une finalité commune, celle de concentrer le règlement des exceptions de procédure en un contentieux préalable à l'examen du fond principal. Un tel vœu paraît difficilement réalisable. La double exigence de simultanéité et d'antériorité souffre d'abord des dérogations limitativement apportées par le législateur (A) mais aussi d'insuffisances factuelles (B).

A- Les dérogations législatives à la double exigence de simultanéité et d'antériorité

275. C'est l'alinéa 2 *in fine* de l'article 74 du Code de procédure civile qui renseigne sur les exceptions de procédure écartées du contentieux à vider au seuil de l'instance. Celles-ci peuvent ne pas être soulevées *in limine litis*. Elles doivent ainsi être soulevées à d'autres

⁷³⁸ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique* : PUF, 2007, V. *In limine litis*

phases de l'instance. La disposition précitée apporte ainsi diverses dérogations à la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Ces dérogations sont prévues respectivement aux articles 103, 111, 112 et 118 du même code. La lecture de ces dispositions permet de constater que certaines dérogations sont apportées à l'exigence de simultanéité (1) alors que d'autres sont apportées à l'exigence d'antériorité (2).

1- Les dérogations apportées exclusivement à la règle de simultanéité

276. L'exigence de simultanéité prévue par l'article 74 impose que toutes les exceptions de procédure soient soulevées en même temps. Cette règle impose que soient soulevées ensemble et en même temps toutes les exceptions de procédure à peine d'irrecevabilité de celles qui ne l'auront pas été. La rigueur de cette sanction est telle qu'elle s'applique même s'il n'a pas encore été statué sur les précédentes exceptions de procédure soulevées et même si celui qui soulève tardivement une nouvelle exception n'a pas encore conclu au fond ou fait valoir une fin de non-recevoir⁷³⁹. Plusieurs dérogations sont apportées à cette règle. Celles-ci illustrent à suffisance le fait que les exceptions de procédure sont des éléments de l'instance. A ce titre, il est vain de chercher à les réunir au seuil de la procédure alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées se poursuit et ne prendra fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. Echappent formellement à la règle de simultanéité, les demandes de nullité pour vice de forme opposées aux actes de procédure accomplis postérieurement (a) et la demande de sursis à statuer fondée sur le délai « pour faire inventaire et délibérer » (b).

a- Les demandes de nullité pour vice de forme des actes de procédure accomplis postérieurement

277. La demande de nullité pour vice de forme des actes de procédure accomplis postérieurement à l'ouverture de l'instance rend impossible l'idée d'une concentration des exceptions de procédure réunies en un contentieux préalable au tout début du procès. En

⁷³⁹ Cass. 2^e civ. 22 mars 1982 : *Bull. civ.* 1982, II, n°50.

effet, aux termes de l'article 112 du Code de procédure civile : « *la nullité des actes de procédure peut être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement...* ». Cette disposition énonce ainsi une dérogation apportée à la règle de simultanité. Jacques Héron et M. Le Bars observent à ce propos que « *la règle relève du plus élémentaire bon sens : comment pourrait-on soulever la nullité d'un acte qui n'a pas encore été accompli ? Le texte de l'article 112 ne vise expressément que la nullité d'un acte mais la même adaptation doit être opérée pour toutes exceptions de procédure, si le cas se présente* »⁷⁴⁰. Ces auteurs admettent non seulement le principe pour les exceptions de nullité pour vice de forme opposées aux actes de procédure accomplis postérieurement mais aussi soutiennent-ils, que le même principe doit être étendu à toutes les exceptions de procédure si le cas se présentait. Et à M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand de corroborer : « *il est indispensable, les actes étant rédigés et élaborés tout au long de l'instance, que l'esprit de la règle soit adapté à cette situation.* »⁷⁴¹. Cette dérogation apporte deux précisions. D'une part, il est impossible de réunir au seuil de l'instance tout le contentieux que peut générer les exceptions de procédure. D'autre part, tant que dure l'instance on doit toujours s'attendre à ce que les exceptions de procédure puissent être soulevées. Ainsi, le contentieux des exceptions de procédure peut se présenter à toutes les phases de l'instance, du moins tant qu'il y a d'actes de procédure accomplis. On observe ainsi, que les demandes de nullité sont fonction du moment où les actes de procédure ont été accomplis. Comment peut-il en être autrement ? l'instance n'est-elle pas une succession d'actes de procédure ? La demande de nullité des actes de procédure pour vice de forme reste néanmoins soumise à l'exigence d'antériorité⁷⁴² ; ce que précise *in fine* l'article 112 du Code de procédure civile : « *mais elle est couverte si celui qui l'invoque a postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou opposé une fin de non-recevoir sans soulever la nullité* ». A s'en tenir à cette dérogation, on peut constater que la volonté de réunir les exceptions de procédure en un contentieux préalable, ne peut être réalisée sans laisser impunies des irrégularités. Le Code de procédure civile a apporté une autre atténuation à la règle de simultanité des exceptions de procédure. C'est celle-ci qu'il faut maintenant examiner.

⁷⁴⁰ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°160.

⁷⁴¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°323.

⁷⁴² X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense. – Règles générales », *J.-cl. proc. civ., fasc. 128*, n°128 « *On ne peut en effet admettre qu'une partie puisse invoquer les conclusions d'un rapport d'expertise avant d'en contester la validité* ».

b- La demande de sursis à statuer fondée sur le bénéfice du délai « pour faire inventaire et délibérer »

278. L'article 111 du Code de procédure civile illustre une autre situation où le législateur lui-même rend impossible la réunion de toutes les exceptions de procédure en un contentieux préalable. Aux termes de cette disposition : « *le bénéficiaire d'un délai « pour faire inventaire et délibérer » peut ne proposer ses autres exceptions qu'après l'expiration de ce délai* ». Ainsi, le plaideur qui bénéficie d'un délai « pour faire inventaire et délibérer » est autorisé à ne présenter que sa demande de sursis à statuer fondée sur ce délai à l'ouverture de l'instance. Les autres exceptions de procédure peuvent être soulevées après l'expiration de ce délai. Cette dérogation apportée à l'exigence de simultanéité rend difficile une concentration des exceptions de procédure en un contentieux préalable. Même si à la lecture du texte, ceci procède d'une simple faculté : « *peut ne proposer ses autres exceptions* ». Il apparaît difficile d'entrevoir que le plaideur à qui la loi accorde un tel privilège s'en priverait. L'exception dilatoire tirée du délai « pour faire inventaire et délibérer » est ainsi détachée du contentieux des autres exceptions de procédure. Elle doit être soulevée *in limine litis*, les autres exceptions de procédure qui interviendraient ultérieurement pourront être réunies dans un contentieux postérieur. Jacques Héron et M. Le Bars approuvent le fait. Ils soulignent à ce propos que : « *cette dérogation se justifie aisément.* »⁷⁴³, car précisent-ils : « *La loi entend que, pendant tout le temps que court le délai d'option qui lui est ouvert pour accepter ou refuser la succession, l'héritier n'ait pas à se soucier du procès qui a été intenté contre lui. Il faut qu'il puisse dans un premier temps ne présenter que la seule exception dilatoire, sans diminuer ses droits en quoi que ce soit. Les autres exceptions échappent ainsi à la règle de simultanéité de la présentation, mais dans cette seule mesure.* »⁷⁴⁴. M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand précisent dans ce sens, que « *l'article 111 accorde une autre faveur à l'héritier, celle de pouvoir, après ce premier délai, présenter, sans être forclos, d'autres exceptions.* »⁷⁴⁵. Cette dérogation, comme on

⁷⁴³ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°161.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°323, V. X. marchand et A. Pivet, « Moyens de défense.- Règles générales », *J.-cl. proc. civ., fasc. 128*, n°110. Ces auteurs relèvent toutefois que l'article 112 « ...comprend de ce fait un double aménagement, à la fois à l'exigence d'antériorité mais également à celui de simultanéité des exceptions. Cet aménagement ne profite toutefois qu'aux actes futurs, dans la mesure où, les moyens de nullité des actes déjà faits doivent être invoqués simultanément, à peine d'irrecevabilité ».

peut le relever dans le propos de ces auteurs n'est relative qu'à l'exigence de simultanéité. Il apparaît que le plaideur sera forclos s'il conclut au fond avant de soulever « ses autres exceptions », c'est du moins ce que précise la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁴⁶, en l'absence de texte prévoyant expressément ce cas de figure. Cette dérogation, tout au moins dans son esprit, rend impossible toute idée de réunion des exceptions de procédure en un contentieux unique et préalable. « *Les autres exceptions* » du plaideur sont recevables, comme on le voit, bien qu'elles ne seront pas soulevées *in limine litis*. Elles feront l'objet d'un contentieux ultérieur qui réunira « *les autres exceptions de procédure* » même si celles-ci doivent être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Pour le moins, les dérogations apportées à la règle de simultanéité illustrent bien la difficulté qu'il y a à réunir les exceptions de procédure en contentieux préalable et unique alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées se poursuit. D'autres illustrations viendront compléter ce tableau, notamment, les dérogations apportées à la double exigence de simultanéité et d'antériorité.

2- Les dérogations à la règle de double exigence de simultanéité et d'antériorité

279. La violation de l'exigence d'antériorité prévue à l'article 74 du Code de procédure civile rend irrecevable, l'exception de procédure soulevée après une défense au fond ou fin de non-recevoir. Le Code de procédure civile soustrait à la rigueur de ce principe certaines exceptions de procédure. Ce que constatent MM. Cadiet et Jeuland : « *le principe de l'article 74, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile est (...) radicalement écarté en ce qui concerne l'exception de connexité (art. 103) et l'exception de nullité pour irrégularité de fond (art. 118) car l'une et l'autre peuvent être invoquées en tout état de cause.* »⁷⁴⁷. Ces dérogations renseignent une fois encore sur l'idée que les exceptions de procédure sont présentes à toutes les phases de l'instance. Les exceptions de connexité et de nullité pour irrégularité de fond apparaissent comme de véritables négations de la volonté de concentrer les exceptions de procédure sur le seuil de l'instance. C'est pourquoi, il convient de les aborder successivement.

⁷⁴⁶ Cass. 3^e civ., 10 juin 1981, *Bull. civ.*, III, 1981, n°110

⁷⁴⁷ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°483

a- L'exception de connexité

280. L'article 103 du Code de procédure civile prévoit que « *l'exception de connexité peut être proposée en tout état de cause, sauf à être écartée si elle est soulevée dans une intention dilatoire* ». Cette dérogation échappe non seulement à l'exigence de simultanéité mais aussi à l'exigence d'antériorité ainsi que le relèvent Jacques Héron et M. Le Bars : « *l'exception de connexité échappe (...) aux deux règles de l'article 74, puisqu'elle peut être présentée après d'autres exceptions de procédure et même après des défenses au fond* »⁷⁴⁸. Ces auteurs omettent de préciser qu'elle peut également être soulevée après les fins de non-recevoir. L'exception de connexité est soumise au même régime que les moyens de défense (fin de non-recevoir et défense au fond). De par son régime, la prétention soumise au juge au moyen de l'exception de connexité ne peut être examinée au même moment que celles soumises au juge au moyen des autres exceptions de procédure. C'est-à-dire celles qui, de par leur nature peuvent être réunies en un contentieux préalable au seuil de l'instance. Les auteurs ont tenté d'en expliquer les raisons. Ainsi, M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand précisent qu'« *il s'agit du cas où des affaires pendantes devant deux tribunaux différents ont entre elles des liens tels qu'il sera de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et jugée ensemble (...) celle-ci peut être soulevée en tout état de cause comme une défense au fond* »⁷⁴⁹. Et à Jacques Héron et M. Le Bars de préciser que : « *les contours de la connexité sont parfois très flous. Il peut se faire qu'au moment où est engagé le second procès, il n'apparaisse aucun lien entre les deux dossiers, qui justifient l'attribution de l'ensemble de l'affaire à l'un des juges et que le lien ne se soit révélé que par le développement du procès. C'est cette circonstance qui seule, justifie la dérogation* ». ⁷⁵⁰ Ces auteurs mettent en évidence le fait que l'exception de connexité soit incompatible avec l'exigence de simultanéité et d'antériorité. Le seul intérêt de la bonne justice ne peut suffire à justifier cette dérogation⁷⁵¹. Les fondements d'une telle dérogation sont à rechercher ailleurs⁷⁵². Quoiqu'il en soit, le régime de l'exception de connexité rend impossible la réunion des exceptions de procédure en un contentieux unique préalable à vider au seuil de

⁷⁴⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 161.

⁷⁴⁹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°323.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ L'intérêt d'une bonne justice avancé est le fondement de nombreuses exceptions de procédure qui pourtant sont soumises à la double exigence de simultanéité et d'antériorité. V. *supra* n° 79 s.

⁷⁵² V. *infra* n°378.

l'instance. Si comme le relève la doctrine⁷⁵³, l'idée est de se débarrasser rapidement des problèmes mineurs qui pourraient gêner l'examen du fond, en concentrant les exceptions de procédure au début de l'instance, une telle volonté bute sur le régime dérogatoire de certaines exceptions de procédure, et le régime de l'exception de nullité pour irrégularité de fond en est une autre illustration.

b- L'exception de nullité pour irrégularité de fond

281. Les exceptions de procédure sont présentes à toutes les phases de l'instance, le régime de l'exception de procédure pour irrégularité de fond l'illustre. En effet, l'article 118 du Code de procédure civile soustrait cette exception de procédure de la rigueur de la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Ce texte prévoit que « *les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure peuvent être proposées en tout état de cause, à moins qu'il n'en soit disposé autrement et sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt* ». Jacques Héron et M. Le Bars observent à ce propos que « *la lecture de ce texte fait apparaître que le régime des exceptions de nullité pour vice de fond est aligné sur celui des fins de non-recevoir : c'est quasiment un décalque de l'article 123 du code. (...) les exceptions pour vice de fond sont plus graves que les autres exceptions de procédure en ce qu'elles portent sur la capacité des parties et le pouvoir de leurs représentants* »⁷⁵⁴. Le régime de l'exception de nullité pour irrégularité de fond se distingue de celui des exceptions de nullité pour vice de forme en cela que la demande de nullité pour irrégularité de fond peut être accueillie même si la partie qui la demande a conclu au fond ou soulevé une fin de non-recevoir. L'exception de nullité pour irrégularité de fond déroge aussi bien à l'exigence de simultanéité qu'à l'exigence d'antériorité. Elle peut être soulevée en tout état de cause même pour la première fois en appel⁷⁵⁵. Elle est donc inconciliable avec l'exigence de soulever les exceptions de procédure

⁷⁵³ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, op. cit., n° 85 ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°323 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°159.

⁷⁵⁴ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°161.

⁷⁵⁵ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°321 : « *Le moyen pris de la violation de la double règle de l'article 74, al. 1^{er}, étant introduit par une fin de non-recevoir, il peut être opposé pour la*

in limine litis. L'exception de nullité fondée sur l'inobservation des règles de fond constitue une énième illustration de la difficulté qu'il y a à vouloir réunir toutes les exceptions de procédure en un contentieux préalable, destiné à assainir le fond ou à imprimer une certaine célérité au procès.

282. A supposer, que les exceptions de procédure regroupent les moyens qui doivent être soulevés avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, ces moyens ne comprendraient pas l'exception de connexité et l'exception de nullité pour irrégularité de fond. Les exceptions de procédure essaient toute l'instance du début jusqu'à la fin. En dehors, des dérogations apportées par le législateur, des insuffisances factuelles rendent impossible toute idée d'enfermement des exceptions de procédure au seuil de l'instance.

B- Les insuffisances factuelles de la double règle de simultanité et d'antériorité

283. Peut-on vraiment cantonner les exceptions de procédure au seuil de l'instance ? L'idée paraît à la fois aberrante et totalement incohérente. Elle est simplement irréalisable. MM. Cadiet et Jeuland semblent en mesurer la portée lorsqu'ils constatent que « *le principe de l'article 74, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile n'est pas aussi rigoureux qu'il y paraît de prime abord. En vérité, il ne joue pleinement que pour l'exception d'incompétence et l'exception de litispendance, à l'égard des autres son application est aménagée ou écartée* »⁷⁵⁶. Ce même constat est fait par Jacques Héron et M. Le Bars, qui observent qu'« *on dit souvent que le défendeur doit soulever les exceptions in limine litis (c'est-à-dire au début du procès). L'expression n'est exacte que pour les exceptions de procédure qui sont opposées à l'acte introductif d'instance. Lorsqu'une exception de procédure est opposée à un acte postérieur, une adaptation est nécessaire* »⁷⁵⁷. L'idée suivant laquelle les exceptions de procédure doivent être soulevées au début du procès n'est en définitive pas exacte parce que sa mise en œuvre paraît difficile à réaliser. Certaines exceptions de procédure peuvent être consécutives à des demandes incidentes (1), alors que d'autres ne peuvent être

première fois en appel » (cass. 2^e civ., 10 janv. 1968, *Bull. civ. I*, n° 10 Colmar, 8 mai 1981, *Rev. Alsace-Lorraine*, 1981. 136).

⁷⁵⁶ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°484.

⁷⁵⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.* n°160.

soulevées qu'en cours d'instance et n'ont en conséquence rien à voir avec le début de l'instance (2).

1- Les exceptions de procédure opposées à des demandes incidentes

284. Certaines exceptions de procédure sont consécutives à des demandes incidentes. Ces dernières selon MM. Cadiet et Jeuland peuvent être définies comme « *des demandes formées alors que l'instance a déjà été introduite par une demande initiale* »⁷⁵⁸. Les demandes incidentes suivant la répartition du Code de procédure civile sont de trois sortes : la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et la demande en intervention forcée ou volontaire. De par leur nature, la recevabilité de ces demandes n'est soumise qu'« *à la seule condition qu'elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* »⁷⁵⁹. Ainsi, aucune restriction n'a été apportée quant au moment de leur présentation. Elles peuvent donc être formées à toute hauteur de procédure avant la mise en délibéré. Si leur mode de présentation en est facilité, en cela qu'elles peuvent être formées de la même manière que sont présentés les moyens de défense⁷⁶⁰, certaines exceptions de procédure peuvent leur être opposées. Celles-ci n'interviennent pas à proprement parler *in limine litis*.

285. Aussi, l'article 49 du Code de procédure civile prévoit que « *toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction* ». Ainsi, les questions relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction, échappent à la compétence de la juridiction saisie de la demande principale. Même si l'exception dilatoire tirée d'une question préjudicielle doit en principe être soulevée *in limine litis*, conformément à la jurisprudence de la Cour de

⁷⁵⁸ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.* n°464.

⁷⁵⁹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.* n°470.

⁷⁶⁰ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°471 ces auteurs indiquent que : « *c'est seulement lorsqu'elle est dirigée contre une partie défaillante ou contre des tiers qu'elle doit être faite « dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance et en appel par voie d'assignation* ».

cassation⁷⁶¹, lorsqu'elle est opposée à une demande incidente, elle ne peut, par définition, être soulevée *in limine litis*. Le contentieux auquel donnera lieu telle demande peut ne pas intervenir au début de l'instance. Ceci compromet davantage la volonté de concentrer des exceptions de procédure en un contentieux préalable au seuil de l'instance. Il en va de même, lorsqu'une exception d'incompétence est opposée par le demandeur originaire à une demande reconventionnelle. Ce constat est fait par MM. Marchand et Pivet qui soulignent que « *le demandeur pourra soulever l'incompétence de la juridiction pour statuer sur la demande reconventionnelle du défendeur principal* »⁷⁶². Ainsi, en pareille occurrence, on ne peut dire qu'une telle exception d'incompétence est soulevée *in limine litis*. Rien ne s'oppose à ce qu'une demande incidente formée devant une juridiction, soit déjà pendante devant une autre. Lorsque l'exception de litispendance qui pourrait en résulter venait à être soulevée, ce serait plus à proprement parler au début de l'instance⁷⁶³. On voit ainsi qu'on ne peut regrouper les exceptions de procédure en un contentieux préalable alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées se poursuit et ne prendra fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. Ce d'autant plus que la nature de certaines exceptions de procédure ne s'y prête même pas car n'ayant rien à voir avec le début de l'instance. Ce sont ces cas qu'il faut maintenant examiner.

2- Les exceptions de procédure soulevées en cours d'instance

286. Certaines exceptions de procédure n'ont rien à voir avec le début de l'instance. Ce constat est perceptible dans les propos de M. Guinchrad, Mmes Chainais et Ferrand : « *il semble bien que les rédacteurs du Code aient voulu, en deux articles préliminaires aux exceptions de procédure qu'ils envisagent expressément à ce stade de l'exposé du Code (...), donner une définition et un régime (art. 74) qui dépassent l'énumération qui va suivre et qui*

⁷⁶¹ Cass. 2e civ., 1er oct. 2009, n° 08-14.135: *JurisData* n° 2009-049671 ; *Bull. civ.* 2009, II, n° 233; Cass. 2e civ., 18 déc. 2008, n° 08-11.438: *JurisData* n° 2008-046893 ; *Bull. civ.* 2008, II, n° 277 Cass. 1re civ., 2 juin 1982, n° 81-11.531: *JurisData* n° 1982-701210; *Bull. civ.* 1982, I, n° 206.

⁷⁶² X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense : règles générales », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. n° 128, n°30 ; H. Croze et N. Lesourd, *art. préc.* n° 16 : ces auteurs observent que : « *le demandeur principal peut soulever l'incompétence de la juridiction qu'il a saisie pour se prononcer sur la demande reconventionnelle formée par le défendeur. Il appartient à celui qui conteste la compétence d'une juridiction d'établir qu'elle est incompétente* » (cass. 2° civ., 13 juill. 2006, n°05-13976 : *Jurisdata* n°2006-034571 ; *Bull. civ.* 2006, II, n°210.

⁷⁶³ V. *infra* n°378.

va pouvoir s'appliquer à **des exceptions de procédure qui n'apparaîtront que plus tard dans l'instance** ». De toute évidence, il ressort clairement des propos de ces auteurs que certaines exceptions de procédure n'interviendront que plus tard dans l'instance. Ainsi en va-t-il par exemple de l'exception de procédure soulevée par le demandeur. Comme l'observent MM Marchand et Pivet, « ...le demandeur peut lui-même soulever des exceptions en cours de procédure ce qui par définition ne peut être *in limine litis* pour lui »⁷⁶⁴. Dans nombre de ces situations, la qualification d'exception de procédure est souvent déniée, soit en raison du moment où intervient le moyen⁷⁶⁵, soit en raison de la personne qui en prend l'initiative. A ce propos, on examinera le malaise provoqué par l'exception de procédure soulevée par le demandeur à l'action principale (a). On envisagera ensuite inadaptation de certaines exceptions dilatoires avec le début de l'instance (b). On examinera enfin, la demande de péremption de l'instance, exception de procédure ne pouvant être soulevée en début d'instance (c).

a- Le malaise provoqué par l'exception de procédure soulevée par le demandeur

287. L'exception de procédure est inscrite dans le Code de procédure civile au titre des moyens de défense. Ceci laisse supposer qu'elle ne peut être soulevée que par le défendeur ou tout au moins une partie en position de défense. Cette idée n'est pas juste. L'exception de procédure peut être soulevée par toutes les parties au procès y compris le demandeur à l'action principale. La plupart des textes sont en ce sens⁷⁶⁶. L'exception de procédure soulevée par le demandeur à l'action principale ne manque pas de provoquer un malaise en raison du moment où elle est interviend. En effet, le régime auquel est soumise l'exception de procédure ne semble pas conçu pour le demandeur à l'action principale. La demande de sursis à statuer présentée par le demandeur à l'action principale fournit un exemple assez édifiant. Dans une espèce, la cour d'appel de Paris alors qu'elle est saisie d'une demande de sursis à statuer formée par le demandeur à l'action, demande contre laquelle s'est opposée le défendeur en raison du moment où elle intervient, a rendu une décision assez

⁷⁶⁴ X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense : règles générales », *JCP, Proc. civ., Fasc. N° 128*, p.20

⁷⁶⁵ V. *supra* n° 196 s.

⁷⁶⁶ V. *supra* n°91 s.

surprenante ». Elle a jugé qu'« **une demande de sursis à statuer, qui est certes une exception de procédure au sens des articles 73 et suivants du N.C.P.C., n'est pas en revanche un moyen de défense lorsqu'il est sollicité par le demandeur à l'action, lequel n'est donc pas soumis à l'obligation édictée par l'article 74 de ce code de soulever ce moyen in limine litis. Dès lors, ce demandeur n'est nullement irrecevable à solliciter ce sursis à statuer, au regard de l'obligation faite par l'article 74 du N.C.P.C de soulever les exceptions simultanément ou avant toute défense au fond** ». ⁷⁶⁷ La cour d'appel de Paris a ainsi accueilli une exception de sursis à statuer soulevée après que les parties aient conclu au fond, violant manifestement la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Cette juridiction, si elle ne dénie pas la qualification d'exception de procédure à la demande de sursis à statuer, la soumet à deux régimes distincts en tenant compte de la personne qui en prend l'initiative. Ainsi, suivant cette jurisprudence la demande de sursis à statuer est un moyen de défense lorsqu'elle est présentée par le défendeur et donc soumise aux prescriptions de l'article 74 du Code de procédure civile. Elle doit en conséquence être soulevée au seuil de l'instance. En revanche, elle n'est pas un moyen de défense et peut être présentée à toute hauteur de procédure lorsque l'initiative en est prise par le demandeur à l'action principale. Cette discrimination s'observe également dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁶⁸. Une telle discrimination admise tant par certains auteurs que par la jurisprudence n'est pas acceptable et paraît totalement illogique⁷⁶⁹.

288. L'égalité des armes en souffrirait si on doit permettre à une partie de cantonner sa demande au seuil de l'instance alors que l'autre pourrait la présenter à toute hauteur de procédure. Le demandeur à l'action qui sollicite un sursis à statuer après l'ouverture des débats, au beau milieu du procès, a d'abord pris le temps de la réflexion, un temps auquel le défendeur, en raison de sa qualité, n'a pas eu droit. Or des deux protagonistes, le demandeur à l'action, pour avoir pris l'initiative du procès, est présumé avoir longuement

⁷⁶⁷ CA Paris, 19^e ch., 25 fév. 2003 : *Bull. Avoués*. 2003, n°168, p.22

⁷⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2014, n°13-19.329, *Procédures 2014*, n°198, note R. Perrot. La haute juridiction a jugé en effet : « *que la demande de sursis à statuer formée, en défense, (...) était une exception de procédure, et que les exceptions de procédure doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément* ».

⁷⁶⁹ Pour ces auteurs en effet, la demande de sursis à statuer présentée par le demandeur n'est pas une exception de procédure mais un incident d'instance. V. dans ce sens X. Marchand et A. Sérapionian, « Les exceptions dilatoires », *fasc. cit.* n°15. Ces auteurs s'en vont jusqu'à dégager trois critères pour l'identification des exceptions dilatoires : La qualité du requérant - la finalité extinctive de la demande - la nécessité d'une décision, V. *fasc. préc.* n°13 à 22.

muri sa réflexion avant de s'engager dans une telle joute. Il a donc, en l'occurrence, besoin de moins de temps que le défendeur. Le bon sens recommanderait d'ailleurs que sa demande soit cantonnée au seuil de l'instance. Le défendeur pourra quant à lui, pour avoir été surpris par le procès, bénéficier de plus de temps pour présenter une telle demande. Malheureusement, ce n'est pas à cette solution que conduit la jurisprudence de la cour d'appel de Paris.

289. Selon la jurisprudence citée, la demande de sursis à statuer est une exception de procédure mais pas un moyen de défense lorsqu'elle est présentée par le demandeur à l'action principale. M. Cholet y voit plutôt une demande incidente plus précisément une demande additionnelle, lorsqu'elle est formée par le demandeur à l'action principale⁷⁷⁰. Pour l'auteur la demande de sursis à statuer formée par le demandeur doit être soumise au régime des demandes incidentes qui, ne constituant pas des moyens de défense « *...ne sont pas soumises au même régime que les exceptions de procédure. Elles sont recevables en tout état de cause dès lors qu'elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant article 70 du Code de procédure civile.* »⁷⁷¹. La position de cet auteur est contestable à plusieurs égards. D'abord, il soutient que « *lorsque la demande de sursis à statuer est présentée par le défendeur, elle reçoit la qualification d'exception de procédure* »⁷⁷². Ainsi, la demande de sursis à statuer formée par le défendeur est une exception de procédure et doit être soulevée *in limine litis*, et lorsque la même demande est formée par le demandeur à l'action, elle constitue une demande incidente recevable à toute hauteur de procédure. Une telle distinction n'est pas acceptable⁷⁷³.

290. On ne peut admettre en premier lieu que l'exception de procédure soit définie suivant son régime. A procéder ainsi, serait une exception de procédure tout ce qui doit être soulevé *in limine litis*, que deviendraient alors les nombreuses exceptions de procédure dérogeant à la double règle de simultanéité et d'antériorité ?

⁷⁷⁰ D. Cholet, « Le sursis à statuer en cours de la mise en état », *Gaz. Pal. Rec. 2008, doct.*, p. 3306 n°8, L'auteur indique en effet que : « *la demande de sursis à statuer formulée par le demandeur doit être classée parmi les demandes en justice régies par le titre IV du livre 1^{er} du code de procédure civile, non parmi les défenses du titre V. Il s'agit d'une demande incidente (article 63 du code de procédure civile) et plus particulièrement d'une demande additionnelle lorsqu'elle est formulée par le demandeur initial (article 65 du code de procédure civile)* ».

⁷⁷¹ D. Cholet, « Le sursis à statuer en cours de la mise en état », *art. cit.*, n°13 .

⁷⁷² D. Cholet, « Le sursis à statuer en cours de la mise en état », *art. cit.*, n°12.

⁷⁷³ V. *supra* n°288 et 289.

291. En second lieu, on ne peut non plus admettre que pour deux demandes ayant un même objet, la qualification et le régime différent en tenant compte de la qualité des parties à l'instance. Ensuite, comme M. Cholet semble le reconnaître lui-même, les demandes incidentes sont « *recevables si elles visent à faire juger des questions nées de la survenance ou de la révélation d'un fait* »⁷⁷⁴. Alors, l'opportunité d'une demande de sursis à statuer peut se justifier après la survenance ou la révélation d'un fait, dont en l'état, ne pourrait se prévaloir que le seul demandeur à l'action. Or comme semble l'admettre l'auteur, la révélation ou la survenance d'un fait ne se produit pas généralement sur le seuil d'instance mais en cours de l'instance. Et en pareille occurrence, seul le demandeur à l'action pourra s'en prévaloir pour bénéficier de la suspension de l'instance. La solution paraît injuste. Certaines exceptions dilatoires offrent l'illustration d'une telle injustice.

b- L'inadaptation de certaines exceptions dilatoires avec le seuil de l'instance

292. L'immense majorité des exceptions dilatoires n'ont rien à voir avec le début de l'instance. Cette inadaptation de leur objet au seuil de l'instance illustre une fois encore l'incohérence qu'il y a à chercher à cantonner leur présentation au début du procès alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées se poursuit et ne prendra fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. La plupart des exceptions dilatoires sont inconciliables avec la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Autrement, elles se trouveraient privées de sens. Pourtant la fermeté de l'article 74 du Code de procédure civile prescrivant la double exigence de simultanéité et d'antériorité est assez remarquable, l'alinéa 1^{er} de cette disposition précisant *in fine* qu'« *il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public* ». Cette formulation laisse supposer que l'article 74 du Code de procédure civile n'admet de dérogations que celles limitativement énumérées par l'alinéa 2 de ce texte à savoir les articles 103, 111, 112, 118. Les exceptions dilatoires prévues aux articles 108 à 111 renvoient aux hypothèses où la suspension est obligatoire ou facultative. En effet, aux termes de ces dispositions, le juge est tenu dans certaines hypothèses de surseoir à statuer (cas de sursis à statuer obligatoire), dans d'autres

⁷⁷⁴ *Ibid.*

hypothèses, le sursis à statuer ne représente pour lui qu'une simple faculté (sursis à statuer facultatif).

293. Si, les cas de demandes de sursis à statuer obligatoires se conçoivent aisément au seuil de l'instance, il en va autrement des cas de demandes de sursis à statuer facultatifs. Celles-ci s'en trouveraient privées de sens si le juge devrait de façon mécanique les soumettre à la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Plusieurs exemples illustrent.

294. Dans ce sens, l'article 109 du Code de procédure civile en constitue un exemple édifiant. Cette disposition prévoit que le juge peut accorder un délai au défendeur pour appeler un garant, prescription que M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand ont étendu au demandeur⁷⁷⁵. Si comme le soulignent ces auteurs, « *il peut y avoir exception de garantie soulevée par le demandeur* »⁷⁷⁶, peut-on reprocher à ce dernier de ne pas l'avoir soulevée *in limine litis*. En d'autres termes, le demandeur à l'action principale, est-il aussi astreint de présenter sa demande conformément aux prescriptions de l'article 74 du Code de procédure civile. L'admettre ainsi, reviendrait à lui imposer de formuler sa demande de sursis à statuer dans l'acte introductif d'instance. Ce qui, manifestement, n'a pas de sens : on ne peut suspendre qu'une instance déjà engagée⁷⁷⁷. L'opportunité de formuler une demande de sursis à statuer pour appeler un garant peut ne se manifester qu'après la révélation ou la survenance d'un fait en cours d'instance, alors même que les parties ont déjà fait valoir des défenses au fond ou des fins de non-recevoir. La demande de sursis à statuer présentée en principe après des moyens de défense devrait être déclarée irrecevable. Or à l'évidence, il ne serait pas de bonne justice qu'une telle demande soit écartée pour violation de la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Autrement, le juge se trouverait privé de solides moyens pour rendre une décision juste. On peut, peut-être, penser que le pouvoir discrétionnaire reconnu aux juges par la Cour de cassation couvre cette exigence légale⁷⁷⁸, il n'en est rien. Le pouvoir discrétionnaire reconnu en matière de demandes de sursis à statuer

⁷⁷⁵ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°993 ; V. *supra* n°99

⁷⁷⁶ *Ibid.*, Ces auteurs relèvent que « *la loi ne s'est occupée que de l'exception soulevée par le défendeur ; il peut y avoir exception de garantie soulevée par le demandeur* ».

⁷⁷⁷ V. *infra* n°550

⁷⁷⁸ Il est d'une jurisprudence constante que les demandes de sursis à statuer facultatif identifiées comme étant dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice doivent être présentées *in limine litis* même si le juge dispose de larges pouvoirs pour apprécier l'opportunité du sursis.

facultatifs est relatif à l'examen du bien-fondé et non à leur recevabilité. Le pouvoir discrétionnaire du juge n'est donc pas lié au moment de présentation de ces demandes. Le juge ne peut donc en principe, en raison de son pouvoir discrétionnaire déroger à la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Le pouvoir discrétionnaire reconnu aux juges est relatif à l'opportunité d'accorder la suspension dès lors que l'exception dilatoire remplit les conditions requises pour sa recevabilité. L'exemple évoqué n'est pas isolé.

295. La demande de sursis à statuer fondée sur l'exercice d'un recours extraordinaire constitue une autre illustration. Cette demande aux termes de l'article 110 du Code de procédure civile n'est pas fermée au demandeur. C'est du moins la lecture qu'inspire cette disposition qui prévoit que : « *le juge peut également suspendre l'instance lorsque **l'une des parties** invoque une décision frappée de tierce-opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation* ». D'une part, le demandeur à l'action ne peut soulever une telle exception de procédure *in limine litis*, ce qui reviendrait à le contraindre à présenter sa demande dans l'acte introductif. Aussi, il paraîtrait injuste qu'il soit autorisé à la formuler à toute hauteur de procédure alors que le défendeur ne pourra présenter la même demande qu'au début du procès. En réalité, la demande de suspension de l'instance fondée sur l'exercice d'un recours extraordinaire peut se justifier en cours d'instance. Seulement, ce serait tard, les parties se verront opposer la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Si comme le relève Jean Viatte : « *dans de telles hypothèses, le sursis à statuer s'apparente à une mesure d'instruction car il est destiné à donner à la juridiction qui l'ordonne une meilleure information* »⁷⁷⁹, les soumettre à la double exigence de simultanéité ou d'antériorité reviendrait à priver le juge de moyens nécessaires pour rendre sa décision. Cette exception de procédure ne peut manifestement pas trouver place dans un contentieux préalable à cantonner au seuil de l'instance.

296. Ce malaise est illustré par une espèce dont la cour d'appel de Versailles a été saisie. En effet, saisie d'une demande de sursis à statuer formée tardivement, demande à laquelle, il a été opposé une fin de non-recevoir, la cour d'appel a dû requalifier ce qui est manifestement une exception de procédure en « incident ne mettant pas fin à l'instance » dans le seul but de la soustraire de la rigueur du régime prévu à l'article 74 du Code de

⁷⁷⁹ J. Viatte, « Exceptions dilatoires, questions préjudicielles et sursis à statuer » *Gaz. Pal.* 1978, p. 31

procédure civile. La cour d'appel a ainsi jugé que cette « *demande de sursis est, (...), non pas une exception dilatoire telle que définie par l'article 108 du nouveau Code de procédure civile mais une demande de sursis facultatif, incident de procédure ne mettant pas fin à l'instance* »⁷⁸⁰. La cour d'appel de Versailles a opéré ainsi, une distinction dans la catégorie des demandes de sursis à statuer, distinguant ainsi entre demandes de sursis à statuer obligatoire et demandes de sursis à statuer facultatif. D'après elle, seules les premières constituent des exceptions de procédure et donc relèvent de la compétence exclusive du juge de la mise en état et à ce titre doivent être soulevées *in limine litis*, alors que les secondes constituent des incidents de procédure pouvant être soulevés à toute hauteur de procédure même pour la première fois devant la formation de jugement du tribunal. Une telle solution révèle tout le malaise qu'il y a à vouloir soumettre toutes les exceptions de procédure à la double exigence de simultanéité et d'antériorité. La jurisprudence de la cour d'appel de Versailles n'est pas isolée. Ce malaise est également illustré par une affaire dont la cour d'appel de Paris fut saisie quelques années plus tard⁷⁸¹. Dans ces différences espèces, les juridictions saisies identifient clairement l'exception de procédure comme des moyens devant être soulevés au tout début du procès. On voit ainsi comment la jurisprudence, face à l'incohérence du régime des exceptions, recherche des solutions pour contourner celui-ci. Elle n'hésite pas à appréhender les exceptions de procédure par leur régime. En suivant, la ligne tracée par les cours d'appel de Versailles et de Paris, la qualification d'exception de procédure doit être déniée aux demandes de sursis à statuer prévues aux articles 109 et 110 du Code de procédure civile, puisque celles-ci requièrent l'appréciation du juge⁷⁸². Les cours d'appel de Versailles et de Paris pour ne citer que ces exemples font du régime des exceptions de procédure, un critère d'identification de celles-ci, ce qui est fort regrettable. A l'évidence, c'est le régime strict auquel le législateur a soumis ces demandes qui posent des

⁷⁸⁰ CA Versailles (16^e ch.), 30 novembre 2006, *Gaz. Pal.* 2007, p. 587.

⁷⁸¹ CA Paris, Pôle 5 (9^e ch), 23 mai 2013, n°13/00762, www.lamyline.fr, Le dispositif de l'arrêt indique que « *La cour considère que seuls les sursis à statuer dits obligatoires, en ce sens qu'ils s'imposent au juge, constituent des exceptions de procédure et qu'à l'inverse, un sursis à statuer dont l'opportunité est laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge relève du régime des incidents d'instance de l'article 377 du Code de procédure civile qui dispose que les : 'en dehors des cas des cas où la loi le prévoit, l'instance est suspendue par la décision qui sursoit à statuer'* ».

⁷⁸² En ce sens, mais sur tout autre fondement V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°157 : « *Il paraît préférable de réserver la qualification d'exception dilatoire aux seules hypothèses dans lesquelles le plaideur dispose d'un véritable droit à la suspension de l'instance* ».

difficultés : toutes les exceptions de procédure ne peuvent être soumises au régime strict de l'article 74 du Code de procédure civile.

297. M. Jullien, dans le commentaire qu'il propose de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, tente d'y apporter une justification. Il relève ainsi qu' « **alors que les exceptions de procédure figurent au nombre des moyens de défense, toutes les demandes de sursis à statuer peuvent difficilement être qualifiées d'exception de procédure dès lors qu'elles ne sont pas nécessairement fondées sur l'application d'une règle de droit mais, par exemple sur une bonne administration de la justice qui ressortit à l'appréciation souveraine des juges du fond.** »⁷⁸³. L'auteur semble approuver la solution donnée par la cour d'appel, il précise en effet, que, « *c'est le grand mérite de cet arrêt de tenir compte de cette variété et de dénier à toutes les demandes de sursis la qualification d'exception de procédure en proposant de ne reconnaître cette qualité qu'aux seules demandes de sursis qui s'imposent au juge.* »⁷⁸⁴. Cette position rejoint celle de Jacques Héron et M. Le Bars⁷⁸⁵. Cette conception de l'exception de procédure comme ce qui s'impose au juge est critiquable⁷⁸⁶. L'exception de procédure ne peut être envisagée comme ce qui s'impose au juge et donc n'appellant aucune appréciation de sa part⁷⁸⁷. La soumission à la double règle de simultanéité et d'antériorité ne peut être un critère de l'exception de procédure.

298. Dans le Code de procédure civile, les exceptions dilatoires obligatoires et les exceptions dilatoires facultatives sont fondées sur des textes⁷⁸⁸. Cependant, selon une partie de la doctrine, seules les premières mériteraient la qualification d'exceptions de procédure⁷⁸⁹, sans doute parce qu'elles seraient conciliables avec le régime prévu pour celles-ci. Que dire alors de la demande de sursis à statuer à statuer présentée en vue d'adresser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Une telle

⁷⁸³ E. Julien, « la compétence du juge pour statuer sur les exceptions de procédure », *D. 2007, doct. P.92* : « en d'autres termes, il existe des demandes de sursis à statuer qui constituent des exceptions de procédure et *sont de la compétence exclusives du juge ou du conseiller de la mise en état alors même qu'elles ne sont pas nécessairement impératives pour le juge, mais il existe également des demandes de sursis à statuer qui n'obéissent pas au régime des exceptions de procédure et restent de la compétence du tribunal ou de la Cour.* »

⁷⁸⁴ E. Jullien, « la compétence du juge pour statuer sur les exceptions de procédure », *art. cit.*, p. 93

⁷⁸⁵ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°157.

⁷⁸⁶ V. *infra* n°433 s.

⁷⁸⁷ V. *infra* n° 572 s & 593 s.

⁷⁸⁸ Certaines demandes de sursis à statuer peuvent cependant ne pas être fondée sur l'application d'une règle de droit V. *infra* n° 578.

⁷⁸⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°157.

demande fonde selon la jurisprudence de la Cour de cassation un sursis à statuer obligatoire. Elle déroge cependant au régime des exceptions de procédure. Doit-on en conclure sur ce critère qu'elle n'est pas une exception de procédure ? On voit bien qu'à l'instar des cas de sursis à statuer facultatif, cette demande ne se prête pas au régime trop rigoureux des exceptions de procédure. En conséquence, le critère de qualification de l'exception de procédure fondée sur la nature obligatoire du sursis n'est guère satisfaisant⁷⁹⁰. De plus, on pense à tort que les demandes de sursis à statuer facultatifs sont les seules à être fondées sur une bonne administration de la justice. La demande de sursis à statuer facultatif fondée sur la règle "*le criminel tient le civil en l'état*" fonde un sursis à statuer obligatoire. Cependant, elle ne vise pas moins une bonne administration de la justice⁷⁹¹. Ce critère de distinction n'est non plus satisfaisant. Il apparaît alors contestable de proposer de distinguer les exceptions dilatoires fondées sur l'application d'une règle de droit et les demandes de sursis à statuer qui ne seraient pas des exceptions de procédure parce qu'elles n'obéissent pas au régime de celles-ci, au motif qu'elles seraient dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

299. On ne peut écarter la qualification d' « exception de procédure » en prétextant que la demande de sursis à statuer serait dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, lequel est le fondement de nombre d'exceptions de procédure⁷⁹². Pour peu qu'on dise, les exceptions dilatoires s'adaptent mal au régime des exceptions de procédure. Seule une infime partie des exceptions dilatoires s'y soumettent sans grande difficulté. La plupart d'entre elles n'ont rien à voir avec le début de l'instance. Cette situation illustre une fois encore l'incohérence qu'il y a à vouloir cantonner les exceptions de procédure au début du procès alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées se poursuit et ne prendra fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. On a longtemps hésité à qualifier le moyen tiré de la péremption de l'instance d'exception de procédure. On est bien tenté de croire que cette réticence serait due au moment où elle intervient dans l'instance, qui sans doute n'a

⁷⁹⁰ R. Perrot, note sous Cass. 1^{re} civ, 14 mai 2014, *Procédures 2014*, n°198 : « *La Cour de cassation n'a pas admis cette distinction. Elle a rappelé que constitue une exception de procédure tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte et qu'il est peu important que le sursis sollicité soit facultatif ou obligatoire pour le juge* ».

⁷⁹¹ V. *supra* n°86

⁷⁹² V. *supra* n°79 & *infra* 377.

rien à voir avec le début de l'instance. Mis à part ce moment, elle présente toutes les caractéristiques d'une exception de procédure, il est une exception de procédure⁷⁹³.

c- L'inadéquation de la demande de péremption d'instance avec le début du procès

300. Cela peut surprendre, la demande tendant à faire constater l'extinction de l'instance pour cause de péremption est une exception de procédure⁷⁹⁴. L'affirmation ne paraît curieuse qu'en raison du moment où une telle demande peut intervenir dans le procès. Cette demande qui se rapporte pourtant à la marche de la procédure⁷⁹⁵ n'a rien à voir avec le début de l'instance. L'exception de péremption de l'instance offre elle aussi l'illustration que les exceptions de procédure ne peuvent être envisagées comme ce que l'on doit réunir dans un contentieux en début de l'instance. L'exception de péremption de par son objet n'a rien à voir avec le début de l'instance. L'article 386 prescrit dans ce sens que : « *l'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans* ». La demande tendant à faire constater cette péremption ne peut intervenir qu'après au moins deux ans à compter du dernier acte valable accompli au cours de l'instance. Mme Fricéro constate à ce propos que : « *la mise en œuvre de la péremption d'instance suppose, à l'évidence, l'existence préalable d'une instance* »⁷⁹⁶. Aux termes du Code de procédure civile, la péremption de l'instance devrait être présentée avant tout autre moyen. C'est ce que prévoit notamment l'alinéa 1^{er} de l'article 388 aux termes duquel : « *la péremption doit, à peine d'irrecevabilité être demandée ou opposée avant tout autre moyen* ». La demande de péremption de l'instance est placée non pas sur le seuil de l'instance mais avant tout autre moyen ainsi que cela ressort de la jurisprudence⁷⁹⁷. La demande de péremption de l'instance est placée devant tout moyen y compris les autres exceptions de procédure survenues qui surviendront à cette étape de la procédure⁷⁹⁸. La formule utilisée par les rédacteurs du Code

⁷⁹³ V. *supra* n°256.

⁷⁹⁴ V. *Supra* n°256, *infra* n° 381 s. & n°611 s.

⁷⁹⁵ V. *supra* n°256 & *infra* n°381.

⁷⁹⁶ N. Fricéro, « Péremption de l'instance », *J.-cl. proc. civ., fasc.* 681 n°9, 2009,

⁷⁹⁷ Cass. 2^e civ., 15 fév. 1995 : *JCP G* 1995, IV, n°932 ; Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 2001, n°99-17.875, *Bull.civ. II.*, n°171; *Dr. et proc.* 2002. 163, note Douchy. Toulouse, 28 mars 1995, *D.* 1996. Somm. *Comm.* 137, obs. Julien.

⁷⁹⁸ Cass. 2^e civ., 13 mai 1991 : *Bull. civ.* 1991, II, n°148 ; Cass. 2^e civ. 15 fév. 1995, II, n°53 ; Cass. 2^e civ., 13 juillet 1999 : *Procédures* 1999, n° 225, obs. R. Perrot.

de procédure civile est non exclusive, l'exception doit être soulevée « *avant tout autre moyen* ». La jurisprudence est en ce sens⁷⁹⁹.

301. En dehors des nombreuses dérogations apportées à la double exigence de simultanéité et d'antériorité et des raisons factuelles qui rendent impossible la concentration des exceptions de procédure en un contentieux préalable, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui illustre l'impossibilité de réunir celles-ci sur le seuil de l'instance. Au regard du résultat auquel a conduit la jurisprudence de la Cour de cassation, il n'est pas excessif de conclure au déclin de la double exigence de simultanéité et d'antériorité.

§2.- Le déclin de la double exigence de simultanéité et d'antériorité

302. Il est vain de chercher à cantonner les exceptions de procédure au seuil de la procédure alors que l'instance à laquelle, elles sont rattachées se poursuit et ne prendra fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. C'est principalement la jurisprudence de la Cour de cassation qui en dépit des récentes réformes⁸⁰⁰, prouve largement que l'objectif poursuivi ne pourra être atteint. Cette jurisprudence illustre nettement le déclin de la double exigence de simultanéité et d'antériorité. Dans ce sens, il faut d'abord relever l'effacement de la double exigence de simultanéité et d'antériorité (A) puis la consécration par la jurisprudence de nouvelles catégories d'exceptions de procédure dérogeant à la double exigence de simultanéité et d'antériorité remettant en cause la rigueur attendue de l'article 74 alinéa 1^{er} (B).

⁷⁹⁹ Cass. 2^e civ., 13 juil. 1999 : *Procédures 1999*, n° n°225, obs. Perrot ; Cass. 2^e civ., 23 nov. 1988: *JCP 1989*, IV, 30.

⁸⁰⁰ Les magistrats de la mise en état sont compétents depuis le 1^{er} mars 1999 pour statuer sur les exceptions de procédure et depuis le 1^{er} janvier 2005 pour trancher les incidents mettant fin à l'instance.

A- L'effacement de la double exigence de simultanéité et d'antériorité devant les juridictions de fond

303. L'aboutissement du processus de dédoublement⁸⁰¹ de l'instance a conduit progressivement à l'attribution d'une exclusivité de compétence sur les exceptions de procédure et autres incidents mettant fin à l'instance au magistrat de la mise en état⁸⁰². Cette attribution rejoint ce constat de Jacques Héron et M. Le Bars : « *le législateur interdit au plaideur de renverser l'ordre normal des choses qui veut que l'on se débarrasse d'abord des problèmes mineurs* »⁸⁰³. Au depuis cette réforme, il ne devrait plus être possible de soulever pour la première fois une exception de procédure devant la formation de jugement du tribunal. Le législateur en attribuant compétence exclusive aux magistrats de la mise en état pour statuer sur les exceptions de procédure a voulu concentrer le contentieux auquel elles peuvent donner lieu dans la phase préliminaire du procès. Cependant, la mise en œuvre de cette réforme illustre l'incohérence qu'il y a à vouloir cantonner les exceptions de procédure au seuil de l'instance. La Cour de cassation a consacré une compétence concurrente entre les juridictions de la mise en état et les juridictions de jugement pour statuer sur les exceptions de procédure (1). L'état de la jurisprudence illustre bien que les exceptions de procédure sont présentes à toutes les phases de l'instance, y compris devant la formation de jugement où devra se poursuivre l'instance commencée devant le juge de la mise en état. La preuve en est que certaines exceptions de procédure relèvent de la compétence exclusive de cette dernière. Il en va ainsi des exceptions de procédure qui se sont révélées postérieurement au dessaisissement du magistrat de la mise en état (2).

⁸⁰¹ V. M. Douchy-Oudot, M., « La scission des phases de l'instance : la mise en état », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 233, spéc. p. 234, n°2 : « *Au-delà et de façon bien plus radicale, se profile une dissociation de la phase de jugement de celle de la mise en état* ».

⁸⁰² M. Douchy-Oudot, M., « La scission des phases de l'instance : la mise en état », *art. préc.* p. 236, n°6 : « *Devant toute juridiction, il est parfois nécessaire de diligenter une instruction pour éclairer les juges chargés de trancher la contestation sur les différents éléments du dossier. Ce juge rapporteur sur le dossier a pour titre spécifique celui de magistrat de la mise en état – juge de la mise en état (JME) devant le tribunal de grande instance et de conseiller de la mise en état (CME) devant la cour d'appel* ».

⁸⁰³ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 160.

1- Une compétence concurrente entre juridictions de mise en état et juridictions de jugement

304. Comme l'a observé M. Raskin, « *les objectifs de célérité, de qualité et d'efficacité ont conduit le législateur (...) à placer les exceptions de procédure dans le champ de compétence exclusive du JME près le tribunal de grande instance dès lors que ce magistrat est saisi, avec toutes les conséquences inhérentes au rattachement de cette compétence* »⁸⁰⁴. Or, on ne peut cantonner les exceptions de procédure au début du procès alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées une fois commencée devant le juge de la mise en état devra en principe se poursuivre devant la formation de jugement du tribunal. Cette incohérence semble quelque peu corrigée par la Cour de cassation qui en raison de l'interprétation qu'elle donne des textes a rendu possible devant cette formation, un nouvel examen des exceptions de procédure soulevées lors de la mise en état. Cette situation a pour corrolaire, l'instauration d'un double examen des exceptions de procédure (a). Les exceptions de procédure sont relatives à l'instance. Cette idée se matérialise aussi par l'interdiction faite au conseiller de la mise en état de statuer sur une exception de procédure relative à la première instance (b).

a- L'instauration d'un double examen des exceptions de procédure

305. Le législateur, dans le souci de concentrer le contentieux des exceptions de procédure dans la phase préliminaire de l'instance a donné depuis le 1^{er} mars 1999 compétence exclusive aux magistrats de la mise en état pour statuer sur les exceptions de procédure. Ainsi, l'article 771 du Code de procédure civile prévoit que « *le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal pour statuer sur les exceptions de procédure...* ». La rigueur attendue de cette règle est telle que « *les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions (...) ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou ne soient révélés postérieurement au dessaisissement...* » du magistrat de la mise en état (art.771 CPC)⁸⁰⁵. L'objectif poursuivi à

⁸⁰⁴ E. Raskin, « Le juge de la mise en état : problématique de compétence exclusive », *Gaz. Pal.* 2009, p. 336 spéc. p. 338

⁸⁰⁵ M. Douchy-Oudot, « La scission des phases de l'instance : la mise en état », *art. préc.* p. 236, n°7 : « *Le juge de la mise en état est devenu "un véritable gestionnaire de l'instruction civile" en raison de la volonté affichée*

travers une telle réforme paraît totalement incohérent : réunir toutes les exceptions de procédure au début de l'instance alors que celle-ci est censée se poursuivre devant la formation de jugement après la phase de la mise en état. Pour mieux concrétiser sa volonté, le législateur a prévu à l'article 775 du Code de procédure civile que : « *les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas au principal, 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* ». Au regard de cette disposition, il ne devrait plus en principe être possible de soulever une exception de procédure devant la formation de jugement du tribunal. Dans une espèce dont elle a été saisie, une partie reprochait à une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable une exception de nullité soulevée à nouveau devant cette formation. Cette exception de procédure avait été précédemment rejetée par le conseiller de la mise en état. Saisie sur la recevabilité de cette exception de procédure, la Cour de cassation qui a semblé percevoir le malaise, a décidé que : « *c'est seulement lorsque, en statuant sur une exception de procédure, l'ordonnance du conseiller de la mise en état met fin à l'instance que cette ordonnance a au principal, autorité de chose jugée* »⁸⁰⁶. Ce n'est que cette extinction qui empêche la cause de venir devant la formation de jugement.

306. Cette jurisprudence illustre fort bien que les exceptions de procédure ne peuvent être cantonnées au début de l'instance alors que celle-ci est censée se poursuivre lors de la phase de jugement. Ainsi, à l'exclusion des hypothèses où le magistrat de la mise en état a vraiment mis prématurément fin à l'instance, toutes les exceptions de procédure soulevées devant ce magistrat, peuvent à nouveau être débattues lors de la phase de jugement de l'affaire. Qu'il s'agisse de celles rejetées pour violation de la double exigence de simultanéité ou d'antériorité, de celle déclarées mal fondées ou encore celles auxquelles il a été fait droit mais qui n'ont pas mis fin à l'instance. C'est là, la principale conséquence qui découle de l'absence d'autorité de la chose jugée des décisions qui statuant sur une exception de

de faire en sorte que l'affaire arrive devant la formation de jugement débarrassée de tout incident de procédure ».

⁸⁰⁶ Cass. 2^e civ, 13 mars 2008, *JCP* 2008, II, 10076, note O. Salati. *D.* 2008 p. 2378, obs. J-M. Sommer, *Procédures*, 2008, n°134, note Perrot. Dans l'arrêt rapporté « *le défendeur à une action en réparation avait soulevée la nullité de l'assignation, laquelle avait été rejetée par le conseiller de la mise en état. Le défendeur ne se découragea pas et, devant la formation collégiale, il souleva à nouveau la nullité de l'assignation. Le pouvait-il ? C'est ainsi que se posa la question de savoir si l'ordonnance du conseiller de la mise en état qui avait rejeté l'exception de procédure avait autorité de chose jugée au principal ou si au contraire étant dépourvue de cette autorité, elle laissait encore place à un débat devant la cour* ».

procédure n'ont pas mis fin à l'instance⁸⁰⁷. Roger Perrot a indiqué à ce propos que « *le fait de « statuer » est un acte neutre qui couvre aussi bien le cas où il est fait droit à l'exception que celui où elle est rejetée* »⁸⁰⁸. Or le rejet d'une exception de procédure n'intervient que lorsqu'il y a violation de la double exigence de simultanété et d'antériorité. Une double exigence qui finalement n'a servi à rien devant le magistrat de la mise en état. Et à l'auteur d'ajouter : « *si, le conseiller de la mise en état statue sur l'exception de procédure pour la rejeter, l'instance n'est pas éteinte, et dès lors, son ordonnance étant dépourvue de toute autorité de chose jugée au principal, conformément à la règle de principe de l'article 775, un nouveau débat devant la formation collégiale reste possible.* »⁸⁰⁹ et « *...rien ne s'oppose à un nouveau débat devant la Cour* »⁸¹⁰. Si comme s'accorde à le reconnaître la doctrine⁸¹¹, la double exigence de simultanété et d'antériorité sert à insuffler une certaine célérité à la procédure, le résultat auquel conduit par contre la consécration d'un double examen des exceptions de procédure n'a rien à voir avec une quelconque célérité⁸¹². Cette jurisprudence a juste le mérite de montrer qu'il est impossible de cantonner les exceptions de procédure dans la phase préliminaire de l'instance, alors que celle-ci devra se poursuivre. Les exceptions de procédure sont présentes à toutes les phases de l'instance. L'interdiction faite au conseiller de la mise en état de statuer sur les exceptions de procédure relatives à la première instance a pour résultat de les porter directement devant la formation collégiale

⁸⁰⁷ V. *infra* n° 490 s.

⁸⁰⁸ R. Perrot, *Procédures 2008*, n°134, Cass. 2^e civ, 13 mars 2008 note sous commentaire

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ R. Perrot, *notes préc.* : L'auteur souligne que « *quand l'article 775 du code de procédure civile fait référence aux ordonnances qui statuent sur les exceptions qui mettent fin à l'instance, il vise par là, non pas les ordonnances qui, par leurs effets, auraient vocation à mettre fin à l'instance, mais uniquement celles qui, par leurs effets, l'éteignent effectivement ; elles seules ont autorité de chose jugée au principal. Et si donc l'ordonnance n'a pas éteint l'instance, rien ne s'oppose à un nouveau débat devant la cour* »

⁸¹¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°157 : « *Un plaideur n'a pas le droit de sortir l'une après l'autre des défenses secondaires qui pourraient retarder à l'excès le procès* ». Dans le même sens n°286 ces auteurs précisent que « *le législateur considère que les règles procédurales sont moins importantes que les règles substantielles. Or la mise en jeu des règles procédurales crée un débat nouveau et préalable à l'examen au des questions de droit substantiel, donc retarde cet examen. Le législateur envisage volontiers le sacrifice des règles procédurales au profit d'un règlement rapide du procès* ». V. aussi. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°323 : « *le vœu de la loi est d'enfermer le mécanisme des exceptions dans la phase préliminaire du débat* ». D. Cholet, « *Le sursis à statuer en cours de la mise en état* », *art. cit.*, n°12 « *...les arguments de procédure ne doivent pas être présentés tardivement pour retarder l'issue du procès sur le fond* ».

⁸¹² On remarquera que les objectifs de qualité et de célérité de la justice ont été principalement à l'origine de la mise en place de différentes commissions qui ont abouti à diverses propositions dont l'attribution d'une exclusivité de compétence au juge de la mise en état sur les exceptions de procédure et autres incidents mettant fin à l'instance. V. M. Douchy-Oudot, M., « *La scission des phases de l'instance : la mise en état* », *art. préc.* pp. 233 et 234, n°1.

de la cour d'appel. Ces exceptions de procédure échappent ainsi en appel à la double exigence de simultanéité et d'antériorité.

b- L'incompétence du conseiller de la mise en état pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance

307. Les exceptions de procédure ne peuvent pas être cantonnées à la phase préliminaire de l'instance. Cette illustration se donne également à voir en appel en ce qui concerne les exceptions de procédure relatives à la première instance. Celles-ci sont soustraites de la double exigence de simultanéité et d'antériorité. En effet, au regard de l'article 775 du Code de procédure civile, le conseiller de la mise en état est seul compétent, lorsqu'il a été désigné pour statuer sur les exceptions de procédure. Seulement, cette compétence paraît limitée, elle ne concerne pas les exceptions de procédure relatives à la première instance. C'est du moins ce qui ressort d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rendu le 7 mai 2008. Dans cette espèce, il est reproché à un demandeur à la nullité d'un acte introductif d'instance, de n'avoir pas soumis préalablement en appel sa demande au conseiller de la mise en état. Il lui est reproché d'avoir violé la double exigence de simultanéité et d'antériorité. La Cour de cassation, saisie de cette affaire, n'est pas allée dans ce sens. Elle a jugé en effet, que « *le conseiller de la mise en état, (...) n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance* »⁸¹³. Solution qui vient confirmer l'avis n°7-00.004 rendu le 2 avril 2007 où la Cour de cassation précisait que les attributions du conseiller de la mise en état ne concernent que les exceptions de procédure relatives à l'instance d'appel. La solution de la Cour de cassation a affaibli la rigueur attachée à la double exigence de simultanéité et d'antériorité qui voudrait que les exceptions de procédure soient concentrées en un contentieux réuni au seuil de l'instance. Elle a cependant le mérite d'indiquer que les exceptions de procédure ne peuvent être cantonnées au seuil de l'instance.

308. Cette interprétation de la Cour de cassation prouve que les exceptions de procédure sont loin d'être ce qui doit être évacué rapidement afin que l'examen du fond principal ne

⁸¹³ Cass. 2^e civ., 7 mai 2008, *pourvoi n°07-14.784*, FS-P+B (cassation). D. 2008. P. 2378, obs. J-M. Sommer.

soit pas retardé. Autrement, on ne comprendrait pas que lorsqu'un conseiller de la mise en état a été désigné pour évacuer sur le seuil de l'instance les exceptions de procédure qu'il ne soit pas compétent pour statuer sur une exception relative à la première instance. La solution de la Cour de cassation présente un second mérite, celui de consacrer un double contentieux des exceptions de procédure en appel. Un contentieux réservé aux exceptions de procédure relatives à l'instance d'appel et un autre contentieux portant sur les exceptions de procédure relatives à la première instance. Le premier relevant de la compétence du conseiller de la mise en état et le second relevant de la compétence de la cour. Cette répartition des exceptions de procédure au cours de l'instance d'appel constitue l'illustration que la rigueur attachée au respect de la double exigence de simultanéité et d'antériorité n'est qu'une rigueur apparente, brandie pour écarter ce que l'on veut bien écarter. La violation de la double exigence de simultanéité et d'antériorité est pourtant présentée comme une cause d'irrecevabilité d'ordre public que le juge a l'obligation de relever d'office, un peu comme s'il s'agissait d'une barrière infranchissable⁸¹⁴. L'objectif n'est pas de prendre position par rapport à la solution de la Cour mais plutôt de réfuter l'idée suivant laquelle les règles organisant les exceptions de procédure, parce que tenues pour moins importantes, doivent être évacuées rapidement pour ne pas retarder l'examen du fond. Certaines exceptions de procédure à la suite des réformes échappent à la compétence exclusive du juge de la mise en état. Celles-ci ont été confiées à la formation de jugement du tribunal. Cette attribution est une preuve que les exceptions de procédure sont présentes à toutes les phases de l'instance. Elles ne peuvent donc être cantonnées au début de l'instance.

⁸¹⁴ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 321 Ces auteurs relèvent que « cette double exigence de simultanéité est sanctionnée par une irrecevabilité du moyen, irrecevabilité qui est opérante même dans les cas où les règles invoquées au soutien de l'exception sont d'ordre public ». A eux d'ajouter que « le moyen pris de la violation de la double règle de simultanéité et d'antériorité de l'article 74, al. 1^{er}, étant ainsi introduit par une fin de non-recevoir, il peut être proposée pour la première fois en appel ». Aussi selon la jurisprudence de la Cour de cassation le moyen pris de la violation de la double exigence de simultanéité et d'antériorité doit être relevé d'office par le juge.

2- Les exceptions de procédure relatives à la phase de jugement

309. Les exceptions de procédure sont inhérentes à toutes les phases de l'instance. Elles ne peuvent être cantonnées à une phase de celle-ci⁸¹⁵. Déjà, le semblant d'exclusivité attribuée au magistrat de la mise en état sur les exceptions de procédure n'a pas servi à les canaliser. Tant que ce dernier n'a pas mis prématurément fin à l'instance⁸¹⁶, la formation de jugement peut revenir sur toutes les exceptions de procédure soulevées devant lui. Ce double examen se constate tant en première instance que lors de l'instance d'appel. En dépit de cette exclusivité de compétence accordée au juge de la mise en état, certaines exceptions de procédure sont soustraites de son office. Il en va ainsi, de celles qui se sont révélées ou sont survenues après le dessaisissement du juge de la mise en état. C'est à celles-ci que renvoie l'article 771, 1°. Quelques précisions méritent d'être apportées sur la compétence des juges sur les exceptions de procédure. Aux termes de l'article 775 du Code de procédure civile et de l'avis n°07-00.004 du 02 avril 2007, les attributions du magistrat de la mise en état ne concernent que les exceptions de procédure relatives à la phase de la mise en état. Comme le précise M. Sommer « *à chacun son juge, au juge de la mise en état les exceptions de procédure de la première instance et au conseiller de la mise en état celles relatives à l'instance d'appel* »⁸¹⁷. Seulement contrairement à la précision apportée par cet auteur, d'autres exceptions de procédure peuvent survenir ou être révélées après le dessaisissement du magistrat de la mise en état. Ces exceptions relèvent de la compétence de la formation de jugement. Ainsi la formation de jugement en première instance a une double compétence. Elle peut revenir sur toutes les exceptions soulevées devant le juge de la mise en état qui n'ont pas eu pour effet de mettre fin à l'instance, elle statue également sur les exceptions de procédure révélées ou survenues après le dessaisissement de ce magistrat.

310. La formation collégiale de la cour d'appel a par contre une triple compétence. Elle est seule compétente pour statuer sur les exceptions de procédure relatives à la première

⁸¹⁵ H. Motulsky, *Ecrits. D. 1973-1978*, p. 141 : L'auteur souligne que « le texte antérieur à la réforme (art. 81....) dispose que le juge chargé de suivre la procédure « *pourra ...statuer sur l'exception prévue par les articles 166 art 188, ainsi que sur les demandes de provision ad litem ; qu'il doit le cas échéant, tenir une audience spéciale en vue de statuer sur ces différentes demandes* ».

⁸¹⁶ Le magistrat de la mise en état en statuant sur une exception de procédure ou un incident peut mettre fin à l'instance.

⁸¹⁷ J-M. Sommer note sous cassation *D. 2008*, p. 2378.

instance, elle est donc juge d'appel des exceptions de procédure soulevées en première instance. Elle peut revenir sur toutes les exceptions soulevées devant le conseiller de la mise en état et sur les exceptions de procédure révélées après le dessaisissement de ce dernier. La volonté du législateur « *d'enfermer le mécanisme des exceptions de procédure dans la phase préliminaire du débat* »⁸¹⁸ est vraiment totalement irréalisable. Les exceptions de procédure se rattachent à l'instance et tant que celle-ci n'a pas pris fin, on ne devrait pas s'attendre à ce que les exceptions de procédure ne soient pas soulevées. Il est donc à la fois incohérent et aberrant de chercher à les cantonner dans la phase préliminaire de l'instance alors que celle-ci commencée devant le juge de la mise en état devra se poursuivre devant la formation de jugement où elle prendra normalement fin avec la décision finale sur le fond du litige. On ne peut contenir les exceptions de procédure dans la phase préliminaire de l'instance. Cette impossibilité se matérialise aussi par l'émergence de nouvelles catégories d'exceptions de procédure. Celles-ci dérogent à la double exigence de simultanéité et d'antériorité hors les cas limitativement énumérés par l'article 74 du Code de procédure civile. Celles-ci constituent la preuve que les exceptions de procédure se rattachent à toute l'instance et qu'il est vain de chercher à les cantonner dans une phase de l'instance.

B- La consécration par la jurisprudence de nouvelles catégories d'exception de procédure

311. La Cour de cassation a davantage révélé les limites de la double exigence de simultanéité et d'antériorité en consacrant deux nouvelles catégories d'exceptions de procédure. Celles-ci dérogent en dépit de la rigueur de l'article 74 du Code de procédure civile au régime des exceptions de procédure. Cette situation illustre une fois encore l'inadaptation de ce régime à s'appliquer à toutes les exceptions de procédure. En dehors des énumérations prévues par la loi, la jurisprudence de la Cour de cassation a consacré une première catégorie d'exceptions de procédure. Celle-ci peut être invoquée en tout état de cause (1). La haute juridiction a soustrait une seconde catégorie d'exceptions de procédure de la compétence exclusive du juge de la mise en état au motif qu'elles ne constituent pas

⁸¹⁸ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°323.

une exception de procédure au sens de l'article 73 du Code de procédure civile. Elle peut donc à ce titre être invoquée pour la première fois devant la formation de jugement du tribunal (2).

1- L'émergence d'exception de procédure dérogeant à la double exigence de simultanéité et d'antériorité

312. Il est désormais une évidence que les exceptions de procédure ne peuvent être cantonnées dans la phase préliminaire de l'instance. L'illustration en est donnée dans une espèce dont a été saisie la Cour de cassation. En dépit de la fermeté assez remarquable de la double exigence de simultanéité et d'antériorité⁸¹⁹, la haute juridiction a admis une exception de procédure y dérogeant, en dehors des cas limitativement énumérés par la loi. En effet, le législateur, après avoir prescrit à l'alinéa 1^{er} *in fine* de l'article 74 du Code de procédure civile qu'« *il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public* », a limitativement énuméré à l'alinéa 2 de la même disposition, les dérogations apportées à la règle. Cette fermeté a été rappelée par la Cour de cassation qui a jugé qu'« *il résulte de la combinaison des articles 73, 74 et 108 du Code de procédure civile que l'exception de sursis à statuer (...) doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée avant toute défense au fond, et qu'une telle irrecevabilité doit être relevée d'office alors même que la partie à laquelle est opposée l'exception n'invoquerait pas sa tardiveté* »⁸²⁰. De la lettre de l'article 74 et de l'interprétation stricte que semble en donner la Cour de cassation, il apparaît difficile d'admettre d'autres dérogations en dehors de celles limitativement prévues par ce texte. Et c'est pourtant ce qu'a fait la Cour de cassation, lorsqu'elle a jugé que « *la demande de question préjudicielle au sujet de l'interprétation du*

⁸¹⁹ La violation de la double exigence de simultanéité et d'antériorité est sanctionnée par une fin de non-recevoir que le juge peut relever d'office. Il est également admis que ce moyen peut être invoqué pour la première en appel. Aussi la notion de défense au fond est-elle largement appréciée, au point où il a été jugé qu'une partie inscrivant dans ses conclusions qu'elle s'en rapportait à la justice, émettait une contestation au fond, et devenait ainsi irrecevable à soulever une exception d'incompétence (Cass. 2^e civ., 7 juin 2007, n°06-15.920 : *Jurisdata* n°2007-039471 ; *Bull. civ.* 2007, II, n°145 ; *Procédures* 2007, n° 218, obs. R. Perrot ; *D.* 2008, p.648, obs. J-M. Sommer et C. Nicoletis). Cette même rigueur a conduit la Cour de cassation à voir en une demande d'intervention forcée une défense au fond rendant irrecevable une exception d'incompétence (Cass. 2^e civ., 6 mai 1999 *JCP G.* 2000, II, 10291).

⁸²⁰ Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n°05-18.484 : *Jurisdata* n° 2009-047699.

droit communautaire, qui touche au fond du droit, peut être faite à titre subsidiaire, en cas de difficulté d'interprétation, et à toute hauteur de la procédure si bien qu'en jugeant que cette demande aurait dû être faite à titre principal et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, la Cour d'appel a faussement appliqué l'article 74 du Code de procédure civile »⁸²¹.

313. MM. Cadiet et Jeuland sur les dérogations à la double exigence de simultanété et d'antériorité ont observé à ce propos, qu' « *il faut encore compter avec la jurisprudence (...) la cour de cassation juge que la demande de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne, au titre du renvoi préjudiciel, ne relève pas de l'article 74, alinéa 1^{er}, et peut être formée en tout état de cause, même à titre subsidiaire.* »⁸²². Cette décision a le mérite de consacrer une exception de procédure dérogeant à la double exigence de simultanété et d'antériorité. Les raisons qui fondent cette soustraction au régime des exceptions de procédure, ne sont pas moins probantes que celles qui fondent l'exception de procédure tirée d'une question préjudicielle⁸²³. Pourtant cette dernière doit, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il peut être observé à travers cette illustration que la double exigence de simultanété et d'antériorité n'est pas aussi rigoureuse et qu'elle peut céder devant d'autres exigences. Combien de dérogations apportera encore la Cour de cassation à la règle ? Ceci incite sans doute à repenser le régime des exceptions de procédure⁸²⁴. Bien qu'en l'espèce la jurisprudence de la Cour de cassation ne l'énonce pas expressément, cette demande de

⁸²¹ Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008 : *JCP G 2009*, II, 10048, note Cholet ; *Procédures 2009*, n°75, obs. Perrot ; *D. 2009*, *chron. C. Cass.* 757, n°1, obs. Sommer.

⁸²² L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°486.

⁸²³ Le souci est de ne pas restreindre l'accès au juge de la Cour de justice de l'Union européenne en portant atteinte à l'effectivité du droit communautaire de l'Union européenne. L'application du régime strict des exceptions dilatoires aurait constitué une violation des dispositions du traité de l'Union. V. X. Marchand et J. Serapionian, « Les exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 134, n° 40. Ces auteurs relèvent une double justification à la solution de la Cour de cassation. Ils observent que « *la raison première de cette solution réside dans la volonté de ne pas soumettre les questions préjudicielles, en vue de saisir le juge de l'Union européenne, à la sévérité du régime des exceptions dilatoires caractérisés notamment par l'irrecevabilité des exceptions n'étant pas soulevées in limine litis. Si le juge judiciaire avait statué en sens contraire, la période pendant laquelle les plaideurs auraient pu poser cette question aurait été réduite.* ». Ils observent qu' « *en second lieu la chambre criminelle de la Cour de cassation appliquait déjà cette solution. En effet, au seuil des années 1990, cette dernière précisa qu'une demande d'interprétation fondée sur l'article 177 du traité instituant la Communauté Economique Européenne (actuellement article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne) n'était pas soumise aux règles de procédure prévues par l'article 386 du code de procédure pénale (relatif aux exceptions préjudicielles) et pouvait être présentée à tout moment de la procédure, y compris en cause d'appel.* ».

⁸²⁴ V. *infra* n° 317 s.

sursis à statuer est une exception de procédure, plus particulièrement une exception dilatoire. Elle constitue une fois encore la preuve que l'exception de procédure n'a rien à voir avec ce qui doit être cantonné au début de l'instance. Elle constitue une demande qui doit être examinée par préalable au fond.

314. La double exigence de simultanéité ne cesse de prouver ses limites. L'illustration en est donnée dans une espèce où la Cour de cassation pour soustraire une exception de procédure de la compétence exclusive du juge de la mise en état a jugé qu'une exception de procédure dérogeait à l'article 73 du Code de procédure civile. Il faut plutôt y voir une dérogation apportée à la double exigence de simultanéité et d'antériorité.

2- Les exceptions de procédure dérogeant à l'article 73 du Code de procédure civile

315. La double exigence de simultanéité et d'antériorité apparaît comme une règle mécanique incompatible avec les exigences du procès. L'illustration se donne encore à voir à travers une nouvelle catégorie d'exception de procédure consacrée par la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu le 31 janvier 2013, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé en effet que « *la demande de nullité de l'expertise ne constitue pas une exception de procédure au sens de l'article 73* »⁸²⁵ du Code de procédure civile. Une fois encore c'est le régime mécanique auquel les exceptions de procédure sont soumises qui a mis en difficulté la haute juridiction, qui, tenant à voir annulé un rapport d'expertise, a consacré une nouvelle catégorie d'exceptions de procédure. Dans cette espèce, la cour d'appel reproche en effet, au demandeur à la nullité de n'avoir pas soumis sa demande « *au juge de la mise en état, seul compétent, en application de l'article 771* » du Code de procédure civile pour statuer sur les exceptions de procédure. Une telle exception de nullité précise la jurisprudence de la Cour de cassation est invocable en tout état de cause même pour la première fois devant la formation de jugement. Pour parvenir à une telle solution, la Cour de cassation a dû juger que cette exception de procédure dérogeait à l'article 73 du Code de procédure civile. C'est

⁸²⁵ Cass. 2^e civ., 31 jan. 2013, n°10-16910 : *JCP G* 2013, 263, note Vuitton et 519, n°5, obs. Amrani-Mekki; *Rev. Huissiers* 2013, 55, note Fricero ; *Procédures* 2013, n°98, obs. Perrot ; N. Fricéro, « Nullité et portée de l'expertise : les précisions jurisprudentielles », *D.* 2014, 800. Cette position a été réaffirmée dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation Cass. 1^{re} civ., 30 avril 2014, n° 12-21.484, *Bull. civ.* 2014, I, n°75.

en effet, cette disposition qui est le siège dans le Code de procédure civile des exceptions de procédure. Elle en donne une définition assez large comme l'ont souligné les auteurs⁸²⁶, mais pas assez large, selon la Cour de cassation, pour comprendre en l'espèce, la demande de nullité opposée au rapport d'expertise. On voit comment, la rigueur du régime des exceptions de procédure met en difficulté la haute juridiction. On peut comprendre à travers cette jurisprudence que la définition donnée à l'article 73 du Code de procédure civile n'est pas assez large pour comprendre tous les cas d'exceptions de procédure. On observera pourtant que le rapport d'expertise est un acte de procédure comme tout autre destiné à faire avancer le procès vers son dénouement sur le fond du litige. La demande de nullité qui lui est opposée constitue une exception de nullité (sous catégorie des exceptions de procédure) au sens de Code de procédure civile. La jurisprudence de la Cour de cassation qui tend à lui dénier une telle qualification est critiquable⁸²⁷. L'illustration est là, une fois encore, que l'exception de procédure n'est pas une demande à cantonner au début de l'instance, elle peut en principe être présentée à toute les phases de la procédure et doivent être jugées par préalable au fond.

316. La jurisprudence de la Cour de cassation illustre bien que le régime auquel les exceptions de procédure ont été soumises est incohérent et inadapté. On ne peut chercher à cantonner les exceptions de procédure au seuil de l'instance alors que celle-ci se poursuit et ne prendra fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. Il ne semble pas excessif de conclure que si la demande de nullité du rapport d'expertise n'est pas une exception de procédure au sens de l'article 73, elle n'est pas non plus une exception de procédure au sens du Code de procédure civile. Or, elle constitue bien une exception de procédure au sens même du code, plus particulièrement une exception de nullité. Seul, le régime prévu dans cette situation, paraît inadapté. En l'espèce, la solution retenue par la Cour de cassation n'a d'autre fondement que de trouver une justification au contournement de la double exigence de simultanéité et d'antériorité. La Cour a décidé en conséquence que la demande de nullité du rapport d'expertise ne relève pas de la compétence exclusive du juge de la mise en état et peut donc être soulevée devant la formation de jugement. Les exceptions de procédure se rattachent à l'instance. On a ainsi relevé qu'il est vain de chercher à les enfermer dans la

⁸²⁶ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°320.

⁸²⁷ Or, c'est seulement l'article 73 du Code de procédure civile qui définit l'exception de procédure.

phase préliminaire de l'instance. Elles ne peuvent non plus toutes relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état alors que l'instance commencée devant ce magistrat devra se poursuivre devant la formation de jugement du tribunal pour ne prendre fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. Tant que dure l'instance, les exceptions de procédure pourront toujours se révéler. Le régime des exceptions de procédure doit être redéfini en tenant compte de cette réalité.

SECTION 2 : VERS UNE REDÉFINITION DU RÉGIME DES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

317. On a relevé que les exceptions de procédure ne peuvent être cantonnées au seuil de l'instance⁸²⁸. Elles se retrouvent à toutes les phases de l'instance⁸²⁹ en dépit du régime rigoureux auquel le législateur les a soumises et de l'exclusivité de compétence attribuée au juge de la mise en état sur celles-ci. Ce constat apparaît comme un désordre qui entame la prévisibilité qui doit caractériser les règles de procédure. Non seulement ce régime est devenu assez poreux mais elle prive aussi le demandeur à l'action principale de se prévaloir assez aisément des exceptions de procédure. Le désordre constaté semble prendre ses racines en droit moderne dans la pensée de Henri Motulsky qui place les questions relatives à la marche de la procédure devant celles relatives à la recevabilité et au bien-fondé de la demande⁸³⁰. Cette pensée qui a inspiré les rédacteurs du Code de procédure civile a prouvé ses limites. Les exceptions de procédure ne peuvent pas être totalement détachées des questions relatives au fond du litige. Le débat sur l'antériorité entre les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir est un débat qui n'a pas lieu d'être. Le moins que l'on puisse dire est que les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir soumettent au juge des prétentions qui doivent être examinées par préalable au fond. ce régime rigoureux trouve une seconde justification, celle consistant à voir dans les règles qui fondent les

⁸²⁸ V. *infra* n°272 s.

⁸²⁹ Les phases de l'instance matérialisées par le dédoublement de l'instance la première partie qui est confiée au juge de la mise en état première instance et au conseiller de la mise en état lors de l'instance relative à l'appel. V. M. Douchy-Oudot, « La scission des phases de l'instance : la mise en état », *art. cit.*, p. 233 s.

⁸³⁰ H. Motulsky *Ecrits – Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. Cornu et J. Foyer, Paris, Dalloz., 1973, p. 358.

exceptions de procédure, des règles de moindre importance⁸³¹. On ne peut le nier, parmi ces règles figurent des règles de moindre importance. Mais de là à généraliser, il y a qu'un pas qu'il ne faut pas franchir. Les nombreuses dérogations apportées par la loi et par la jurisprudence en sont une illustration.

318. Au regard des incertitudes constatées, la seule évidence est que l'exception de procédure soumet au juge une prétention qui doit être examinée par préalable au fond. Les exceptions de procédure soumettent au juge des prétentions relatives à la marche de la procédure, c'est-à-dire à l'instance⁸³². En conséquence, il est tout à fait logique qu'elles se retrouvent à toutes les phases de l'instance tant que celle-ci n'a pas pris fin. On ne peut mettre de l'ordre dans le désordre constaté qu'en tenant compte des différentes phases de l'instance⁸³³. En effet, aux termes des articles 1 et 2 du Code de procédure civile, l'introduction et la conduite de l'instance appartiennent aux parties⁸³⁴. Le contentieux des exceptions de procédure ainsi que le régime auquel elles doivent être soumises doivent tenir compte de cette réalité. En retenant ce parti, on remarquera que, bien que l'instance oppose généralement deux parties, c'est l'une d'elle qui en prend souvent l'initiative⁸³⁵ proposant ainsi son offre de procès à son adversaire⁸³⁶. La loi met à la disposition de ce dernier, divers arguments pour décliner cette offre. Il soulèvera à propos des exceptions de procédure visant à mettre immédiatement un terme à l'instance. On propose d'appeler celles-ci, *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* (§1). Ces exceptions de procédure donneront lieu à un contentieux auquel l'instance peut survivre. Alors commencera une autre phase de l'instance, celle devant conduire vers son dénouement par la décision finale sur le fond du litige. Au cours de cette phase, d'autres exceptions de procédure peuvent être encore présentées par les parties. On propose d'appeler celles-ci *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*,

⁸³¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°290

⁸³² V. infra n° 178 s.

⁸³³ M. Douchy-Oudot, « La scission des phases de l'instance : la mise en état », *art. cit.*, p. 233 s.

⁸³⁴ Pour une critique de cette conception de l'instance V. E. Jeuland, « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975 », *art. cit.*, 101 s.

⁸³⁵ On remarquera d'ailleurs l'inappropriation de l'exception de procédure dans les hypothèses où l'instance a été introduite par les deux parties, hypothèse d'une instance introduite par requête conjointe V. infra n° 131.

⁸³⁶ Pour une comparaison entre l'instance et le contrat V. L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 100.

parce que la partie qui s'en prévaut cherche à entraver la progression de l'instance vers son dénouement par la décision finale sur le fond du litige (§2).

§1.- Les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance

319. La présence des exceptions de procédure à toutes les phases de l'instance en dépit du régime auquel le législateur les a soumis apparaît comme un désordre auquel il ne peut être mis fin qu'en éclatant le contentieux auquel elles donnent lieu en deux. Cet éclatement devra tenir compte de la structure de l'instance. À ce propos, certaines questions se manifestent en début d'instance et doivent à ce titre être examinées à ce stade. Celles-ci fondent certaines exceptions de procédure lesquelles doivent être distinguées comme celles qui sont opposées à l'ouverture de l'instance, en ce qu'elles se manifestent non seulement en début d'instance mais surtout parce qu'elles visent à empêcher l'ouverture de celle-ci. Il faut successivement indiquer les traits qui les particularisent (A), préciser leur typologie (B), avant de leur proposer un régime (C).

A- Les particularités des exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance

320. Certaines exceptions de procédure soumettent au juge des prétentions qui en toute logique doivent être examinées avant le contentieux portant sur la recevabilité de l'action car la marche de la procédure présuppose l'existence d'un droit d'agir. On n'engage pas une procédure pour y vérifier si l'on a le droit d'agir. C'est plutôt parce que l'on prétend être titulaire d'un droit d'agir qu'on saisit le tribunal. La personne contre qui un procès est engagé, peut s'opposer à son ouverture en prétextant que le juge saisi n'est pas le bon, que l'acte introductif d'instance a été mal formalisé, qu'il bénéficie d'un délai « pour faire inventaire et délibérer » ou encore d'un bénéfice de division ou discussion et qu'il est inutile d'ouvrir une procédure à son encontre⁸³⁷. Dans tous ces cas, il cherchera à anéantir l'instance en soulevant des exceptions de procédure. Il demandera au juge de se dessaisir de

⁸³⁷ On peut citer dans la même rubrique le moyen tiré de la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable ét obligatoire à la saisine du juge. V. dans ce sens *infra* n° 553.

l'affaire, d'annuler l'acte d'assignation, d'attendre pour qu'il vérifie, s'il pourra être partie à l'instance, il soulèvera dans chacun de ces cas une exception de procédure. L'utilité de toutes ces exceptions de procédure se manifeste en début d'instance et il est tout à fait normal que le contentieux qu'elles génèrent soit réglé à ce stade. Ces exceptions de procédure se conçoivent donc aisément au seuil de l'instance. Les questions qu'elles soulèvent apparaissent comme des points devant être jugés avant tout autre, de sorte que si, elles sont méconnues, l'instance risque de prendre fin à ce stade sans que l'on ne sache si le demandeur est titulaire ou non du droit d'agir et ce, même si, sa prétention était fondée sur le fond. Le propos de Jean Foyer et de Gérard Cornu, illustre dans une certaine mesure cette idée : « *le juge ne peut régulièrement aborder le fond⁸³⁸ que s'il est compétent et régulièrement saisi* »⁸³⁹.

321. Les règles qui fondent ces exceptions de procédure intéressent la marche de la procédure. L'expression « *opposée à l'ouverture de l'instance* » doit être comprise dans un double sens où elle désigne à la fois les exceptions de procédure qui doivent être proposées en début d'instance mais aussi celles par lesquelles le plaideur cherche à empêcher son ouverture.

322. Doivent être considérées comme des *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* : les demandes de nullité de l'acte introductif d'instance, peu importe qu'elles soient fondées sur une irrégularité de fond ou un vice de forme, les demandes de renvoi pour incompétence opposées à la demande introductive d'instance, les demandes de sursis à statuer fondée sur le délai « pour faire inventaire et délibérer » , la demande de sursis à statuer fondée sur le bénéfice de division ou de discussion⁸⁴⁰. Il s'agit de demandes dont l'existence se conçoit aisément à l'entame de l'instance, soit parce qu'elles se rapportent aux règles d'inaptitude du juge, soit parce qu'elles se rapportent à la régularité de l'acte introductif d'instance ou parce qu'elles fondent les raisons qui justifient la présence de l'une des parties dans l'instance.

⁸³⁹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°84, spéc. p. 369. Ces auteurs semblent ne pas tenir compte dans leur propos de la recevabilité de l'action.

⁸⁴⁰ La liste de ces exceptions de procédure n'est pas limitative. Celle-ci a été fournie à titre indicatif.

323. On peut considérer à raison, ces exceptions de procédure comme exclusivement réservées au défendeur originaire à qui la loi accorde ainsi divers arguments pour refuser l'offre d'instance que lui propose son adversaire. Le contentieux que génèrent ces exceptions de procédure doit relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état lorsqu'il a été désigné. L'autorité de la chose jugée devra en outre être attachée aux décisions par lesquelles ce magistrat statue sur ces exceptions de procédure, peu importe qu'elles aient mis fin ou non à l'instance ouverte devant lui⁸⁴¹. Ce faisant, on évitera de venir discuter à nouveau de la validité de l'instance devant la formation de jugement. Soit, ce magistrat à qui compétence exclusive devra être donnée pour fixer définitivement le point de départ de l'instance est un juge ou il ne l'est pas. Désormais, lorsque la cause est devant la formation de jugement, il faut qu'on ait avancé dans les étapes de l'instance. Le juge de la mise en état devra non seulement être compétent pour se prononcer sur la compétence de la juridiction saisie mais également sur la régularité de l'acte de saisine. Les parties ne viendraient plus devant la formation de jugement du tribunal et de la Cour d'appel discuter de la régularité et de la compétence de la juridiction saisie. Les exceptions de procédure qu'un plaideur peut opposer à l'instance répondent à une typologie assez spécifique.

B- La typologie des exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance

324. Les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance présentent une même finalité : empêcher le procès, s'il y a lieu, de s'ouvrir. La partie qui s'en prévaut cherche par divers moyens à se soustraire de l'instance. Ces exceptions de procédure peuvent être fondées sur les règles d'aptitude du juge (1), celles qui intéressent la régularité de sa saisine (2) et enfin celles qui déterminent la qualité de l'une des parties à l'instance (3).

1- Les exceptions de procédure fondées sur l'inaptitude du juge

325. Le plaideur qui veut exercer son droit d'agir est d'abord confronté à une difficulté : à quel juge doit-il soumettre son litige ? La réponse à une telle préoccupation se situe sur un

⁸⁴¹ V. *infra* n° 474 s.

double terrain : celui du pouvoir de juger et celui de la compétence du juge. La distinction entre ces deux notions est subtile⁸⁴². Elles constituent deux questions préalables distinctes mais qui déterminent l'aptitude d'un juge à connaître d'un litige. La première est définie par MM. Cadiet et Jeuland comme « *l'aptitude d'une juridiction considérée en elle-même à trancher un litige par application des règles de droit.* »⁸⁴³ et la seconde comme « *l'aptitude d'une juridiction à exercer son pouvoir de juger de préférence à une autre* »⁸⁴⁴. Il y a incompetence lorsqu'un juge autre que celui qui a été saisi est compétent pour trancher le litige, alors qu'il y a défaut de pouvoir de juger lorsqu'aucun autre juge en dehors de celui saisi, n'est compétent pour connaître du litige⁸⁴⁵. La distinction sur le plan pratique entre les deux notions n'est pourtant pas aisée. S'il est admis de façon constante en doctrine⁸⁴⁶ que l'incompétence doit être soulevée au moyen d'une exception de procédure, la nature du moyen par lequel le défaut de pouvoir juridictionnel doit être soulevé reste une question controversée.

326. En réalité, le pouvoir juridictionnel et la compétence constituent deux questions de même nature. Elles se rapportent à la marche du procès et sont donc du domaine de l'exception de procédure. On n'envisage pas à proprement parler l'étude des règles qui définissent l'aptitude du juge à connaître d'une affaire. Il faut seulement indiquer les raisons qui justifient que ces questions doivent être examinées au seuil de l'instance. Il faut donc envisager ensemble le pouvoir de juger et l'incompétence comme des points devant être jugés au seuil de l'instance. C'est pourquoi, il convient d'exposer, d'une part, la confusion

⁸⁴² M. Douchy-Oudot, note sous cass. 2^e civ., 21 avril 2005, *Dr. et proc.* 2005, 5, p. 291. L'auteur observe que « *la distinction entre défaut de pouvoir juridictionnel et le défaut compétence est subtile* »

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.* n°106 ; V. également S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1472.

⁸⁴⁵ Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence : Etude en droit international privé*, thèse, 1982, Paris, n°145 : « *cette distinction entre deux aspects de l'impossibilité de statuer dans laquelle peut se trouver un juge, soit qu'un autre juge doive le faire à sa place – il est compétent – soit au contraire qu'aucun juge n'y soit habilité – le pouvoir juridictionnel, alors, fait défaut.* » V. également S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1472 : « *le pouvoir de juger, ou pouvoir juridictionnel, désignent le pouvoir propre du juge de trancher les litiges, pouvoir qui lui est accordé par le législateur comme à toute autre juridiction ; indivisible, ce pouvoir ne se pose pas, pour un juge en termes de concurrence avec celui accordé aux autres juges. Lorsqu'un juge s'interroge sur l'existence de son pouvoir, il ne le fait pas en se posant la question « moi ou un autre », mais en vérifiant si les conditions d'existence de ce pouvoir sont réunies dans l'affaire qui lui est soumise*».

⁸⁴⁶ H. Croze et N. Lesourd, « Exceptions de procédure – Exception d'incompétence », *J.-cl. proc. form., fasc.10*, n°4. « *le moyen de défense tiré de l'incompétence de la juridiction saisie est une exception de procédure au sens de l'article 73 du Code de procédure civile. Elle tend à faire déclarer la procédure irrégulière, et suppose que soit alléguée la compétence d'une autre juridiction* ».

entre le pouvoir juridictionnel et la compétence (a) comme des questions de procédure avant d'envisager les raisons qui peuvent justifier le recours à la fin de non-recevoir pour relever leur méconnaissance (b).

a- Confusion entre compétence et pouvoir de juger

327. Comme le constate Mme Douchy-Oudot : « *la distinction entre le défaut de pouvoir juridictionnel et le défaut de compétence est subtile* »⁸⁴⁷. Cette subtilité semble justifier la confusion qui entoure les deux notions. Cette confusion est entretenue par la doctrine. Les limites entre pouvoir juridictionnel et compétence demeurent encore largement controversées en doctrine et semblent justifier les hésitations de la Cour de cassation. Malgré la diversité d'approches à laquelle ils donnent lieu (α), le pouvoir juridictionnel et la compétence se rapprochent par une identité de nature (β).

α - Pouvoir juridictionnel et compétence : une diversité d'approches

328. La question de la frontière entre pouvoir juridictionnel et compétence s'est posée dans le cadre de la recherche de la qualification du moyen tiré de l'immunité de juridiction⁸⁴⁸. Cette question est bien controversée en doctrine. Mais des oppositions, il se dégage une constance : l'immunité de juridiction ne soulève pas dans le droit de la procédure un problème de compétence. En dépit de cette constance, la doctrine reste divisée sur la qualification du moyen tiré de l'immunité de juridiction. Les arguments

⁸⁴⁷ M. Douchy-Oudot, note sous Cass. 2^e civ., 21 avr. 2005, *Dr. et proc.* 2005/5. 291.

⁸⁴⁸ S. Corneloup, « Accès au juge et immunité de juridiction » in V. Donier et B. Lapérou-Schneider, *L'accès au juge, Recherche sur l'effectivité du droit*, Bruylant, 2013, p. 104 s., spéc. p. 105 et 106 « *La justification des immunités de juridictions, et du défaut de pouvoir de la juridiction qui en résulte, varie selon la personne du bénéficiaire. L'immunité des Etats est fondée sur l'égalité des Etats et le respect dû à la souveraineté des Etats étrangers (par in parem non habet imperium), alors que l'immunité des organisations internationales se justifie par la volonté de protéger leur indépendance vis-à-vis des Etats membres en particulier vis-à-vis de l'Etat sur le territoire duquel l'organisation a son siège. Quant à celle des agents diplomatiques, elle vise à empêcher toute pression ou intimidation de la part de l'Etat accréditaire, pour permettre à l'agent d'exercer sa mission en toute indépendance. Cette dernière immunité des agents diplomatiques ne connaît pas les mêmes évolutions que celles des Etats et des organisations internationales. Compte tenu de son fondement, elle possède un caractère absolu attaché à la personne de son bénéficiaire, sans distinction selon la nature de l'acte accompli par l'agent* ».

présentés ont surtout consisté à distinguer la compétence du juge de son pouvoir juridictionnel. Bien que la question de l'absence de pouvoir juridictionnel ne soit pas limitée à la seule hypothèse de l'immunité de juridiction, on a fait le choix d'examiner celle-ci en raison de la qualité des arguments au soutien des différentes positions. Pour la doctrine majoritaire, l'absence de pouvoir juridictionnel est une cause d'irrecevabilité donc liée à l'action, l'autre partie y voit plutôt une exception de procédure mais pas une exception d'incompétence. Divers arguments ont été avancés : droit d'agir ; question d'antériorité ; droit d'accès aux tribunaux.

329. Pour la doctrine minoritaire menée par Henri Motulsky, l'absence de pouvoir juridictionnel doit être soulevée au moyen d'une exception de procédure mais non par une exception d'incompétence car souligne-t-il, « *cette exception concerne, non pas la compétence, mais bien le pouvoir de juridiction, notion distincte et –(...) logiquement antérieure.* »⁸⁴⁹. Selon cet auteur l'exception d'incompétence doit être écartée. Il indique à ce propos qu'« *il (...) paraît donc tout aussi erroné de voir, dans le fait d'invoquer l'immunité de juridiction, une exception d'incompétence qu'une fin de non-recevoir* »⁸⁵⁰. Au soutien de son propos, l'auteur avance une question d'antériorité entre le pouvoir de juger, la compétence et la recevabilité. Il indique dans ce sens, que « *si l'immunité de juridiction ne peut (...) se ramener à un problème de compétence, il n'en résulte pas, quoi qu'en disent certains arrêts (...), que l'on se trouve en présence d'une fin de non-recevoir. Celle-ci tend à denier « l'action », c'est-à-dire le droit (ou le pouvoir si l'on préfère) d'obtenir une décision sur le fond du droit ; tout son mécanisme présuppose la compétence ; or, on vient de le voir, le problème de l'immunité est lui, logiquement antérieur à cette dernière.* »⁸⁵¹. Cette position est partagée par Gérard Couchez qui relève que « *la solution consistant à voir dans le moyen permettant d'invoquer l'immunité de juridiction une exception de procédure s'harmonise fort bien avec l'idée d'antériorité logique du problème relatif à ladite immunité* ». Car ajoute-t-il « *la question d'un éventuel défaut de pouvoir étant elle-même antérieure et devant être chronologiquement, réglée avant celle de la compétence, il semble assez incohérent d'admettre qu'elle soit soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir* ». Pour cet auteur aussi,

⁸⁴⁹ H. Motulsky, *Rév. Crit. DIP* 1969. 538 spéc. 539.

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ *Ibid.*

l'exception d'incompétence doit être écartée car « *le défaut de pouvoir juridictionnel ne se ramène pas à une simple incompétence* »⁸⁵². Avec des arguments de même nature M. Block voit dans le moyen tiré de l'immunité de juridiction une « *exception d'un type particulier que l'on pourrait dénommer « exception tirée de l'immunité de juridiction* »⁸⁵³. En définitive, pour la doctrine minoritaire, le moyen tiré de l'immunité de juridiction n'est pas une fin de non-recevoir. Comme le constate Gérard Couchez : « *utiliser ce moyen de défense en vue de faire sanctionner l'absence de pouvoir juridictionnel présuppose (...) une « analogie » voir même une « correspondance étroite » entre ledit pouvoir et l'action.* »⁸⁵⁴. Bien qu'elle admette que la méconnaissance de l'immunité doit être soulevée au moyen d'une exception de procédure, elle ne retient pas l'exception d'incompétence⁸⁵⁵.

330. Ce courant est combattu par une doctrine majoritaire qui se démarque aussi de la théorie de l'incompétence. Pour les partisans de cette doctrine, l'absence de pouvoir juridictionnel est une cause d'irrecevabilité et non une incompétence. Moins radical dans cette catégorie, Pierre Hébraud relève qu'en présence d'une immunité de juridiction : « *on s'éloigne de la notion de compétence pour se transporter sur le plan des conditions subjectives du recours au juge* »⁸⁵⁶. Ainsi, pour cet auteur l'immunité de juridiction affecte non pas la compétence mais le recours au juge. Il indique à ce propos que « *l'immunité (...) opère seulement sur le plan processuel ; mais elle s'y manifeste par un véritable refus du recours à la justice, qui s'apparente à une irrecevabilité de l'action* »⁸⁵⁷. L'auteur ne conteste cependant pas la possibilité d'un recours à la compétence mais évoque des raisons factuelles et d'efficacité⁸⁵⁸. Plus radicaux que celui-ci, d'autres auteurs appartenant à ce même courant écartent toute possibilité de recours à une exception de procédure pour soulever une

⁸⁵² G. Couchez, *Rev. Crit. DIP*. 1986. p. 723 spéc. p. 729 .

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ G. Couchez, *notes préc.* p. 728

⁸⁵⁵ Pour cette doctrine, l'immunité de juridiction soumet au juge une question préalable à la compétence et à l'action.

⁸⁵⁶ P. Hébraud, notes sous Paris, 30 janvier 1963, *Rev. crit. DIP*, 1963. 805 Spéc. p. 809.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ P. Hébraud, *notes préc.*, p. 810 : Il souligne à ce propos qu' « *il n'est assurément pas irrationnel d'envisager, pour l'immunité diplomatique, une évolution semblable, qui conduirait à sa disparition, laissant place à un simple problème de compétence. Mais il faut constater qu'elle ne correspond pas à notre droit positif, où l'immunité continue à manifester sa vitalité, et où les traits qui la mettent en dehors et au dessus de la compétence se reflètent même dans la jurisprudence* ».

immunité de juridiction. Au nombre de ceux-ci, on peut citer MM. Guinchard et Moussa⁸⁵⁹. Dans le même ordre d'idées, M. Jarrosson soutient que : « *le moyen tiré de l'immunité de juridiction n'est pas une exception de procédure mais une fin de non-recevoir* ». ⁸⁶⁰ Il en va de même de Henry Solus et Roger Perrot pour qui : « *toutes les fois que le moyen allégué a pour objet de contester le pouvoir juridictionnel du juge saisi de la demande, dans son principe même, sans que cette contestation s'accompagne de la revendication d'une autre juridiction, le moyen dont il s'agit est non point une exception d'incompétence, mais un véritable moyen d'irrecevabilité* »⁸⁶¹.

331. Les partisans de la thèse de l'irrecevabilité soutiennent une assimilation du droit d'agir au droit d'accès à la justice. C'est à ce propos que Pierre Hébraud affirme que le : « *refus du recours à la justice (...) s'apparente à une irrecevabilité de l'action* »⁸⁶². Il est soutenu par M. Théry qui soutient qu' : « *il est arbitraire d'opposer l'accès aux tribunaux en général et le droit d'obtenir du juge qu'il statue sur une prétention* »⁸⁶³. Car, précise l'auteur : « *les règles relatives à l'accès à la justice déterminent bien les titulaires du droit d'agir en justice en général et celui qui n'a pas accès aux tribunaux ne peut évidemment les saisir pour connaître d'une prétention déterminée* »⁸⁶⁴. M. Jeuland en conclut que : « *l'absence de pouvoir (...) correspond à un défaut d'action* ». L'assimilation de l'action au pouvoir juridictionnel a été dénoncée par M Couchez pour qui : « *utiliser ce moyen de défense (fin de non-recevoir) en vue de sanctionner l'absence de pouvoir juridictionnel présuppose donc une*

⁸⁵⁹ S. Guinchard et T. Moussa, « L'immunité de juridiction est une fin de non-recevoir et non une exception de procédure ». Note sous cass. 1^{re} civ., 15 avril. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, som., p. 53 : , en commentant une décision de la Cour de cassation, observent que « *celui qui invoque une fin de non-recevoir entend mettre un obstacle définitif à ce que l'affaire puisse être jugée, non seulement par la juridiction saisie, mais aussi par toute autre juridiction. Or, en l'espèce, le défendeur se prévalait de l'immunité de juridiction pour contester l'ensemble des juridictions françaises, et non seulement le tribunal de grande instance de Paris, tout pouvoir juridictionnel à son égard. Le moyen qu'il tirait de cette immunité devrait dès lors s'analyser en une fin de non-recevoir et non en une exception de procédure* ». V. également S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1472 : ces auteurs indiquent que « *l'absence de pouvoir de juger est sanctionnée au moyen d'une fin de non-recevoir, alors que l'incompétence de la juridiction le sera par une exception de procédure ce qui n'est pas neutre en terme de recevabilité du moyen à toute hauteur ou non de la procédure* ». Voir aussi S. Corneloup, *art. cit.*, p. 104 spéc. p. 105 : l'auteur relève que « *sur le plan procédural, l'immunité est (...) mise en œuvre par une fin de non-recevoir et non par une exception d'incompétence* ».

⁸⁶⁰ Ch. Jarrosson, note sous *TGI Paris*, 20 octobre 1997, *Rev. arb.* 1997, 577-581, spéc. p. 578, n°6

⁸⁶¹ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t.3, Paris, Sirey, 1973, p. 680.

⁸⁶² P. Hébraud, *notes préc.* n°6 p. 809

⁸⁶³ Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Etude de droit international privé*, thèse dactylographiée, Paris II, 1981, n°261, p. 241

⁸⁶⁴ *Ibid.*

*analogie, voire « une correspondance étroite » entre ledit pouvoir et l'action. »*⁸⁶⁵. La préférence de la doctrine majoritaire pour l'irrecevabilité semble, au regard des propos de Pierre Hébraud, guidée par l'impossibilité de soumettre le moyen tiré de l'immunité de juridiction au régime strict des exceptions de procédure. Quoiqu'il en soit, l'assimilation de l'absence de pouvoir juridictionnel à l'incompétence est rejetée par toute la doctrine tant minoritaire que majoritaire. L'exception d'incompétence demeure cependant le seul moyen adapté car le pouvoir juridictionnel et l'incompétence semblent bien les éléments d'une même nature.

β- Pouvoir juridictionnel et compétence : une identité de nature

332. L'absence de pouvoir juridictionnel et l'incompétence intéressent la marche de la procédure. Ils doivent à ce titre être soulevés au moyen d'une exception d'incompétence qu'on propose d'identifier comme une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance.

333. En effet ; la distinction entre pouvoir juridictionnel et compétence apparaît si mince, qu'on peut parfois s'y perdre. Mais quoi qu'en disent, les auteurs, il s'agit de deux notions ayant une même nature⁸⁶⁶. Le pouvoir juridictionnel et la compétence se rapportent à l'aptitude du juge à connaître d'un litige. Ces deux notions ne peuvent être détachées l'une de l'autre. La nature préalable de ces deux questions n'est non plus discutable, plusieurs propos d'auteurs l'illustrent. Pierre Hébraud constate à ce propos qu' : « *il est souhaitable que soit aménagé un étage préalable du débat, réservé aux conditions internationales d'accès à la justice* »⁸⁶⁷. Cette perception est partagée par Mme Corneloup qui affirme au sujet de l'immunité de juridiction qu' : « *elle prive le juge plus radicalement de son pouvoir de juridiction, lequel est préalable à la mise en jeu des règles de compétence* »⁸⁶⁸. Dans le même ordre d'idées, M. Théry constate que la question se pose en termes de « *chronologie purement procédurale et non logique* ». Il relève dans ce sens que : « *si, en effet, le*

⁸⁶⁵ G. Couchez, *notes préc.*, p. 728

⁸⁶⁶ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°35.

⁸⁶⁷ P. Hébraud, *notes préc.* p. 811.

⁸⁶⁸ S. Corneloup, « Accès au juge et immunité de juridiction », *art. cit.*, p. 105.

défendeur veut à la fois faire valoir l'incompétence de la juridiction saisie et l'immunité dont il prétend bénéficier, la logique voudrait qu'il se prévâlût d'abord de cette dernière, pour ne soulever qu'ensuite l'incompétence si la prétention première est rejetée. Mais, ce faisant, il s'interdirait d'invoquer ultérieurement l'incompétence, puisque les exceptions doivent être soulevées avant les fins de non-recevoir »⁸⁶⁹. La doctrine minoritaire partage également cette conception, ainsi, Henri Motulsky, Gérard Couchez et M. Block présentent la question en termes d'ordre logique, le problème de l'accès aux juges devant être résolu avant celui relatif à la recevabilité. Quoiqu'il en soit, le contentieux de l'absence de pouvoir juridictionnel et celui de l'incompétence sont préalables à celui portant sur la recevabilité de l'action.

334. La question du pouvoir juridictionnel précède logiquement celle de la compétence, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent des questions de même nature⁸⁷⁰. Le pouvoir juridictionnel et la compétence déterminent l'aptitude du juge à connaître d'un litige. La distinction entre les deux notions revêt plus un intérêt pédagogique que pratique. La compétence est consubstantielle au pouvoir juridictionnel. Ceci justifie toute la difficulté qu'éprouve la doctrine à établir une distinction claire entre les deux notions. Comme le relèvent Gérard Cornu et Jean Foyer : « *la compétence présuppose le pouvoir* »⁸⁷¹. La compétence désigne la part du pouvoir juridictionnel reçue par chaque juridiction⁸⁷². Serait donc compétent le juge qui a reçu sa part de « *pouvoir juridictionnel* ».

335. Selon M. Jeuland, en présence d'une immunité de juridiction : « *le juge est compétent mais ne peut connaître de l'affaire* »⁸⁷³ sans doute parce que privé de pouvoir juridictionnel. On peut ainsi relever dans le propos de l'auteur, que la compétence ne présuppose pas le pouvoir juridictionnel : « *puisque le juge est compétent mais privé de pouvoir juridictionnel* ». On ne peut être compétent sans avoir le pouvoir de juger. L'absence de pouvoir juridictionnel n'affecte que la compétence du juge, elle n'affecte en rien le droit

⁸⁶⁹ Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Etude de droit international privé, thèse préc.*, n°262

⁸⁷⁰ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1472.

⁸⁷¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°35, spéc. p. 175 ; voir également S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1472.

⁸⁷² G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°34 spéc. p. 174.

⁸⁷³ E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.* n°393 ; voir également S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1472.

d'agir. Comme le souligne Pierre Hébraud, l'absence de pouvoir juridictionnel⁸⁷⁴ : « *paralyse la compétence dans son aspect territorial comme d'attribution* »⁸⁷⁵.

336. La doctrine moderne assimile l'absence de pouvoir juridictionnel à un défaut du droit d'agir comme l'illustre le propos de M. Jeuland : « *l'absence de pouvoir est plus grave que l'absence de compétence car elle correspond à un défaut d'action* »⁸⁷⁶, il n'en est pourtant rien. Et pour s'en convaincre, on peut comparer deux institutions qui se rapprochent par leur effet : l'immunité de juridiction et la clause compromissoire⁸⁷⁷. La première empêche une juridiction autre que celle du pays d'origine de la personne protégée, de connaître d'une affaire dans laquelle elle est impliquée, alors que la seconde empêche le juge étatique de connaître d'une affaire pour laquelle les parties ont convenues de saisir un arbitre. Dans un cas comme dans l'autre il y a absence de pouvoir juridictionnel comme le relève si bien M. Jeuland. Il assimile l'immunité de juridiction à : « *des hypothèses dans lesquelles un juge n'a pas le pouvoir de juger* »⁸⁷⁸. L'auteur rappelle bien à propos que « *le pouvoir du juge étatique a la même nature que celui de l'arbitre : il s'agit d'une prérogative par laquelle une personne tranche une prétention juridique en respectant les règles et principes de procédure et en modifiant, voire en créant des droits subjectifs ou objectifs et qui a pour effet de (re) construire des liens de droit* »⁸⁷⁹. La doctrine pour écarter l'exception d'incompétence en matière d'immunité de juridiction évoque une absence de pouvoir de juger, or cette même raison fonde la soustraction du litige au juge étatique en présence d'une clause compromissoire⁸⁸⁰. Gérard Cornu et Jean Foyer indiquent dans ce sens, que la juridiction

⁸⁷⁴ P. Hébraud, *notes préc.*, p. 807 : L'auteur évoque précisément l'immunité de juridiction qui est une hypothèse d'absence de pouvoir de juger.

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.*, n°393.

⁸⁷⁷ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°15, p. 80

⁸⁷⁸ E. Jeuland, *Droit processuel général*, Montchrestien, 2^e éd. 2012, n°392

⁸⁷⁹ E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.*, n°390. N° 389 : l'auteur observe aussi que « *le juge peut tenir son pouvoir de la loi ou d'un contrat* ». V. également S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1472

⁸⁸⁰ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n° 15 ; V. E. Loquin, « Arbitrage. – compétence arbitrale. – conflit entre compétence arbitrale et la compétence judiciaire », *J.-cl. proc. civ., fasc. 1034*, n°37, l'auteur souligne que « l'incompétence des tribunaux étatiques en raison de la convention d'arbitrage ne peut être soulevée que sous forme d'une exception de procédure ». V. Cass. 1^{re} civ. 17 juin 1975 : *Rev. arb.* 1976, p. 189, notes E. loquin.

étatique est « *privée, par la convention d'arbitrage, de tout pouvoir juridictionnel relativement au litige qui lui est soustrait* »⁸⁸¹.

337. La méconnaissance d'une clause compromissoire ou d'une immunité de juridiction n'affecte que la marche de la procédure. Ainsi, lorsqu'un plaideur invoque la méconnaissance d'une clause compromissoire ou d'une immunité de juridiction, il ne dénie pas à son adversaire son droit d'agir mais porte plutôt des griefs sur sa « *manière de procéder* », de sorte que la procédure peut être reprise autrement, c'est-à-dire de façon régulière. Ce qui est donc en cause ce n'est pas le droit d'agir. La partie qui s'en prévaut s'oppose plutôt à l'ouverture de l'instance. Le recours à l'arbitrage et l'existence d'une immunité de juridiction ne constituent pas des causes d'extinction de l'action. Dans les deux hypothèses envisagées le droit d'agir n'est pas visé, qu'il soit vu sous l'angle du demandeur ou sous celui du défendeur. Il apparaît alors critiquable d'admettre comme M. Jeuland que : « *dire qu'un défendeur dispose d'une immunité revient à affirmer qu'il ne dispose pas d'une action lui permettant d'être attiré en justice* »⁸⁸². On pourrait par analogie affirmer la même chose en présence d'une clause compromissoire : « *dire qu'un défendeur dispose d'une clause compromissoire revient à affirmer qu'il ne dispose pas d'une action lui permettant d'être attiré devant le juge étatique* », ceci apparaît bien contestable. On remarque que le plaideur à qui, il a été opposé une immunité de juridiction peut attirer son adversaire devant les juridictions nationales de ce dernier. La même observation peut être faite en matière d'arbitrage : le plaideur à qui, il a été opposé la clause compromissoire peut se tourner vers le tribunal arbitral ; ce qui du moins aurait été l'attitude correcte. L'immunité de juridiction et la clause compromissoire ne constituent que des obstacles à l'exercice de l'action. Elles n'affectent pas son existence. Il est d'une application constante que les conditions tenant à l'exercice de l'action intéressent la marche de la procédure et par conséquent la mise en œuvre des exceptions de procédure et les conditions tenant à l'existence de l'action appellent la mise en œuvre des fins de non-recevoir. Le « *refus du recours aux tribunaux* » ou encore « *le refus de l'accès au juge* » en présence d'une immunité de juridiction n'est pas distinct du « *refus au recours de la juridiction étatique* » en cas d'existence d'une clause compromissoire.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.*, n°393

338. Cependant, la Cour de cassation, sous l'influence de la doctrine dominante, voit dans l'immunité de juridiction une cause d'irrecevabilité de l'action pouvant être soulevée en tout état de cause, alors que la méconnaissance de la clause compromissoire selon la même Cour affecterait la compétence et par conséquent la procédure car elle doit être soulevée *in limine litis* au moyen d'une exception d'incompétence. Au surplus, la clause compromissoire et l'immunité de juridiction sont susceptibles de renonciation⁸⁸³. Seulement, l'une est d'ordre privé et l'autre d'ordre public. Doit-on considérer que l'ordre public est devenu un critère de distinction entre fins de non-recevoir et exceptions de procédure ? On peut admettre que ce critère ait un impact sur leur régime mais pas sur la qualification ou la nature du moyen. Il existe des exceptions de procédure et des fins de non-recevoir présentant un caractère public.

339. La doctrine apprécie diversément la jurisprudence de la Cour de cassation. Certains auteurs approuvent le recours à l'exception d'incompétence en cas de méconnaissance d'une clause compromissoire⁸⁸⁴. Pour ces auteurs, en pareille occurrence, il y a bien un problème d'incompétence et non un défaut de pouvoir de juger⁸⁸⁵. Le recours à l'exception d'incompétence pour sanctionner la méconnaissance d'une clause compromissoire est par contre dénoncé par une doctrine menée par M. Guinchard. Pour cette doctrine : « *logiquement le défaut de pouvoir juridictionnel du juge étatique devrait (...) être sanctionnée par une fin de non-recevoir* »⁸⁸⁶. Elle constate avec regret que : « *la deuxième chambre civile s'est ralliée à cette terminologie « d'exception de procédure », après avoir parlé d'exception d'incompétence, ce qui (...) semble inexact. En effet, le pouvoir*

⁸⁸³ La renonciation à la clause compromissoire ou à l'immunité de juridiction ne procède pas de la même méthode. La renonciation à la clause compromissoire comme l'observent Gérard Cornu et Jean Foyer (V. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, op. cit., n°15) « *les volontés accordées des deux litigants peuvent défaire ce qu'elles avaient fait ; renoncer à la juridiction arbitrale pour se faire juger par la juridiction étatique. Cette renonciation résulte tacitement du seul fait qu'aucun des signataires de la convention d'arbitrage ne soulève l'incompétence de la juridiction de l'Etat* ».

⁸⁸⁴ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°153. Ces auteurs affirment au sujet de la solution de la Cour de cassation qu'il est « *exacte puisque c'est la compétence du juge qui est en cause* » ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°1025, « *la convention d'arbitrage a pour effet d'attribuer le pouvoir de trancher le litige au tribunal arbitral institué à cette fin qui devient ainsi compétent à l'exclusion des juridictions étatiques. S'il arrivait que ce litige fût porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci devrait se déclarer incompétente* » ; lire également des mêmes auteurs « *A noter que l'existence d'une clause compromissoire invoquée dans le cadre d'une instance étatique constitue une exception de procédure et non une fin de non-recevoir* ».

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ *Ibid.*

juridictionnel de l'arbitre et celui du juge étatique ne procèdent pas de la même origine : il n'y a pas entre eux un partage de compétence, mais une répartition du pouvoir juridictionnel »⁸⁸⁷.

340. L'incompétence et le défaut de pouvoir juridictionnel affectent l'aptitude du juge à connaître du litige⁸⁸⁸. La partie qui s'en prévaut s'oppose à l'ouverture de l'instance et non l'existence du droit d'agir de son adversaire. Il doit être admis que l'immunité de juridiction, qui, on en convient soulève un problème de défaut de pouvoir juridictionnel doit être soulevée au moyen d'une exception d'incompétence, comme cela est déjà le cas en présence d'une clause compromissoire. Pour le reste le juge pourra toujours relever d'office le moyen en tout état de cause, s'il l'estime nécessaire.

b- La sanction par la fin de non-recevoir de l'inaptitude du juge

341. L'absence de pouvoir juridictionnel et l'incompétence affectent les rapports procéduraux : elles sont donc du domaine de l'exception de procédure⁸⁸⁹. Cependant, la qualification d'exception de procédure ne peut être retenue qu'en prenant en compte les personnes qui en prennent l'initiative. Ainsi, bien que les rapports procéduraux n'intéressent que les parties, le peut y faire une incursion. En pareille situation, il ne s'agira plus d'exception de procédure mais de fin de non-recevoir⁸⁹⁰. On peut y voir comme l'ont relevé des auteurs l'expression d'un certain pragmatisme⁸⁹¹. Il faut à ce propos, examiner successivement la sanction par la fin de non-recevoir de l'absence de pouvoir juridictionnel (α) et l'incompétence (β).

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ V. *supra* n° 325.

⁸⁸⁹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n°35 ces auteurs observent que « *chaque juridiction reçoit sa part de pouvoir de juger, sa compétence. La compétence est la mesure du pouvoir de juger* ».

⁸⁹⁰ V. *infra* n°418 s.

⁸⁹¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 126 : ces auteurs observent que « *le législateur, sans doute influencé la pensée de Motulsky n'a pas voulu enserrer la pratique dans des catégories trop contraignantes et a laissé la place à un certain pragmatisme.* »

α- La sanction par l'irrecevabilité du défaut de pouvoir juridictionnel

342. Le pouvoir de juger n'intéresse pas le droit d'agir mais les rapports procéduraux. Le juge recourt parfois à une fin de non-recevoir pour en prononcer le défaut. Cette pratique jurisprudentielle motivée par une recherche d'efficacité⁸⁹² est soutenue par une partie de la doctrine⁸⁹³. Ainsi, la jurisprudence recourt à une irrecevabilité pour sanctionner la méconnaissance de l'immunité de juridiction. L'immunité de juridiction, bien qu'affectant les rapports procéduraux, apparaît comme un obstacle que personne ne peut franchir même pas le juge (hormis la personne couverte). Les exceptions de procédure sont d'initiative privée. Alors apparaît une difficulté, le juge peut-il soumettre le moyen tiré de l'immunité de juridiction au régime strict des exceptions de procédure ? Aussi, le juge peut-il statuer sur le fond lorsque la personne protégée par l'immunité de juridiction omet utilement de s'en prévaloir ? A ces questions, M. Théry indique que la « *voie de recours spécifique que constitue le pourvoi pour excès de pouvoir sur l'ordre du garde des sceaux, voie de nullité à titre principal qui n'est enfermée dans aucun délai, permet de sanctionner l'atteinte que*

⁸⁹² P. Hébraud, *notes préc.*, p. 809 « *l'immunité de juridiction n'est que le corollaire, dans un domaine particulier, d'une prérogative beaucoup plus large attachée à la qualité de diplomate. L'inviolabilité dont il bénéficie le protège contre toute atteinte, inhibe toute action matérielle ou judiciaire ; elle le soustrait à toute dépendance à l'égard de la juridiction, que ce soit comme justiciable ou comme simple témoin (cf. rapport O.N.U., n°283). C'est en lui que se trouve la source de l'impuissance de la juridiction française à le juger, et c'est ce qui lui confère une ampleur d'efficacité dépassant celle d'une incompétence. La théorie d'immunité ne se préoccupe pas de savoir si une autre juridiction, celle de son pays par exemple serait compétente* » ; V. E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.*, n°393, « *l'explication est pratique : les relations internationales n'auraient jamais été possibles si un souverain en visite ou un diplomate avait pu craindre d'être attiré devant les tribunaux du pays d'accueil. On peut ajouter, d'un point de vue plus théorique, que la souveraineté d'un Etat serait atteinte si un représentant de cet Etat pouvait être jugé par un autre Etat. Ce représentant de l'Etat n'est pas rattaché juridiquement à l'ensemble des liens de droit du pays dans lequel il est envoyé* ». Voir également Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Etude de droit international privé, thèse préc.*, n°256, p. 234 : « *l'abstention du juge saisi trouve son fondement dans le respect de la souveraineté étrangère qui entraîne l'absence de pouvoir* ». V. S. Corneloup. *art. cit.*, p. 105 spéc. p. 106 « *l'immunité des Etats est fondée sur l'égalité des Etats et le respect dû à la souveraineté des Etats étrangers (par in parem non habet imperium), alors que l'immunité des organisations internationales se justifie selon par la volonté de protéger leur indépendance vis-à-vis des Etats membres et en particulier vis-à-vis de l'Etat sur le territoire duquel l'organisation à son siège. Quand à celle des agents diplomatiques, elle vise à empêcher toute pression ou intimidation de la part de l'Etat accréditaire, pour permettre à l'agent d'exercer sa mission en toute indépendance. Cette dernière immunité des agents diplomatiques ne connaît pas les mêmes évolutions que celles des Etats et des organisations internationales. Compte tenu de son fondement, elle possède un caractère absolu, attaché à la personne de son bénéficiaire, sans distinction selon la nature de l'acte accompli par l'agent. La convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques permet d'écarter l'immunité dans des hypothèses très marginales (art. 31) et la jurisprudence interprète le texte restrictivement* ».

⁸⁹³ S. Corneloup, « *Accès au juge et immunité de juridiction* », *art. cit.*, p. 105 « *lorsque l'immunité est retenue, elle a pour conséquence de priver de tout pouvoir le for saisi. En d'autres termes, l'immunité n'affecte pas la compétence du juge saisi. Elle prive le juge plus radicalement de son pouvoir de juridiction, lequel est préalable à la mise en jeu des règles de compétence* ».

porte le juge au principe du respect de la souveraineté étrangère »⁸⁹⁴. Aussi, comme le constate M. Jeuland, « un Etat peut renoncer à son immunité à condition de le faire de manière certaine, expresse et non équivoque »⁸⁹⁵. Ce qui est quelque peu simplifié en matière d'arbitrage où la seule omission de soulever l'exception d'incompétence tirée de la convention d'arbitrage emporte renonciation. Comme le souligne M. Jeuland : « les relations internationales n'auraient jamais été possibles si un souverain en visite ou un diplomate en visite avait pu craindre d'être attiré devant les tribunaux du pays d'accueil. On peut ajouter, d'un point de vue théorique que la souveraineté d'un Etat serait atteinte si un représentant de cet Etat pouvait être jugé par un autre Etat. »⁸⁹⁶. Ce sont là, les raisons factuelles qui justifient et expliquent le recours à la fin de non-recevoir. On peut observer que la distinction entre fin de non-recevoir et exception de procédure se situe parfois au niveau de la personne qui en prend l'initiative⁸⁹⁷. Au sujet de cette distinction, Jacques Héron et M. Le Bars, indiquent qu' « il n'existe pas de différence de nature (...) entre les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure ». Ils précisent, pour corroborer leur propos, que « les immunités de juridiction illustrent également l'absence de fin de non-recevoir « par nature » (...) La majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence y voient une fin de non-recevoir que l'Etat étranger peut soulever devant la juridiction française. (...) Cette fin de non-recevoir ressemble fort à une exception d'incompétence internationale, car si les tribunaux français ne sont pas autorisés à trancher le litige, le demandeur peut normalement se retourner vers les juridictions nationales de son adversaire. La différence qui sépare l'immunité de juridiction d'une exception d'incompétence internationale réside essentiellement dans leurs régimes respectifs. Ainsi, au lieu de renvoyer les parties à mieux se pourvoir, le juge déclarera la demande irrecevable»⁸⁹⁸. Le propos de ces derniers auteurs

⁸⁹⁴ Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Etude de droit international privé, thèse préc.*, n°265.

⁸⁹⁵ E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.*, n°393.

⁸⁹⁶ *Ibid* : l'auteur rappelle aussi que « ce représentant n'est pas rattaché juridiquement à l'ensemble des liens de droit du pays dans lequel il est envoyé. D'ailleurs, l'ambassade n'est pas rattachée juridiquement à l'ensemble des liens de droit du pays dans lequel il est envoyé ».

⁸⁹⁷ Voir également S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1472 : ces auteurs indiquent que « l'absence de pouvoir de juger est sanctionnée au moyen d'une fin de non-recevoir, alors que l'incompétence de la juridiction le sera par une exception de procédure ce qui n'est pas neutre en terme de recevabilité du moyen à toute hauteur ou non de la procédure ».

⁸⁹⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 147 ; voir également S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°335 : ces auteurs relèvent au sujet de l'absence de pouvoir juridictionnel et du défaut de compétence que « la distinction entre fin de non-recevoir et exception d'incompétence est parfois délicate ».

rapportés à la jurisprudence de la Cour de cassation indique bien que l'absence de pouvoir juridictionnel doit être sanctionnée par une exception d'incompétence. Il convient d'examiner à présent les hypothèses dans lesquelles le juge recourt à la fin de non-recevoir pour sanctionner le défaut de compétence.

β- La sanction par l'irrecevabilité de l'incompétence

343. L'incompétence affecte les rapports procéduraux, elle est en principe soulevée au moyen d'une exception de procédure⁸⁹⁹. Mais, tout comme dans les hypothèses de défaut de pouvoir juridictionnel, il arrive que le juge recoure à une irrecevabilité pour en prononcer la sanction.

344. On doit observer d'abord, qu'aux termes des articles 92 et 93 du Code de procédure civile, le juge peut relever d'office son incompétence dans certaines situations. Le juge a la faculté de relever d'office son incompétence en matière de compétence d'attribution lorsque la règle violée a un caractère d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. MM. Cadiet et Jeuland trouvent « *cette solution logique car, dans ce cas, personne d'autre que le juge n'est en mesure de soulever son incompétence : raisonnablement, il n'est guère possible de compter sur le défendeur pour soulever l'incompétence de la juridiction qu'il a saisie* »⁹⁰⁰. Ces mêmes raisons fondent l'obligation faite au juge de relever d'office son incompétence en matière gracieuse car, il s'agit d'une procédure unilatérale : « *cette solution s'explique par l'absence de défendeur : seul le juge peut alors soulever le moyen d'incompétence* »⁹⁰¹. Ces situations s'apparentent fort bien à l'irrecevabilité qui frappe le défaut de mentions qui affecte la requête conjointe⁹⁰². Et même si, les textes ne l'énoncent

S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°332 : « *la distinction entre fins de non-recevoir et exception de procédure est limpide. Les premières sanctionnent le défaut du droit d'agir, tandis que les secondes sanctionnent une simple irrégularité dans la procédure. Toutefois, en pratique, des confusions sont possibles pour certaines exceptions de procédure : on pense à l'exception de nullité (pour vice de forme ou de fond), à l'exception tirée de l'adage « le criminel tient le civil en l'état » et, enfin à l'exception d'incompétence* ».

⁸⁹⁹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°335, ces auteurs observent que « *l'incompétence est sanctionnée par une exception* ».

⁹⁰⁰ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°284.

⁹⁰¹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°285.

⁹⁰² V. *infra* n°418.

pas clairement, la doctrine distingue bien sans la nommer l'incompétence relevée d'office de l'exception d'incompétence⁹⁰³.

345. L'incompétence relevée d'office n'est pas une exception de procédure⁹⁰⁴. Seule l'incompétence « demandée » constitue une exception de procédure⁹⁰⁵. Celle-ci se rapproche d'une fin de non-recevoir car elle tend à faire « *rejeter la demande sans examen au fond* » du droit⁹⁰⁶, notamment dans les hypothèses où la juridiction saisie doit renvoyer les parties à mieux se pourvoir.

346. On peut à présent examiner les situations dans lesquelles le juge à proprement parler sanctionne l'incompétence au moyen d'une fin de non-recevoir. La violation des règles de compétence est sanctionnée par une irrecevabilité⁹⁰⁷ en cas d'erreur dans le choix de la cour d'appel. Ainsi, la jurisprudence recourt-elle à une fin de non-recevoir lorsque l'appel est formé devant une cour d'appel autre que celle dans le ressort duquel est située la juridiction dont émane la décision attaquée. A ce propos M. Théry observe que « *l'incompétence a (...) été écartée parce que « les textes du Code de procédure civile relatifs à la compétence territoriale ont été essentiellement rédigés pour résoudre des questions liées à la saisine des juridictions du premier degré » et qu'il n'était pas certain que le juge pût relever d'office son incompétence. Si l'irrecevabilité de l'appel a été retenue, c'est en raison du caractère non limitatif des fins de non-recevoir énumérées à l'article 122 du Code de procédure civile » et*

⁹⁰³ V. *infra* n°412.

⁹⁰⁴ H. Croze et N. Lesourd, « Exception de procédure – exception d'incompétence », *J.-cl. proc. form., fasc. 10, 2013*, n° 5 : Ces auteurs observent que « *le moyen est alors relevé d'office mais n'est plus à proprement parler un moyen de défense et donc pas une exception de procédure* ».

⁹⁰⁵ Voir dans ce sens, S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1725 s., L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°276 s. Ces auteurs n'utilisent à aucun moment l'expression « exception d'incompétence » dans l'hypothèse où l'incompétence est relevée d'office par le juge. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1025 s.

⁹⁰⁶ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t.3, Paris, Sirey, 1973, p. 679 : « *L'irrecevabilité en tant qu'elle a pour effet d'interdire au tribunal de juger au fond la demande dont il a été saisi, produit un résultat quelque peu analogue à celui d'une véritable incompétence : dans ces deux cas, en effet, le juge doit rejeter la demande sans se prononcer sur le bien fondé de la prétention. La similitude des résultats et aussi les habitudes de langues font que, sous le couvert d'une prétendue exception d'incompétence, se dissimule parfois un moyen d'irrecevabilité qui, à ce titre, échappe aux dispositions restrictives du déclinatoire de compétence. Il peut arriver aussi que, de son côté, la juridiction saisie se déclare "incompétente" dans les hypothèses où en réalité, la demande est irrecevable* ».

⁹⁰⁷ Cass. 2e civ., 9 juill. 2009 (3 arrêts): *Bull. Civ. 2009*, II, n°186, 187 et 188; *D. 2009*, p. 2043, *RTD civ. 2010*, p. 370, *obs.* Ph. Théry.

du caractère manifestement d'ordre public de l'organisation judiciaire »⁹⁰⁸. L'auteur trouve regrettable que la cour ait utilisé une « *motivation un peu expéditive* » et « *une qualification « par défaut » en se dispensant d'approfondir la question* », et « *que l'article 122 propose une liste simplement énonciative ne permet pas d'y inclure n'importe quoi* »⁹⁰⁹. Les observations de M. Théry appellent deux remarques. La première est que, l'incompétence relevée d'office n'est pas une exception de procédure : que l'appel soit déclarée irrecevable ou que le juge de la cour d'appel ait relevé d'office son incompétence, ceci ne porte aucune différence. La seconde, le « *caractère manifestement d'ordre public de l'organisation judiciaire* », évoqué par l'auteur n'est pas que relatif aux juridictions d'appel. Il concerne toute l'organisation judiciaire notamment les juridictions de premier degré, et si le juge peut relever son incompétence en première instance, rien ne l'empêche de le faire en appel. Le juge en recourant à la fin de non-recevoir n'a mis en œuvre qu'un moyen que la loi lui a réservé⁹¹⁰. Les exceptions de procédure étant des demandes sont donc exclusivement réservées aux parties. La portée non limitative des fins de non-recevoir évoquée pour trouver un fondement à la décision apparaît tout autant contestable car les exceptions de procédure ont également une portée non limitative. On ne peut admettre comme M. Théry, que la solution de la Cour de cassation « *prive le plaideur du double degré de juridiction* ». Rien ne s'oppose à ce que le plaideur réitère son appel devant la Cour d'appel compétente tant que le délai d'appel ne s'est pas écoulé. La cour d'appel en prononçant l'irrecevabilité, renvoie les parties à mieux se pourvoir. Cette décision ne s'oppose pas à ce que la procédure soit reprise régulièrement. Elle n'affecte pas directement le droit d'agir, à l'image d'une irrecevabilité pour défaut de motivation d'un contredit ou irrecevabilité pour défaut de mention dans la rédaction de la requête conjointe. Certains auteurs essaient de voir à travers la solution de la Cour de cassation la sanction du défaut pouvoir de juger. A ce propos, M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand, constatent que « *la Cour de cassation sanctionne par une fin de non-recevoir et non par une exception de procédure le choix d'une*

⁹⁰⁸ Ph. Théry, *note sous cass.* 2^e civ., 9 juill. 2009 (3 arrêts), *RTD civ.* 2010, p. 370 : l'auteur observe par ailleurs que « *comment comprendre alors que l'erreur commise en première instance sur un ressort territorial – par exemple, saisir le tribunal d'instance du 7^e arrondissement alors que le défendeur demeure dans le 6^e – constitue une incompétence alors que la même erreur au stade de l'appel serait une irrecevabilité ? On admettra que l'erreur commise sur la cour d'appel est une erreur facile à éviter. Mais que l'erreur soit grossière ne modifie pas la nature du moyen de défense et jamais en première instance, on n'a fait dépendre la nature de la sanction de l'erreur plus ou moins grave commise par le demandeur* ».

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ V. *supra* n°123 s.

cour d'appel autre que celle de Paris, solution sévère qui s'enracine dans l'idée qu'il y aurait absence de pouvoir juridictionnel et non pas incompétence »⁹¹¹. Certaines exceptions de procédure qu'un plaideur peut opposer à l'ouverture de l'instance sont spécifiquement dirigées contre l'acte de saisine du juge. L'annulation de celui-ci emporte extinction de l'instance.

2- Les exceptions de procédure fondées sur l'irrégularité de l'acte de saisine du juge

347. La régularité de l'acte de saisine du juge constitue une question qui doit être examinée avant le débat sur la recevabilité de l'action en justice⁹¹². Le juge ne peut statuer sur la recevabilité de l'action que s'il a été régulièrement saisi. Les irrégularités qui peuvent affecter la rédaction ou la signification de l'acte de saisine du juge affectent la marche de la procédure. Elles intéressent donc la régularité de la procédure. Les questions qu'elles posent relèvent en principe du domaine de l'exception⁹¹³. Le moyen par lequel, un plaideur soulève de telles questions est une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance. Ces questions soulèvent un débat qui doit être examiné dès l'entame de l'instance. C'est pourquoi il sera examiné en premier lieu l'admission de la nature préalable par la jurisprudence de la question de la régularité de l'acte introductif d'instance (a), puis, en second lieu, un recours circonstanciel à la fin de non-recevoir (b).

⁹¹¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 1564.

⁹¹² L'acte introductif d'instance est destiné non seulement à saisir le juge mais aussi à fournir à l'adversaire une information suffisante. Ces raisons justifient que le législateur ait pris le soin d'une réglementation stricte et minutieuse. V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°5. Ces auteurs observent que « *le législateur ne le fait évidemment pas pour mettre à l'épreuve la virtuosité des huissiers, mais il entend prendre le maximum de garanties pour que le défendeur ait effectivement connaissance de l'acte qui lui est destiné et qu'il y trouve les renseignements qui lui sont utiles pour organiser sa défense.* ». Les rapports procéduraux risquent alors de s'arrêter si l'acte n'atteint pas ces deux finalités. L'inobservation des règles de rédaction ou de signification de l'acte introductif d'instance est sanctionnée en principe par la nullité de l'acte que l'irrégularité affecte. Soulevé au moyen d'une exception de procédure, la nullité des actes de procédure repose, tant dans son domaine que dans son régime, sur la distinction entre vices de forme et vices de fond. V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 946. Elle est soulevée en principe au moyen d'une exception de procédure. Le contentieux relatif aux irrégularités qui affectent l'acte de procédure soumet au juge une prétention dont l'examen précède celle de la recevabilité de l'action. Le juge ne peut vérifier si les parties ont le droit d'agir que si l'acte qui réalise sa saisine est régulier, à défaut il en prononce la nullité. L'annulation de l'acte introductif d'instance met un terme aux rapports procéduraux.

⁹¹³ Néanmoins lorsque les conditions l'exigent, elles peuvent être relevées par le juge au moyen d'une fin de non-recevoir.

a- L'admission de la nature préalable de la régularité par la jurisprudence

348. La question de la régularité de l'acte de saisine du juge se conçoit aisément en début d'instance. Cette question doit être appréciée avant celle de la recevabilité de l'action. Le débat entre ces deux questions se pose en termes d'antériorité. Il faut bien un juge régulièrement saisi pour apprécier la recevabilité du droit d'agir. L'illustration en est donnée par la sanction du défaut de la capacité de jouissance. La doctrine s'accorde à reconnaître que la sanction d'un tel défaut est l'irrecevabilité⁹¹⁴, tel n'est cependant pas l'appréciation qu'en fait la Cour de cassation.

349. En effet, on oppose la capacité de jouissance à la capacité d'exercice encore appelée capacité d'ester en justice. La première est définie comme l'aptitude à être titulaire de droits ou d'obligations⁹¹⁵ et la seconde comme l'aptitude à faire valoir en justice ses droits. Le défaut de la capacité de jouissance affecte l'existence même du droit d'agir alors que le défaut de la capacité d'exercice affecte les conditions de sa mise en œuvre. Les rédacteurs du Code de procédure civile n'ont pas envisagé expressément le défaut de capacité de jouissance. L'article 117 du Code de procédure civile ne renvoie qu'au défaut de capacité d'ester en justice. Aux termes de cette disposition, le défaut de capacité d'ester en justice est sanctionné par une nullité pour irrégularité de fond. La question s'est alors posée sur le point de connaître le moyen approprié pour soulever l'absence de personnalité juridique d'une partie à l'instance. C'est l'exemple d'un groupement qui n'est pas légalement constitué ou d'une personne physique décédée. Pour rappel, seules les personnes physiques ou morales dotées de la personnalité juridique peuvent ester en justice. Sur cette question, la doctrine n'est pas unanime. Une partie estime que la sanction appropriée est une nullité pour irrégularité de fond alors que l'autre suggère une fin de non-recevoir. Cette divergence

⁹¹⁴ MM. Cadiet et Jeuland indiquent dans ce sens que « *la capacité de jouissance est bien (...) une condition d'existence de l'action en justice comme elle l'est, du reste, de tout droit* ». Ces auteurs distinguent nettement ces deux capacités : la « *capacité d'exercice est une condition de mise en œuvre de l'action en justice et non pas une condition de son existence : un incapable peut être titulaire du droit d'agir, mais il n'a pas la capacité d'exercer ce droit sans être assisté ou représenté par un tiers* » (L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°356). Dans le même sens, M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand indiquent que « *l'existence de l'action est subordonnée à l'existence de la personne juridique qui agit ou se défend* » (S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°126), de sorte que « *lorsque cette condition de l'existence de la personnalité juridique n'est pas remplie, cette défaillance est sanctionnée par une fin de non-recevoir* » (S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°125).

⁹¹⁵ I. Maria, *Les incapacités de jouissance – Etude critique d'une catégorie doctrinale*, thèse, Saint-Etienne, 2010, Préf. P. Ancel, Defrénois/Lextenso.

se note d'abord dans l'interprétation qu'il convient d'avoir de la lettre de l'article 117 du Code de procédure civile. Pour M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand, cette disposition vise « *un défaut de capacité d'exercice* »⁹¹⁶. Cet avis n'est pas partagé par Héron et M. Le Bars pour qui le texte vise plutôt « *un défaut de capacité de jouissance* »⁹¹⁷. MM. Cadiet et Jeuland y voient par contre les deux types de capacité, ils soulignent à ce propos « *qu'en l'absence de distinction, cela doit s'entendre largement : (...) du défaut de capacité de jouissance aussi bien que du défaut de capacité d'exercice ...* »⁹¹⁸. Les propos de ces derniers semblent contraster avec la distinction qu'ils établissent entre capacité de jouissance et capacité d'ester en justice. Comme, ils le rappellent « *une personne décédée ou un groupement de personnes dépourvu de la personnalité morale, n'existant pas juridiquement ne peuvent être titulaires du droit d'agir* »⁹¹⁹. La sanction du défaut du droit d'agir telle que cela résulte de leur propos est une fin de recevoir et non pas une nullité. Et c'est ce qu'ils rappellent, quand ils soulignent que « *la demande en justice n'est régulièrement formée que si son auteur a la capacité d'ester en justice. Cette capacité s'entend, bien sûr de la capacité d'exercice, c'est-à-dire de l'aptitude d'une personne à faire valoir les droits dont elle se prétend titulaire. L'action en justice étant un acte ordinaire de la vie civile, sont en principe dotés de cette capacité, s'agissant des personnes physiques, les majeurs et les mineurs émancipés et en sont dépourvus les mineurs non émancipés et les incapables majeurs.* »⁹²⁰. Ces auteurs semblent avoir ainsi limitativement déterminé les personnes physiques dotées

⁹¹⁶ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°958 : « *les solutions jurisprudentielles ne sont pas sans nuances et apparaît en jurisprudence l'idée que la formule utilisée dans l'article 117, qui restreint le vice de fond à l'incapacité d'ester en justice, permet de tenir compte de la capacité de faire un acte conservatoire : le mineur, le majeur en tutelle, ont des droits fondamentaux qui rendent nécessaire une capacité d'ester en justice, au moins à titre conservatoire* ».

⁹¹⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°220

⁹¹⁸ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°451. Ces auteurs affirment que « *le défaut de capacité d'ester en justice n'appelle pas d'observation particulière, sauf à préciser qu'en l'absence de distinction, cela doit s'entendre largement du défaut de capacité des personnes physiques comme des personnes morales, du défaut de capacité de jouissance aussi bien que du défaut de capacité d'exercice, l'incapacité d'exercice pouvant être régularisée avant que le juge statue, à la différence de l'incapacité de jouissance qui traduit une situation d'inexistence juridique, aussi bien pour les personnes morales que pour les personnes physiques* »

⁹¹⁹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°356 : « *(...) quant à la capacité, il convient de distinguer. La capacité de jouissance est bien sûr une condition d'existence de l'action en justice comme elle l'est, du reste, de tout droit : une personne décédée ou un groupement de personnes dépourvu de la personnalité morale, n'existant pas juridiquement ne peuvent être titulaires du droit d'agir en justice. (...) cette capacité d'exercice est une condition de la mise en œuvre de l'action en justice et non pas une condition de son exercice.* ».

⁹²⁰ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°444 : ces auteurs observent qu' : « *en vérité, cette présentation est excessive et doit être tempérée aussi bien à l'égard des mineurs non émancipés qu'à l'égard des majeurs incapables* ».

ou dépourvues de capacité d'ester en justice. De leur propos, aucune allusion n'a été faite aux personnes décédées ou dépourvues de la personnalité juridique. Dans l'hypothèse où ces dernières seraient parties à une instance, elles se verraient opposer un défaut de capacité de jouissance dont la sanction est une irrecevabilité soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir⁹²¹. La jurisprudence n'est pas en ce sens. La Cour de cassation juge régulièrement qu'une assignation délivrée au nom⁹²² ou contre⁹²³ une personne décédée est nulle pour irrégularité de fond. Il en va de même d'une société dépourvue de la personnalité juridique⁹²⁴.

350. Cette jurisprudence est dénoncée par une partie de la doctrine menée par M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand et M. Julien qui y voient plutôt une cause d'irrecevabilité de l'action⁹²⁵. La solution de la Cour de cassation doit être approuvée. On ne peut trouver un fondement à celle-ci qu'en posant le problème en terme d'antériorité entre le débat sur le défaut de capacité d'ester en justice et le défaut de capacité de jouissance. Il faut préciser très formellement que l'article 117 du Code de procédure civile ne vise que le défaut de capacité d'ester en justice et non le défaut de la capacité de jouissance. S'il est établi qu'une personne dépourvue de la personnalité juridique ne peut disposer du droit d'agir, il est également établi qu'elle ne peut accomplir un acte valide. Ainsi, lorsqu'une personne décédée ou dépourvue de la personnalité juridique introduit une action en justice, il faut y voir à la fois, le défaut de capacité d'ester en justice et le défaut de la capacité de jouissance. La première affecte la marche de la procédure et la seconde, l'existence même du droit d'agir. Il est une évidence, la capacité d'ester en justice présuppose la capacité de jouissance : il faut se prétendre titulaire d'un droit avant d'introduire une action en justice pour le faire valoir. Cependant, sur le plan procédural, la question de la capacité d'accomplir un acte en ce qu'elle affecte la marche de la procédure, précède logique celle de la recevabilité du droit d'agir. Cette idée s'harmonise parfaitement avec la pensée de Henri

⁹²¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, 954 : « il faudrait y voir une cause d'irrecevabilité, sanctionnée par une fin de non-recevoir »

⁹²² Cass. 2^e civ., 13 janv. 1993, n° 91-17.1753; *JurisData* n°1993-000013; Cass. 2^e civ., 27 juin 2002 : *Bull. civ.* 2002, II, n°149.

⁹²³ Cass. 2^e civ., 23 oct. 1996, n° 94-21.971 : *Jurisdata* n°1996-003967 ; *Bull. Civ.* 1996, II, n°238.

⁹²⁴ C'est l'exemple des sociétés en cours de formation, des succursales (Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 1996, n°94-14.923; *Jurisdata* n°1996-001652; *Bull. Civ.* 1996, I, n°182), des groupements de sociétés, des sociétés en participation ou en cas de dissolution d'une société par suite d'une fusion-absorption.

⁹²⁵ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 954 ; P. Julien, conférence du 13 mai 1982 (association française de droit judiciaire privé), imprimerie du TGI Paris, fév. 1983.

Motusky⁹²⁶. Seul, un juge régulièrement saisi peut apprécier valablement l'existence du droit d'agir. La jurisprudence de la Cour de cassation semble veiller à ce principe. Ainsi, retient-elle au visa de l'article 117 du Code de procédure civile, le défaut de la capacité d'ester en justice et non pas le défaut de capacité de jouissance. L'appréciation du défaut de la capacité d'ester en justice s'étend solder par la nullité de l'acte d'assignation, il n'est plus besoin de franchir un pas de plus vers l'appréciation de la recevabilité du droit d'agir. Tel est le sens qu'il convient de donner à la jurisprudence de la Cour de cassation.

b- Le recours circonstanciel à la fin de non-recevoir

351. La régularité de l'acte de saisine du juge fonde certaines exceptions de procédure qu'on propose d'identifier comme celles opposées à l'ouverture de l'instance. Celles-ci soumettent au juge une prétention dont l'examen précède celui de la recevabilité de l'action. On doit indiquer cependant que la régularité de l'acte de saisine du juge dans nombre d'hypothèses est sanctionnée par une irrecevabilité⁹²⁷. Ces cas constituent aux dires des auteurs de fausses fins de non-recevoir⁹²⁸. M. Normand dénonce « *le caractère artificiel de cette qualification* » car souligne-t-il « *le droit d'agir, dont la fin de non-recevoir tend à faire constater le défaut (...), ne peut être subordonné au contenu de l'acte par lequel il s'exerce : le droit préexiste logiquement à son exercice* »⁹²⁹.

352. Ces cas illustrent l'incursion opérée parfois par le juge dans les rapports procéduraux soit parce qu'il y est autorisé par le législateur ou soit parce qu'il entend palier une lacune

⁹²⁶ H. Motulsky, *Ecrits-Etudes et notes de procédure civile*, préf. G. Cornu et J. Foyer, Paris, Dalloz, 1973, p. 358.

⁹²⁷ Cette situation amène M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand à constater que « *la pratique jurisprudentielle révèle que de grandes incertitudes règnent parfois pour savoir si un moyen de défense constituent une fin de recevoir au sens propre du mot, ou une exception de nullité touchant au fond ou même seulement une exception de nullité relative à la forme* » (S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°333). Comme le soulignent ces auteurs, la distinction entre exception de nullité et fin de non-recevoir constitue un point de confusion en doctrine et dans la jurisprudence. Or « *les deux concepts dans la pureté des principes, recouvrent deux situations bien différentes : la nullité affecte la validité de l'acte pour inobservation des formes (CPC, art. 114) ou pour l'une des irrégularités de fond visées à l'article 117, CPC. La fin de non-recevoir touche au droit d'agir en justice et atteint l'action elle-même (CPC, art. 32 et 122). Pourtant, la confusion est fréquente entre les nullités pour vice de forme ou de fond et les fins de non-recevoir, confusion entretenue par le législateur* » (*Ibid*).

⁹²⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°148.

⁹²⁹ J. Normand, *RTD civ.* 1981. 684, spéc. p. 685

laissée par ce dernier dans les textes⁹³⁰. On peut retenir ainsi, que dans la pureté des expressions, l'irrecevabilité est la sanction attachée au défaut du droit d'agir. Elle est également la sanction de certains rapports procéduraux dans les hypothèses où l'initiative en est prise par le juge. Certaines exceptions de procédure qu'on propose d'identifier comme des exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance visent spécifiquement à soustraire l'une des parties de l'instance. La prétention qu'elles soumettent au juge se conçoit aisément en début d'instance.

3- Les exceptions de procédure visant à soustraire une partie de la cause

353. Certaines exceptions dilatoires obligatoires doivent être identifiées comme celles qu'un plaideur peut opposer à l'ouverture de l'instance. Celles-ci, visent à la soustraire de l'instance. Les prétentions qu'elles soumettent au juge doivent être appréciées avant toutes autres prétentions dans le procès. En d'autres termes, le débat qu'elles instaurent dans l'instance doit être examiné par préalable au débat sur la recevabilité de l'action et à celui du bien-fondé de la demande. Il faut expliquer non seulement en quoi ces exceptions de procédure sont opposées à l'ouverture de l'instance mais aussi pourquoi, elles doivent être examinées par préalable à toutes les autres prétentions présentées dans l'instance. La liste des exceptions de procédure appartenant à cette sous-catégorie est non limitative⁹³¹. Mais par souci de clarté, on envisagera sous cette rubrique la demande de sursis à statuer « pour faire inventaire et délibérer » (1) et celle tirée du bénéfice de division ou de discussion (2).

a- La demande de sursis à statuer « pour faire inventaire et délibérer »

354. On a souvent appris à voir la demande de sursis à statuer « pour faire inventaire et délibérer » sous l'angle de la suspension de l'instance⁹³², or les effets qu'elle pourrait entraîner sont parfois plus graves. En effet, c'est l'issue de cette demande qui commande la

⁹³⁰ V. *supra* n°130 s. et *infra* n°411 s.

⁹³¹ On propose de distinguer aussi dans cette catégorie, le moyen tiré de la clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge. V. *infra* n°553 s.

⁹³² Sur les effets d'une telle demande V. *infra* n°550 s.

présence ou non de l'héritier dans la cause. En d'autres termes la qualité de défendeur de ce dernier ne peut être retenue qu'à l'issue de la délibération. C'est dire qu'en droit français, il n'existe pas d'héritier nécessaire. Aux termes de l'article 768 du Code civil, trois options s'offrent à l'héritier : l'acceptation pure et simple, la renonciation ou l'acceptation à concurrence de l'actif net lorsqu'il a une vocation universelle ou à titre universel. C'est pour lui permettre d'opérer librement un choix que cette exception de procédure est mise à sa disposition. Avant de se prononcer, il dispose d'un délai de quatre mois pour faire inventaire, c'est-à-dire pour réunir les éléments de sa décision, puis de deux mois augmentés éventuellement d'un délai supplémentaire pour délibérer, c'est-à-dire pour opérer un choix entre les différentes options qui lui sont offertes. Le cas le plus intéressant est celui dont on ne parle pas souvent en droit de la procédure, c'est-à-dire l'hypothèse où l'héritier poursuivi par les créanciers du *de cuius*, à l'issue de l'inventaire, prend l'option de renoncer⁹³³ à la succession⁹³⁴. Dans une telle hypothèse, il ne peut plus être poursuivi⁹³⁵ et l'instance devient sans objet. Seuls les frais funéraires et d'obsèques restent dans ce cas à sa charge⁹³⁶. Sur le plan processuel, l'instance ne pourra suivre son cours que si, l'héritier a opté pour l'acceptation pure et simple ou l'acceptation à concurrence de l'actif net. C'est donc en définitive, le choix opéré par l'héritier poursuivi qui conditionne la poursuite de l'instance. Il est donc tout à faire normal que cette question soit examinée avant toute autre. Ainsi, n'est-il pas excessif de voir dans la demande de sursis à statuer « pour faire inventaire et délibérer » une *exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance*. C'est bien à cette ouverture que s'oppose la partie qui s'en prévaut. Elle y parviendra seulement quand

⁹³³ La renonciation s'analyse en un acte unilatéral par lequel l'héritier abdique ses droits dans la succession et renonce à sa qualité d'héritier. V. S. Ferré-André, *Successions et libéralités*, 2^e éd., Dalloz, 2014, n°592 ; B. Kan-Balivet, « Renonciation à succession », *J.-Cl. Proc. civ.*, fasc. n°986, n°1 : « *La renonciation est plus précisément l'acte unilatéral par lequel l'héritier abandonne ses droits successoraux* ».

⁹³⁴ B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, *Libéralités et successions*, LGDJ, Lextensoéditions, 2015, n° 598 : « *Les motivations qui poussent un héritier à renoncer sont nombreuses, notamment : conserver une libéralité, avantager un autre héritier ou encore se soustraire à un passif important* ». Adde, D. Guével, *Droit des successions et des libéralités*, 3^e éd., LGD, Lextensoéditions, 2014, n°540.

⁹³⁵ D. Guével, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 3 éd. LGDJ, Lextensoéditions, 2014, n°540 ; B. Beignier, *Libéralités et successions*, op. cit., n°599 ; C. Renault-Brahinsky, *Droit des successions*, 6^{éd.}, Gualino, Lextensoéditions, 2011, p. 163 ; S. Ferré-André, *Successions et libéralités*, 2^{éd.} Dalloz, 2014, n°592 « L'héritier renonçant échappe rétroactivement au paiement des dettes et des charges de la succession » ; B. Kan-Balivet, « Renonciation à succession », *J.-Cl. Proc. civ.*, fasc. n°986, n°12 : « *La renonciation à la succession emporte que le renonçant ne peut souffrir ou profiter de la succession (...) il ne peut être tenu de dettes de la succession, quelles soient des dettes de la succession ou nées de l'indivision* ».

⁹³⁶ A-M. Leroyer, *Droit des successions*, 3^e éd. Dalloz, 2014, n° 396 ; B. Beignier, *Libéralités et successions*, op. cit., n°599 ; C. Renault-Brahinsky, *Droit des successions*, 6^e éd., Gualino, Lextensoéditions, 2011, p. 163 ; S. Ferré-André, *Successions et libéralités*, 2^e éd., Dalloz, 2014, n°592.

elle aura renoncé à la succession. Cette raison justifie que, la prétention que soumet au juge cette exception de procédure soit examinée au seuil de l'instance. Le caractère préalable de la prétention semble avoir été pris en compte par les rédacteurs du Code de procédure civile puisqu'aux termes de l'article 111 dudit code, cette exception de procédure doit être présentée avant toute autre. En raison donc du moment où elle intervient, cette exception de procédure doit relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état.

355. Les demandes de sursis à statuer fondées sur les bénéfices de division ou de discussion doivent également être identifiées comme des exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance.

b- La demande de sursis à statuer tirée du bénéfice de division ou de discussion

356. L'objectif poursuivi par le plaideur qui oppose un bénéfice de discussion n'est pas différent de celui recherché par l'héritier qui se prévaut du délai que la loi lui accorde « pour faire inventaire et délibérer » . L'effet sur le plan procédural est le même : s'opposer à l'ouverture de l'instance. C'est l'issue de ces deux exceptions de procédure qui définit la qualité de défendeur à l'instance. Ainsi, lorsque le défendeur à l'action présente une demande de sursis à statuer fondée sur le bénéfice de discussion, il entend, exiger que le créancier poursuive d'abord le débiteur principal. S'il est fait droit à sa demande, il perd, du moins temporairement, la qualité de défendeur et sa présence dans la cause devient sans objet. En d'autres termes, c'est l'issue de cette exception dilatoire qui définit sa qualité de partie à l'instance et justifie sa présence dans la cause. L'instance ne peut être ouverte que si les parties sont clairement identifiées. Le procès civil est distinct du procès pénal dans lequel une procédure peut être ouverte contre X. Le débat sur l'identification des parties dans le procès civil porte devant le juge une question devant être examinée dès l'ouverture de l'instance. Il ne sert à rien de diligenter une procédure à l'égard d'une personne qui, au final, ne pourra pas être condamnée. Le sérieux que revêt la procédure judiciaire commande que cette prétention soit tranchée rapidement afin que toutes les parties soient fixées sur leur qualité. Ainsi, lorsqu'une partie soutient qu'elle ne doit pas être poursuivie et que les procédures devraient être plutôt dirigées contre un autre par exemple le débiteur principal,

elle s'oppose à l'ouverture de l'instance à son encontre. Cela pose le problème de l'opportunité de l'ouverture de l'instance à son encontre. On ne peut en dire autant de la personne dont la demande de sursis à statuer est fondée sur un bénéfice de division. La personne qui s'en prévaut ne s'oppose pas à proprement parler à l'ouverture de l'instance mais à l'objet même de l'instance. Elle entend obtenir une réduction de la dette, cause de la poursuite.

357. Moins radical que le premier, le bénéfice de division permet à la personne qui s'est porté caution d'une personne, d'exiger du créancier qu'il réduise les causes de la poursuite à concurrence de sa part dans la dette en cas de pluralité de cautions. Ainsi, lorsqu'une partie soulève une exception dilatoire fondée sur le bénéfice de division, elle est intéressée sur le point de savoir qu'elle n'est pas poursuivie pour l'entièreté de la dette dont il n'est que codébiteur. L'objet du litige commande que l'on sache ce pourquoi, l'on est poursuivi. Il s'agit d'une question sur laquelle le défendeur doit être rapidement fixé. A ce titre, cette question doit, en termes d'ordre logique, être réglée au seuil de l'instance. C'est pourquoi, on propose d'identifier le moyen tiré du bénéfice de division comme une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance. Cette exception de procédure doit relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état, régime dont elle bénéficie actuellement aux termes des dispositions du Code de procédure civile. Pour le surplus, les causes des demandes de sursis à statuer qui viennent d'être examinées ne naissent pas au cours de l'instance. Aux exceptions de procédure qu'on propose d'identifier comme celles qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance doit correspondre un régime qui tienne compte du moment auquel elles interviennent au cours de la procédure.

C- Le régime proposé aux exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance

358. En raison du moment où elles interviennent dans l'instance, ces exceptions de procédure devront être soumises à un régime rigoureux. On pourrait proposer leur régime en ces termes : ***Les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées au seuil de l'instance 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.

359. Ce régime en raison de la présence des moyens tirés de l'immunité de juridiction et de la nullité de l'acte d'assignation fondée sur une irrégularité de fond peut paraître curieux, mais justifié.

360. Il a déjà été souligné que ces deux exceptions de procédure soumettent au juge des prétentions qui en termes d'ordre logique devraient être tranchées avant tout autre⁹³⁷. On conviendra bien en dépit de la gravité des règles qu'elles entendent sanctionner que les causes qu'elles (irrégularité de fond et immunité de juridiction) visent ne surviennent pas en cours d'instance. A ce propos, c'est plutôt le régime tel qu'il apparaît aujourd'hui dans le Code de procédure civile et en jurisprudence qui est discutable. En effet, la possibilité offerte aux plaideurs d'invoquer, en tout état de cause, une exception de nullité fondée sur une irrégularité de fond, ou le moyen tiré de l'immunité de juridiction, est de nature à retarder l'issue du procès. A titre illustratif, lorsqu'une partie, soulève son défaut de capacité d'ester en justice, ou son immunité de juridiction dans un procès commencé deux ans plus tôt qui tendait déjà vers son issue, cela pose un problème. On conviendra, que le défaut de capacité d'ester en justice ou le défaut de pouvoir d'une partie ou de son représentant, ou encore l'immunité de juridiction ne sont pas des causes qui surviennent ou sont révélées en cours d'instance. La personne dépourvue d'une capacité d'ester en justice, très souvent ne l'ignore pas, il en va de même pour la personne protégée par une immunité de juridiction. Ces questions même si elles commandent l'issue du procès, sont des questions qui doivent être évacuées afin que la marche de l'instance progresse vers la décision sur le fond du litige.

361. Pour le moins, soumettre ces demandes à un régime rigoureux, éveillera davantage l'attention des personnes protégées ainsi que celle de leur représentant ou leur conseil. On ne nie pas que ces causes doivent être examinées, on voudrait juste qu'elles soient évoquées à temps, pour fixer les parties sur le fait que l'instance a été bien engagée. Au surplus, le juge conservera toujours le pouvoir de relever d'office ces moyens, s'il l'estime nécessaire

⁹³⁷ V. *supra* n°325 s. et 348 s.

362. La dérogation accordée à l'héritier qui bénéficie d'un délai « pour faire inventaire et délibérer » pourra toujours être maintenue⁹³⁸.

363. On pourrait ainsi, reformuler l'article 74 du Code de procédure civile qu'on propose de réserver exclusivement aux exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance :

« Les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées au seuil de l'instance 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. »

La demande de communication de pièces ne constitue pas une cause d'irrecevabilité des exceptions de procédure.

Les dispositions de l'alinéa 1^{er} ne font pas obstacle à l'application de l'article 111. »

364. Lorsque l'instance survit au contentieux des exceptions de procédure qui sont opposées à son ouverture, d'autres peuvent encore naître lors de son déroulement. Ce sont celles-ci qu'on propose d'identifier comme celles qui sont opposées à sa continuation.

§2.- Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance

365. Certaines exceptions de procédure naissent dans le cours de l'instance. Celles-ci ne visent pas à contester la régularité de la saisine du juge. Ainsi, après que le juge se soit reconnu compétent et régulièrement saisi, d'autres exceptions de procédure peuvent être encore soulevées par les parties au cours de la marche de la procédure conduisant vers le prononcé de la décision finale sur le fond du litige, ce sont celles-ci qu'il convient de désigner : *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. Leurs objets ne se conçoivent qu'une fois *le juge compétent et régulièrement saisi*. Ces exceptions de procédure instaurent dans l'instance un débat qui est logiquement postérieur au débat sur la recevabilité de l'action mais antérieur à la décision finale sur le fond du litige. Bien

⁹³⁸ CPC, art. 111.

souvent, elles s'intègrent aussi dans le débat sur le fond⁹³⁹. L'expression « *opposée à la continuation de l'instance* » doit s'entendre dans une assertion assez large désignant tout obstacle empêchant le juge de donner la solution finale sur le fond du litige, soit parce qu'il doit encore prendre en compte certains aspects du litige, soit parce qu'il doit s'abstenir définitivement de se prononcer sur le fond de l'affaire. Le régime consacré par le Code de procédure civile à ces exceptions de procédure est pour la plupart totalement incohérent ; ce qui, sans doute, justifie les errements de la Cour de cassation⁹⁴⁰.

366. La catégorie des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance regroupent en quelques sortes celles dont l'objet est d'empêcher le juge de prononcer la décision finale sur le fond dès lors qu'il est admis que l'instance a été régulièrement engagée. Il convient d'en fixer le contenu (A) et d'en proposer le régime (B).

A- Le contenu des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance

367. Il faut d'abord préciser les particularités des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance (1) avant d'indiquer leur typologie (2).

1- Les particularités des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance

368. On a démontré assez largement l'incohérence qu'il y avait à chercher à cantonner le contentieux des exceptions de procédure dans la phase préliminaire du procès alors que l'instance à laquelle elles sont inhérentes se poursuit⁹⁴¹. Cette raison tient au fait que l'instance est une succession d'actes de procédure⁹⁴². Le semblant d'exclusivité de compétence attribuée au juge de la mise en état sur les exceptions de procédure est

⁹³⁹A titre d'exemple, on citera deux cas : lorsqu'il est question d'apprécier par exemple la validité du rapport d'expertise ou encore lorsqu'il faut attendre l'issue d'une question préjudicielle dont dépend la solution du litige.

⁹⁴⁰ V. *supra* n° 45 & 302 s.

⁹⁴¹ V. *supra* n°272 s.

⁹⁴² L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 96 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n°490.

critiquable sur ce point. Tant que l'instance n'est pas achevée devant ce magistrat et qu'elle doit se poursuivre devant la formation de jugement du tribunal, l'on ne doit pas être surpris que les exceptions de procédure puissent encore naître à ce stade. Il est donc inutile de chercher à les regrouper au seuil de l'instance, objectif qui, on l'a démontré, est irréalisable et génère beaucoup d'incertitudes⁹⁴³.

369. Le débat est aussi vain, de chercher à raisonner en termes d'antériorité entre le débat sur la recevabilité de l'action et le contentieux des exceptions de procédure. Le débat sur la recevabilité de l'action est un débat qui, en termes d'ordre logique, se fait sur le seuil de l'instance. Il ne sert à rien de dérouler une procédure lorsque le demandeur est dépourvu du droit d'agir. L'instance est la marche vers la décision finale sur le fond de la chose demandée conditionnée par l'existence du droit d'agir. On ne conteste pas que l'inexistence de l'action commande l'issue du procès et que ce débat puisse se faire à toute hauteur de procédure, mais le raisonnement est en termes d'ordre logique. L'instance peut-elle survivre à l'inexistence du droit d'agir ? On pense que non. C'est parce que l'action existe ou du moins, qu'elle est supposée exister que l'instance a un sens. Mais la confusion en doctrine sur la question de l'antériorité entre le débat sur l'action et celui portant sur la procédure s'explique aisément, lorsque la pensée commune associe les exceptions de procédure au contentieux sur la régularité de la saisine du juge. Il faut bien un juge régulièrement saisi pour apprécier l'existence du droit d'agir. Mais une fois ce droit reconnu, l'instance ne prend pas fin, il faut qu'elle (la marche de l'instance) progresse vers la décision finale sur le fond du litige, C'est bien pour cette raison que le juge a été saisi⁹⁴⁴. *Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* se conçoivent dans cette phase de l'instance et n'ont rien à voir avec la régularité de la saisine du juge. L'idée suivant laquelle des exceptions de procédure peuvent naître lors du déroulement de l'instance n'est pas nouvelle. L'article 771 du Code de procédure civile ne prévoit-elle pas que le juge de la mise en état n'a pas compétence sur les exceptions de procédure qui sont révélées ou survenues après son dessaisissement ?⁹⁴⁵

⁹⁴³ V. *supra* n°272 s.

⁹⁴⁴ Les parties ne se satisfont pas de la reconnaissance de leur droit d'agir mais de ce qui sera décidé sur le fond du litige.

⁹⁴⁵ V. *supra* n°309 s.

370. On a aussi relevé que les exceptions de procédure ne peuvent être envisagées comme étant exclusivement réservées au défendeur originaire, les textes sont en ce sens⁹⁴⁶. Mais comment pourrait-il en être autrement, lorsqu'on sait que l'instance est la chose des parties ? Les exceptions de procédure qu'on propose de distinguer comme celles qu'un plaideur oppose à la continuation de l'instance doivent pouvoir être présentées par toutes les parties. Cette proposition qui, ne vient que concrétiser l'esprit des textes traduit mieux l'idée suivant laquelle la conduite de l'instance appartient à toutes les parties (art. 2 du Code de procédure civile). La conduite de l'instance se fait au moyen d'actes procédure relevant pour l'essentiel de l'initiative des parties et donc de celle demandeur. On ne peut logiquement s'attendre à ce que ce soit une seule partie (le défendeur) qui présente les exceptions de procédure alors même que l'initiative des actes de procédure auxquels elles se rattachent appartient concurremment à toutes les parties. Il en va ainsi même si le demandeur à l'action principale ne se retrouve pas en position de défense, c'est-à-dire s'il n'existe dans le procès que sa seule demande « substantielle »⁹⁴⁷. A titre d'exemple, la nullité d'un rapport d'expertise peut être demandée tant par le demandeur à l'action principale que par le défendeur originaire suivant que l'expertise arrange les affaires de l'un ou de l'autre.

371. En raison du moment, où interviennent, *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*, on ne peut confier le contentieux qu'elles génèrent au juge de la mise en état, la jurisprudence en dépit des incertitudes est largement dans ce sens⁹⁴⁸.

372. Peuvent être considérées comme des *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*, celles dont l'objet n'a rien à voir avec le début de l'instance. Leur

⁹⁴⁶ V. *supra* n°90 s.

⁹⁴⁷ Au sens du Code de procédure civile, les demandes sont opposées aux défenses. Le demandeur à l'action principale ne se retrouverait en position de défense que dans une hypothèse où le défendeur originaire présenterait lui-même une demande reconventionnelle, ce qui suppose que c'est à cette seule condition que le demandeur peut soulever une exception de procédure. Or, il n'en va pas toujours ainsi, le demandeur à l'action principale peut soulever des exceptions de procédure même si les seules prétentions substantielles en cause sont celles qu'il a formulé lui-même.

⁹⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 avril 2014, n° 12-21.484, *Bull. civ.* 2014, I, n°75 ; Cass. 2^e civ., 31 jan. 2013, n°10-16910 : *JCP G* 2013, 263, note Vuitton et 519, n°5, obs. Amrani-Mekki ; *Rev. Huissiers* 2013, 55, note Fricero ; *Procédures* 2013, n°98, obs. Perrot), la demande de sursis à statuer pour saisir la Cour de Justice de l'Union européenne (Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008, n°08-11.438 : *JurisData* n°2008-046893 ; *Bull. civ.* 2008, II, n°277, *Procédures* 2009, n°75, obs. Perrot, *D.* 2009, chron. C. cass. 757, n°1, obs. Sommer, *JCP G* 2009, II, 10048, note Cholet), la demande de sursis à statuer facultatif, cour d'appel de Versailles (Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2006, *D.* 2007. 2431, obs. Fricero, *D.* 2007. 192; comm.. Cholet).

contentieux est donc inconciliable avec le seuil de l'instance. Elles ne se conçoivent qu'une fois le juge compétent et régulièrement saisi. Ainsi en va-il des demandes de sursis à statuer facultatif (pour appeler un garant, ou fondée sur l'exercice d'un recours extraordinaire), de certaines demandes de sursis à statuer obligatoire notamment, la demande de sursis à statuer fondée sur la règle "*le criminel tient le civil en l'état*", la demande de sursis à statuer pour saisir la Cour de justice de l'Union européenne, la demande de sursis à statuer pour saisir le juge constitutionnel, la demande de sursis à statuer pour saisir le juge administratif, la demande de sursis à statuer fondée sur l'incident de faux invoqué devant une juridiction d'exception⁹⁴⁹. Figurent également dans cette catégorie, les demandes de nullité opposée à un acte de procédure accompli postérieurement à l'ouverture de l'instance⁹⁵⁰, la demande de péremption de l'instance, la demande de renvoi pour connexité ou de litispendance. Après avoir indiqué les particularités des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance, il faut préciser leur typologie.

2- La typologie des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance

373. *Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* sont intrinsèquement liées à l'instruction de l'affaire (a), d'autres bien que soulevées au cours de cette phase intéressent plus particulièrement l'intérêt d'une bonne administration de la justice (b).

a- Les exceptions de procédure soulevées dans le cadre de l'instruction

374. Certaines exceptions de procédure présentées lors du déroulement de l'instance interviennent dans le cadre de l'instruction. Celles-ci intéressent, d'une part, la régularité des actes de procédure accomplis lors du déroulement de l'instance (1) et d'autre part, les suspensions accordées dans le cadre de l'instruction du litige (2).

⁹⁴⁹ Cette dernière qualifiée de défense au fond par la Cour de cassation en raison de l'inadaptation du régime des exceptions de procédure. V. *supra* n°196 s.

⁹⁵⁰ Notamment celles visées par l'article 112 du Code de procédure civile.

α- La régularité des actes accomplis lors du déroulement de l'instance

375. L'article 112 du Code de procédure civile, disposant que « *la nullité des actes de procédure peut être invoquée au fur et à mesure de leur accomplissement* », laisse entrevoir que les exceptions de nullité » peuvent survenir à toute hauteur de procédure, du moins tant que la décision finale sur le fond du litige n'est pas encore intervenue. Ainsi, en dehors de la nullité opposée à l'acte introductif d'instance⁹⁵¹, d'autres demandes de nullité peuvent être présentées postérieurement lors de l'instruction de l'affaire. Il en est ainsi par exemple, des demandes de nullité formées contre un rapport d'expertise. Notamment lorsque le technicien n'a pas accompli personnellement une partie de sa mission ou lorsque le pré-rapport n'a pas été adressé à toutes les parties ou en cas de dépassement par l'expert de la mission à laquelle il a été commis. Il peut être cité également la demande de nullité pour cause d'irrégularités affectant la rédaction ou la signification d'un commandement. Dans ces hypothèses, la nullité de l'acte si elle est accordée, n'éteint qu'une partie de l'instance⁹⁵². L'acte annulé sera simplement écarté des débats. Certaines autres exceptions de procédure appartenant à cette sous-catégorie ont pour objet l'obtention de suspension lors de l'instruction de l'affaire.

β- Les suspensions dans le cadre de l'instruction de l'affaire

376. Certaines demandes de suspension de l'instance interviennent dans le cadre de l'instruction. Celles-ci doivent être identifiées comme des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance. Elles présupposent un juge compétent et régulièrement saisi. Une partie s'en prévaut lorsqu'elle estime que le juge doit renoncer provisoirement à donner une solution finale sur le fond de l'affaire parce que certains aspects du litige doivent encore être pris en compte. C'est l'exemple de la demande du sursis à statuer formulée en présence d'une question préjudicielle⁹⁵³ ainsi qu'il est prévu à l'article 49 du Code de

⁹⁵¹ On propose de distinguer cette exception de nullité comme une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance. V. *supra* n°347 s.

⁹⁵² V. *infra* n° 615 s.

⁹⁵³ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.* V. question préjudicielle : « *question préjudicielle comme un point de droit devant être jugé avant un autre dont il commande la solution, mais qui ne peut l'être que par une*

procédure civile. On peut citer à titre illustratif, la demande de sursis à statuer pour adresser une question préjudicielle au juge administratif, à la Cour de justice de l'Union européenne ou encore au juge constitutionnel. Celles-ci visent à donner une meilleure information au juge saisi de la demande substantielle. Cette information devra être prise en compte dans le cadre du prononcé de la décision finale sur le fond du litige⁹⁵⁴. Cette idée confirme les propos de Jean Viatte qui a constaté que le sursis à statuer « *s'apparente à une mesure d'instruction car il est destiné à donner à la juridiction qui l'ordonne une meilleure information* »⁹⁵⁵. On peut aussi citer dans cette catégorie la demande de sursis à statuer pour appeler un garant. Cette demande intervient également dans le cadre de l'instruction et vise à donner au juge une meilleure information. L'objet de ces exceptions de procédure ne se conçoit pas en début d'instance⁹⁵⁶. Elles ne peuvent non plus être envisagées comme étant exclusivement réservées au défendeur. Certaines autres exceptions de procédure qu'on propose d'identifier comme celles qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance trouvent leur fondement dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

b- Les exceptions de procédure dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice

377. Parmi les exceptions de procédure qu'on propose d'identifier comme celles opposées à la continuation de l'instance, certaines visent la bonne administration de la justice. En raison de cette cause, le juge dans certaines hypothèses doit s'abstenir définitivement de rendre une décision finale sur le fond du litige. D'autres par contre requièrent seulement du juge une suspension de l'instance jusqu'à la survenance d'un événement. Les premières concernent les demandes de renvoi (α) et les secondes les demandes de suspension dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (β).

juridiction autre que celle qui connaît de ce dernier, de sorte que celle-ci doit surseoir à statuer sur le point subordonné et renvoyer à la juridiction compétente pour connaître du point devant être jugé en premier ».

⁹⁵⁴ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1002.

⁹⁵⁵ J. Viatte, « Exception dilatoires – Questions préjudicielles et Sursis à statuer », *art. cit.*, p. 31.

⁹⁵⁶ V. *supra* n°292 s.

α- Les demandes de renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice

378. Les exceptions de connexité et de litispendance soumettent au juge des prétentions qui en toute logique doivent être tranchées avant le prononcé de la décision finale sur le fond du litige. Les demandes de renvoi pour cause de connexité et de litispendance sont en principe de par leur nature soumises à un juge compétent et régulièrement saisi, c'est du moins l'idée qui transparaît des dispositions consacrées dans le code à ces exceptions de procédure. Rien donc n'empêche ce dernier de donner une solution finale au fond du litige si ce n'est l'intérêt d'une bonne administration de la justice⁹⁵⁷. Le régime auquel l'exception de litispendance est soumise peut laisser supposer qu'elle constitue une prétention à examiner par préalable au contentieux portant sur la recevabilité de l'action ; il n'en est rien. Aux termes de l'article 100 du Code de procédure civile, « *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* ». Au regard des termes consacrés, la demande de renvoi pour cause de litispendance est une question formulée devant un « juge compétent ». La disposition précitée fait référence à « *deux juridictions également compétentes* ». Comment sait-on si la juridiction saisie en second est compétente tant que le contentieux y afférent n'est pas vidé ? On voit bien qu'en s'en tenant aux mots, le juge saisi de l'exception de litispendance est un « juge compétent » pour connaître du fond du litige. On peut logiquement en déduire que les exceptions de litispendance et d'incompétence ne peuvent relever d'un même régime. La question relative à la compétence doit être examinée avant celle portant sur la litispendance. Sous le bénéfice de cette remarque, le régime auquel la demande de renvoi pour litispendance est soumise par les rédacteurs du Code de procédure civile paraît assez curieux. C'est comme si, on requiert des parties qu'elles soulèvent l'exception de litispendance avant même d'avoir su, si la juridiction saisie en second est compétente ou non. On attend donc d'elles qu'elles « *présument* » celle-ci compétente, mais telle n'est pas la lettre de l'article 100 du Code de procédure civile : « *si le litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes* ». Ou, c'est cette formulation qui doit être revue, ou c'est plutôt le régime qu'il faudra revoir. En l'état, soulever une exception de litispendance suppose, le contentieux de

⁹⁵⁷ V. *supra* n°81.

la compétence et de la régularité de la saisine du juge vidé. Chacune des deux juridictions saisies est à même de conduire l'instance jusqu'à son denouement par la décision finale sur le fond du litige. Mais, il faudra l'éviter, car cela y va de l'intérêt d'une bonne justice. L'une des deux juridictions saisies, en l'occurrence celle saisie en second doit, à cette étape, renvoyer la connaissance de la cause devant l'autre afin d'éviter une contrariété de jugements. La question de la litispendance est donc une question en toute logique postérieure au débat sur la régularité de la saisine du juge mais antérieure au débat sur le fond. A ce propos, elle ne peut en effet relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état. Le régime auquel cette exception de procédure est soumise dans le Code de procédure civile a été dénoncé par certains auteurs notamment Jacques Héron et M. Le Bars sur tout autre fondement⁹⁵⁸. Ces auteurs opèrent un rapprochement entre l'autorité de la chose jugée et la litispendance en raison de l'identité de cause, d'objet et de parties. Ils observent à ce propos, que : « *la litispendance est à l'instance ce que la chose jugée est à l'action* »⁹⁵⁹. Ils regrettent que l'autorité de la chose jugée puisse être présentée en tout état de cause parce que soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir alors que la litispendance doit être cantonnée au début de l'instance parce que soulevée au moyen d'une exception de procédure⁹⁶⁰. Ils justifient leur propos en indiquant, qu'on ne peut donc invoquer dans ce dernier cas le silence des parties, car « *elles ne peuvent pas par un consentement tacite, consacrer un ordre de chose contraire à la bonne administration de la justice* »⁹⁶¹. Pour l'essentiel, l'exception de litispendance n'a rien à voir avec le début de l'instance. Elle intervient en cours d'instance. A ce titre, elle constitue une exception de procédure qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance.

379. Dans une logique voisine à celle-ci, l'exception de connexité doit être aussi identifiée comme une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. Cette exception de procédure soumet au juge une prétention qui en terme d'ordre logique doit être

⁹⁵⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 1067, note 32 : ils regrettent conséquemment la différence de régime ainsi précisent-ils qu' « *on peut trouver critiquable l'application à l'exception de litispendance des dispositions de l'article 74 du Code de procédure civile, qui obligent les parties à la soulever in limine litis à peine d'irrecevabilité. Ne conviendrait-il pas de la soumettre au régime plus souple de la fin de non-recevoir ?* ».

⁹⁵⁹ *Ibid*, V. aussi sur ce rapprochement avec l'autorité de la chose jugée, J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 1065 : ces auteurs soulignent que « l'exception de litispendance repose sur la même raison que celle qui fonde l'autorité de chose jugée ».

⁹⁶⁰ Une fois encore l'inadaption du régime de l'exception de procédure est en cause.

⁹⁶¹ Ph. Duchesneau, *Des exceptions, thèse préc.*, p. 19.

examinée après le débat sur la recevabilité de l'action mais avant la décision finale sur le fond du litige. Elle n'a donc rien à voir avec le début de l'instance. Cet aspect semble avoir été bien cerné par les rédacteurs du Code de procédure civile, en témoigne le régime auquel elle a été soumise : « *l'exception de connexité peut être proposée en tout état de cause...* ». En effet, aux termes de l'article 101 du Code de procédure civile : « *s'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une d'elle de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction* ». La connaissance de l'affaire à laquelle cette disposition fait référence ainsi que le temps nécessaire pour l'appréciation du « *lien* » qui doit exister entre les deux affaires constituent l'illustration qu'une telle situation se rencontrera très peu en début d'instance. Elle se révélera généralement en cours d'instance. Le juge qui en est saisi devra renoncer à rendre une décision sur le fond de l'affaire et renvoyer la connaissance de la cause vers l'« autre juridiction ». L'appartenance de cette exception de procédure à la catégorie de celles qui sont opposées à la continuation de l'instance soulève moins de difficulté à l'instar des demandes de suspension dans l'intérêt d'une bonne administration.

β- Les demandes de suspension dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice

380. Certaines demandes de suspension interviennent dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Il en va ainsi notamment lorsque la demande de suspension est tirée de la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » ou de l'exercice d'une voie de recours extraordinaire. La première constitue une cause de suspension obligatoire et la seconde une cause de suspension facultative. Aucune de ces causes ne peut en principe empêcher le juge saisi de la demande substantielle de donner une solution finale sur le fond du litige. Ces demandes de suspension à l'instar de toutes les autres présupposent un juge compétent et régulièrement saisi, de sorte que l'instance reprendra son cours une fois que le juge répressif aura rendu sa décision ou que la juridiction saisie du recours extraordinaire aura donné une suite au recours formé devant elle. Dans tous ces cas, il s'agit d'attendre, sans y être tenu⁹⁶², ce qui sera décidé dans une autre instance. La demande de suspension présuppose une

⁹⁶² V. *infra* n°442 s.

instance régulièrement engagée et un juge compétent. En termes d'ordre logique, les demandes de suspension interviennent postérieurement au contentieux sur la recevabilité de l'action et dans les deux hypothèses envisagées, la juridiction devant laquelle elles ont été formulées, peut donner une solution au fond du litige sans accorder au préalable la suspension demandée. Il en va ainsi, dans le droit actuel, lorsque la demande de sursis à statuer tirée de la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » a été déclarée tardive ou que le juge usant de son pouvoir discrétionnaire n'a pas accordé la suspension lorsque la demande est tirée de l'exercice d'une voie de recours extraordinaire⁹⁶³. Ces exceptions dilatoires en raison du moment où elles interviennent dans l'instance doivent être identifiées dans la catégorie de celles qui sont opposées à la continuation de l'instance. Ainsi en va-t-il aussi de la demande de péremption de l'instance.

y- La demande de péremption de l'instance

381. Cela va dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que les causes soient jugées dans délai raisonnable. La demande de péremption de l'instance qu'on propose d'identifier comme une exception de procédure ne porte pas à la connaissance du juge une situation qui se rencontre en début d'instance⁹⁶⁴. La demande de péremption de l'instance ne relève pas du contentieux sur la régularité de la saisine du juge. Elle présuppose en effet, une instance régulièrement engagée depuis au moins deux ans, mais qui en raison de l'abandon supposé des parties, oblige le juge sur demande de l'une des parties à ne plus rendre la solution finale sur le fond du litige. Cette exception de procédure doit être identifier dans la catégorie de celles qui sont opposées à la continuation de l'instance. La partie qui s'en prévaut soumet au juge une prétention qui en toute logique doit être examinée par préalable au fond. Si le juge fait droit à cette demande, l'instance prend fin sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur le bien-fondé des demandes substantielles. La typologie des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance révèle

⁹⁶³ Le premier renvoie à un cas de sursis à statuer obligatoire et le second à un cas de sursis à statuer facultatif. Les deux sont cependant soumis à la double exigence de simultanéité et d'antériorité.

⁹⁶⁴ V. *supra* n° 256s. & 300 s.

qu'elles portent toutes sur des situations qui ne se rencontrent pas en début d'instance. Il importe donc qu'un régime plus adapté leur soit proposé.

B- Le régime proposé aux exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance

382. Il faudra d'abord proposer un régime plus adapté aux exceptions de procédure identifiées dans la catégorie de celles qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance (1). Avant d'en préciser la portée (2).

1- Le sens du régime des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance

383. A la différence du contentieux des exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance dont le règlement devra relever entièrement du juge de la mise en état, les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance ne peut relever de la compétence exclusive de ce magistrat. Cependant, les causes lorsqu'elles surviennent devant lui, l'exception de procédure pourra être soulevée sans que la décision qui en sera issue soit dotée de l'autorité de la chose jugée sauf l'hypothèse où elle met fin à l'instance⁹⁶⁵.

384. Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance doivent, en raison de leur particularité, bénéficier d'un régime souple. Elles doivent pouvoir être proposées en tout état de cause, ceci permettra sans doute d'éviter les confusions opportunistes avec d'autres concepts en même temps qu'elle assurera une certaine homogénéité à toute la sous-catégorie. On propose que le régime de ces exceptions de procédure soit conçu en ces termes :

Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance peuvent être invoquées au fur et à mesure de leur révélation ou de leur survenance sauf la possibilité

⁹⁶⁵ V. *infra* n°483 s.

pour le juge de les écarter ou de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus dans une intention dilatoire ou abusive de les soulever plus tôt.

385. Ce régime aidera à simplifier les procédures mais surtout à mettre fins aux incertitudes de la Cour de cassation en cette matière. Le régime proposé confère au juge le pouvoir d'écarter une exception de procédure en raison de sa tardiveté⁹⁶⁶. On observera que ce n'est pas la première fois qu'un tel pouvoir est conféré au juge. En matière de connexité, le juge dispose du pouvoir d'écarter l'exception de de connexité pour cause de tardiveté. Ce pouvoir devra être renforcé et étendu à toutes les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance. Dans la législation actuelle, le juge dispose du pouvoir d'écarter presque toutes les exceptions de procédure⁹⁶⁷. Le juge devra aussi disposer du pouvoir de condamner les parties qui se seraient abstenues dans une intention dilatoire de présenter plus tôt les exceptions de procédure à des dommages et intérêts, si l'intention fautive était retenue⁹⁶⁸.

386. On peut essayer de faire une simulation, en appliquant le régime proposé à certaines espèces afin d'en apprécier la portée.

2- Quelques conséquences tirées de la mise en œuvre du régime proposé

387. On essaiera d'appliquer le régime des *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* à quelques espèces déjà jugées afin de voir le sens dans lequel les décisions auraient pu être rendues.

388. A ce propos, dans une espèce dont elle a été saisie, la cour d'appel de Versailles a dû disqualifier les demandes de sursis à statuer facultatif en incident d'instance déniant ainsi à ces demandes le qualificatif d'exceptions de procédure en violation des articles 109 et 110

⁹⁶⁶ V. *infra* n°440 s.

⁹⁶⁷ La jurisprudence a pu retenir que le fait pour une partie de déclarer vouloir s'en rapporter à la justice était constitutif d'une défense au fond qui rendait irrecevable l'exception de procédure, V. cass. 2^e civ., 7 juin 2007, n°06-15.920 : *JurisData* n°2007-039471 ; *Bull. civ.* 2007, II, n°145 ; *Procédures* 2007, n° 218, obs . R. Perrot ; *D.* 2008, p. 648, obs. J.-M. Sommer et C. Nicoletis.

⁹⁶⁸ V. *infra* n°456 s.

du Code de procédure civile⁹⁶⁹. Cette disqualification était motivée par le souci de faire échapper ces demandes à la compétence exclusive du juge de la mise en état, afin de permettre aux parties de pouvoir présenter ces exceptions de procédure devant la formation de jugement du tribunal. Si, le nouveau régime proposé avait été en vigueur, la cour d'appel de Versailles n'aurait pas provoqué cette distorsion des textes. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris n'aurait pas eu besoin d'affirmer, que la demande de sursis à statuer formée par le demandeur à l'action principale était une exception de procédure mais pas un moyen de défense et qu'à ce titre elle pouvait être présentée en tout état de cause⁹⁷⁰.

389. Aussi, la Cour de cassation n'aurait pas eu besoin d'affirmer que la demande de nullité d'un rapport d'expertise n'est pas une exception de procédure au sens de l'article 73 du Code de procédure civile et qu'à ce titre, elle ne relevait pas de la compétence exclusive du juge de la mise en état⁹⁷¹. Le nouveau régime aurait permis un gain de temps lié à l'exercice du pourvoi en cassation.

390. On peut penser aussi, que si, ce régime avait existé, la Cour de cassation, n'aurait pas violé l'article 74, al. 1^{er}, en dépit de sa fermeté, en retenant que la demande de sursis à statuer pour saisir la Cour de justice de l'Union européenne pouvait être soulevée en tout état de cause. Cela aurait permis également un gain de temps⁹⁷².

391. Dans une autre espèce dont elle a été saisie, la Cour de cassation a dû disqualifier la demande de sursis à statuer fondée sur l'incident de faux soulevée devant une juridiction d'exception, en défense au fond, en dépit de son effet suspensif sur l'instance⁹⁷³. Dans cette espèce, il avait été question de permettre à l'une des parties de pouvoir invoquer ce moyen

⁹⁶⁹ CA Versailles (16^e ch.), 30 novembre 2006, *Gaz. Pal.* 2007, p. 587 ; V. *supra* n°296 s.

⁹⁷⁰ CA Paris, 19^e ch., 25 fév. 2003 : *Bull. Avoués.* 2003, n°168, p.22

⁹⁷¹ Cass. 2^e civ., 31 jan. 2013, n°10-16910 : *JCP G 2013*, 263, note Vuitton et 519, n°5, obs. Amrani-Mekki ; *Rev. Huissiers* 2013, 55, note Fricero ; *Procédures 2013*, n°98, obs. Perrot. ; V. *supra* n°315 s.

⁹⁷² Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008 : *JCP G 2009*, II, 10048, note Cholet ; *Procédures 2009*, n°75, obs. Perrot ; *D. 2009*, chron. C. Cass. 757, n°1, obs. Sommer. V. *supra* n°312 s.

⁹⁷³ Cass. 1^{re} civ, 24 oct. 2006, n°05-21.282 : *Jurisdata* n°2006-035515 ; *Bull. Civ.* 2006, I, n°434 ; *Procédures 2007*, n° 34, obs. R. Perrot ; *D. 2007. Jur.* 192, note D. Cholet ; X. Marchand et J. Serapionian, *art. préc.* n°6 : « l'exception dilatoire ne saurait théoriquement être confondue avec une défense au fond, dans la mesure où elle ne tend pas au rejet de la prétention de l'adversaire, mais simplement à suspendre le cours de la procédure, toutefois la différence entre ces deux moyens n'est pas toujours limpide, ainsi qu'en attestent les difficultés à qualifier le moyen soulevant un incident de faux ». V. *supra* n°196 s.

en tout état de cause, ce qui bien entendu a entraîné une confusion entre exception de procédure et défense au fond. La Cour de cassation aurait sans doute évité une telle confusion si le régime de cette exception de procédure avait été différent. Aussi, on aurait pu faire économie des nombreuses cassations dont cette affaire a été l'objet⁹⁷⁴.

392. L'exception de procédure *soumet au juge une prétention relative à la marche de la procédure qui, dans la structure logique du procès, doit être examinée par préalable au fond.* A ce propos, il est inutile de raisonner en termes d'antériorité entre le débat sur les exceptions de procédure et celui portant sur les fins de non-recevoir. Certaines exceptions de procédure doivent être examinées au tout début de l'instance. On propose d'appeler celles-ci, *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance.* En cela que la personne qui les soulève s'oppose pour diverses raisons à ce que l'instance soit ouverte contre elle. Elle entend ainsi refuser par divers arguments l'offre de l'instance qui lui est faite. Cette première catégorie d'exceptions de procédure instaure dans le procès un débat qui est antérieur à celui portant sur la recevabilité de l'action. Il faut bien un juge compétent et régulièrement saisi pour apprécier l'existence de celle-ci. D'autres exceptions de procédure, plus nombreuses, n'ont rien à voir avec l'ouverture de l'instance. Leur présentation présuppose un juge compétent et régulièrement saisi. Leur présentation en termes d'ordre logique du procès est postérieure au débat sur la recevabilité de l'action. Ce sont celles-ci qu'on propose d'appeler, *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance.* La partie qui présente de telles exceptions entend s'opposer à ce qu'un juge compétent et régulièrement saisi rende une décision finale sur le fond du litige, soit **parce que ce dernier doit encore prendre en compte certains aspects du litige**, soit **parce qu'il doit s'abstenir définitivement de se prononcer sur le fond de l'affaire.** Le débat qu'elles instaurent dans l'instance est postérieur à celui portant sur la recevabilité du droit d'agir. Ces exceptions de procédure interviennent dans la droite ligne de l'instance

⁹⁷⁴ *Ibid.*

conduisant vers son dénouement par la décision finale sur le fond de l'affaire. La non-prise en compte de cet aspect a conduit les rédacteurs du Code de procédure civile à soumettre ces exceptions de procédure à un régime totalement incohérent et inadapté. En réalité, seules *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* peuvent être envisagées comme exclusivement réservées au défendeur. Elles se soumettent assez facilement au régime strict de l'article 74 du Code de procédure civile. Elles doivent à ce propos être soulevées au début de l'instance avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Elles doivent dans le même sens seules relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état. *Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* quant à elles peuvent être soulevées à toute hauteur de procédure. Elles ne peuvent non plus être envisagées comme exclusivement réservées à une partie. Comment pourrait-il en être autrement quand on sait que la conduite de l'instance appartient concurremment aux parties et non pas à l'une d'elles ? En définitive, il est vain de chercher à cantonner les exceptions de procédure au début du procès alors que l'instance à laquelle elles sont intimement rattachées se poursuit et ne prendra normalement fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige.

CONCLUSION DU TITRE 2

393. Ce titre a été l'occasion de préciser quelques critères essentiels à l'identification de l'exception de procédure. Elle est d'abord une demande incidente. A ce propos, elle ne peut introduire une instance. Mais à la différence des demandes incidentes portant sur le droit substantiel, celle-ci se rapporte à la marche de la procédure, c'est-à-dire à l'instance. Elle soumet au juge une prétention à examiner par préalable au fond. A ce titre, la seule certitude est que le débat portant sur l'exception de procédure est placé devant la question de l'examen du bien-fondé de la demande substantielle. En d'autres termes, entre le débat portant sur la recevabilité de l'action et celui portant sur les exceptions de procédure, on ne peut raisonner en termes d'antériorité comme cela a pu apparaître dans la pensée de Motulsky. Certaines exceptions de procédure se discutent avant la question de la recevabilité du droit d'agir et d'autres postérieurement. Il en résulte que dans l'ensemble, l'exception de procédure ne peut être cantonnée au début de l'instance alors que celle-ci se poursuit et ne prendra fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. La méconnaissance de cette réalité semble être la source de nombreuses incertitudes aux quelles donnent lieu la jurisprudence fluctuante en cette matière. Cette situation a conduit progressivement à un désordre généré par un régime incohérent et inadapté. D'un côté, le contentieux des exceptions de procédure qu'on cherche à contenir au seuil de l'instance avec l'exclusivité de compétence attribuée au juge de la mise en état sur celles-ci. Et d'un autre côté, les exceptions de procédure qui refusent de s'y soumettre et partant se retrouvent à toutes les phases de l'instance notamment devant la formation de jugement.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

394. Au cours de cette première partie, on s'est interrogé sur la nature de l'exception de procédure. L'occasion a été ainsi saisie pour restituer à la notion son exacte qualification à travers quatre critères distincts. On a ainsi rejeté la qualification de moyen de défense héritée de la tradition avant d'affirmer que l'exception de procédure est une demande. Il faut donc le préciser, *l'exception de procédure est une demande incidente par laquelle un plaideur soumet au juge une prétention relative à la marche de la procédure qui doit être examinée par préalable au fond*. De cette définition, deux conséquences ont été tirées. D'une part, les exceptions de procédure ne visant pas le réjet de la prétention adverse, le demandeur à l'action principale ne devrait pas être déclaré irrecevable à les présenter. L'exception de procédure n'est donc pas exclusivement réservée au défendeur. Cette définition et la qualification qui en résulte semblent mieux cadrer avec la plupart des textes qui dans le Code de procédure civile, organisent les exceptions de procédure. D'autre part, l'exception de procédure soumettant au juge une prétention relative à la marche de la procédure, c'est-à-dire à l'instance, il est vain de chercher à les cantonner au début du procès, alors que l'instance à laquelle elle se rapporte se poursuit et ne prendra normalement fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. De la combinaison de ces deux conséquences. On a relevé qu'il a toujours existé un point de confusion entre le régime de l'exception de procédure et le fait qu'elle soit une demande à examiner par préalable au fond. Le régime auquel les exceptions de procédure sont soumises aujourd'hui est totalement incohérent et inadapté, ce qui compromet à certains égards le principe d'égalité des armes.

395. Si comme, il résulte des articles 1 et 2 du Code de procédure civile, l'initiative et la conduite de l'instance appartiennent aux parties, il apparaît inéquitable de réserver les exceptions de procédure à une seule des parties, notamment le défendeur. C'est ce à quoi concourt malheureusement le régime rigoureux édicté à l'article 74, al. 1^{er} du Code de procédure civile. Or les exceptions de procédure, on l'a relevé, ne peuvent être cantonnées au début de l'instance. On devrait rétablir équité en répartissant les exceptions de procédure suivant les deux phases de l'instance relevant de l'initiative des parties : son introduction (article 1^{er} du Code de procédure civile) et sa conduite (article 2 du Code de procédure civile). À la

première doit correspondre *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance*. Celles-ci peuvent être considérées à raison comme exclusivement réservées à la partie qui n'a pas pris l'initiative de l'instance. Elle peut donc pour divers motifs s'opposer à cette ouverture. À la seconde phase doit correspondre, *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*, celles-ci appartiennent à toutes les parties et ne peuvent être considérées comme exclusivement réservées au défendeur. À chacune de ces catégories d'exceptions de procédure doit correspondre un régime spécifique. On a ainsi proposé, d'adopter pour ces dernières un régime plus souple permettant à toutes les parties de s'en prévaloir. On a la prétention de penser que cette répartition ainsi que le régime qui en découle permettront de mieux organiser le contentieux des exceptions de procédure et de mettre un terme au désordre constaté en cette matière. Ils permettront aussi de garantir la règle de prévisibilité nécessaire à toutes les règles de procédure. Enfin, ces propositions permettront de garantir aux plaideurs une égalité des armes et d'insuffler une certaine célérité à la procédure souvent critiquée pour sa lenteur. L'atteinte de ces résultats implique que la portée de la définition renouvelée de l'exception de procédure soit évaluée, ce serait l'objet de la seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE :

LA PORTÉE DE LA NOUVELLE DÉFINITION DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

396. La première partie de cette étude a débouché sur une nouvelle définition de l'exception de procédure. Celle-ci paraît restituer à la notion son exacte qualification. On est ainsi parvenu à cette conclusion que l'exception de procédure est une demande incidente par laquelle un plaideur soumet au juge une prétention relative à la marche de la procédure. De cette définition, plusieurs conséquences peuvent être tirées.

397. Le demandeur à l'action principale ne doit pas en principe être déclaré irrecevable à présenter une exception de procédure, notamment celle qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance. Cette conséquence se heurte cependant à une difficulté : le régime auquel le Code de procédure civile soumet les exceptions de procédure. Celui-ci ne permet guère au demandeur à l'action principale de s'en prévaloir. Pourtant, en dehors de ce régime, rien dans les textes n'indique que les exceptions de procédure doivent être exclusivement réservées au défendeur. Au-delà des problèmes d'injustice et de ce recommande le bon sens, c'est ce régime incohérent qui doit être revu. On a ainsi suggéré son assouplissement afin de permettre à toute partie intéressée de se prévaloir de l'exception de procédure⁹⁷⁵. Cet assouplissement intéresse plus particulièrement le régime des exceptions de procédure qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance. Mais la problématique sous-jacente à celles-ci est qu'elles ne doivent pas être détournées de leur but dans une perspective de retarder l'issue du procès. Il faut donc trouver un équilibre pour éviter que le régime proposé ne fasse le lit à des manœuvres dilatoires d'un plaideur dont la cause serait mal engagée sur le fond. Ainsi, l'assouplissement du régime des

⁹⁷⁵ V. *supra* n°384

exceptions de procédure doit être accompagné d'un accroissement des pouvoirs du juge qui en est saisi. Ces nouveaux pouvoirs auront pour effet de modifier l'office traditionnel du juge saisi de l'exception de procédure.

398. L'exception de procédure est une demande. À ce titre l'activité judiciaire du juge sur celle-ci impose qu'il y soit statué à travers un acte qui fasse autorité. Mais au regard de la distinction proposée doit-on attachée l'autorité de la chose jugée à toutes les décisions par lesquelles le juge statue sur une exception de procédure ? La réponse à cette question doit dépendre désormais de l'office du juge sur celle-ci. À ce propos, il faut redistribuer l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions qui statuent sur une exception de procédure en tenant compte du nouveau domaine d'exclusivité de compétence attribuée au magistrat de la mise en état.

399. Aussi, les décisions qui accueillent les exceptions de procédure emportent des effets certains sur la marche de la procédure c'est-à-dire sur l'instance. Les parties doivent disposer du droit de recourir contre ces décisions. Ces recours doivent être réorganisés à l'aune de la redistribution proposée de l'autorité de la chose jugée

400. La portée de la définition proposée c'est d'abord le traitement judiciaire de l'exception de procédure (titre 1). Ceci passe par une évolution de l'office du juge en matière d'exception de procédure et la redistribution de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions par lesquelles il statue sur celles-ci. Cette étendue sera aussi appréciée au regard du sort de ces décisions (titre 2).

TITRE 1 :

LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DE L'EXCEPTION DE PROCEDURE

401. La définition de l'exception de procédure à laquelle on a abouti ainsi que le régime qu'on propose de lui appliquer emportent diverses conséquences sur l'office du juge. D'abord, on a soutenu que l'exception de procédure est une demande. On remarquera que l'office qu'exerce le juge lorsqu'il en est saisi s'apparente à celui qu'il exerce sur les demandes de nature substantielle. Cette affirmation trouve déjà son point d'ancrage dans la législation actuelle. Cette situation n'est donc pas nouvelle. Ce qui n'existe pas formellement dans les textes, c'est le régime auquel on propose de soumettre les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance. Celui-ci présente l'avantage de permettre à toutes les parties au procès de s'en prévaloir. Mais on peut craindre, non sans raison, que le régime proposé fasse le lit à des manœuvres dilatoires des parties. C'est pour y pallier qu'on propose d'accroître les pouvoirs du juge qui en est saisi. La mise en œuvre de ce régime modifiera quelque peu l'office traditionnel du juge saisi de l'exception de procédure (chapitre 1). En proposant de distinguer désormais les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance de celles qui sont opposées à sa continuation, dont seules les premières doivent relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état, la conséquence qui en découle est la nécessaire redistribution de l'autorité de la chose jugée qui consacre l'office du juge sur ces demandes. Ainsi, ne doivent en principe être dotées de l'autorité de la chose jugée devant le juge de la mise en état que les seules décisions par lesquelles, ce magistrat statue sur une exception de procédure relevant de sa compétence exclusive. Il en irait autrement des décisions par lesquelles, il statue sur une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance*. On envisagera donc en second lieu la

nécessaire redistribution de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision qui statue sur une exception de procédure (chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

L'OFFICE DU JUGE SAISI DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

402. La définition proposée de l'exception de procédure ainsi que le régime qui en découle appellent quelques changements dans l'office traditionnel du juge qui en est saisi. C'est donc l'occasion de préciser ce que doit être désormais l'office du juge saisi de l'exception de procédure ou plus concrètement ce qui changera dans cet office. Comme l'ont relevé des auteurs : « *L'office du juge participe de l'art d'imaginer le bon jugement mais aussi de celui d'y parvenir entre le temps où la querelle ou la requête sont portées à sa connaissance et le moment où il s'en délivre lui-même par sa décision* »⁹⁷⁶ finale sur le fond du litige. La progression vers cette décision nécessite qu'il soit également tranché les prétentions procédurales soumises au juge au moyen des exceptions de procédure : ce sont celles-ci qu'on a proposé d'appeler : *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. Le régime auquel on propose de les soumettre appelle quelques modifications dans l'office traditionnel du juge.

403. Soutenir que l'exception de procédure est une demande, c'est admettre aussi que par son biais, le plaideur soumet au juge un litige que celui-ci doit trancher conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. On rappellera à ce propos, que les obligations qui pèsent sur le juge ne sont pas distinctes de celles qui pèsent sur lui, lorsqu'il est saisi d'une demande substantielle. Ce constat intéresse tant les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance que celles qui sont opposées à sa continuation, donc les exceptions

⁹⁷⁶ J-F. Burgelin, J-M. Coulon et M-A. Frison-Roche, « L'office de la procédure », in *Le juge entre deux millénaires: mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 253: « *la fonction primordiale de la procédure est d'interdire à des faits bruts et brutaux d'accéder au jugement, à l'office juridictionnel du juge* ».

de procédure en général. On examinera alors en premier lieu, l'office du juge saisi d'une exception de procédure en général (section 1). Plus particulièrement, l'office du juge saisi *d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance diffère quelque peu*. On a en effet, proposé de soumettre celle-ci à un régime plus souple et plus adapté permettant à toutes les parties intéressées de s'en prévaloir. On pourrait craindre que la mise en œuvre de ce régime entraîne un excès de lenteur des procédures⁹⁷⁷. Cela pose un problème de temps, le temps de la justice analysé aussi comme une vertu concourant à la qualité de la décision sur le fond⁹⁷⁸. Ce temps ne doit être ni trop long ni trop court, il doit être adapté. Cette adaptation relève de l'office du juge en sa qualité de maître de la procédure. Afin de lui donner les outils de cette adaptation, il faut accroître ses pouvoirs, notamment lorsqu'il est saisi d'une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance*. C'est donc l'office du juge saisi *d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance* en particulier qui sera examiné en second lieu (section 2).

SECTION 1 : L'OFFICE DU JUGE SAISI D'UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE EN GÉNÉRAL

404. En général, l'office du juge saisi de l'exception de procédure s'apparente à celui qu'il exerce lorsqu'il est saisi d'une demande substantielle. Rien de surprenant lorsqu'on sait que l'exception de procédure constitue elle aussi une demande. Le juge qui en est saisi a non seulement l'obligation d'y statuer (§1) mais aussi celle d'y statuer en droit (§2).

§1.- L'obligation de statuer sur l'exception de procédure

405. Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé⁹⁷⁹. Cette règle implique en effet que le juge ne peut omettre de statuer sur l'un des chefs de la demande. Il ne peut non plus accorder plus qu'il ne lui a été demandé. Les

⁹⁷⁷ Beauchard, « La relativité du dilatoire », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron*, LGDJ, 2008, 101, spéc. p. 109 : « *Le dilatoire n'est pas la cause principale, ni même cause essentielle, de la crise et des lenteurs de la justice. Il faut chercher ailleurs* ».

⁹⁷⁸ E. Jeuland, *Droit processuel général*, op. cit., n°493 : « *la procédure vise à retrouver le temps juste, ni trop rapide ni trop lent, impliquant des actes faits au bon moment, pour sortir d'un litige* ».

⁹⁷⁹ CPC, art. 5

exceptions de procédure n'échappent pas à cette obligation qui pèse sur le juge qu'il s'agisse de l'examen de leur bien-fondé ou de celui de leur recevabilité. En application de cette prescription, le juge ne peut omettre de se prononcer sur une exception de procédure. Il doit se prononcer sur tout ce qui est demandé. L'usage voudrait qu'on dise qu'il doit statuer *omnia petita* (1). Au regard de cette règle, il ne peut en principe relever d'office un moyen pouvant fonder une exception de procédure. Cependant, « *Le contrôle susceptible d'être exercé par le juge via son pouvoir d'office se manifeste principalement sur le terrain du déroulement de la procédure* »⁹⁸⁰, ceci justifie que dans de nombreux cas, le code ait aménagé pour lui la possibilité de relever certains moyens de procédure sans qu'on ne puisse dire dans ces cas que le juge a soulevé une exception de procédure (2).

A- L'obligation de statuer *omnia petita*

406. Le juge doit statuer sur tout ce qui est demandé y compris l'exception de procédure. Les exceptions de procédure constituent en effet, des demandes incidentes soumettant au juge des prétentions de nature procédurale⁹⁸¹. Ces prétentions généralement se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant⁹⁸². A ce titre, elles déterminent aussi l'objet du litige. L'article 5 du Code procédure civile en indiquant que le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé, vise également la prétention procédurale soumise au juge au moyen d'une exception de procédure. Ainsi, l'obligation faite au juge de statuer sur tout ce qui est demandé et rien que ce qui est demandé couvre aussi les demandes procédurales que sont les exceptions de procédure. Le juge saisi d'une exception de procédure doit non seulement se prononcer sur sa recevabilité mais également sur son bien fondé. Le juge qui omet de satisfaire ces deux exigences aura statué *infra petita*.

⁹⁸⁰ C. Lefort, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 807, spéc. p. 820

⁹⁸¹ V. *supra* n°189 s.

⁹⁸² V. un auteur qui l'affirme expressément pour le cas spécifique de la demande de sursis à statuer formulée par le demandeur à l'action principal. V. D. Cholet, « Le sursis à statuer au cours de la mise en état », *Gaz. pal.* 2008, p. 3306, n°8 : « *la demande de sursis à statuer formulée par le demandeur doit être classée parmi les demandes en justice régie par le titre IV du livre 1^{er} du Code de procédure civile, non parmi les défenses du titre V. Il s'agit d'une demande incidente (article 63 du Code de procédure civile) et plus particulièrement d'une demande additionnelle lorsqu'elle est formulée par le demandeur initial (article 65 du Code de procédure civile)* ».

Les exceptions de procédure constituent des demandes et à ce titre la jurisprudence retient de façon constante qu'il revient aux parties de les formuler⁹⁸³. Il a ainsi été jugé que l'exception dilatoire tirée de la règle "*le criminel tient le civil en l'état*" n'est pas une fin de non-recevoir que le juge serait tenu de relever d'office en raison de son caractère d'ordre public et qu'en conséquence, « *la cour d'appel n'est pas tenue de surseoir à statuer, dès lors qu'aucune demande en ce sens ne lui était présentée* »⁹⁸⁴. Mais à l'évidence, c'est le devoir de neutralité induit de l'office du juge, qui commande que les exceptions de procédure soient laissées à la seule initiative des parties.

407. Le principe de détermination de l'objet du litige par les parties a pour corollaire l'interdiction faite au juge de statuer sur plus que ce qui lui est demandé, *ultra petita*, sur moins que ce qui lui est demandé *infra petita*, ou sur autre chose que ce qui lui est demandé *extra petita*⁹⁸⁵. Dans ce sens le juge n'est pas tenu d'accorder tout ce qui lui est demandé mais il a l'obligation de se prononcer sur tout ce qui lui est demandé.

408. Dans certaines circonstances cependant, la loi autorise le juge à ne pas statuer sur la demande que constitue l'exception de procédure. Il en va ainsi, lorsque ces demandes deviennent sans objet. Ces cas s'observent dans des hypothèses où la cause de la demande est régularisable⁹⁸⁶. Ainsi, lorsque la cause qui fonde une demande de nullité pour irrégularité de fond est susceptible d'être régularisée, le juge peut s'autoriser à ne plus y faire droit⁹⁸⁷.

409. Le devoir de neutralité qu'impose l'office du juge trouve quelques limites. Dans certaines situations, sans attendre que les parties en prennent l'initiative, le juge relèvera d'office des causes qui auraient pu fonder une exception de procédure. Ainsi, en va-t-il, du

⁹⁸³ S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 6^e éd., 2009, n°192-21, V. X. Marchand et J. Serapionian, « Les exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 134, n°16.

⁹⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1982, n°80-16.546 : *JurisData* n°1982-700989 ; Cass. soc., 16 nov. 1977, n°76-40.477 : *JurisData* n°1977-000617.

⁹⁸⁵ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n°220.

⁹⁸⁶ CPC, art. 115 & 121.

⁹⁸⁷ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.*, n°62 : « *Le juge a la possibilité d'écarter le prononcé de la sanction demandée par une partie si, au moment où il statue, la cause de la sanction a disparu. Ainsi, dans le cas où la nullité pour vice de fond est susceptible d'être couverte, elle ne sera pas prononcée si la cause a disparu au moment où le juge statue (art. 121 CPC). L'acte irrégulier peut être régularisé jusqu'au jugement. La cause de la nullité doit avoir disparu avant que le juge ne statue* ».

relevé d'office de l'incompétence ou de la nullité d'un acte de procédure, pour ne citer que ces exemples. Dans ces cas, le juge accordera ce qui ne lui a pas été demandé. On pourrait dire qu'il a statué *extra petita*. Mais, l'usage voudrait que l'on parle de « relever d'office ».

410. A l'évidence, le juge n'est pas cantonné dans un rôle purement passif en ce qui concerne les « rapports procéduraux »; Bien que ceux-ci appartiennent aux parties, l'initiative du juge n'y est pas totalement absente⁹⁸⁸. Il dispose d'une réelle maîtrise du temps procédural, et peut dans ce sens suppléer la carence des parties⁹⁸⁹. Ces cas renvoient aux hypothèses, où le juge est fondé à relever d'office un moyen de procédure qui aurait pu fonder une exception de procédure⁹⁹⁰. Le juge n'y est autorisé que sous réserve du respect du principe du contradictoire. Ce sont ces cas qui seront à présent examinés.

B- La possibilité pour le juge de relever d'office des moyens de procédure

411. Il a été déjà soutenu, pour reprendre la répartition de M. Jeuland, qu'à la différence du rapport statutaire, les rapports procéduraux appartiennent beaucoup plus aux parties qu'au juge⁹⁹¹. Ceci justifie que, les questions intéressant la marche de la procédure soient laissées à leur initiative. Cette idée qui traduit la qualification de demande, ne consacre pas l'absence totale de l'office du juge dans ces rapports. Aux termes de l'article 3 du Code de procédure civile ne revient-il pas à ce dernier de « veiller au bon déroulement de l'instance » ? C'est pour mieux remplir cette mission, que la loi l'autorise dans certaines

⁹⁸⁸ V. *supra* n°208 s.

⁹⁸⁹ C. Lefort, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 807.

⁹⁹⁰ C. Lefort, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », *art. préc.*, p. 818 « Le procès civil apparaît comme étant la chose des parties : l'impossibilité pour le juge de relever d'office le moyen tiré de la péremption d'instance l'illustre. Tantôt, il exprime l'idée que l'activité consistant à juger participe d'un service public. En privant le juge de tout pouvoir d'appréciation, le pouvoir réglementaire souhaite imposer le respect d'un certain ordre procédural, lequel semble revêtir deux modalités qui ne sont pas étrangères l'une à l'autre. D'un côté, il s'agit de sanctionner le comportement peu diligent, voir négligent, des parties. De l'autre, il s'agit de faire respecter une série de prescriptions auxquelles le législateur attache une importance toute particulière, soit à raison du respect de l'ordre public, soit afin d'éviter une confrontation inopportune, soit du fait de la division du travail judiciaire. Cela est particulièrement significatif s'agissant de la compétence des juridictions où, en règle générale, le juge dispose seulement de la faculté de soulever d'office son incompétence, et encore dans des cas déterminés (art. 92 et 93 C. pr. civ.). La justice est bien un service public qui obéit à certaines règles de fonctionnement et de régulation desquelles ceux qui en sont les acteurs ne peuvent s'écarter quand bien même ils en seraient convenus ».

⁹⁹¹ V. *supra* n°208

hypothèses à relever d'office les moyens de procédure qui normalement auraient pu fonder une exception de procédure⁹⁹². Comme le souligne M. Lefort, ce « *pouvoir d'office du juge suggère l'idée d'une complémentarité dans les rôles respectifs susceptibles d'être joués par les différents protagonistes durant l'instance* »⁹⁹³. Cette possibilité donnée au juge tempère l'idée suivant laquelle l'instance serait la chose des parties en même temps qu'elle constitue « *un moyen parmi tant d'autres, de rationaliser la procédure afin d'accroître l'efficacité du service public de la justice* »⁹⁹⁴. Par divers procédés, le juge peut faire une incursion dans les rapports procéduraux, sans qu'on ne puisse dire formellement qu'il soulève une exception de procédure. Ces cas sont parfois mal à propos qualifiés d'exceptions de procédure (1), ou fins de non-recevoir (2).

1- Les relevés d'office mal à propos qualifiés d'exceptions de procédure

412. Diverses dispositions dans le Code de procédure civile autorisent le juge à relever d'office des moyens de procédure qui auraient pu fonder une exception de procédure. On ne peut dire dans ces cas que le juge relève d'office une exception de procédure⁹⁹⁵. Certaines hypothèses procèdent d'une obligation pour le juge alors que d'autres relèvent d'une simple faculté. Le juge peut faire une incursion dans les rapports procéduraux soit en présence d'une atteinte portée à l'ordre public (a) et parfois même lorsque cette condition fait défaut (b).

⁹⁹² C. Lefort, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », *art. cit.*, p. 820 « *Globalement, la consécration du pouvoir d'office répond plus à la nécessité de confier certaines prérogatives au juge à raison de sa fonction qu'elle ne participe d'un mouvement organisé tendant à une redistribution de l'office du juge et des prérogatives des parties, du moins pas de manière aussi ostensible que ce qui a pu être décrit en doctrine. De ce point de vue, la consécration d'un pouvoir d'office nous semble plutôt en harmonie avec l'esprit qui anima les auteurs du Code de procédure qui consiste certes à conférer un rôle actif du juge, sans pour autant que la procédure civile ne devienne de type inquisitoriale. Il reste toutefois qu'en certaines circonstances, on songe naturellement aux dispositions les plus récentes, on peut constater, de manière indirecte, que le développement de ce pouvoir d'office, peut être relié à ce mouvement d'accroissement des pouvoirs du juge* ».

⁹⁹³ C. Lefort, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », *art. cit.*, p. 812.

⁹⁹⁴ C. Lefort « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », *art. cit.*, p. 817.

⁹⁹⁵ Il faut déplorer à ce propos la rédaction de certaines dispositions du Code de procédure civile V. CPC, art. 120, alinéa 1er : « *Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont caractère d'ordre public* ». L'alinéa 2 indique cependant que « le juge peut relever d'office **la nullité** pour défaut de capacité d'ester en justice et non pas que « le juge peut relever d'office **l'exception de nullité** pour défaut de capacité d'ester en justice ».

a- En présence d'une règle d'ordre public

413. Le pouvoir de relever d'office accordé au juge dans les *rapports procéduraux* renvoie à des situations qui intéressent l'ordre public et qui l'obligent à sortir de sa neutralité⁹⁹⁶. Ce pouvoir lui impose parfois de relever d'office un moyen de procédure qui aurait pu fonder une exception de procédure mais parfois, ceci procède d'une simple faculté même lorsqu'il y est porté atteinte à l'ordre public. Ces cas sont pour la plupart prévus par les textes mais il n'en va pas toujours ainsi. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 92 du Code de procédure civile, « *l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque la règle est d'ordre public* ».

414. Par contre il est fait obligation au juge, aux termes de l'article 120 du Code de procédure civile, de relever d'office le moyen tiré de la nullité de fond d'un acte de procédure lorsqu'il est porté atteinte à l'ordre public. A ce propos, le moyen tiré du défaut de pouvoir d'un représentant de l'Etat ou d'une collectivité publique doit être relevé d'office par le juge. Il est regrettable cependant sur ce point, que pour des moyens tous tirés de l'atteinte à l'ordre public, le relevé d'office procède dans un cas d'une simple faculté et dans d'autres d'une obligation pour le juge⁹⁹⁷. On pense que l'obligation doit être faite au juge de relever d'office tout moyen de procédure. Ceci permettra de fixer irrévocablement le point de départ de l'instance et d'éviter les allers-retours possibles.

415. Le relevé d'office est parfois une obligation même lorsqu'il n'est pas expressément prévu par les textes. Ainsi, la Cour de cassation a pu décider qu'une nullité pour vice de forme était d'ordre public et devrait à ce titre, être relevée d'office par le juge. La Cour de cassation a pu décider qu'une nullité tirée de la prescription devait être soulevée d'office dès lors que le délai de prescription, relatif à la filiation était d'ordre public⁹⁹⁸.

⁹⁹⁶ A. Bolze, « L'office du juge, une double définition » in E. Pataut, S. Bollée, L. Cadiet et E. Jeuland, (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, p. 73, spéc. p. 83.

⁹⁹⁷ V. aussi C. Lefort « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », *art. cit.*, p. 820. L'auteur dénonce l'incohérence des textes, il précise notamment que : « *s'agissant du caractère d'ordre public des règles de procédure, une distinction est effectuée selon la nature du moyen de défense en question. Alors que l'incompétence à raison de la violation d'une règle de compétence d'attribution peut seulement être prononcée d'office lorsque cette règle revêt un caractère d'ordre public (art. 92, al. 1^{er}), en revanche, le juge est tenu de relever la méconnaissance d'une fin de non-recevoir présentant ce même caractère (art. 125, al. 1^{er}).* »

⁹⁹⁸ La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une nullité tirée de la prescription devait être soulevée d'office dès lors que le délai de prescription, relatif à la filiation, était d'ordre public : Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1987, *Bull. civ. I*,

416. Comme, on a pu le relever, le pouvoir de relever d'office accordé au juge est parfois tributaire de l'ordre public. Le juge y est tenu même en l'absence de texte. Le pouvoir de « *relever d'office* » accordé au juge doit être accru. Ainsi, comme il a été déjà proposé, en soumettant *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* à un régime strict⁹⁹⁹, il faudra préserver le pouvoir de relever d'office du juge pour les causes qui intéressent l'ordre public et dans toutes les hypothèses que le législateur jugera nécessaires. On pense aux irrégularités de fond qui affectent l'acte d'assignation, on pense aussi à l'immunité de juridiction qui au regard du droit actuel peuvent être invoquées en tout état de cause. Régler définitivement ces questions au seuil de l'instance, permettra au juge de la mise en état à qui, on propose que compétence exclusive soit attribuée en cette matière, de valider sans retour en arrière possible la phase de l'introduction de l'instance. Ceci évitera que les parties viennent encore devant la formation de jugement discuter de la régularité de l'instance. Comme l'indique bien à propos, sa dénomination, la formation de « *jugement* » ne devrait plus se consacrer à la validation de la phase de la mise en état mais exclusivement au jugement de l'affaire sur le fond. L'affaire doit désormais y venir pour y être jugée. A l'évidence, si les parties viennent désormais devant cette formation, ce serait parce qu'une étape du procès aura été validée : *celle de son introduction*. Les juges pourront toujours y mettre un terme même à cette étape pour une raison tenant à la procédure mais passée cette étape cela ne devrait plus provenir des parties. Le juge a non seulement l'obligation de statuer sur l'exception de procédure mais d'y statuer en droit.

b- En l'absence d'une règle d'ordre public

417. Le juge est autorisé dans certains cas, même en l'absence d'atteinte portée à l'ordre public, de relever d'office certains moyens de procédure qui auraient pu fonder une exception de procédure. Un exemple assez édifiant figure à l'article 120 du Code de procédure civile. Aux termes de cette disposition le juge « *peut* » relever d'office la nullité tirée du défaut de la capacité d'ester en justice. Il en va également ainsi du moyen tiré de l'incompétence que le juge peut relever d'office « *lorsque le défendeur ne comparait pas* »

n°305, D. 1988.101, note D. Huet-Weiller ; Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1992, *Bull. civ. I*, n°171 cités Par Mme Chainais, C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.*, n°59.

⁹⁹⁹ V. *supra* n°358.

ou lorsqu'il est saisi en matière contentieuse d'un litige relatif à l'état des personnes¹⁰⁰⁰. Le juge peut également relever d'office son incompétence territoriale, lorsqu'il est saisi en matière gracieuse¹⁰⁰¹. L'article 100 du Code de procédure civile prévoit un autre cas où le juge sans attendre que les parties en formule la demande, peut relever un moyen de procédure. Cette disposition prévoit en effet que le moyen tiré de la litispendance peut être relevé d'office par le juge¹⁰⁰² sans qu'on ne puisse dire que le juge a soulevé une exception de litispendance.

2- Les relevés d'office mal à propos qualifiés de fins de non-recevoir

418. Bien que les rapports procéduraux n'intéressent que les parties, le législateur aménage les hypothèses dans lesquelles le juge peut y intervenir au moyen d'une fin de non-recevoir. Cette technique est également utilisée par la jurisprudence pour pallier certaines insuffisances qui subsistent dans le Code de procédure civile bien qu'elles n'intéressent que les rapports procéduraux.

419. Les fins de non-recevoir opèrent également sur le terrain des rapports procéduraux. Ces cas qui s'apparentent à des hypothèses de relever d'office sont prévus par le législateur.

420. L'exemple le plus usuel est celui de l'article 57 du Code de procédure civile. Cette disposition sanctionne d'une irrecevabilité le défaut des mentions que doit contenir la requête conjointe. On a déjà souligné dans cette situation l'inadaptation de la nullité soulevée au moyen d'une exception de nullité qui pour le moins est une exception de procédure. L'acte de saisine du juge ayant été rédigé par toutes les parties, aucune d'elles n'est plus fondée à s'opposer à l'ouverture de l'instance. Seul le juge peut dans cette situation prendre l'initiative de la sanction. Il s'agit d'un cas de relever d'office opéré au moyen d'une irrecevabilité.

421. La jurisprudence recourt à l'irrecevabilité dans des cas d'omission d'acte notamment dans des hypothèses où une juridiction a été saisie dans une forme autre que celle qui est

¹⁰⁰⁰ CPC, art. 93.

¹⁰⁰¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°290.

¹⁰⁰² *Ibid.*

requis. Une telle irrégularité affecte les rapports procéduraux mais est demeurée dépourvue de sanction à l'issue de la réforme du Code de procédure civile. Et c'est pour pallier cette carence qu'une telle irrégularité est sanctionnée au moyen d'une irrecevabilité, lorsque la juridiction saisie estime qu'elle n'a pu être valablement saisie. La Cour de cassation a pu juger à ce propos que : « *c'est à bon droit que l'arrêt retient que l'appel interjeté sous la forme d'une déclaration au greffe de la cour d'appel est irrecevable, sans qu'il y soit nécessaire pour les intimés d'invoquer un grief, ne s'agissant pas de la nullité d'un acte de procédure mais de l'absence d'une saisine régulière de la cour d'appel* »¹⁰⁰³. L'irrecevabilité dans ce cas n'est pas un remède au régime trop rigoureux des exceptions de procédure. Cette sanction relève de l'initiative du juge qui même en l'absence de l'initiative des parties dans ce sens aurait pu prononcer l'irrecevabilité. L'irrecevabilité dans ces deux cas apparaît comme une sanction par laquelle le juge rappelle qu'il n'a pu être valablement saisi. Il s'agit de sanction par laquelle le juge rappelle qu'il n'a pu être valablement saisi.

422. Pour être complet sur ce propos, dans certaines situations, le juge n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour provoquer un incident de procédure. Ainsi, le juge peut ordonner un sursis à statuer sans attendre que la demande en soit formulée par les parties. Ce cas est prévu à l'article 377 du Code de procédure civile aux termes duquel « *en dehors des cas où la loi le prévoit, l'instance est suspendue par la décision qui sursoit à statuer* ». Le juge n'a non plus besoin d'attendre que les parties en forment la demande avant de renvoyer une affaire lorsqu'il constate la connexité. A ce propos, l'article 367 du Code de procédure civile prévoit que « *le juge peut, à la demande des parties ou d'office, ordonner la jonction de plusieurs instances pendantes devant lui s'il existe entre les litiges un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire ou juger ensemble* ».

§2.- L'obligation pour le juge de statuer en droit

423. En disposant que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* », l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile consacre une

¹⁰⁰³ Cass. 2^e civ., 22 mai 1996, *Bull. civ. II*, n°107, *Justices* 1996-4, p. 260, *obs.* J. Héron, *Gaz. Pal.* 1997.1.167, note E. du Rusquec.

obligation essentielle dans l'office du juge, qui garantit aux plaideurs une décision dénuée d'arbitraire parce que fondée en droit¹⁰⁰⁴. Cette disposition appelle cependant quelques précisions. De quel litige parle-t-on ? Et de quel droit s'agit-il ? Il s'agira en clair de voir si la règle peut s'étendre aux exceptions de procédure. L'usage commun renvoie l'application de cette disposition aux prétentions d'ordre substantiel, ce qui semble exclure toute prétention d'ordre procédural. Mais à l'analyse, l'on s'aperçoit, que l'article 12 du Code de procédure civile concerne tant les prétentions substantielles que les prétentions procédurales soumises au juge au moyen d'une exception de procédure. Il faut donc rappeler à ce propos, l'existence du principe de légalité (1), avant d'indiquer la part que prend l'arbitraire dans l'office du juge saisi de l'exception de procédure (2).

A- L'existence d'un principe de légalité

424. Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Le sens dans lequel le mot « *litige* » est souvent utilisé par la doctrine laisse supposer que le litige est un différend découlant de la violation ou de l'application d'une règle substantielle. Suivant cette interprétation, le litige n'est porté à la connaissance du juge que par le truchement d'une demande. En soutenant que l'exception de procédure est une demande incidente soumettant au juge une prétention procédurale, on verra aussi que celle-ci soumet au juge un litige. Celui-ci naît généralement de l'application d'une règle de procédure : un plaideur saisit une juridiction que l'autre estime incompétente. Ce litige soumis au juge au moyen de l'exception de procédure doit être tranché conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il faut d'abord dénoncer le sens restrictif dans lequel l'article 12 du Code de procédure civile est aujourd'hui envisagé par la doctrine. Ce qui semble lui conférer une apparente applicabilité aux prétentions substantielles (1), avant de l'étendre à l'office du juge saisi de l'exception de procédure (2).

¹⁰⁰⁴ J. Normand et C. Bléry, *J.-cl. proc. civ, fasc. 152, n°41* ; G. Bolard, « L'arbitraire du juge » in *Le juge entre deux millénaires Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz 2000, p. 225.

1- L'apparente applicabilité de l'article 12 aux prétentions substantielles

425. Aux termes de l'article 12 du Code de procédure civile « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». C'est cette disposition qui fixe le cadre de l'office du juge¹⁰⁰⁵. A première vue, le mot litige employé dans cette disposition renvoie à un différend d'ordre substantiel qui semble exclure toute question de procédure. Cette interprétation largement partagée par la doctrine apparaît beaucoup plus aisément lorsqu'on rapproche cette disposition de l'article 1496 du Code de procédure civile aux termes duquel « *l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées* ». La lecture combinée de ces dispositions révèle que le juge est tenu d'appliquer à la matière du litige, les solutions apportées par le droit, ce qui distingue son office de celui de l'arbitre, tenu de se conformer à la loi désignée par les parties et ce n'est qu'à défaut d'une telle désignation qu'il peut s'autoriser à trancher le litige conformément aux règles de droit qu'il aura estimé appropriées.

426. Ainsi, le juge ne peut ni fonder sa décision sur l'équité¹⁰⁰⁶ ni omettre de préciser le fondement juridique de celle-ci. Le juge dans cette posture est le gardien du système juridique envisagé comme l'ensemble des règles législatives, coutumières, jurisprudentielles ainsi que celles tirées des principes généraux du droit¹⁰⁰⁷. Le juge doit donc fonder sa décision sur des règles applicables dotées d'une pleine juridicité au regard du système entier, il ne peut donc, en principe fonder sa décision sur l'équité. La Cour de cassation veille

¹⁰⁰⁵ Un auteur qui parle plutôt des offices du juge et non de l'office du juge. M--A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, 463, n° 18. L'auteur résume ainsi les offices du juge : trancher le litige, apaiser le conflit, concrétiser la règle de droit et réaliser la vertu de la justice.

¹⁰⁰⁶ Un auteur démontre cependant que le juge dit le droit même lorsqu'il est investi de la mission de statuer en amiable compositeur : H. Croze, « Le juge doit-il dire le droit », in *Justice et droit du procès: du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz. 2010, 225 spéc. p. 231 « la nature « juridictionnelle » de la décision rendue en amiable composition n'est pas contestable en particulier à l'aune de l'autorité de la chose jugée. C'est la preuve que le juridictionnel ne coïncide pas avec le juridique, pas plus que la déjuridicisation n'est pas la déjudiciarisation.

Bref si l'amiable compositeur ne dit pas le droit, il dit bien quels sont les droits de chacune des parties. Il ne faut pas se méprendre : la décision juridictionnelle rendue en amiable composition reste un jugement ; elle n'est pas un simple accord amiable des parties qui n'aurait qu'une nature conventionnelle (...). V. par ailleurs n°17, « c'est autant appliquer la loi que de régler définitivement les litiges. (...) ; ainsi la décision d'amiable composition l'est-elle également mais différemment parce que, bien qu'il n'applique pas une règle de droit objectif, le juge n'en dit pas moins quels sont les droits des parties ».

¹⁰⁰⁷ M-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, 463, n° 18

au respect de cette disposition¹⁰⁰⁸. Les dispositions de l'article 12 du Code de procédure civile ne s'appliquent pas seulement aux différends d'ordre substantiel, elles s'appliquent aussi aux prétentions procédurales soumises au juge au moyen de l'exception de procédure. Celles-ci portent aussi devant lui un litige.

2- L'évidente extension de l'article 12 aux prétentions procédurales

427. En partant « ... de cette idée simple qu'un juge n'est saisi qu'en cas de question à laquelle il faut apporter une réponse qui fasse autorité »¹⁰⁰⁹, on peut bien admettre que l'exception de procédure porte aussi devant le juge un litige que ce dernier est appelé à « trancher (...) conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »¹⁰¹⁰. Comme le soulignent Gérard Cornu et Jean Foyer : « le défendeur qui oppose une exception de procédure devient, en quelque sorte, demandeur à une contestation incidente (*reus in excipiendo fit actor*) »¹⁰¹¹. Le litige envisagé comme un différend peut aussi être d'ordre procédural. Ce n'est cependant pas le sens premier auquel renvoie l'article 12 du Code de procédure civile aux termes duquel le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables¹⁰¹². Le sens de litige envisagé comme un différend d'ordre procédural n'est pas partagé par la doctrine¹⁰¹³, comme en attestent les propos de M. Théry qui précise au sujet du « litige », qu'« il ne relève pas encore du droit judiciaire, mais toujours du droit substantiel »¹⁰¹⁴. Cette conception du litige ne résiste cependant pas aux critiques.

¹⁰⁰⁸ V. Il faut noter que le rappel au juge de son office se fait tantôt sur le fondement de l'article 12, tantôt sur celui de l'article 4 du Code civil, voire les deux. Sur ce point V. C. Bléry, « Office du juge: entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile » : *Procédures 2012*, étude 6, n°4.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

¹⁰¹⁰ CPC, art. 12.

¹⁰¹¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 369.

¹⁰¹² V. *supra* n°560 s.

¹⁰¹³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 70s ; J. Normand, « Le juge et le fondement du litige » in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, 1981, p. 595 ; J. Normand, « Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain » : *RTD civ.* 1998, p. 461

¹⁰¹⁴ Ph. Théry, « Le litige en Droit judiciaire privé – Petits exercices de procédure élémentaire » in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, D. 2010, p. 853, spéc. 854.

428. Si on envisage le litige comme une confrontation entre deux prétentions antagonistes : un sujet de droit prétend une chose qu'un autre conteste¹⁰¹⁵, il n'est pas excessif de soutenir que l'exception de procédure porte devant le juge un litige. La pratique voudrait qu'on distingue d'un côté le demandeur et d'un autre le défendeur à l'exception de procédure, cet usage est cependant regrettable¹⁰¹⁶. Bien souvent l'objet du procès est complètement dévié sur un autre terrain : celui de la procédure. L'exemple le plus courant est celui de l'incident de compétence que les parties peuvent trainer du premier juge jusqu'à la Cour de cassation.

429. Le sens du litige envisagé comme un différend d'ordre procédural apparaît beaucoup plus clairement à l'article 480 du Code de procédure civile. Aux termes de cette disposition : « *le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche...* ». La séquence, « *la contestation qu'il tranche* » se rapporte tant à l'exception de procédure, à la fin de non-recevoir¹⁰¹⁷ qu'à tout autre incident. En chacune de ces contestations se trouve un litige différent de l'objet du procès¹⁰¹⁸ pour admettre avec MM Cadiet, Normand et Mme Amrani-Mekki¹⁰¹⁹ qu'« *est juridique le différend qui naît de l'application du droit pour être résolu par l'application du droit* » devant « *un tiers impartial investi du pouvoir de dire le droit dans un acte d'autorité qui ne peut être contesté que devant un autre juge* ». L'article

¹⁰¹⁵ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 72 ; G. Wiederkehr, « Qu'est ce qu'un juge », in *Nouveaux juges Nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, p. 575, spéc. p. 583 « *Une partie est chargée de collecter et de présenter tous les arguments pour, l'autre contre, au juge revenant d'en faire la pesée* ».

¹⁰¹⁶ Dire qu'on est demandeur à l'exception de procédure revient à dire qu'on est qu'on est demandeur à la demande. Ce qui apparaît redondant. A titre illustratif, on peut être demandeur à la nullité d'un acte de procédure, ce qui n'est pas la même chose de dire qu'on est demandeur à l'exception de nullité.

¹⁰¹⁷ On n'admet pas que la fin de non-recevoir puisse porter devant le juge un litige distinct de l'objet principal (R. Morel, H. Solus et R. Perrot).

¹⁰¹⁸ Ce que distingue d'ailleurs l'article 480 du Code de procédure civile en parlant du principal qui s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4.

¹⁰¹⁹ Nous admettons avec quelques réserves l'approche du litige finalement retenue par ces auteurs, pour qui, le litige est inhérent à tout procès dès lors que les parties soumettent une situation « *nécessitant une vérification juridictionnelle au terme de laquelle le juge dira le droit les concernant* ». Pour ces auteurs le litige ne doit pas être « *réduit à un désaccord de volonté entre deux personnes* ». Nous admettons qu'« un procès civil peut fort bien se dérouler sans aucun heurt de prétentions, mais réfutons l'idée suivant laquelle le litige est présent dans tout procès même en matière gracieuse. V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°72.

480 du code précise à propos que le jugement qui statue sur une exception de procédure a autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche.

430. Et comme le font observer ces auteurs le « ...*conflit est bien d'ordre juridique, même s'il ne met pas forcément en cause des intérêts constitués sous forme de droits subjectifs, la juridicité du différend peut aussi tenir à la violation du droit, du droit dit objectif* »¹⁰²⁰. Or les exceptions de procédure sont fortement encadrées par le droit objectif, dont le demandeur à l'exception allègue la violation.

431. « *Le procès n'existe pas pour lui-même, pour l'amour de la procédure ! Il n'existe que par superposition à un conflit sur le fond* »¹⁰²¹. Cependant dans le processus conduisant à la résolution de ce conflit sur le fond naissent d'autres conflits, cette fois de nature procédurale que le juge est appelé à trancher avant la décision définitive sur le fond du litige. Ces conflits d'ordre procédural ne constituent pas moins des litiges. Certains propos d'auteurs illustrent bien cette affirmation. Jacques Héron et M. Le Bars voulant distinguer les jugements avant dire droit des jugements définitifs interrogent : « *qu'est ce qui distingue le jugement qui ordonne une mesure d'instruction de celui qui statue sur une exception d'incompétence ou sur la péremption de l'instance ?* »¹⁰²². A cette interrogation, ces auteurs apportent la réponse qui suit : « *la différence est que seul le second **tranche une partie du litige** aussi minime soit-elle* »¹⁰²³, c'est-à-dire celle qui tranche une exception

¹⁰²⁰ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2010, n°72.

¹⁰²¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit. n°946 ; J-F Burgelin, J-M. Coulon et M-A. Frison-Roche, « L'office de la procédure », in *Le juge entre deux millénaires mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 253, n°2 « *la procédure pratiquée par amour de la procédure a toujours été considérée comme une perversion, qu'appuie désormais la qualification psychiatrique de névrose processive* ».

¹⁰²² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°371, spéc. p. 302.

¹⁰²³ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°371, spéc. p. 302 : « *Les diverses prétentions des parties, qu'elles portent sur le droit substantiel ou sur la procédure, conduisent le juge à établir sur son carnet la liste des différentes difficultés qu'il devra successivement trancher : la validité d'un acte de procédure, la compétence du tribunal, la qualité du demandeur, la prescription qui serait acquise, le paiement qui aurait été effectué et ainsi de suite. Chaque fois que le juge tranche l'une de ces difficultés, il tourne une page de son carnet et se rapproche du moment où il aura entièrement réglé le litige qui lui a été soumis. A l'opposé, lorsqu'il ordonne une mesure d'instruction, le juge ne règle aucune difficulté, il se donne seulement les moyens de pouvoir par la suite statuer sur un point de fait particulièrement difficile. La décision du juge n'est certes pas inutile, mais par elle-même, elle ne règle rien. Une fois qu'il a ordonné une mesure d'instruction, il reste au juge exactement le même nombre de difficultés à trancher qu'auparavant ; il n'a pas tourné une seule page, même secondaire, de son carnet* ». Ces auteurs en concluent que « *c'est parce qu'ils (les jugements avant dire droit) ne tranchent aucune partie du litige que les jugements avant dire droit n'ont pas l'autorité de la chose jugée. En les rendant, le juge n'établit pas la réalité et la qualification juridique d'un fait du litige* ».

d'incompétence ou une exception de péremption tranche une partie du litige. Cette réponse illustre bien à propos le fait que les exceptions de procédure soumettent au juge un litige.

432. L'affirmation suivant laquelle, l'exception de procédure porte devant le juge un litige, n'est pas une idée nouvelle. Plusieurs manifestations l'illustrent en jurisprudence¹⁰²⁴.

¹⁰²⁴ Le contentieux de l'exception de procédure y est abondant. Le désaccord ne se pose pas toujours dans les mêmes termes. Les conséquences tirées de la législation actuelle en offre d'exemples assez édifiants. La qualification d'exception de procédure est souvent très discutée en jurisprudence. Le caractère non limitatif des exceptions de procédure dont la difficulté se pose sur un double terrain est une question litigieuse récurrente devant les juridictions. En premier, « *le nouveau code n'a pas énuméré dans un article spécifique les exceptions de procédure* »¹⁰²⁴. Les parties ont souvent été en désaccord sur la portée limitative de la liste des exceptions de procédure règlementées comme telles. La difficulté étant souvent de vouloir que tel ou tel moyen soit qualifié d'« *exception de procédure* » ou de « *fin de non-recevoir* » suivant les avantages ou effets recherchés par les parties. La partie qui entend obtenir de la Cour que le moyen soit qualifié de fin de non-recevoir veut conserver l'avantage de le soulever à toute hauteur de procédure. Le désaccord sur la qualification se pose aussi en d'autres termes, la Cour de cassation étant parfois saisie pour départager les parties sur ce qui est « *incident d'instance* » et ce qui est « *exception de procédure* ». Chaque partie au litige apporte ses arguments et ses moyens avant que le juge tiers impartial ne tranche le désaccord. La portée limitative ou non de la liste de l'article 117 du Code de procédure civile sur les nullités pour irrégularité de fond a engendré un contentieux abondant en raison des incertitudes de la Cour de cassation. Les parties voulant échapper à la règle « *pas de nullité sans grief* » devenue une nébuleuse ont souvent intérêt à voir une irrégularité qualifiée d'irrégularité de fond plutôt qu'un vice de forme (E. Raskin parle d'une « *nébuleuse* » frontière entre la nullité de forme et nullité de fond, *Gaz. pal.* 2008, 3835).

Les demandes de nullité pour vice de forme sont subordonnées à l'existence d'un grief. Ces demandes sont soumises par le législateur au régime strict des exceptions de procédure. Il en va autrement des demandes de nullité pour irrégularité de fond qui peuvent être formulées à toute hauteur de procédure. Les parties ont souvent intérêt à ce que leurs demandes soient qualifiées de demande de nullité pour irrégularité de fond plutôt que de demande de nullité pour vice de forme afin de conserver l'avantage de pouvoir les présenter à toute hauteur de procédure. La distinction entre vice de forme et irrégularité de fond est une question délicate que le juge est souvent amené à trancher. Ce litige qui prend une large partie de sa source dans la jurisprudence, a donné lieu à un contentieux abondant souvent trainé du premier juge jusqu'à la Cour de cassation. En effet, « *Sanctionner systématiquement toute irrégularité des actes par leur nullité serait à la fois inutile et néfaste car le formalisme procédural favoriserait alors la chicane et les manœuvres dilatoires* » (J-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 72), c'est ce qui a conduit les rédacteurs du Code de procédure civile à imposer la justification d'un grief recherchant ainsi « *un dosage pragmatique du formaliste* »¹⁰²⁴. Cette exigence de la loi que constitue la justification d'un grief, est l'élément qui enlève les débats car générateur d'un nouveau litige qui vient accroître davantage la masse des questions à trancher.

Le contentieux des exceptions de procédure se pose également en termes de recevabilité de ces demandes pour la plupart soumises à la double règle de simultanéité et d'antériorité. « *Cette double exigence (...) est sanctionnée par l'irrecevabilité du moyen, irrecevabilité qui est opérante même dans le cas où les règles invoquées au soutien de l'exception sont d'ordre public.* »¹⁰²⁴. Le litige peut naître de la volonté de l'une des parties d'obtenir le rejet sans examen au fond de l'exception de procédure suite à une présentation tardive. Ce litige peut être déféré devant la cour d'appel ainsi que le soulignent M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand : « *le moyen pris de la violation de la double règle de l'article 74 étant ainsi introduit par une fin de non-recevoir, il peut être opposé pour la première fois en appel* » (S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°321).

B- La part de l'arbitraire dans l'office du juge saisi de l'exception de procédure

433. En dépit de l'existence du principe de légalité fondé sur l'article 12 du Code de procédure civile, on note une bonne part d'arbitraire¹⁰²⁵ dans l'office du juge saisi de l'exception de procédure. D'une part, on s'apercevra qu'un texte n'est pas toujours nécessaire pour qu'une exception de procédure soit accueillie. Ainsi, certaines exceptions de procédure ne reposent sur aucune disposition textuelle, il faut le préciser. Cette précision permettra de repousser la doctrine de certains auteurs qui semblent dénier la qualification d'exception de procédure à des situations où le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation du bien-fondé de la demande¹⁰²⁶.

434. Un texte n'est pas toujours nécessaire pour accueillir une exception de procédure. Quelques exemples seront fournis pour illustrer cette affirmation.

435. D'une part, l'histoire révèle que la création de la catégorie des nullités substantielles a d'abord été l'œuvre de la jurisprudence. En effet, au départ, l'application de la règle « *pas de nullité sans texte* » laissait dépourvues de sanctions certaines irrégularités pourtant graves que le législateur aurait pu sanctionner de nullité, s'il y avait pensé. C'est donc en comblement de cette lacune que la jurisprudence a mis au point la catégorie des formalités substantielles ou essentielles qui sera plus tard récupérée par les codificateurs. Ainsi, que la catégorie des formalités substantielles était une dérogation apportée à la règle « *pas de nullité sans texte* ». Lorsqu'une formalité substantielle venait à manquer à l'accomplissement d'un acte, son annulation pouvait être prononcée sans qu'il soit besoin de rechercher un fondement textuel. Les parties pouvaient alors, présenter leur demande en annulation sans qu'elle soit fondée sur un texte. La règle figure désormais à l'article 114 du

¹⁰²⁵ L'emploi du mot arbitraire pourrait surprendre en raison du sens auquel il renvoie communément. L'arbitraire dans son sens premier désigne ce qui est contraire à la règle de droit. Ce que précise le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu : « *caractère d'une décision qui n'est pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une libre volonté.* » (G. Cornu (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, V^o Arbitraire) ; L'arbitraire désigne aussi le libre pouvoir d'appréciation du juge. Le lexique des termes juridiques publié sous la direction de MM. Guinchard et Debard retient ce sens : « *pris substantivement, le mot est l'équivalent du pouvoir d'appréciation souveraine (du juge)* » (S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., Dalloz, 2014-2015).

¹⁰²⁶ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°157. Par déduction du propos de ces auteurs qui indiquent qu'« *il est préférable de réserver la qualification d'exception dilatoire aux seules hypothèses dans lesquelles le plaideur dispose d'un véritable droit à suspension de l'instance* ». Cela laisse supposer qu'il n'y a pas exception de procédure lorsque la loi accorde un pouvoir discrétionnaire au juge lors de l'examen du bien fondé de la demande procédurale.

Code de procédure civile aux termes duquel « *aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme, si la nullité n'est pas expressément prévue par loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public* ». En l'absence de définition légale de la « *formalité substantielle* », c'est à la jurisprudence qu'il revient de distinguer ce qui est substantiel de ce qui ne l'est pas.

436. La règle « *pas de nullité sans grief* » introduite dans le Code de procédure civile par le Décret-loi du 30 octobre 1935 était aussi écartée, lorsque l'irrégularité consistait en une formalité substantielle ou une irrégularité de fond. Cette création prétorienne n'a été recueillie que partiellement par les rédacteurs du Code de procédure civile et l'exception de procédure était accueillie. Ainsi, désormais, même lorsqu'il s'agit d'une nullité substantielle, le demandeur à la nullité devra justifier d'un grief c'est du moins ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article 114 du Code de procédure civile aux termes duquel « *la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public* ». Le grief est ainsi, une exigence attachée par la loi à toute demande de nullité pour vice de forme. En l'absence de définition légale du grief, c'est au juge du fond qu'il revient de fixer un contenu à la notion. On observe ainsi, que le législateur a laissé beaucoup de liberté au juge en cette matière. Le pouvoir discrétionnaire accordé au juge marque la nécessité de lui donner les moyens d'atteindre sa mission, celle de veiller à bonne progression de l'instance vers la décision finale sur le fond du litige. La liberté accordée au juge atteste qu'en présence d'une exception de procédure, son office ne se résume pas à celui d'un automate. On ne peut donc isoler de la catégorie des exceptions de procédure les cas où un pouvoir discrétionnaire est accordé au juge dans l'appréciation du bien fondé de la demande. On pense notamment aux hypothèses de demande de sursis à statuer facultatif prévus ou non par la loi.

437. Les exceptions dilatoires offrent une autre illustration de l'absence de nécessité d'un texte à l'appui d'une exception de procédure. En effet, les articles 108 à 110 du Code de procédure civile semblent avoir délimité les différentes sortes d'exceptions dilatoires. La lecture de ces textes montre qu'à aucun moment, il n'est fait allusion aux demandes de sursis à statuer facultatifs en dehors des cas limitativement énumérés respectivement aux articles 109 et 110 du Code de procédure civile. N'empêche qu'en dehors de ces cas, le sursis

à statuer peut être demandé comme l'ont si bien souligné des auteurs : « *l'un des plus classiques tient au temps nécessaire pour obtenir une pièce que l'on entend verser aux débats, mais rien n'interdit à un plaideur de demander un sursis à statuer pour toute autre raison* »¹⁰²⁷. L'article 4 al. 3 du Code de procédure pénale fonde également un sursis à statuer facultatif notamment lorsque la demande de sursis à statuer vise une action civile autre que celle en réparation. Cette demande de sursis à statuer constitue une exception dilatoire bien qu'aucune disposition du Code de procédure civile n'établisse un renvoi vers cette hypothèse. Tous ces cas, on le voit, constituent des exceptions de procédure, la jurisprudence est également en ce sens¹⁰²⁸.

438. Ces exemples attestent si besoin en était que l'office qu'exerce le juge lorsqu'il est saisi d'une demande substantielle n'est pas différent de celui qu'il exerce lorsqu'il est saisi d'une exception de procédure. Il est tenu aussi dans ce dernier cas même en l'absence de texte de se prononcer sur cette demande. Ces cas ne constituent pas moins des exceptions de procédure. On s'est intéressé à l'office du juge saisi de l'exception de procédure en général, mais c'est à celui du juge lorsqu'il est saisi d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance qu'il faut s'intéresser particulièrement en raison du régime spécifique auquel on propose de soumettre celle-ci.

SECTION 2 : L'OFFICE DU JUGE SAISI D'UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE EN PARTICULIER

439. Il est une évidence, qu'un soupçon de dilatoire pèse sur les exceptions de procédure comme en attestent les propos d'auteurs¹⁰²⁹. Celles-ci entretiennent avec le procès un

¹⁰²⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1191.

¹⁰²⁸ Cass. Avis, 29 septembre 2008, n°0080007P et 0080008P ; Cass. soc., 30 mai 2007, n°03-44.455, 05-40.793 : *JurisData n°2007-039431*. V. *supra* n° 415.

¹⁰²⁹ E. Garsonnet et Ch. Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 3^e éd., t. 1, 1912, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, n°445, p. 704 : « *Il serait dangereux d'admettre jusqu'à la fin du débat une prétention qui (l'expérience le montre) a, souvent, pour but unique, d'é luder une demande parfaitement juste ou d'en retarder le succès, et de permettre qu'on vienne, pour un intérêt qui n'est pas sérieux, entraver une procédure déjà avancée et près d'aboutir à un jugement* » ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°312, p. 289 : « *Si l'on veut éviter que les exceptions de procédure deviennent des instruments de chicane utilisés à des fins*

rapport de temps¹⁰³⁰. Un lourd soupçon de dilatoire pèse sur les exceptions de procédure¹⁰³¹. Le législateur se méfie des exceptions de procédure. Cette méfiance du

purement dilatoires, il est donc indispensable d'obliger les parties au procès à ne pas attendre le dernier moment pour s'en prévaloir ».

¹⁰³⁰ Les exceptions de procédure entretiennent aussi un rapport de temps avec le procès. Et comme ont su bien le préciser certains auteurs, « *le temps est inséparable du procès. Tout procès s'inscrit dans la durée en tant qu'il est procédure de jugement* » (L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 238, spéc. p. 801). Le temps est nécessaire à la qualité de la décision au fond. « *Le jugement est l'acte qui a pour objet de mettre fin au litige et pour effet de mettre fin à la procédure. Et l'efficacité de la procédure tient dans cet anéantissement, qu'il convient d'obtenir dans un temps raisonnable* » (J-F. Burgelin, J-M. Coulon et M-A. Frison-Roche, « L'office de la procédure », art. cit., p. 263). Une procédure correcte doit être adaptée, elle ne doit être ni trop longue ni trop rapide (D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse Paris, 2006, LGDJ, Préf. G. Giudicelli-Delage : « *s'il est unanimement admis qu'une bonne procédure ne saurait être trop longue, une procédure expéditive, excessivement rapide, ne peut être acceptable* ».). Aux termes de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, tout plaideur dispose du « *droit d'être jugé dans un délai raisonnable* » (G. Canivet « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires* Le juge entre deux millénaires: mélanges offerts à Pierre Dray, Dalloz, 2000, p. 243, spéc. p. 245 : « *L'objet essentiel de la procédure est de rendre effectifs les droits des citoyens à l'égard de la justice, le droit à un procès équitable, c'est-à-dire l'accès à un juge offrant une méthode de qualité pour la préparation d'une solution, sinon le plus rapidement possible au moins dans un temps acceptable : le délai raisonnable* ».). Le raisonnable est ce qui n'est pas excessif dans les deux sens possibles, c'est-à-dire l'excès de rapidité et l'excès de lenteur (G. Canivet « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires*: mélanges offerts à Pierre Dray, Dalloz, 2000, p. 243, spéc. p. 245). Or à l'analyse, les exceptions de procédure sont à la fois un gage contre l'excès de rapidité et contre l'excès de lenteur. Cette affirmation peut paraître curieuse. Le fort soupçon de lenteur qui pèse sur ces demandes procédurales justifie qu'elles aient moins la faveur du législateur qui les a soumis à un régime strict. Dans leur immense majorité les exceptions de procédure permettent au juge de disposer du temps, un temps nécessaire à la qualité de la décision au fond. Sous ce rapport, les exceptions de procédure constituent un gage contre l'excès de rapidité. En procédure civile, les parties ayant généralement, la conduite de l'instance, leur inertie est de nature à entraîner un excès de lenteur de la procédure, auquel elles peuvent pallier en soulevant une exception de péremption. On voit ainsi qu'une exception de procédure peut constituer aussi une solution à l'excès de lenteur des procédures.

¹⁰³¹ Le régime strict auquel le législateur a soumis la plupart des exceptions de procédure est commandé par le souci de célérité du moins l'idée est d'éviter que la formulation de ces demandes les unes après les autres ne ralentisse à l'excès le cours de l'instance. L'article 74 du Code de procédure civile prévoit dans ce sens, que « *les exceptions de procédure 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 serait d'ordre public* ». Ainsi, les rédacteurs du Code de procédure civile ont soumis les exceptions de procédure à la double exigence de simultanéité et de d'antériorité. La volonté est d'éviter que certains plaideurs habiles n'attendent que la procédure soit déjà suffisamment engagée au fond pour soulever des exceptions de procédure dans le dessein de paralyser toute la procédure (S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, op. cit., n°151). Ce qui sans doute poserait non seulement un problème de lenteur mais aussi d'abus de procédure. Il y a abus de procédure lorsqu'« *une partie fait usage des règles de procédure dans une autre finalité que celle à laquelle elles étaient destinées ou que, dans les circonstances de l'espèce, elle les utilise d'une manière contraire à l'économie processuelle* » (X. Talon, « Les irrégularités, nullités et abus de procédure », in J. Englebert (Coord.), *Le procès civil accéléré*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 232, spéc. p. 234 cité par J. Van Compernelle, « Quelques réflexions sur un principe émergent : La loyauté procédurale », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, op. cit., p. 413, spéc. p. 419). Les parties et le juge veillent au strict respect de ces deux exigences. Le moyen tiré de la violation de cette règle est une fin de non-recevoir qui non seulement doit être relevée d'office par le juge mais également peut être opposée pour la première fois en appel (Cass. ch. Mixte 24 mai 1975, Bull. civ. ch. mixte, n°4). La double exigence de simultanéité et d'antériorité est suffisamment éprouvée en raison, d'une part, des nombreuses atténuations apportées par le législateur. V. *supra* n°274 s. mais également de la fluctuation de la jurisprudence en cette matière V. *supra* n° 311 s.

législateur à leur égard justifie sans doute, qu'il les ait soumis à un régime strict déjà dénoncé dans le cadre de cette étude¹⁰³². On peut alors craindre que le régime auquel on propose de soumettre *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* fasse le lit aux mauvais coups tardifs d'un plaideur dont la cause est mal engagée au fond. Cette situation peut fonder la réticence des esprits éclairés à voir mettre en œuvre le nouveau régime qu'on propose d'appliquer aux exceptions de procédure notamment celles qui sont opposées à la continuation de l'instance. On se retrouve cependant en face de deux impératifs : la nécessité de célérité et l'égalité des armes. On ne peut concilier ces deux objectifs, garantis d'un procès équitable qu'à travers une solution médiane. C'est pourquoi on propose que « *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance puissent être invoquées au fur et à mesure de leur survenance ou de leur révélation sauf la possibilité pour le juge de les écarter ou de condamner ceux qui se seraient abstenus dans une intention dilatoire ou abusif de les soulever plus tôt* ». Cette proposition implique que les pouvoirs du juge en cette matière soient accrus. Il doit disposer du pouvoir d'écarter toute exception de procédure pour cause de tardiveté (§1). On peut, d'une part, craindre que cette liberté fasse le lit à l'arbitraire¹⁰³³. Mais, on peut craindre qu'avec un tel régime on bascule d'un excès à un autre. Il n'en sera rien. C'est déjà ce à quoi se résume dans le droit actuel l'office du juge saisi de l'exception de procédure. Pour diverses raisons, certaines exceptions de procédure ne peuvent être écartées, même pour cause de tardiveté. On propose que pour celles-ci, le pouvoir soit accordé au juge de prononcer à l'égard des contrevenants des condamnations pécuniaires (§2).

§1.- Le pouvoir d'écarter une exception de procédure

440. Comme on l'a observé dans le cadre de cette étude, *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* n'ont rien à voir avec le seuil de l'instance¹⁰³⁴. Elles ne peuvent non plus être entièrement détachées du contentieux sur le fond du litige. On a observé aussi qu'on ne peut non plus à leur égard raisonner, en termes d'antériorité avec la

¹⁰³² V. *supra* n°272 s.

¹⁰³³ L'arbitraire du juge ne porte pas toujours atteinte aux droits des parties. V. *supra* n° 573.

¹⁰³⁴ V. *supra* n°365 s.

question de la recevabilité de l'action¹⁰³⁵. *Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* se trouvent dans la droite ligne de la progression de l'instance vers son dénouement sur le fond du litige. C'est en cela qu'on a estimé qu'on ne peut les réunir en un contentieux préalable à vider au seuil de l'instance. Les incertitudes de la jurisprudence l'illustrent parfaitement. On a donc proposé que ces exceptions puissent être invoquées au fur et à mesure de leur survenance ou de leur révélation sauf la possibilité pour le juge de les écarter. Cette affirmation, on le verra n'a rien d'aberrant. Le juge dispose déjà du pouvoir d'écarter la plupart des exceptions de procédure. On observera donc à travers des exemples concrets, que c'est à cela que se résume dans le droit actuel l'office du juge en matière d'exception de procédure tant lors de l'examen de leur recevabilité (A) que de celui de leur bien-fondé (B).

A- Le libre office du juge dans l'appréciation de la recevabilité de l'exception de procédure

441. Proposer qu'il soit donné au juge le pouvoir d'écarter *une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance* n'a rien d'inédit en soit. Plusieurs situations l'illustrent dans le droit actuel. On citera un exemple tiré des textes (1) et d'autres révélés par la pratique jurisprudentielle (2).

1- Une illustration textuelle

442. L'exception de connexité qu'on propose de classer dans la catégorie *des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* bénéficie déjà du régime qu'on suggère de leur appliquer. Cette exception de procédure peut être écartée par le juge. C'est du moins ce que prévoit l'article 103 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *l'exception de connexité peut être proposée en tout état de cause, sauf à être écartée si elle a été soulevée tardivement dans une intention dilatoire* ». On observe à travers cette disposition que la solution existe déjà en droit positif. Et c'est exactement cette solution

¹⁰³⁵ *Ibid.*

qu'on propose d'étendre à toutes *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. Aux termes de la disposition précitée, le juge a le pouvoir d'écarter l'exception de connexité s'il estime qu'elle a été soulevée tardivement dans le but de retarder le cours de l'instance. Le sens du mot « écarter » dans cette disposition voudra dire que l'exception de connexité sera rejetée sans examen au fond. Le caractère tardif ou dilatoire de l'invocation est laissé à la libre appréciation des juges du fond¹⁰³⁶.

443. On pourrait peut-être penser que cette possibilité n'est laissée au juge qu'en raison de la faculté que représente pour lui son dessaisissement. Il est en effet d'une jurisprudence constante que le juge saisi d'une exception de connexité n'est pas tenu de se dessaisir¹⁰³⁷. Cette faculté résulte tant des textes que des fondements mêmes de l'exception de connexité¹⁰³⁸. Cet exemple peut ne pas paraître suffisamment convaincant, d'autres tirés de la pratique jurisprudentielle contribueront à démontrer la pertinence de cette proposition.

2- Les illustrations jurisprudentielles

444. La pratique jurisprudentielle révèle que le juge dispose de larges pouvoirs pour écarter la plupart des exceptions de procédure. En effet, l'article 74 du Code de procédure civile ainsi que l'application qui en est faite par la jurisprudence prouvent largement qu'il n'y a pas d'exception de procédure nécessaire¹⁰³⁹. En d'autres termes que toute exception de procédure est susceptible d'être écartée en ne prenant en compte que le moment de sa présentation.

445. A titre illustratif, le principe de primauté des juridictions répressives sur les juridictions civiles dont l'un des corollaires est la règle « *le criminel tient le civil en l'état* », en dépit de la rigueur qui lui est attachée ne résiste pas devant la double exigence de

¹⁰³⁶ Cass. 2^e civ., 23 oct. 2003, n°01-17.806 : *JurisData* n° 2003-02 602 ; *Bull. Civ.* 2003, II, n°325

¹⁰³⁷ Ce constat semble corroborer les propos d'auteurs qui posent le problème en termes d'importance de la règle. V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n°290.

¹⁰³⁸ On pense d'abord au « *lien de connexité* » laissé à la libre appréciation du juge et ensuite à la rédaction de l'article 101 du Code de procédure civile aux termes duquel, il n'est pas fait obligation au juge de se dessaisir.

¹⁰³⁹ Le mot « nécessaire » renvoie dans le dictionnaire de la langue française à ce dont on a absolument besoin c'est-à-dire ce dont on ne peut se passer.

simultanéité et d'antériorité édictée par l'article 74 du Code de procédure civile¹⁰⁴⁰. En effet, le moyen tiré de cette règle constitue une exception dilatoire dont on peut penser qu'elle serait invocable en tout état de cause, mais il n'en est rien¹⁰⁴¹. L'exception dilatoire tirée de cette règle doit être dans le droit actuel invoquée simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Elle est donc écartée par le juge si elle n'obéit pas aux conditions de sa recevabilité. Ceci constitue une fois encore l'illustration que le juge peut écarter toute exception de procédure.

446. En effet, aux termes de l'article 74, al. 1^{er} du Code de procédure civile : « *les exceptions de procédure 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* ». Il résulte de la rigueur de ce texte, que toute exception de procédure soulevée tardivement doit être écartée. Même l'ordre public ne peut constituer un obstacle à l'application de ce texte. La seule interprétation de ce texte suffit à conclure qu'il n'existe dans le droit actuel d'exception de procédure nécessaire.

447. Comme si, cette rigueur ne suffisait pas, la jurisprudence interprète encore largement la notion de défense au fond, au point où il été jugé par exemple que le fait pour un plaideur d'inscrire dans ses conclusions au fond « *qu'il s'en rapportait à la justice* » était constitutif d'une défense au fond qui rendait irrecevable une exception d'incompétence¹⁰⁴². A aussi été écartée, pour ne citer que ces deux exemples, une exception de procédure présentée par voie orale au cours d'une procédure orale au motif qu'elle a été soulevée après qu'une assignation ait été délivrée à un tiers¹⁰⁴³. Cette assignation délivrée à tiers a été analysée par la jurisprudence comme une défense au fond¹⁰⁴⁴.

448. Les incertitudes que révèle l'ordre de présentation des exceptions de procédure dans le cadre des procédures écrites offrent d'autres illustrations. Dans ces procédures, il est

¹⁰⁴⁰ Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n°05-18.484 : *JurisData* n°2009-047699.

¹⁰⁴¹ Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n°05-18.484 : *JurisData* n°2009-047699 ; Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1982, *Bull. civ. I*, n°152 ; Cass. Soc. 4 oct. 1989, *Bull. Civ. V*, n°565 ; Cass. 2^e civ., 27 sept. 2012, n°11-16361, *Procédures*, déc. 2012, comm. 347, obs. R. Perrot.

¹⁰⁴² Cass. 2^e civ., 7 juin 2007, n°06-15.920 : *JurisData* n°2007-039471 ; *Bull. Civ. 2007*, II, n°145 ; *Procédures 2007*, n° 218, obs. R. Perrot ; *D. 2008*, p. 648, obs. J-M. Sommer et C. Nicoletis.

¹⁰⁴³ Cass. Com. 6 juin 2000, n°97-22.330 : *Bull. Civ. 2000*, IV, n°120.

¹⁰⁴⁴ Arrêt précité Cass. Com. 6 juin 2000, n°97-22.330 : *Bull. Civ. 2000*, IV, n°120.

d'une jurisprudence constante que les défenses au fond doivent être présentées à la suite des exceptions de procédure¹⁰⁴⁵. En revanche, la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué en ce qui concerne l'ordre de présentation des fins de non-recevoir. La Cour a estimé dans un premier temps que leur ordre de présentation était indifférent avant de revenir sur cette position. Elle juge désormais que les exceptions de procédure présentées à la suite des fins de non-recevoir doivent être déclarées irrecevables¹⁰⁴⁶. On observe ainsi que pour un rien, une exception de procédure peut être écartée.

449. Ainsi en dehors des dérogations à la double exigence de simultanété et d'antériorité limitativement énumérées à l'alinéa 2 de l'article 74 du Code de procédure civile, le juge peut écarter toute exception de procédure soulevée selon lui avec tardiveté. Seule échappe formellement à cette règle l'exception de nullité pour irrégularité de fond qu'on a déjà proposé de classer dans *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance*. A la suite de cette présentation, on observera que même lorsqu'elles sont recevables, le juge dispose encore largement du pouvoir de les écarter.

B- Le libre office du juge dans l'appréciation du bien-fondé de l'exception de procédure

450. La possibilité pour le juge d'écarter l'exception de procédure s'étend jusqu'à l'examen de leur bien-fondé. Ce pouvoir découle assez aisément du pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge dans nombre de situations. De ce pouvoir, on tire la conséquence que, proposer qu'il lui soit donné le pouvoir d'écarter une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance* n'est pas si inédit que cela puisse paraître. On fournira à ce propos, plusieurs illustrations qui attestent de la grande liberté dont dispose le juge en l'état actuel de la législation pour écarter une exception de procédure.

451. Le juge saisi d'une demande de nullité pour vice de forme dispose de tous les pouvoirs pour ne pas faire droit à une telle demande. En effet, la recevabilité de ces demandes est subordonnée à la justification d'un grief pour l'appréciation duquel, le juge

¹⁰⁴⁵ Cass. 3e civ., 8 mars 1977, n°75-14.834 ; *Bull. civ.* 1977, III, n°110.

¹⁰⁴⁶ Cass. 2e civ., 8 juil. 2004, n°02-19.694, *JurisData* n°2004-024578; *Bull. Civ.* 2004, II, n°377.

dispose d'un pouvoir souverain. Il est ainsi donné au juge le pouvoir de rejeter une telle demande dès lors que le demandeur n'a pas justifié avoir souffert d'un grief¹⁰⁴⁷. Mais plus encore, il dispose d'une grande liberté lors de l'appréciation de ce grief pour ne pas faire droit à cette demande. L'appréciation du grief s'opère au cas par cas par les juges du fond qui disposent à ce propos d'un pouvoir souverain¹⁰⁴⁸. Ainsi le pouvoir de faire droit à une demande de nullité fondée sur un vice de forme appartient au bon vouloir des juges de fond. Il en va ainsi même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public. Ce qui fait dire à certains auteurs que « *la formule est assez souple pour laisser au juge un large pouvoir d'appréciation* »¹⁰⁴⁹. Appréhendant le résultat auquel conduit cette liberté M. Raskin constate que : « *la nullité d'un acte de procédure tenant à une irrégularité de forme n'est pas souvent prononcée puisqu'elle exige l'existence d'un grief, laquelle est appréciée souverainement par les juges du fond, échappant ainsi au contrôle de la Cour de cassation* »¹⁰⁵⁰. Ce constat a été fait par plusieurs auteurs¹⁰⁵¹. L'interprétation du grief atteste de la grande liberté dont dispose le juge pour écarter une exception de procédure même soulevée à temps. Il faut peut être encore le rappeler le régime auquel les exceptions de nullité pour vice de forme sont soumis aujourd'hui se rapproche de celui qu'on propose de leur appliquer. Ces exceptions de procédure dans la législation actuelle peuvent être invoquées au fur et à mesure de l'accomplissement des actes de procédure auxquels elles se rapportent.

452. D'autres exemples attestent de la grande liberté dont dispose le juge pour écarter une exception de procédure à l'issue de l'examen de son bien fondé. C'est le cas de l'exception de connexité dont il est précisé à l'article 101 du Code de procédure civile, que

¹⁰⁴⁷ C. Chainais « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. préc.*, n°65 « *Historiquement, la question de l'automatisme des sanctions des vices de forme a été largement débattue. En effet, l'ancien Code de procédure était très largement fondé, en matière de vice de forme notamment, sur un principe d'automatisme de la sanction. Ce principe avait été instauré en réaction contre le système ancien des nullités dite « comminatoires » - système qui, au contraire, conférait au juge un large pouvoir d'appréciation, au point qu'un soupçon d'arbitraire pesait sur le prononcé des nullités. Dans son article écrit sous l'empire de l'ancien code, Japiot faisait du principe d'automatisme le principe directeur apparent d'une théorie des sanctions en procédure civile* ».

¹⁰⁴⁸ Cass. 2^e civ., 21 fév. 1990, *Bull. civ.* II, n°38; Cass. 2^e civ., 23 fév. 1994, *Bull. Civ.* n°70.

¹⁰⁴⁹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°957.

¹⁰⁵⁰ E. Raskin, « Une nébuleuse frontière entre nullité de forme et nullité de fond », *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2008, 3835.

¹⁰⁵¹ G. Wiederkehr, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », D. 1984, 165 ; M. Dymant, « De la nullité vers l'efficacité relative », in *mél. J. Buffet*, LPA 2004, p. 189 ; L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique, thèse précitée*, n°42.

« *s'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la cause à l'autre juridiction* ». Outre l'intérêt d'une bonne justice¹⁰⁵², le bien fondé de cette demande est aussi lié au « *lien de connexité* », dont l'appréciation est laissée au pouvoir souverain du juge. En effet, la notion de connexité ne repose sur aucun critère précis. Il relève de la seule appréciation des juges du fond¹⁰⁵³. L'opportunité de se dessaisir de l'affaire est donc laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond à qui la demande de renvoi est adressée. Ainsi, la Cour de cassation juge de manière constante au regard des deux critères¹⁰⁵⁴ qui fondent l'exception de connexité que le renvoi n'est pour le juge qu'une simple faculté¹⁰⁵⁵. Il dispose donc d'une grande liberté pour l'écarter.

453. Dans le même ordre d'idées, on peut citer le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge pour faire droit à une demande de sursis à statuer facultatif. Ce cas illustre aussi le pouvoir qu'a le juge pour écarter une exception de procédure. En effet, les cas de demandes de sursis à statuer facultatifs sont textuellement prévus aux articles 109 et 110 du Code de procédure civile. Lorsque le juge est amené à se prononcer sur de telles demandes, la jurisprudence lui reconnaît un pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité de suspendre ou non l'instance. Ainsi, la Cour de cassation affirme de manière constante qu'en décidant de ne pas faire droit à une exception dilatoire fondée sur les articles 109 et 110 du Code de procédure civile, les juges de fond ne font qu'exercer leur pouvoir discrétionnaire, dont l'appréciation n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation¹⁰⁵⁶. Ces exceptions de procédure, il faut peut être le rappeler sont envisagées dans la catégorie de *celles qui sont*

¹⁰⁵² L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°281 : « Cette notion, d'une grande souplesse, (...) confère un réel pouvoir discrétionnaire ».

¹⁰⁵³ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1061 : « Chaque fois que le tribunal souhaite conserver la connaissance de la demande, il lui suffit de dire qu'il n'existe pas un lien suffisant entre les demandes ».

¹⁰⁵⁴ Le lien entre les affaires est une condition nécessaire mais pas suffisante du renvoi pour connexité. Il faut encore que l'intérêt de la justice justifie le renvoi. V. C. Tirvaudey-Bourdin, compétence. – Exception de litispendance et de connexité, *J.-cl. proc. civ., fasc. 213-2*, n°39.

¹⁰⁵⁵ Cass. soc., 20 avr. 1980 : *JCP G* 1980, IV, 260 ; Cass. com., 6 déc. 1983 : *D.* 1984, p. 278, note A. Honorat ; Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1987, p. 219 : *Bull. civ.* 1987, I, n°275 ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 541 ; Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, n°257.

¹⁰⁵⁶ Cass. 2^e civ., 4 oct. 2001, n°99-15.576 ; Cass. 2^e civ., 7 janv. 1998, n°95-19.770 : *JurisData* n°1998-000119

opposées à la continuation de l'instance. Il ne devrait avoir aucune difficulté qu'elles soient écartées si le juge estime que c'est tardivement qu'elles ont été soulevées.

454. On a relevé déjà que les exceptions de procédure qu'on propose d'identifier comme celles opposées à la continuation de l'instance sont pour la plupart fondées sur la bonne administration de la justice, motif dont le respect intéresse beaucoup plus le juge que les parties. Ainsi, lui accorder le pouvoir d'écarter une exception de procédure fondée sur un tel motif ne présente rien d'aberrant. A ce propos, Jacques Héron et M. Le Bars ont, par exemple, dénoncé le régime strict auquel l'exception de litispendance est soumise dans le Code de procédure civile¹⁰⁵⁷. Le régime proposé apparaît comme un remède à cette situation. On ne devrait donc pas s'offusquer du fait que le juge décide pour une raison ou une autre d'écarter cette exception de procédure.

455. On ne citera sans doute pas tous les exemples, mais on voit largement à travers ceux cités que proposer qu'il soit donné au juge le pouvoir d'écarter *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* n'est pas une idée absurde dénuée de sens. C'est déjà ce à quoi se résume l'office du juge dans la législation actuelle. La plupart des exemples cités ont déjà le mérite de figurer au sein de la catégorie des *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. On pourrait cependant se demander si le juge peut disposer des mêmes libertés pour écarter une exception dilatoire tendant à faire suspendre l'instance pour transmettre par exemple une question préjudicielle au juge constitutionnel ou à celui de la Cour de justice de l'Union européenne. Il ne peut dans ces cas disposer des mêmes libertés. La jurisprudence et la législation sont en ce sens¹⁰⁵⁸. C'est pourquoi, on propose qu'il lui soit donné le pouvoir de prononcer des condamnations pécuniaires à l'encontre de la partie qui se serait abstenue dans une intention dilatoire ou abusive de soulever plus tôt une exception de procédure de cette nature.

¹⁰⁵⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1065 : « Pour l'essentiel, l'exception de litispendance repose sur la même raison que celle qui fonde l'autorité de la chose jugée ».

¹⁰⁵⁸ Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008 : *JCP G 2009*, II, 10048, note Cholet ; *Procédures 2009*, n°75, obs. Perrot.

§2.- Le pouvoir de prononcer des condamnations pécuniaires

456. Certaines exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance ne peuvent être écartées par le juge même s'il est établi qu'elles ont été soulevées tardivement. Il en va ainsi par exemple de la demande de sursis à statuer sollicitée par l'une des parties pour adresser une question préjudicielle au juge de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette exception de procédure au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation peut être invoquée en tout état de cause. On propose donc pour ces cas où il paraît difficile que le juge puisse écarter l'exception de procédure, que le pouvoir lui soit donné, lorsqu'il est établi que le demandeur s'est abstenu dans une intention dilatoire ou abusive de la présenter plus tôt, de le condamner soit à des dommages-intérêts (A), soit à une amende civile (B).

A- La condamnation à des dommages-intérêts

457. Proposer que le juge puisse disposer du pouvoir de prononcer des dommages-intérêts contre la partie qui se serait abstenue dans une intention dilatoire de soulever plus tôt une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance* n'est pas nouveau en soi. Des solutions analogues existent déjà dans le droit actuel pour des causes similaires. En effet, après avoir soustrait certaines exceptions de procédure du régime strict prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 74 du Code de procédure civile, le législateur a assorti leur présentation tardive d'une condamnation à des dommages-intérêts. Cette solution se trouve à l'article 118 du Code de procédure civile ainsi rédigé : « *les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure peuvent être proposées en tout état de cause, à moins qu'il n'en soit disposé autrement et **sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt*** ». Bien que l'article 103 du Code de procédure civile n'ait pas prévu expressément une telle condamnation, la Cour de cassation admet que l'intention dilatoire suffisait à caractériser un abus de droit¹⁰⁵⁹. Elle admet donc sur ce fondement la condamnation à des dommages-intérêts de la partie

¹⁰⁵⁹ CPC, art. 103 : ainsi rédigé : « l'exception de connexité peut être proposée en tout état de cause, **sauf à être écartée si elle est soulevée tardivement dans une intention dilatoire** ».

fautive¹⁰⁶⁰. Ainsi, en droit français, le juge peut condamner à des dommages-intérêts, la partie qui a soulevé une exception de procédure dans une intention dilatoire¹⁰⁶¹, cela participe de la sanction de l'abus de procédure.

458. Une solution presque identique se trouve dans le droit béninois spécifiquement en ce qui concerne l'exception d'inconstitutionnalité¹⁰⁶². Le droit à réparation est ouvert au plaideur lorsqu'à la suite d'une exception d'inconstitutionnalité, qui pour le moins est *une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance*, la Cour constitutionnelle, déclare que c'est dans un but dilatoire ou abusif qu'elle a été soulevée¹⁰⁶³.

459. En droit français, à la différence de ce qui est prévu dans le droit béninois, le juge judiciaire n'a pas à attendre que ce soit le juge saisi de la question préjudicielle, en l'occurrence le juge constitutionnel, qui caractérise l'intention dilatoire. Selon la Cour de cassation, le « *peu d'empressement mis par une partie à faire juger un litige* » suffit à constater que l'exception de procédure a été soulevée tardivement¹⁰⁶⁴.

460. Comme on le voit, dans les exemples cités qu'il s'agisse de la demande de nullité pour irrégularité de fond ou de l'exception d'inconstitutionnalité, aucune autre possibilité n'est laissée au juge que le recours à condamnation pécuniaire contre la partie fautive. Cette sanction suppose cependant que l'autre partie en ait pris l'initiative. Une telle initiative ne peut être prise d'office par le juge. Il revient donc à l'une des parties, notamment celle qui a souffert d'un préjudice du fait de la présentation tardive de l'exception de procédure, d'en demander la réparation. Il pourra donc à ce propos demander la condamnation de son adversaire à des dommages-intérêts. On observe ainsi au regard de ces dispositions, que « *le Code de procédure civile a fait intelligemment en sorte que les moyens dilatoires ne retardent*

¹⁰⁶⁰ Cass. 2^e civ., 2 avr. 1974 : *Bull. civ.* II, n°127 ; *RTD civ.* 1975, 359, obs. Normand.

¹⁰⁶¹ X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense – règles générales », *fasc. cit.*, n°109 : « *L'exception de connexité (CPC, art. 103) et l'exception de nullité pour les irrégularités (CPC, art. 118) pourront être soulevées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages et intérêts la partie qui aura tardée à les soulever dans une intention dilatoire. Le caractère dilatoire relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* ».

¹⁰⁶² Art. 203 du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes : « *Si la Cour Constitutionnelle déclare que l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée manifestement dans un but dilatoire ou de manière abusive, la partie auteur de l'exception peut être condamnée à une amende civile de deux cent mille (200 000) à cinq cent mille (500 000) francs sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés* ».

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ Cass. 2^e civ., 22 oct. 1975 : *Bull. civ.* II, p. 215; *RTD civ.* 1976, 194, obs. Normand.

pas excessivement le procès »¹⁰⁶⁵. Ainsi, lorsque l'intention dilatoire est caractérisée, le juge ne peut écarter dans certains cas l'exception de procédure soulevée tardivement¹⁰⁶⁶. Le plaideur pourra sur ce fondement lorsque les conditions de la réparation sont réunies faire condamner son adversaire fautif au paiement de dommages-intérêts.

461. Il n'est pas excessif de chercher à étendre cette possibilité de condamnation à toutes les *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* dès lors que l'intention dilatoire ou abusive est caractérisée. Pour l'essentiel, on propose que le pouvoir soit donné au juge dans les hypothèses où il ne peut écarter *une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance*, de condamner la partie auteur de l'intention dilatoire à des dommages-intérêts. Cela devrait suffire à dissuader les plaideurs qui voudront user de ce régime, en apparence assez souple, à des fins dilatoires. D'autres condamnations pécuniaires exclusivement à l'initiative du juge pourront contribuer davantage à dissuader les parties qui seront tentées d'user du régime des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance, à des fins dilatoires ou abusives.

B- La condamnation à une amende civile

462. On a proposé que dans les hypothèses où le juge ne peut pas écarter une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance* que le pouvoir lui soit spécifiquement donné de condamner à des dommages-intérêts ceux qui s'aviseraient à la soulever à des fins dilatoires ou abusives. Cette sanction peut ne pas paraître suffisamment dissuasive parce qu'elle requiert l'initiative de l'une des parties. C'est donc pour davantage dissuader les parties qui seraient motivées par une intention dilatoire qu'on suggère qu'il soit fourni au juge une arme relevant de sa seule initiative. On propose alors qu'il lui soit donné le pouvoir de condamner à une amende civile la partie qui soulèverait dans une intention dilatoire ou abusive une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance*. On considère comme le relèvent des auteurs, que les comportements dilatoires d'une partie, en plus de

¹⁰⁶⁵ J. Beauchard, « La relativité du dilatoire », in *Nouveaux juges Nouveaux pouvoirs? Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron*, LGDJ, 2009, p. 101, spéc. p. 106.

¹⁰⁶⁶ En droit béninois, le Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes apporte la précision en son article 182 que le juge ne peut écarter l'exception de procédure produite tardivement dans une intention dilatoire que par une décision motivée.

préjudicier aux intérêts de son adversaire contribuent aussi à ternir l'image de l'institution judiciaire qui est avant tout un service public de l'Etat dont le juge est le garant. La préservation de cette image nécessite que « *les textes lui fournissent des armes(...), notamment en lui offrant (...) de sanctionner par des amendes civiles les comportements dilatoires* »¹⁰⁶⁷ des parties. Une telle solution n'existe pas formellement en France en matière d'exceptions de procédure.

463. Cependant divers textes, dans le Code de procédure civile, sanctionnent d'une amende civile l'abus de procédure. Cette répression concerne tant l'action abusive que la résistance abusive. Dans la première catégorie, on peut citer l'exemple de l'article 32-1 du Code de procédure civile aux termes duquel celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3000 €. En ce qui concerne la résistance abusive, on peut citer le cas de l'article 88 du Code de procédure civile qui, sanctionne d'une amende civile dont le maximum peut atteindre 3000 euros, le plaideur qui succombe à la question de compétence portée devant la cour d'appel au moyen d'un contredit¹⁰⁶⁸. Le prononcé de cette condamnation est laissé au bon vouloir du juge. Celui-ci appréciera au regard des circonstances de la cause, l'opportunité de la peine ainsi que le montant adéquat sans qu'il ne dépasse les 3000 euros. Ces dispositions, comme on peut le voir, ne sont pas spécifiquement prévues pour les exceptions de procédure. Elles sanctionnent plutôt l'absence de loyauté de la partie qui exercerait ou résisterait abusivement à une action. Comme on peut s'imaginer le régime proposé aux *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* pourrait poser un problème de loyauté notamment lorsque la loi n'offre aucune autre possibilité au juge que d'y faire droit. L'exception d'inconstitutionnalité en droit béninois en offre une parfaite illustration¹⁰⁶⁹. Et c'est pour réduire les dérives auxquelles elle a conduit, qu'à l'issue de la réforme intervenue

¹⁰⁶⁷ J-F. Burgelin, J-M. Coulon et M-A Frison-Roche, « L'office de la procédure », *art. préc.*, p. 265.

¹⁰⁶⁸ CPC, art. 88: « *Les frais éventuellement afférents au contredit sont à la charge de la partie qui succombe sur la question de compétence. Si elle est l'auteur du contredit, elle peut, en outre, être condamnée à une amende civile d'un maximum de 3000 €, sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient lui être réclamés*».

¹⁰⁶⁹ L'article 122 de la Constitution béninoise fonde un cas de sursis à statuer obligatoire. Aux termes de cette disposition : « *Tout citoyen peut saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente (30) jours*». Cette disposition a donné lieu à un usage abusif. Il était devenu monnaie courante que l'avocat dont la cause était mal engagée au fond pouvait en se prévalant de cette disposition, paralyser à tout moment toute la procédure.

en procédure civile en 2012, le législateur béninois sanctionne désormais d'une amende civile, les parties qui soulèveraient dans une intention dilatoire ou abusive l'exception d'inconstitutionnalité. Dans ce sens, l'article 203 du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin, est ainsi rédigé : « *Si la Cour Constitutionnelle déclare que l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée manifestement dans un but dilatoire ou de manière abusive, la partie auteur de l'exception peut être condamnée à une amende civile de deux cent mille (200 000) à cinq cent mille (500 000) francs sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés* ».

464. Le juge ne peut écarter une demande de suspension de l'instance pour adresser une question préjudicielle au conseil constitutionnel ou à la Cour de justice de l'Union européenne. Ces exceptions dilatoires on l'a observé constituent des *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. L'impossibilité pour le juge de les écarter pourrait donner lieu à des comportements dilatoires de la part des plaideurs susceptibles de ternir l'image de l'institution judiciaire¹⁰⁷⁰. C'est pour y remédier, qu'on propose que pour ces cas, il soit fourni au juge le pouvoir non seulement de caractériser l'intention dilatoire mais surtout de condamner la partie fautive à une amende civile sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés.

465. On pourrait douter de l'efficacité de telles mesures surtout quand le montant de l'amende civile serait plus faible que les intérêts en jeu. Le plaideur préférera subir la peine plutôt que de s'abstenir de s'en prévaloir. Il revient cependant au juge de savoir ce qui lui est nécessaire pour trancher la question de fond dont il a été saisi.

466. Quoiqu'il en soit, certaines exceptions de procédure érigent devant le juge des barrières infranchissables, il ne peut donc les écarter. Et quoiqu'on dise, les parties ne peuvent s'empêcher de s'en prévaloir que s'il existe de véritables raisons susceptibles de les dissuader. C'est à cette fin qu'on propose qu'il soit donné au juge les moyens de condamner

¹⁰⁷⁰ J-F. Burgelin, J-M. Coulon et M-A Frison-Roche, « L'office de la procédure », *art. cit.*, p. 260: « *Lorsqu'une partie – elle peut être partie, défendeur, parfois le juge – affronte les postulats fondamentaux de la justice ou, pire encore peut-être, qu'elle s'en joue, l'institution est paralysée dans le premier cas, asservie dans le second. En effet, pour développer ici la seconde hypothèse, si les usages des délais, des pouvoirs, des images créées par la justice, sont détournés pour que l'institution n'engendre pas un jugement soucieux de droit, de vérité et de justice, mais au contraire éloigne sans fin cette perspective, produise de la force brutale à l'opposé de la force du droit (action en justice comme moyen de chantage, par exemple), l'institution est prise de court, détournée d'elle-même, tournée en ridicule* ».

à une amende civile et à des dommages-intérêts les parties qui soulèveraient de telles exceptions de procédure à des fins dilatoire ou abusive.

467. L'office qu'exerce le juge lorsqu'il est saisi d'une exception de procédure s'apparente à celui qu'il exerce sur les demandes substantielles dont il est saisi. Il doit non seulement statuer sur ce qui est demandé mais aussi y statuer en droit. On a observé à ce propos que tant les articles 5 et 12 du Code de procédure civile intéressent l'office du juge saisi de l'exception de procédure. En effet, à l'instar des demandes de nature substantielle, le juge ne peut omettre de statuer sur une exception de procédure dont seules les parties en ont l'initiative. Ces règles reçoivent quelques dérogations. Ainsi, il peut arriver que le juge relève d'office un moyen qui aurait pu fonder une exception de procédure ; auquel cas, on ne peut dire que le juge a relevé d'office une exception de procédure.

468. On a relevé aussi qu'un texte n'est pas toujours nécessaire au soutien d'une exception de procédure. Le régime proposé aux exceptions de procédure appelle un accroissement des pouvoirs du juge. Dans ce sens, le pouvoir doit être donné au juge d'écarter une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance*, s'il estime que celle-ci a été soulevée tardivement dans une intention dilatoire ou abusive. Spécifiquement, pour les *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* qu'il ne peut écarter, on propose que le pouvoir lui soit donné de condamner la partie qui soulèverait de telles exceptions à des fins dilatoire ou abusive à une amende civile sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés. Ces solutions pour la plupart ne sont pas inédites. Le juge dispose déjà, on l'a souligné, dans le droit actuel, du pouvoir d'écarter de manière plus ou moins indirecte, une exception de procédure. On propose d'étendre ce pouvoir sur toute la catégorie des *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. L'office du juge s'exerce également à l'occasion des recours dont sont susceptibles les décisions qui statuent sur une exception de procédure.

CHAPITRE 2 :

LA REDISTRIBUTION DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

469. On propose de distinguer désormais les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance de celles qui sont opposées à sa continuation. Seules les premières doivent relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état. L'office de ce magistrat comme l'ont relevé des auteurs ne présente d'intérêt que s'il parvient à décharger le tribunal¹⁰⁷¹. L'atteinte de ce résultat nécessite que soient dotées de l'autorité de la chose jugée toutes les décisions par lesquelles ce magistrat statue sur une exception de procédure relevant de sa compétence exclusive. Peu importe alors, le sens dans lequel, il aura rendu sa décision.

470. Les jugements¹⁰⁷² par lesquels le juge statue sur une exception de procédure sont de nature diverse. Ils sont tantôt provisoires tantôt définitifs. Pourtant rien dans les différentes dispositions qui organisent la matière ne suggère une telle interprétation. L'illustration en est donnée, d'une part, par l'article 480 du Code de procédure civile aux termes duquel, « **le jugement (...) qui statue sur une exception de procédure (...), a dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche** ». D'autre part, par l'article 775 du même code aux termes duquel, « **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** ». En interprétation de cette dernière disposition, la Cour de cassation n'admet le caractère définitif des décisions

¹⁰⁷¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 618.

¹⁰⁷² Le mot jugement doit être compris dans son sens générique où il désigne toute décision sanctionnant l'activité juridictionnelle du juge. Dans ce sens, il désigne aussi bien les jugements au sens strict, les ordonnances ainsi que les arrêts des cours d'appel et de la Cour de cassation.

par lesquels le magistrat de la mise en état statue sur une exception de procédure qu'à la condition qu'elle termine l'instance¹⁰⁷³. La redistribution de l'autorité de la chose jugée qu'impose la répartition proposée des exceptions de procédure ne pourra rien changer à cette nature dualiste des décisions par lesquelles le juge statue sur de telles demandes. D'une part, parce que les exceptions opposées à la continuation de l'instance pourront toujours être soulevées devant le juge de la mise en état. Et les décisions par lesquelles ce magistrat statue sur celles-ci ne devront pas être dotées de l'autorité de la chose jugée. Il convient de préciser d'autre part, que cette situation n'est pas liée à l'office du magistrat de la mise en état. En effet, les décisions par lesquelles le tribunal statue sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance parce qu'elles ne dessaisissent pas demeurent des décisions provisoires.

471. Quoiqu'il en soit, cette redistribution permettra de mieux réorganiser les phases de l'instance. Parmi les décisions qui statuent sur une exception de procédure, on envisagera d'abord la part de l'autorité de la chose jugée attachée aux ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure (Section 1) avant celle qui doit être reçue par les jugements par lesquels le tribunal statue sur les demandes de même nature (Sections 2).

SECTION 1 : LA PART DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE ACCORDÉE AUX ORDONNANCES RENDUES LORS DE LA MISE EN ÉTAT

472. L'exclusivité de compétence qu'on propose d'accorder au juge de la mise en état sur les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance, nécessite que les décisions par lesquelles ce magistrat statue sur ces exceptions soient dotées de l'autorité de la chose jugée (§1). Il n'est cependant pas exclu que des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance soient soulevées devant ce magistrat. En pareille occurrence, il ne serait pas convenant que celui-ci se déclare incompétent. Il doit se prononcer sur ces exceptions de procédure. Les décisions par lesquelles il statue sur celles-ci ne doivent être

¹⁰⁷³ Cass. 2^e civ., 13 mars 2008, n°07-11384, *Procédures 2008*, n°134, note R. Perrot ; Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008, n°07-20599, *RTD civ. 2009*, p. 171, obs. R. Perrot.

dotées de l'autorité de la chose jugée que si elles terminent l'instance devant ce magistrat. Il en ressort donc une double nature des décisions par lesquelles, il aura à statuer sur les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance (§2).

§1.- La nature définitive des ordonnances statuant sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance

473. Il faut d'abord indiquer la nécessité qu'il y a à doter toutes les décisions statuant sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance de l'autorité de la chose jugée (A) avant de revenir spécifiquement sur la présence discutable au sein de cette catégorie des décisions statuant des exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance (B).

A- La nécessité de doter les décisions statuant sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance de l'autorité de la chose jugée

474. Il faut peut être encore le rappeler, doivent être envisagées comme des *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance*, l'exception d'incompétence, l'exception de nullité, l'exception dilatoire tirée du délai « pour faire inventaire et délibérer » , l'exception dilatoire tirée du bénéfice de division ou de discussion. Ces exceptions de procédure, on l'a proposé¹⁰⁷⁴, ne doivent pouvoir être soulevées que devant le juge de la mise en état lorsque ce dernier a été désigné. Cette délimitation de la compétence du juge de la mise en état doit s'accompagner de toutes les conséquences possibles qu'elle implique. Au rang de celles-ci figure l'autorité de la chose jugée. Ainsi, contrairement à la jurisprudence actuelle qui n'attribue autorité de la chose jugée aux décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure que lorsqu'elles terminent l'instance¹⁰⁷⁵, on propose

¹⁰⁷⁴ V. *supra* n°358 s.

¹⁰⁷⁵ Les ordonnances par lesquelles le juge ou le conseiller de la mise en état se prononce sur une exception de procédure, n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, que si, d'une part, l'exception de procédure sur laquelle ces magistrats statuent, a, une finalité extinctive sur la procédure et d'autre part, si ces magistrats font droit à l'une de ces exceptions. C'est dans ce sens que se prononce la jurisprudence de la Cour de cassation

que toutes les décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance soient dotées de l'autorité de la chose jugée peu importe le sens dans lequel elles auraient été rendues. En d'autres termes, qu'elles aient accueilli ou non l'exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance, elles doivent être dotées de l'autorité de la chose jugée. Ceci permettra de valider sans retour en arrière possible la phase de l'introduction de l'instance. Ainsi aucune exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance ne doit pouvoir être à nouveau débattue devant la

(Cass. 3e civ., 30 oct. 2012, n°11-23.019: *Procédures 2013*, n°6, obs. Perrot; Cass. 2e civ., 13 mars 2008: *JCP 2008*, II, 10076, note Salati; *Procédures 2008*, n°134, obs. Perrot ; *D. 2008*, chron. C. cass. 2373, obs. Sommer.

¹⁰⁷⁵ Cass. 2e civ., 18 déc. 2008 : *Jurisdata n°2008-046281*; Cass. 2e Civ., 13 mars 2008: *Jurisdata N°2008-043154*, *JCPG 2008*, II, 10076, obs. O. Salati, *Procédures 2008*, n° 134, note R. Perrot ; *D. 2008*, p. 2373, obs. J-M. Sommer.) En effet, dans une espèce, où une partie reprochait à la cour d'appel d'avoir méconnu la portée définitive de l'ordonnance par laquelle, le conseiller de la mise en état avait rejeté une exception de nullité de l'acte d'assignation et d'avoir ainsi autorisé la remise en cause devant elle de la dite ordonnance, la Cour de cassation qui a été saisie d'un pourvoi a répondu que « *c'est seulement lorsque, en statuant sur une exception de procédure, l'ordonnance du conseiller de la mise en état met fin à l'instance que cette ordonnance a, au principal, l'autorité de la chose jugée* » (Cass. 2e civ., 18 déc. 2008 : *Jurisdata n°2008-046281*; Cass. 2e Civ., 13 mars 2008: *Jurisdata N°2008-043154*, *JCPG 2008*, II, 10076, obs. O. Salati, *Procédures 2008*, n° 134, note R. Perrot ; *D. 2008*, p. 2373, obs. J-M. Sommer.) La Cour s'est ainsi prononcée en défaveur d'une interprétation littérale des textes qui accorderaient l'autorité de la chose jugée à toutes les décisions du conseiller de la mise en état qui se prononceraient sur une exception de procédure ayant une finalité extinctive, qu'elles mettent ou non fin à l'instance. Ainsi, les ordonnances du juge ou du conseiller de la mise en état qui se prononcent sur une exception de procédure n'ont, au principal, l'autorité de la chose jugée que si elles mettent effectivement fin à l'instance. Ce qui amène M. Salati à constater que « *l'incident mettant fin à l'instance* », *c'est (...) la décision du juge qui statue sur cet incident et l'accueille* » (O. Salati, *comment. JCP G 2008*, II, 10076) En commentaire de la jurisprudence de la Cour de cassation, Roger Perrot précise que « **ce qui compte, c'est l'extinction effective de l'instance** »¹⁰⁷⁵. Et cet auteur d'ajouter « *si donc le conseiller de la mise en état statue en déclarant que l'exception est fondée, par son effet, elle éteint l'instance et dès lors ayant autorité de chose jugée au principal, un nouveau débat devant la Cour est exclu* »¹⁰⁷⁵. Sur le sens des ordonnances qui statuent sur une exception de procédure mettant fin à l'instance, M. Cholet précisera que « *concrètement, cela signifie que ce n'est que si la décision du magistrat met fin à l'instance qu'elle acquiert autorité de la chose jugée* »¹⁰⁷⁵. Seules sont donc concernées, les ordonnances accueillant une exception de procédure ayant une finalité extinctive¹⁰⁷⁵. Ne sont donc pas concernées, les ordonnances par lesquelles le juge ou le conseiller de la mise en état rejette une exception de procédure ayant une finalité extinctive. Dans ce sens n'ont donc pas autorité de la chose jugée l'ordonnance par laquelle le juge ou le conseiller de la mise en état rejette une exception d'incompétence, une exception de nullité ou une exception de péremption d'instance, bien que ces exceptions de procédure aient une finalité extinctive sur la procédure. En conclusion on peut admettre avec Roger Perrot que quand l'article 775 du Code de procédure civile fait référence aux ordonnances qui statuent sur les exceptions de procédure mettant fin à l'instance, « *il vise par là non pas les ordonnances qui par leur objet, auraient vocation à mettre fin à l'instance, mais uniquement celles qui, par leurs effets, l'éteignent effectivement ; elles seules ont autorité de chose jugée au principal* » (R. Perrot, note sous Cass. 2e civ., 13 mars 2008, *Procédures 2008*, n° 134 ; N. Lesourd, « Chose jugée en matière civile », *J-cl, Proc. civ. Fasc. 10*, n°28) L'autorité de chose jugée semble donc être tirée de l'impossibilité d'un débat nouveau devant la formation de jugement. En effet, cette dernière n'est saisie qu'après l'ordonnance de clôture de la mise en état. La formation de jugement ne peut donc se réunir lorsque l'ordonnance du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure a déjà déclarée la procédure éteinte. Cette ordonnance dessaisit le magistrat de la mise de la mise état et puisque la formation de jugement ne peut non plus se réunir c'est tout naturellement que cette décision ne peut être remise en cause que par l'exercice de voies de recours. L'extinction prématurée de l'instance ainsi provoquée fait que le tribunal ou la formation collégiale de la cour d'appel n'aura jamais à statuer sur le fond de l'affaire.

formation de jugement. On évitera ainsi, les perpétuelles remises en cause. Ceci permettra surtout un gain de temps.

475. Il serait aussi convenable que les recours immédiats soient fermés à l'encontre de ces décisions à moins qu'elles ne terminent l'instance. Il faut réussir à faire du juge de la mise en état un véritable juge de l'introduction de l'instance. On a ainsi proposé que toutes les formes de nullité soient désormais uniquement discutées devant lui¹⁰⁷⁶. On peut ne pas souscrire à une telle vision mais on admettra tout de même qu'en dépit de l'interprétation que la Cour de cassation fait actuellement des textes, le souci du législateur a été dévoyé. Celui-ci a voulu enfermer dans la phase préliminaire de l'instance que constitue la phase de la mise en état, le contentieux que génèrent les exceptions de procédure. C'est le sens littéral de l'article 775 du Code de procédure civile aux termes duquel, « *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* ». Le sens dans lequel la Cour de cassation interprète cette disposition a été déjà dénoncée par plusieurs auteurs¹⁰⁷⁷.

476. On pourrait ainsi, reformuler l'article 775 du Code de procédure civile en espérant que la haute juridiction se conformera cette fois-ci à l'esprit du texte : « ***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 une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance et les incidents mettant fin à l'instance*** ».

¹⁰⁷⁶ V. *supra* n°360.

¹⁰⁷⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 618 «*Hélas, la Cour de cassation a refusé de se plier à la volonté du pouvoir réglementaire. En effet, depuis la réforme de 2005, elle juge que l'ordonnance du conseiller de la mise en état statuant sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir n'a, au principal, l'autorité de la chose jugée que si elle met fin à l'instance. Une telle lecture de l'article 775 du Code de procédure civile, texte applicable devant la cour d'appel comme devant le tribunal de grande instance, est contraire à son esprit comme à sa lettre.* ». Adde L. Miniato, « L'évolution du rôle du juge de la mise en état », in C. Ginestet (*dir.*), *La spécialisation des juges*, LGDJ, 2012, p. 35, spéc. : « *Cette jurisprudence va à l'encontre de l'objectif de purge des incidents de procédure au stade de l'instruction, puisque la partie pourra à nouveau soulever le moyen devant le tribunal ou la cour. La position de la Cour de cassation est d'autant plus critiquable qu'elle méconnaît qu'elle méconnaît semble-t-il la lettre des textes (...). Il n'est pas dit par le texte que c'est uniquement lorsque la décision statuant sur l'exception ou l'incident a effectivement mis fin à l'instance, que celle-ci a autorité de la chose jugée au principal* ».

477. L'autorité de la chose jugée qu'on attacherait aux décisions statuant sur les exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance pourrait soulever quelques interrogations auxquelles, il convient de répondre.

B- Le cas particulier des décisions statuant sur les exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance

478. En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, la décision qui devant le juge de la mise en état rejette ou accueille une demande de sursis à statuer fondée sur un délai « pour faire inventaire et délibérer » et celle fondée sur les bénéfices de division et de discussion peuvent être remises en cause devant la formation de jugement. En principe une telle décision ne met pas fin à l'instance. Rien donc ne s'oppose à ce qu'elle soit à nouveau débattue devant la formation de jugement. Cette situation est de nature à retarder la marche de l'instance. On pourrait bien se demander ce à quoi aurait servi l'office du juge de la mise en état. C'est pourquoi, on pense que l'examen de ces demandes doit être cantonné au seuil de l'instance avec toutes les conséquences qui en découlent. On a déjà justifié que ces questions sont intimement liées à l'introduction de l'instance¹⁰⁷⁸. Ceci justifie la nécessité de les cantonner à cette phase du procès. Les décisions qui statuent sur ces demandes ne sont pas moins des décisions avant dire droit¹⁰⁷⁹ à l'égard du juge qui les a rendues car ce dernier pourra les révoquer ou les proroger. Mais, une fois cette étape franchie, elles ne doivent être remises en cause que devant la cour d'appel. Il faudra également les soustraire de la remise en cause prévue à l'article 380 du Code de procédure civile. En effet, aux termes de cette disposition, la décision de sursis à statuer peut être frappée d'appel sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime. On peut sans anticiper sur ce débat relever le double-emploi que représente en l'état actuel de la jurisprudence la possibilité de pouvoir discuter à nouveau de ces questions devant la formation de jugement du tribunal et le recours prévu sur autorisation du premier président¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁸ V. *supra* n°320 s.

¹⁰⁷⁹ V. *supra* n°495 s.

¹⁰⁸⁰ D. Cholet, « Le sursis à statuer au cours de la mise en état », *art. cit.*, n° 17.

479. On conviendra, que les exceptions dilatoires fondées sur le délai « pour faire inventaire et délibérer » et celles fondées sur les bénéfices de division et de discussion renvoient à des cas de sursis à statuer particulier en cela que l'instance qu'elles sont censées suspendre n'a pas encore véritablement démarré. Elles soumettent au juge des questions qui en toute logique doivent être discutées avant le contentieux sur la régularité de la saisine de la juridiction. A titre illustratif, la demande de sursis à statuer fondée sur le délai « pour faire inventaire et délibérer » doit être soulevée avant tout autre question, c'est du moins le sens de la dérogation prévue à l'article 111 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *Le bénéficiaire d'un délai « pour faire inventaire et délibérer » peut ne proposer ses autres exceptions de procédure qu'après l'expiration de ce délai* ». C'est-à-dire avant toute question relative à la compétence et à la régularité de l'acte de saisine du tribunal. Peut-on alors suspendre une instance qui n'a pas encore véritablement commencé ? Il ne serait pas exagéré de conclure que dans ces cas, l'ouverture de l'instance a été différée.

480. Quoiqu'il en soit, le contentieux auquel donne lieu les demandes de sursis à statuer opposées à l'ouverture de l'instance doit être définitivement tranché par le juge de la mise en état dès lors qu'il a été désigné. Même en l'absence d'une telle désignation, le contentieux auquel elles donnent lieu doit être définitivement cantonné au seuil de l'instance.

481. Bien qu'elle n'ait pas compétence exclusive sur les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance, le juge de la mise en état ne doit les rejeter si un plaideur les soulevait devant lui. Mais la question se pose de savoir si la décision par laquelle le juge de la mise en état se prononce sur telles exceptions de procédure doit être dotée de l'autorité de la chose jugée. C'est la réponse à cette préoccupation qu'il faut maintenant envisager.

§2.- La nature dualiste des ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance

482. Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance relèvent en principe de la compétence de la formation de jugement, celle-ci est saisie après

l'ordonnance de clôture du juge de la mise en état. Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance n'ont en principe de sens que lors de la phase de l'instance conduisant à son dénouement sur le fond du litige. Cependant, lorsqu'il advient qu'un plaideur s'en prévaut devant le juge de la mise en état, ce dernier ne doit pas se déclarer incompétent. Il doit s'y prononcer. On propose alors que ne soient dotées de l'autorité de la chose jugée que les ordonnances par lesquelles ce magistrat met fin à l'instance en statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance (A). Dans tous les autres cas, rien n'empêche que l'ordonnance du juge de la mise en état soit remise en cause devant la formation de jugement. Cette remise en cause n'est possible que si cette décision est provisoire, c'est-à-dire dépourvue de l'autorité de la chose jugée (B).

A- La nature définitive des ordonnances mettant fin à l'instance

483. Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance sont celles qu'un plaideur peut soumettre à un juge compétent et régulière saisi, soit parce qu'il doit s'abstenir définitivement de donner une solution sur le fond du litige, soit parce qu'il doit encore prendre en compte certains éléments de l'affaire. Parmi, celles-ci, on peut citer l'exception de connexité, l'exception de litispendance, l'exception de nullité opposé à un acte de procédure produit en cours d'instance, l'exception de péremption d'instance, l'exception dilatoire tirée de la règle le criminel tient le civil en l'état, l'exception dilatoire pour appeler un garant, l'exception dilatoire tirée de l'exercice d'un recours extraordinaire et l'exception dilatoire tirée d'une question préjudicielle. Ces exceptions de procédure, on l'a souligné, ne peuvent pas relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état. Celui-ci ne peut non plus se déclarer incompétent s'il advenait que l'une d'entre elles soit soulevée devant lui. Alors se pose la question très cruciale de la nature de la décision par laquelle ce magistrat se prononce sur de telles exceptions de procédure.

484. On propose que les décisions par lesquelles, ce magistrat se prononce sur ces exceptions de procédure soient dotées de l'autorité de la chose jugée à la seule condition qu'elles mettent fin à l'instance. En effet, certaines exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance ont pour effet de mettre fin à l'instance si elles sont accueillies. Il

en va ainsi de l'exception de connexité, de l'exception de litispendance et de l'exception de péremption. Lorsqu'en statuant sur de telles exceptions de procédure, le juge de la mise en état met fin à l'instance, la conséquence qui en résulte est que la cause ne pourra plus être déférée devant la formation de jugement seule habilitée à rendre une décision sur le fond du litige. Il en ressort donc que la remise en cause de l'ordonnance par laquelle le juge de la mise en état a mis fin à l'instance ne sera possible que devant la cour d'appel, la première instance ayant connu une fin anticipée. Pourquoi devrait-on empêcher le plaideur de recourir contre une telle ordonnance, dès qu'il n'y aura plus de décision sur le fond du litige puisque la formation de jugement ne sera jamais saisie. C'est cette raison fondamentale qui justifie la nécessité de doter cette décision de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, on propose, donc que toutes les décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance soient dotées de l'autorité de la chose jugée.

B- La nature provisoire des ordonnances ne mettant pas fin à l'instance

485. Toutes les ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance doit pouvoir être remise en cause devant la formation de jugement. Rien ne devrait s'opposer à une telle remise en cause. En effet, les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance n'ont de sens que dans la phase de progression de l'instance vers son dénouement sur le fond du litige.

486. Pourquoi ne devrait-on pas soulever à nouveau une exception de connexité ou de litispendance rejetées lors de la phase de la mise en état ou une exception dilatoire soulevée pour saisir une autre juridiction d'une question préjudicielle, ou en encore une exception de péremption s'il est établi que l'instance est périmée depuis la phase de la mise en état. Dans nombre de ces situations, l'exception de procédure opposée à la continuation de l'instance commande l'issue du procès. Il en va ainsi en cas de demandes de sursis à statuer fondées sur l'existence d'une question préjudicielle. Il en va également ainsi, lorsque l'intérêt d'une bonne justice commande qu'une solution sur le fond du litige ne soit pas rendue. Rien ne

devrait s'opposer à ce que ces questions soient à nouveau débattues devant la formation de jugement.

487. Pourquoi ne devrait-on pas permettre aux parties de soulever une exception dilatoire pour faire intervenir un garant dans la cause ? Pourquoi devrait-on rendre insister pour rendre une décision sur le fond du litige, en présence d'une litispendance et d'une connexité avérées, ou lorsqu'il est établi qu'il existe un recours extraordinaire ou qu'une juridiction répressive est parallèlement saisie, ce qui commande qu'il soit sursis à l'instance se déroulant devant le juge civil ? Dans tous ces cas, l'importance des questions fait qu'elles intéressent directement la formation de jugement et non le juge de la mise en état. A l'évidence, ce sont des questions qui intéressent la formation habilitée à rendre une décision sur le fond du litige. Elles n'ont rien à voir avec le juge de la mise en état. L'importance de ces questions fait qu'on ne saurait les doter de l'autorité de la chose jugée devant le juge de la mise en état.

488. Quoiqu'il en soit cette proposition n'aurait rien changé à la jurisprudence actuelle qui donne la possibilité aux plaideurs de remettre systématiquement en cause devant la formation de jugement toutes les décisions par lesquelles le magistrat de la mise en état a eu à statuer sur une exception de procédure dès lors qu'elles n'ont pas mis fin à l'instance. Après les décisions provisoires, ce sont celles qui bien que statuant sur une exception de procédure conservent la nature avant dire droit qu'il faut maintenant examiner.

SECTION 2 : LE MAINTIEN DE LA NATURE DUALISTE DES JUGEMENTS STATUANT SUR UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE OPPOSÉE A LA CONTINUATION DE L'INSTANCE

489. Dans la catégorie des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance figurent des exceptions de dilatoires. Les jugements par lesquels la formation de jugement statue sur ceux-ci, en raison de la nature provisoire de la mesure qu'ils ordonnent, ne peuvent être dotés de l'autorité de la chose jugée (§1). Il en va autrement des autres jugements par lesquels le juge statue sur une exception de procédure opposée à la

continuation de l'instance. Ceux-ci doivent être dotés de l'autorité de la chose jugée conformément à la contestation qu'ils tranchent (§2).

§2.- Les jugements avant dire droit statuant sur une exception de procédure

490. La décision se prononçant sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance est un jugement avant dire droit. Celui-ci, affirment M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand est celui « *qui se borne, dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire* »¹⁰⁸¹. Ainsi, parmi les jugements avant dire droit on oppose, ceux qui ordonnent une mesure provisoire à ceux qui ordonnent une mesure d'instruction. De tels jugements n'ont pas pour effet de mettre fin à l'instance. De même, le plaideur qui oppose une exception dilatoire à la continuation de l'instance ne cherche pas à y mettre fin. Affirmer que la décision qui ordonne un sursis à statuer est un jugement avant dire droit revient à rechercher si le sursis à statuer est une mesure provisoire ou une mesure d'instruction. C'est d'abord la décision qui accorde un sursis à statuer qu'il faut caractériser (A). On s'intéressera ensuite à la qualification de mesure d'administration judiciaire mal-à-propos utilisée pour désigner la décision qui rejette une demande de sursis à statuer ou celle qui accorde un sursis à statuer facultatif. Une telle qualification doit être répudiée (B).

A- La caractérisation de la décision ayant accordé un sursis à statuer

491. On relèvera d'abord que le jugement avant dire droit prépare la décision définitive sur le fond du litige. Il intervient donc en cours d'instance. On observera ensuite, qu'à l'instar de tous les jugements avant dire droit, celui qui statue sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance est caractérisé par une absence de l'autorité de la chose jugée (1) et une absence de dessaisissement du juge qui l'a prononcé (2). On recherchera enfin si

¹⁰⁸¹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1126 : « *c'est le jugement par lequel le juge déjà saisi d'une affaire prend les mesures qui s'imposent, en attendant de – ou pouvoir – exercer sa juridiction définitive lorsque l'affaire aura été mise en état d'être jugée. Par hypothèse, il intervient au cours du procès ; c'est là un premier critère. Mais l'article 482 donne un second critère : ce jugement doit être rendu à l'occasion d'une mesure d'instruction ou d'une mesure provisoire* ».

le sursis à statuer mesure ordonnée par le juge est une mesure provisoire ou une mesure d'instruction (3).

1- Une absence d'autorité de la chose jugée

492. La demande de sursis à statuer est une exception dilatoire. La jurisprudence est en ce sens¹⁰⁸². Cependant, contrairement aux prescriptions des articles 480 et 775 du Code de procédure civile¹⁰⁸³, la décision qui statuant sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance accorde un sursis à statuer n'a pas pour effet de mettre fin à l'instance. Elle est en conséquence un jugement avant dire droit¹⁰⁸⁴. Elle n'a pas donc pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Le jugement avant dire droit aux termes de l'article 482 du Code de procédure civile n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée¹⁰⁸⁵. La doctrine est en ce sens. Ce point de vue est relayé dans une certaine mesure par M. Cholet pour qui, lorsque « *le jugement se borne à ordonner le sursis, il s'agit d'un jugement avant dire droit* »¹⁰⁸⁶. Pour l'auteur, il n'y a jugement avant dire droit que si l'exception dilatoire est accueillie. Celle qui rejette une exception dilatoire est selon lui une mesure d'administration judiciaire.

¹⁰⁸² Cass., avis, 29 sept. 2008, n°0080007P : *JurisData n°2008-045266* ; V. S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, 1^{re} éd., PUF. 2014, n°253 : « *le sursis à statuer a pour effet de suspendre l'instance en cours. C'est la raison pour laquelle, bien qu'il soit envisagé dans le Code procédure civile dans la catégorie des incidents d'instance, il constitue aussi une exception de procédure* ».

¹⁰⁸³ CPC, art. 480 : « *Le jugement qui (...) statue sur une exception de procédure (...) a, dès son prononcé l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche* ». et CPC, art. 775 « *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...* »

¹⁰⁸⁴ Ce point de vue a déjà été relayé dans une certaine mesure par M. Cholet pour qui, le jugement qui statue sur un sursis à statuer peut revêtir trois qualifications mais « *si le jugement se borne à ordonner le sursis, il s'agit d'un jugement avant dire droit* » Ainsi, pour cet auteur, seule la décision qui accueille une exception dilatoire est un jugement avant dire droit, celle qui rejette une exception dilatoire est une mesure d'administration judiciaire. L'approche est différente chez M. Croze et Mme Lesourd. Ces auteurs enseignent que « *la décision qui statue sur une exception dilatoire est une décision avant dire droit qui ne met jamais fin à l'instance, peu important qu'elle accueille ou non l'exception* »¹⁰⁸⁴. Cette position doit être approuvée. H. Croze et N. Lesourd, « *Exception de procédure – Exceptions dilatoires* », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 50, n°30, p. 6 ; V. par ailleurs chez les mêmes auteurs « *sursis à statuer* », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 10, n°37, p. 11 : « *la décision intervenue en matière de sursis à statuer est avant dire droit qui ne met pas fin à l'instance* ».

¹⁰⁸⁴ CA Paris, 29 avr. 1988 : *Bull. avoués* 1988, 2, 55.

¹⁰⁸⁵ Le jugement avant dire droit est défini par la même disposition comme celui qui se borne dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

¹⁰⁸⁶ D. Cholet, « *Le sursis à statuer au cours de la mise en état* », *art.. cit.*, n°9.

493. L'approche est différente chez M. Croze et Mme Lesourd. Pour ces auteurs, « *la décision qui statue sur une exception dilatoire est une décision avant dire droit qui ne met jamais fin à l'instance, peu important qu'elle accueille ou non l'exception* »¹⁰⁸⁷. Cette position doit être approuvée. Cependant, il ne devrait en être ainsi que pour les seules décisions qui statuent sur une exception de procédure qu'un plaideur oppose à la continuation de l'instance¹⁰⁸⁸.

494. Le jugement avant dire droit est selon la même disposition celui qui se borne dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. La jurisprudence étend la règle aux jugements qui rejettent une demande tendant à de telles mesures¹⁰⁸⁹. Ainsi le jugement qui fait droit ou qui rejette une exception dilatoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Les jugements avant dire droit sont ceux qui interviennent pendant le cours de l'instance. Ils préparent le jugement définitif sur le fond¹⁰⁹⁰. On peut observer également que tel est le but du sursis à statuer accordé à la suite d'une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance.

495. Une partie de la doctrine reconnaît aux jugements avant dire droit une autorité de la chose jugée au provisoire¹⁰⁹¹. On pense que la nature avant dire droit ne doit être réservée qu'aux seules décisions par lesquelles le juge statue sur une *exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance*. Les décisions qui statuent sur une exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance doivent bénéficier d'un régime distinct¹⁰⁹².

496. L'absence de l'autorité de la chose jugée de la décision qui statue sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance n'est que la résultante de l'absence de dessaisissement du juge qui a accordé le sursis à statuer.

¹⁰⁸⁷ H. Croze et N. Lesourd, « Exception de procédure – Exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 50, n°30, p. 6 ; V. par ailleurs chez les mêmes auteurs « sursis à statuer », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 10, n°37, p. 11 : « *la décision intervenue en matière de sursis à statuer est avant dire droit qui ne met pas fin à l'instance* ».

¹⁰⁸⁷ CA Paris, 29 avr. 1988 : *Bull. avoués* 1988, 2, 55.

¹⁰⁸⁸ On a déjà proposé de soustraire de cette catégorie les décisions par lesquelles le juge statue sur une exception dilatoire opposées à l'ouverture de l'instance. V. *supra* n°478.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°92 ; M. Douchy-Oudot, « Jugement avant dire droit », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 530, n° 8.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² V. *supra* n°478

2- Une absence de dessaisissement du juge

497. La décision qui accueille une exception dilatoire est une décision de sursis à statuer dont il est dit à l'article 379 du Code de procédure civile qu'elle ne dessaisit pas le juge¹⁰⁹³. Il s'agit là d'une caractéristique propre à tous les jugements avant dire droit¹⁰⁹⁴. La décision de sursis à statuer aux termes de l'article 378 du Code de procédure civile « *suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine* ». Ainsi, lorsqu'une demande de sursis à statuer pour appeler un garant d'après l'article 109 du Code de procédure civile est présentée au juge, l'instance est suspendue jusqu'à la survenance de cet événement. Il en va de même pour toutes les autres *exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance*.

498. En effet, il est un principe que tout jugement a pour effet de dessaisir le juge qui l'a rendu. Il en va autrement des jugements avant dire droit, catégorie à laquelle appartient la décision qui statue sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. En effet, aux termes de l'article 379 du Code de procédure civile: « *le juge peut suivant les circonstances, révoquer le sursis ou en abrégé le délai* ». Il s'agit là d'une dérogation au principe énoncé à l'article 481 du Code de procédure civile : « *le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche...* ». La décision qui accueille une *exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance* n'a pas pour effet de mettre fin l'instance. Le juge demeure non seulement saisi de la mesure ordonnée¹⁰⁹⁵ mais également

¹⁰⁹³ La décision de sursis à statuer partage cet effet avec tous les jugements avant dire droit. En effet, les jugements avant dire droit ne dessaisissent pas le juge. V. R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 632 : « *le jugement avant-dire droit ne dessaisit pas le juge. Cette règle va de soi puisque le tribunal n'a pas encore tranché le fond même de la contestation dont il a été saisi* ».

¹⁰⁹⁴ CPC, art. 483.

¹⁰⁹⁵ Cependant, la doctrine n'admet pas la possibilité pour le juge de modifier ou de révoquer le sursis à statuer dans les hypothèses où la suspension est accordée en vertu de la loi. A ce propos, Jacques Héron et M. Le Bars proposent de distinguer le « *sursis à statuer* » des « *cas légaux de suspension de l'instance* ». Le premier selon ces auteurs devant être réservés aux cas de sursis à statuer facultatif et les seconds aux cas de sursis à statuer obligatoire auxquels ils préfèrent l'appellation de « *cas légaux de suspension de l'instance* ». Pour ces auteurs, les exceptions dilatoires devraient concerner les seules cas légaux de suspension de l'instance. V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°157 : « *il est préférable de réserver la qualification d'exception dilatoire aux seules hypothèses dans lesquelles le plaideur dispose d'un véritable droit à la suspension de l'instance. Si l'on retient ce parti, il convient d'éliminer les cas de sursis à statuer énumérés par les articles 109 et 110* ». Ils ajoutent par ailleurs, que « *la disposition de l'article 379 du Code de procédure civile illustre bien la nécessité de distinguer les cas légaux du sursis à statuer qui est facultatif. Le juge peut modifier librement le délai qu'il a accordé dans le second cas, mais on ne peut pas envisager que le juge décide de révoquer sa décision de surseoir à statuer motivée par l'existence d'une question préjudicielle pénale au motif que la juridiction pénale met trop de temps à rendre sa décision* ». Chez les mêmes auteurs *op. cit.*, n°1187, note 24. V.

de la question principale objet du litige. Ce constat est fait par MM. Marchand et Serapionian qui relèvent que « *la décision de sursis à statuer n'a nullement pour effet de dessaisir le juge du litige qu'il a initialement été chargé de trancher.* »¹⁰⁹⁶.

499. Il est cependant difficile d'envisager la révocation du sursis à statuer dans les hypothèses de sursis à statuer obligatoire. Ne convient-il pas d'accorder au juge un pouvoir de révocation en toute hypothèse ? Ce qui lui permettrait après avoir ordonné la suspension de l'instance, de la révoquer s'il estime qu'il peut encore passer outre et apporter une solution sur le fond du litige. N'est ce pas déjà ce à quoi on assiste aujourd'hui lorsqu'on admet qu'une exception dilatoire obligatoire peut être rejetée pour cause de tardiveté. On pense que, s'il peut le rejeter pour cause de tardiveté, il n'y a pas de raison qu'il ne puisse pas l'écarter, si, au final, il estime qu'il peut apporter une solution finale sur le fond du litige. Après tout c'est à lui que revient cette tâche. Et, il lui revient de savoir ce dont il a besoin pour y parvenir. On pense au sursis à statuer tiré de la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » au sujet duquel Jacques Héron et M. Le Bars, affirment : « *on ne peut pas envisager que le juge décide de révoquer sa décision de surseoir à statuer motivée par l'existence d'une question préjudicielle pénale au motif que la juridiction pénale met trop de temps à rendre sa décision* »¹⁰⁹⁷. De toute évidence, si cet obstacle avait été infranchissable comme on peut le relever dans le propos de ces auteurs, la jurisprudence ne l'aurait pas soumis au régime

aussi sur l'impossibilité de modifier le sursis à statuer obligatoire S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, 1^{re} éd., PUF 2014, n°248 « *lorsqu'un sursis à statuer est obligatoire, il s'accommode difficilement de l'idée que le juge peut abréger ou proroger librement leur durée. Le juge ne peut réduire la durée du sursis qui ne dépend pas de lui, mais, par exemple, de la célérité de la Cour de Justice de l'Union européenne. Le régime est impropre au sursis obligatoire, il est pensé pour le sursis facultatif* ». V. par ailleurs sur la suggestion de réserver la qualification de d'exception de procédure aux seuls sursis obligatoires n° 253 : « *Le sursis à statuer a pour effet de suspendre l'instance en cours. C'est la raison pour laquelle, bien qu'il soit envisagé dans le Code de procédure dans la catégorie des incidents d'instance, il constitue aussi une exception de procédure. La jurisprudence qui l'a d'abord admis relativement au sursis tiré de la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état l'a depuis étendu à d'autres formes de sursis à statuer. Cette qualification n'est pas étonnante puisque l'exception dilatoire qui est une variété d'exception de procédure a aussi pour effet un sursis à statuer. Les conséquences de cette double qualification sont cependant importantes. Ainsi, le juge de la mise en état devrait avoir une compétence exclusive pour statuer sur les sursis à statuer jusqu'à son dessaisissement (art. 771 du CPC). Une telle qualification uniforme pose cependant problème tant les sursis à statuer ont des causes variées. Il est difficile d'envisager qu'ils doivent tous être soulevés in limine litis comme le régime des exception de procédure le commande (art. 74 CPC). C'est pourquoi la qualification d'exception de procédure semble plus adaptée aux seuls sursis obligatoires* ».

¹⁰⁹⁶ X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 134, n°74.

¹⁰⁹⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°1191, note 24.

strict des exceptions de procédure¹⁰⁹⁸. On a déjà souligné à ce propos qu'il n'existe pas d'exceptions de procédure nécessaires¹⁰⁹⁹.

500. Le jugement qui statue sur *une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance* est donc un jugement avant dire droit¹¹⁰⁰ dont il est dit à l'article 483 du Code de procédure civile qu'il ne dessaisit pas le juge. Il est décision de sursis à statuer.

501. Le jugement qui ordonne le sursis à statuer est un jugement avant dire droit. Ce dernier aux termes de l'article 482 du Code de procédure civile est celui qui se borne dans son dispositif à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Ces observations appellent une précision, celle de savoir si le sursis à statuer mesure accordée est une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

3- La catégorisation du sursis à statuer

502. Le jugement avant dire droit est celui qui, dans son dispositif se borne à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Aussi, vouloir que la décision qui statue sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance soit un jugement avant dire droit, revient à indiquer si le sursis à statuer mesure ordonnée, est une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. On remarquera à ce propos que le sursis à statuer est à mi-chemin entre la mesure d'instruction et la mesure provisoire. Le sursis à statuer n'est à proprement parler ni une mesure d'instruction ni une mesure provisoire.

503. Le sursis à statuer bien qu'il soit ordonné par un jugement avant dire droit n'est pas une mesure provisoire. M. Cholet n'est pas de cet avis. Pour cet auteur : « *le sursis à statuer peut sans doute malgré les difficultés à définir la notion, être considéré comme une mesure provisoire, ordonnée dans l'attente d'un événement.* »¹¹⁰¹. Cette position n'est pas satisfaisante. Le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu définit la mesure provisoire comme « *une mesure prise pour la durée d'un procès afin de régler*

¹⁰⁹⁸ V. *supra* n°440 s.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ Cependant voir X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *fasc. cit.*, n°75.

¹¹⁰¹ D. Cholet, « *Le sursis à statuer au cours de la mise en état* », *art. cit.*, n°9.

momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive ». Ce sens n'est pas à proprement parler celui du sursis à statuer. Les mesures provisoires sont des décisions qui visent à régler certaines situations urgentes en attendant la décision définitive finale sur le fond du litige telle la résidence des époux lors de l'instance en divorce. A ce titre le sursis à statuer n'est pas une mesure provisoire. Le sursis à statuer dans la plupart des cas ne vise pas à régler une situation urgente dont on pense qu'elle ne saurait attendre la décision finale sur le fond du litige. On peut donc dire à proprement parler que la décision qui ordonne un sursis à statuer ordonne une mesure provisoire.

504. Le sursis à statuer n'est pas une mesure d'instruction, bien qu'il intervienne dans le cadre d'une instruction. La jurisprudence est en ce sens¹¹⁰². Le sursis à statuer se rapproche cependant de la mesure d'instruction définit par le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu : « *mesure que le juge peut ordonner d'office ou à la demande des parties, pour s'éclairer dans l'administration judiciaire de la preuve, soit par des vérifications personnelles, soit par des déclarations des parties, soit par celles des tiers soit grâce aux lumières d'un technicien* ». La décision qui ordonne un sursis à statuer n'ordonne donc pas une mesure d'instruction au sens où le vocabulaire juridique l'entend.

505. En rejetant ces deux voies, on opte pour une troisième voie. Celle d'une catégorie autonome. Ainsi, la décision qui ordonne un sursis à statuer n'est ni une décision ordonnant une mesure provisoire ni une mesure d'instruction. Cette voie est celle de Mme Douchy-Oudot. Cet auteur observe en effet, qu'« *il convient de rattacher à la catégorie des jugements prescrivant une mesure d'instruction, ou une mesure provisoire, ceux qui ordonnent un sursis à statuer jusqu'à la survenance de l'événement qu'ils déterminent* »¹¹⁰³. Cette proposition a le mérite d'envisager une voie autonome. Le sursis à statuer à l'instar des mesures d'instruction a la particularité de ne pas préjuger de ce qui sera dit sur le fond

¹¹⁰² Cass. 2^e civ., 15 avril 1981, *Gaz. Pal.* 1981, pan. p. 312.

¹¹⁰³ M. Douchy-Oudot, « Jugements avant dire droit », *J.-cl. proc. civ., fasc. 530*, n°30, p. 6 ; par ailleurs n°32 : « *sous l'égide de l'ancien Code de procédure civile, la nature de la décision de sursis à statuer avait donné lieu à controverse. Simple mesure d'administration judiciaire pour certains, elle avait, pour d'autres, le caractère d'un acte juridictionnel. La discussion sur ce point est close désormais, dès lors que l'article 537 dispose que les mesures d'administration judiciaire ne sont susceptibles d'aucun recours et qu'aux termes de l'article 380 précité, la décision de sursis à statuer peut être frappée d'appel sous certaines conditions ainsi qu'il a été prévu* ».

du litige¹¹⁰⁴. On ne peut cependant ni le détacher de la mesure provisoire ni de la mesure d'instruction. Comme l'affirme Jean Viatte : « *le sursis à statuer s'apparente à une mesure d'instruction car destiné à donner à la juridiction qui l'ordonne une meilleure information* »¹¹⁰⁵.

506. Tout en s'associant à cette troisième voie, on peut affirmer que le sursis à statuer est une mesure provisoire ordonnée dans le cadre d'une instruction. Ce qui la distingue de la mesure provisoire au sens, où elle est connue, une mesure provisoire en attendant la décision finale sur le fond du litige.

B- La répudiation de la qualification de mesure d'administration judiciaire

507. La doctrine et la jurisprudence opère une distinction sur la nature des décisions statuant sur une exception de procédure suivant que la décision ait accueilli ou non le sursis à statuer¹¹⁰⁶. La décision qui rejette une exception dilatoire et celle qui accorde un sursis à statuer facultatif sont qualifiées de mesures d'administration judiciaire. Cet usage est condamnable et doit être rejeté.

508. L'expression de M. Cholet affirmant que la décision qui statue sur une exception dilatoire a une « nature ambiguë »¹¹⁰⁷ illustre parfaitement ces incertitudes. L'auteur précise en effet que la décision qui statue sur une exception dilatoire peut être une « *décision non juridictionnelle, c'est-à-dire une mesure d'administration judiciaire. C'est le cas lorsque le juge refuse le sursis ou accorde la demande pour une bonne administration judiciaire* »¹¹⁰⁸. Comme on peut le relever dans ces lignes, deux situations justifient cette pratique : les hypothèses où il n'est pas fait droit à la demande de sursis à statuer que le sursis soit obligatoire ou facultatif et les cas où le sursis à statuer est laissé à la libre appréciation de la juridiction qui en est saisie. Ces cas renvoient aux hypothèses de sursis à statuer facultatif

¹¹⁰⁴ M. Douchy-Oudot, « Les jugements avant dire droit », *fasc. cit.*, n°18.

¹¹⁰⁵ J. Viatte, Exceptions dilatoires – questions préjudicielle et sursis à statuer, *Gaz. Pal.* Du 24 janv. 1978, p. 31

¹¹⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2004, *Bull. Civ. I*, n°266, V. A Perdriau, « Les mesures d'administration judiciaire au regard de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 2002, doctr. p. 360, spéc. n° 52 et s. ; J. et L. Boré, La Cour de cassation en matière civile, 4^e éd., *D. 2008*, n°34.45, p. 114.

¹¹⁰⁷ D. Cholet, « Le sursis à statuer au cours de la mise en état », art. cit. n°9, V. également dans ce sens, S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 248.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

prévues ou non par la loi. La demande de sursis à statuer est une exception de procédure peu importe que la cause sur laquelle elle est fondée soit ou non prévue par la loi. Il n'est pas acceptable qu'une distinction sur la nature de la décision soit faite suivant que la demande ait été accueillie ou non ou suivant que le sursis à statuer relève d'une obligation ou procède d'une faculté pour le juge.

509. Cette pratique malencontreuse a été dénoncée par Jacques Héron et M. Le Bars. Ces auteurs observent en effet, que : « *la Cour de cassation a reconnu aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser un sursis à statuer, ce qui les dispense de motiver leur décision. Pour autant, la décision de sursis à statuer ne peut être qualifiée de mesure d'administration judiciaire* »¹¹⁰⁹. La remarque de ces auteurs semble ne concerner que les décisions de sursis à statuer rendues en vertu du pouvoir discrétionnaire du juge. Mais on pense également à toutes hypothèses où la demande de sursis à statuer a été rejetée. La règle doit être étendue à toutes ces hypothèses.

510. L'article 380 du Code de procédure civile n'envisage la possibilité des voies de recours qu'à l'endroit des décisions ayant accordé un sursis à statuer¹¹¹⁰. On a tût fait de supposer que les voies de recours sont fermées à l'encontre des décisions qui rejettent une demande de sursis à statuer. Il a par exemple été admis un appel immédiat contre un jugement ayant refusé de prononcer le sursis à statuer en méconnaissance de la règle "*le criminel tient le civil en l'état*"¹¹¹¹. On observera par exemple que la décision ayant rejeté une exception dilatoire sera susceptible d'appel immédiat conjointement avec la décision ayant tranché une partie du principal¹¹¹². Cette solution a été affirmée par la Cour de cassation le 25 juin 2015. La haute juridiction a, en effet, précisé que : « *la demande de sursis à statuer constituant une exception de procédure, l'ordonnance d'un juge de la mise en état qui statue sur une telle demande peut faire l'objet d'un appel immédiat, sous réserve d'être autorisé par le premier président de la cour d'appel lorsque le sursis a été ordonné* »¹¹¹³. Ainsi, l'appel immédiat n'est subordonné à l'autorisation préalable du premier président que dans l'hypothèse où la décision a fait droit à la demande de sursis à statuer. A défaut, l'appel a

¹¹⁰⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1191.

¹¹¹⁰ CPC, art. 380.

¹¹¹¹ CA. Paris, 6 déc. 1996: *Jurisdata* n°1996-024097.

¹¹¹² CA Paris 16 oct. 1978 : *JCP G* 1979, II, 19098 note J.A.

¹¹¹³ Cass. 2^e civ., 25 juin 2015, n°14-18.288, *Procédures* 2015, n°288, note H. Croze.

lieu sans qu'il soit besoin de rechercher l'autorisation du premier président. Les dispositions de l'article 380 du Code de procédure civile ne confèrent pas au premier Président le pouvoir d'autoriser l'appel immédiat d'une décision refusant d'ordonner un sursis à statuer¹¹¹⁴. Bien que l'interprétation ne soit pas contestable, l'opportunité de l'ouverture d'un appel immédiat reste discutable¹¹¹⁵.

511. La décision de sursis à statuer par définition peut faire l'objet d'une voie de recours, alors qu'aux termes de l'article 537 du Code de procédure civile la mesure d'administration judiciaire n'est susceptible d'aucun recours. On a tôt fait de penser que les décisions de sursis à statuer facultatif ne peuvent faire l'objet d'une voie de recours. On admet que l'appréciation portée par les juges du fond dans ces situations est une appréciation d'opportunité et non de droit ce qui explique que ces décisions échappent au contrôle de la Cour de cassation. Faudrait-il pour autant y voir une mesure d'administration judiciaire ? L'interdiction de la Cour de cassation ne porte que sur la possibilité d'un pourvoi en cassation. On ne doit donc y voir l'impossibilité d'un appel ou d'un pourvoi en cas de rejet de la demande de sursis à statuer obligatoire. Il est donc contestable d'assimiler de telles décisions à des mesures d'administration judiciaire. En effet, les mesures d'administration judiciaire aux termes de l'article 537 du Code de procédure civile sont insusceptibles d'appel. Tel n'est pas le cas de la décision qui rejette une demande de sursis à statuer. Une telle décision peut faire l'objet d'un recours conjointement avec la décision finale sur le fond du litige. Seule la voie de recours immédiate semble fermée¹¹¹⁶.

512. On observera que la décision qui rejette une demande de sursis à statuer facultatif comme les cas prévus aux articles 109 et 110 du Code de procédure civile peut faire l'objet d'un appel devant les juges de fond, cependant, elle ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation, car il s'agit d'exercer sur de telles décisions un contrôle d'opportunité et non de droit. C'est bien évidemment une telle raison qui rend impossible le pourvoi en cassation contre de telles décisions. Il en va autrement des décisions qui rejettent une demande de sursis à statuer obligatoire. Celles-ci peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation même si l'exercice de ce recours est différé.

¹¹¹⁴ Cass. soc., 18 déc. 2001, n°00-42.729 : *JurisData* n°2001-012420.

¹¹¹⁵ V. *infra* n°686 s.

¹¹¹⁶ X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *fasc. cit.*, n°77

513. Il paraît préférable d'imposer au juge de rendre une décision dans toutes les hypothèses de demande de sursis à statuer peu importe que le sursis à statuer soit obligatoire ou facultatif, fondé sur un texte ou non ou que la demande ait été accueillie ou non¹¹¹⁷. Ceci permettra aux plaideurs d'exercer des voies de recours, appel ou pourvoi en cassation s'il y a lieu. Rien n'empêche qu'un sursis à statuer ordonné en vertu du pouvoir discrétionnaire du juge fasse l'objet d'un appel même s'il ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

§2.- Les jugements dotés de l'autorité de la chose jugée

514. On propose de soustraire les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance de la compétence exclusive du juge de la mise en état. Cette proposition a pour conséquence que les décisions par lesquelles ce magistrat statuerait sur une exception de procédure appartenant à cette catégorie devront être dépourvues de l'autorité de la chose jugée. Rien ne devrait donc empêcher le plaideur, s'il en a possibilité¹¹¹⁸, de remettre en cause devant la formation de jugement de telles décisions. Les décisions par lesquelles le juge statue sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance ne sauraient être dotées de l'autorité de la chose jugée. En dehors de celles-ci, les décisions qui statuent sur les autres exceptions de procédure qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance doivent être dotées de l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elles tranchent¹¹¹⁹. Celles-ci doivent être donc des jugements définitifs (A). Elles doivent être distinguées des jugements mixtes qui ont la particularité de trancher dans leur dispositif une partie du principal (A).

¹¹¹⁷ N. Lesourd et H. Croze, « Sursis à statuer », *J.-cl. proc. form., fasc. 10*, n°30 : « la demande de sursis à statuer étant une exception de procédure, devant le tribunal de grande instance elle est de la compétence de juge de la mise en état et, devant la cour d'appel de celle du conseiller de la mise en état, peu important, par ailleurs que le sursis à statuer prévu à l'article 378 du Code de procédure civile soit un incident d'instance qui ne met pas fin à l'instance (Cass. com., 7 janv. 2014, n°11-24.157...) ».

¹¹¹⁸ Cette possibilité est tirée de la continuation de l'instance devant la formation de jugement. Il en irait autrement lorsque la décision du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance y a mis fin devant ce magistrat.

¹¹¹⁹ Il a été souligné à ce propos que l'exception de procédure étant une demande, elle soumet au juge qui en est saisi une contestation que celui doit trancher conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. V. *supra* n° 427 s.

A- Les juges définitifs statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance

515. En dehors des décisions statuant sur les exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance, toutes autres décisions statuant sur une exception de procédure qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance doivent être définitives. La notion de jugements définitifs appelle quelques précisions liminaires. Le jugement définitif ne doit être confondu ni au jugement irrévocable¹¹²⁰, ni au jugement sur le fond. Ce dernier affirme Georges Durry, désigne, outre le jugement final sur le fond du litige¹¹²¹, « ceux qui tranchent une partie, mais une partie seulement, du fond du procès, d'une part ; ceux qui se prononcent sur un incident d'autre part »¹¹²². Ainsi, le jugement définitif n'est pas seulement le jugement sur le fond. A ce propos, plusieurs auteurs ont dénoncé l'intitulé de la section consacrée du Code de procédure civile consacré aux « jugements sur le fond »¹¹²³. Le

¹¹²⁰ Sur la distinction entre jugement définitif et jugement irrévocable V. R. Perrot, *Droit judiciaire privé, Les cours de droit*, 1981, p. 631 : « On se gardera de confondre le jugement définitif et le jugement irrévocable : un jugement définitif, une fois rendu, peut être attaqué au moyen d'une voie de recours et s'il l'est effectivement, il risque d'être rétracté ou infirmé ; il n'est donc pas encore irrévocable, mais il n'en reste pas moins jugement définitif. Lorsque ce jugement ne pourra plus être remis en cause par l'exercice d'une voie de recours ordinaire, on dira qu'il est passé en force de chose jugée et lorsqu'il ne pourra plus faire l'objet d'aucune voie de recours ordinaire ou extraordinaire, on dira alors que ce jugement définitif est irrévocable ». V. aussi, L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°89 : « La qualification de jugement définitif l'est également dans la mesure où elle renvoie, en pratique, au jugement irrévocable, qui n'est susceptible d'aucune voie de recours, ce qui n'est pas la même chose. Pourtant, faute de mieux, cette qualification est encore préférable, la qualification de jugement étant réservée au jugement insusceptible de recours ».

¹¹²¹ Par cette expression, Georges Durry entend : « ceux qui mettent définitivement fin au litige, si bien que le juge qui les a rendus est désormais dessaisi de l'ensemble de l'affaire. Il s'agit de la décision finale, celle qu'on appelle souvent jugement sur le fond ». V. G. Durry, « Les jugements dits « mixtes », *RTD civ.* 1960, p. 5, spéc. P. 9.

¹¹²² G. Durry, « Les jugements dits « mixtes », *RTD civ.* 1960, p. 5, spéc. P. 9.

¹¹²³ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1125 : « on remarquera une première incertitude dans la terminologie utilisée par le législateur pour l'intitulé de la section consacrée aux « jugements sur le fond » ; en effet, il résulte de l'article 480 qui ouvre cette section, que cette catégorie légale recouvre à la fois les jugements qui portent sur le principal (et que nous avons qualifiés de jugements sur le fond) et ceux qui portent sur une exception, une fin de non-recevoir ou un incident (al. 1^{er}). Il faut donc entendre dans un sens large l'expression légale de « jugements sur le fond ». On précisera que seuls les jugements définitifs possèdent cette autorité, ce qui recouvre à la fois les jugements sur le fond (ceux qui tranchent tout ou partie du principal) et que le code assimile à tort aux jugements définitifs) et les jugements qui statuent sur une exception, une fin de non-recevoir ou un incident. Ces derniers ont sur ce point précis l'autorité de la chose jugée et c'est par erreur que le Code les qualifie de jugements sur le fond, car ils ne portent pas, précisément, sur le fond. » ; V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 89 : « La qualification de jugements sur le fond est critiquable parce que les jugements qui statuent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou un autre incident ne sont pas des jugements se prononçant sur des défenses au fond ; ce sont pourtant des jugements définitifs ... ». V aussi F. Eudier et N. Gerbay, *Rép. pr. civ.* V. « Jugement « sur le fond » ou définitif », mise à jour au 31 décembre 2013, n°24 : « Selon le code de procédure civile « le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident » C. pr. civ. art. 480, al. 1^{er}). L'expression « jugement sur le fond » qui apparaît dans le titre de la

jugement sur le fond ne peut se réduire au jugement définitif. Comme le fait remarquer l'auteur : « un jugement est définitif dès lors qu'il a tranché certains éléments du litige, si bien que de ces éléments le juge est dessaisi, même si une certaine partie de l'affaire doit encore revenir devant lui par la suite. L'autorité de la chose jugée s'attache à ces jugements qui ne peuvent être remis en cause que par l'exercice des voies de recours »¹¹²⁴. C'est également le sens donné par Roger Perrot : le jugement définitif est celui « qui tranche une contestation de telle manière que le tribunal est désormais dessaisi de tout pouvoir de juridiction relativement à cette contestation : il y a désormais autorité de chose jugée »¹¹²⁵. Ainsi, le jugement qui statue sur une exception de procédure est non pas un jugement sur le fond mais un jugement définitif, dès lors que, « le juge épuise son pouvoir juridictionnel relativement à cette contestation »¹¹²⁶. De ces définitions deux constances se dégagent : le jugement définitif est celui qui est doté de l'autorité de la chose jugée, d'une part, et d'autre part, celui qui dessaisit le juge. La répartition des exceptions de procédure en exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance et en exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance implique un partage de compétence entre le juge de la mise en état et de la formation de jugement sur ces dernières. De cette répartition, deux hypothèses peuvent en découler. Dans la catégorie des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance, on distinguera celles qui soulevées pour la première fois devant le juge de la mise en état n'ont pas mis fin à l'instance devant ce magistrat et qui de ce fait sont à nouveau soulevées devant la formation de jugement. Le jugement qui y statue à nouveau doit être définitif (1). D'autres part, on distinguera celles qui seront soulevées pour la première fois devant la formation de jugement (2).

section première mais pas dans l'article 480 du code de procédure civile, est alors entendue au sens large puisqu'elle vise tout jugement tranchant une contestation, même incidente, alors qu'au sens strict le « jugement sur le fond » est celui qui tranche tout ou partie du litige dont l'objet est déterminé par les prétentions respectives des parties (...) c'est-à-dire selon les termes de l'article 480, qui tranche tout ou partie du principal ».

¹¹²⁴ Ibid.

¹¹²⁵ R. Perrot, *Droit judiciaire privé, Les cours de droit*, 1981, p. 630 : L'auteur sur le fondement de l'article 480 du Code de procédure civile, distingue les jugements définitifs sur le principal des jugements définitifs sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou un incident. A propos de ces derniers, l'auteur affirme que « le jugement qui statue sur cette contestation incidente est, lui aussi, un jugement définitif puisque relativement à cette contestation incidente, le tribunal a épuisé définitivement son pouvoir de juridiction ».

¹¹²⁶ L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 89.

1- Les jugements définitifs sur remise en cause d'une ordonnance de la mise en état

516. Le juge de la mise en état ne devrait avoir compétence exclusive que sur les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance. Ceci n'empêche pas qu'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance puisse être soulevée devant ce magistrat. En pareille situation, ce magistrat ne devrait pas se déclarer incompétent, bien qu'à proprement parler ces exceptions de procédure ne trouvent leur sens que devant la formation chargée de conduire l'instance vers son dénouement sur le fond du litige.

517. Le juge de la mise en état saisi d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance n'épuise sa juridiction que si sa décision a mis fin à l'instance. A défaut, rien ne devrait s'opposer à ce qu'une partie intéressée puisse à nouveau s'en prévaloir devant la formation de jugement. A titre illustratif, l'ordonnance par laquelle le juge de la mise en état a rejeté ou déclaré mal fondé une exception de nullité du rapport d'expertise, une exception de connexité, une exception de litispendance ou une exception de péremption de l'instance peut être remise en cause devant la formation de jugement. Cette proposition qui semble en adéquation avec la jurisprudence actuelle semble de bon sens. La question que soulèvent ces exceptions de procédure intéresse directement le fond du litige et il ne serait pas intéressant qu'elle soit évacuée devant le juge de la mise en état. L'office préalable du juge de la mise en état sur exceptions de procédure dès lors qu'il n'a pas mis fin à l'instance s'apparente à une instruction. Il revient alors à la formation de jugement de trancher définitivement la question. Autrement, il appartient à cette juridiction de préciser si la décision finale sur le fond du litige peut s'en passer.

518. La formation de jugement aura épuisé son pouvoir juridictionnel dès qu'elle se serait prononcée sur ces questions. Ainsi qu'elle ait accueilli ou rejetée l'exception de procédure opposée à la continuation de l'instance à nouveau soulevée devant elle, sa décision devra être dotée de l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation ainsi tranchée. Le jugement qui en résultera ne pourra être contesté que par l'exercice des voies de recours. Peu importe alors que le jugement ait mis fin ou non l'instance devant cette formation. En dehors des cas évoqués, la plupart des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance devront être soulevées pour la première fois devant la formation de jugement.

2- Les jugements définitifs statuant sur une exception de procédure soulevée pour la première fois devant la formation de jugement

519. Le juge de la mise en état n'ayant pas compétence exclusive sur les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance, celles-ci naturellement peuvent être soulevées pour la première fois devant la formation de jugement du tribunal ou la cour d'appel. C'est à cette formation que revient la conduite de l'instance vers son dénouement sur le fond de l'affaire. Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance ne trouvent leur raison d'existence qu'au cours de cette phase de l'instance. La formation de jugement devra épuiser son pouvoir juridictionnel en se prononçant sur ces exceptions de procédure peu importe le sens dans lequel, elle a rendu sa décision.

520. Ces jugements devront être dotés de l'autorité de la chose jugée conformément à la contestation qu'ils tranchent. Ainsi qu'il est prévu à l'article 480 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *le jugement (...) qui statue sur une exception de procédure (...) a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche* ». Le jugement rendu par le tribunal ainsi que l'arrêt de la formation collégiale de la cour d'appel devront être « dès leur prononcé » être dotés de l'autorité de la chose jugée. Il doit en être ainsi de la décision qui rejette ou accueille devant ces formations, une exception de connexité, une exception de litispendance, une exception de péremption ou une exception de nullité opposée à l'acte autre que l'acte introductif d'instance. Ces décisions devront être définitives sans conditions particulières.

521. Certaines décisions se prononçant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance peuvent avoir la particularité de trancher dans leur dispositif tout ou partie du principal. Ce sont celles-ci qu'il faut maintenant envisager.

B- Les jugements mixtes statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance

522. Les jugements qui statuent sur une exception de procédure opposées à la continuation de l'instance peuvent être également de nature mixte¹¹²⁷. On désigne ainsi les jugements qui comprennent à la fois des dispositions définitives et des dispositions

¹¹²⁷ L'expression jugement mixte n'appartient pas à la terminologie du Code de procédure civile. V. M. Douchy-Oudot, « *Jugement avant dire droit* », *J.-cl Proc. civ.*, fasc. 530, n°33.

simplement avant dire droit¹¹²⁸. L'approche retenue par les rédacteurs du Code de procédure civile est différente de celle-ci. Comme l'a relevé un auteur¹¹²⁹, « l'expression "jugement mixte" n'appartienne pas à la terminologie du Code de procédure civile ». Et d'ajouter « la notion qu'elle recouvre s'induit des articles 480, 544 et 606 relatifs aux jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie de la demande et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire »¹¹³⁰. L'expression renvoie dans le Code de procédure civile aux « jugements qui tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction et une mesure provisoire », c'est du moins l'interprétation que suggère les articles 480, 544 et 606 du Code de procédure civile. Or la notion de jugement mixte ne peut se réduire à celui-là.

523. Constituent également des jugements définitifs, les jugements qui statuent sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir¹¹³¹. A la lumière de cette observation, il n'est pas aberrant d'envisager le jugement mixte comme celui qui est pour partie avant-dire droit et pour partie définitif.

524. Retenant ce parti, il convient d'écarter du champ du jugement mixte, ceux qui, par des chefs de décision définitifs tranchent « tout ou partie du principal » et statuent sur une question d'ordre procédurale telle une exception de procédure ou une fin de non-recevoir, de telles décisions ne constituent pas des jugements mixtes. Le jugement mixte est un jugement hybride¹¹³² qui purge, d'une part, à titre définitif un ou plusieurs points de la demande principale et d'autre part, en réserve d'autres jusqu'à l'exécution de la mesure provisoire ou de la mesure d'instruction ordonnée¹¹³³. L'intérêt d'une telle distinction réside dans le fait que le jugement mixte est une sorte particulière de jugement définitif contenant des dispositions avant dire droit¹¹³⁴. Ceci justifie qu'il soit immédiatement susceptible de voie

¹¹²⁸ G. Durry, « les jugements mixtes », *RTD civ.* 1960, p. 5 spéc. p. 6.

¹¹²⁹ M. Douchy-Oudot, « Jugement avant dire droit », *J.-cl. proc. civ., fasc.*, 530, n°33 ; F. Eudier et N. Gerbay, *Rép. pr. cv.* V. « Jugement mixte », n°36 mise à jour au 31 décembre 2013 : « Le jugement « mixte » (expression employée par la doctrine mais pas par le code de procédure civile est celui qui tranche une partie du principal et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ».

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ CPC, art. 480.

¹¹³² M. Douchy-Oudot, « Jugement avant dire droit », *fasc. cit.*, n°33.

¹¹³³ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1130 ; R. Perrot, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 636.

¹¹³⁴ M. Douchy-Oudot, « Jugement avant dire droit », *fasc. cit.*, 530, p. 6.

de recours comme tout jugement définitif. Mais pour ce qui intéresse cette étude, il sera principalement évoqué des jugements mixtes statuant sur les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance. A ce propos, on indiquera que dans un jugement mixte les chefs de décisions qui portent sur les exceptions de procédure sont tantôt définitifs (1) tantôt avant dire droit (2).

1- Les jugements mixtes avec des chefs de décision avant dire droit statuant sur une exception de procédure

525. L'idée des jugements mixtes avec des chefs de décisions avant dire droit portant sur des exceptions de procédure est assez répandue. Elle n'est donc pas nouvelle. Il convient cependant d'apprécier l'incidence que peut avoir le régime proposé sur une telle qualification.

526. En l'état actuel de la législation, l'hypothèse à laquelle renvoie en cette matière, la notion de jugement mixte, est celle d'un jugement ayant tranché tout ou partie du principal et ayant ordonné pour le surplus sur un sursis à statuer. Ce dernier peut être soulevé au moyen d'une exception dilatoire. Un tel jugement, présente des chefs de décision définitifs ayant tranché tout ou partie du principal et des chefs de décision avant dire droit qui ont statué sur l'exception dilatoire. La jurisprudence est en ce sens¹¹³⁵. Cette idée se trouve aussi développée chez certains auteurs notamment M. Croze, Mme Lesourd et M. Cholet.

527. Les premiers observent en effet qu'« *il n'est pas (...) exclu que la décision soit mixte si le jugement tranche une partie du principal et sursoit à statuer pour le surplus* »¹¹³⁶. Pour le second : « *si le juge tranche une partie du principal et ordonne le sursis, le jugement doit alors recevoir une autre qualification : celle de jugement mixte* »¹¹³⁷. Cette idée ne s'harmonise plus parfaitement avec la répartition proposée. Elle appelle quelques précisions. En effet, la décision qui statue sur une exception dilatoire opposée à l'ouverture de

¹¹³⁵ Cass. 3^e civ., 11 juin 1986 : *JCP 1986, IV, 246* ; CA Paris, 2 mars 1981 : *Bull. avoués*, n°79, p. 30.

¹¹³⁶ N. Lesourd et H. Croze, « Exception de procédure – Exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 50, n°33 ; voir par ailleurs, n° 30 : « *La décision qui statue sur une exception de procédure est une décision avant dire droit qui ne met pas fin à l'instance, peu important qu'elle accueille ou non l'exception.*

Cependant si le juge tranche aussi tout ou partie du principal, la décision est mixte ».

¹¹³⁷ D. Cholet « Le sursis à statuer au cours de la mise en état », *art. cit.*, n°9 : « *si la décision se borne à ordonner le sursis, il s'agit d'un jugement avant dire droit* ».

l'instance ne doit plus être considérée comme une décision avant dire droit. On a proposé que l'autorité de la chose jugée lui soit désormais attachée¹¹³⁸. Cette décision est ainsi soustraite de la catégorie des décisions avant dire droit.

528. Ainsi, dans ce registre la qualification de jugement mixte ne doit être utilisée que pour désigner les jugements ayant tranché devant la formation de jugement une partie du principal et statuer pour le surplus sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance. Ceci permettra de recourir immédiatement contre un tel jugement dans les conditions prévues par l'article 380 du Code de procédure civile.

529. La question peut se poser de savoir si le jugement mixte avec des chefs de décisions avant dire droit statuant sur une exception de procédure se limite seulement à ces hypothèses. Il est difficile de ne pas l'admettre. D'autres cas de jugements mixtes existent mais contrairement à ceux évoqués, ceux-ci comportent des chefs de décision définitifs statuant sur une exception de procédure.

2- Les jugements mixtes avec des chefs de décisions définitifs statuant sur une exception de procédure

530. Les jugements mixtes avec chefs de décision définitifs renvoient aux jugements mixtes ne tranchant pas tout ou partie du principal. Cette idée a déjà été évoquée par un auteur¹¹³⁹, qui sans aborder la question sous l'angle où elle est évoquée dans cette étude en donne l'illustration à travers un jugement qui, d'une part, rejette une demande de renvoi fondée sur l'article 47 du Code de procédure civile et d'autre part, ordonne un sursis à statuer¹¹⁴⁰. Ainsi, un jugement mixte peut ne pas trancher tout ou partie du principal. Il en va ainsi du jugement mixte dont les chefs de décisions définitifs portent sur une question d'ordre procédural.

¹¹³⁸ V. *supra* n°474 s.

¹¹³⁹ M. Douchy-Oudot, « les jugements avant dire droit », *J.-cl. proc. civ., fasc. 530*, n° 35 et s. L'auteur distingue entre les jugements mixtes tranchant une partie du principal et les jugements mixtes ne tranchant pas une partie du principal.

¹¹⁴⁰ CA Paris, 5^e ch., 22 oct. 1999, n°1997/08045: *JurisData* n°1999-103632.

531. Dans ce sens donc, les jugements mixtes peuvent contenir des chefs de décision définitifs portant sur une exception de procédure, bien que les rédacteurs du Code de procédure civile n'aient pas envisagé une telle hypothèse. En effet, les articles 544 et 606 du Code de procédure civile évoquent seulement les « *jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire* ». La doctrine s'est intéressée quant au sens à donner à la notion de « *principal* » contenue dans cette disposition¹¹⁴¹. La question s'est principalement posée sur le point de savoir si la notion de principal pouvait être étendue aux jugements statuant sur une question d'ordre procédurale telle une exception de procédure. La doctrine n'est pas unanime à ce propos. Ainsi, Jacques Héron et M. Le Bars, apportent cette précision que par : « *jugement qui tranche tout ou partie du principal* », il faut entendre non seulement celui qui se prononce sur tout ou partie des prétentions portant sur le droit substantiel, mais aussi celui qui se prononce sur une défense au fond opposée à une demande d'ordre substantiel. Pour ces auteurs cet ajout est nécessaire parce que la défense au fond et la demande substantielle se placent sur un même terrain, celui du droit substantiel¹¹⁴².

532. Ces idées semblent partagées par M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand, pour qui, on ne peut inclure dans la décision statuant sur tout ou partie du principal celui qui statue sur une exception de procédure car soulignent-ils : « *l'article 480, al. 1^{er} (...) distingue nettement, d'un côté le principal et de l'autre, les exceptions de procédure, fins de non-recevoir et autres incidents ; c'est donc que la première catégorie (le principal) ne contient pas la seconde* »¹¹⁴³. Et eux d'ajouter « *en outre, on retrouve dans les articles 544, al. 2, et 607, comme écho à l'article 480, une disposition qui pourrait bien consacrer la thèse selon laquelle le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident ne tranche pas le principal et ne confère pas au jugement le caractère*

¹¹⁴¹ « *Faut-il inclure dans le « principal » de la demande les conditions de recevabilité de celle-ci et les exceptions qui ont pu être opposées par une partie ? Cette question concerne les jugements qui se prononcent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou un incident et ordonnent dans le même temps une mesure avant dire droit.* », V. F. Eudier et N. Gerbay, *Rép. pr. cv.* V. « Jugement mixte », n°42 mise à jour au 31 décembre 2013.

¹¹⁴² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°371.

¹¹⁴³ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1144, p. 800 ; V. aussi M. Douchy-Oudot, « *Jugements avant dire droit* », *op. cit.*, n°34 : « ... la notion de fond est plus large que celle du principal puisqu'elle s'étend aussi aux jugements qui statuent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir, ou tout autre incident. »

mixte »¹¹⁴⁴. Ils précisent enfin, que « le législateur exige pour que le jugement devienne mixte (art. 544, al. 1^{er}, et art. 606), que le « principal » ait été tranché et, cette expression semble exclure, de par la rédaction de l'article 480 « jugement qui tranche...le principal ou qui statue sur une exception », etc.) et des al. 1^{er} et 2 de l'article 544, ainsi que de celle des articles 606 et 607), tout ce qui concerne une contestation de pure procédure »¹¹⁴⁵.

533. Ces idées se distinguent nettement de celles qui prévalaient avant la réforme du Code de procédure civile intervenue en 1975. La définition qu'en donne le vocabulaire juridique publié sous la direction de M. Cornu s'écarte également de cette conception trop étroite de jugement mixte. On y présente le jugement mixte comme : « une décision contenant des dispositions définitives et des dispositions avant dire droit »¹¹⁴⁶. L'approche retenue par le lexique des termes juridiques publié sous la direction MM. Guinchard et Debard apparaît plus large. Il présente le jugement mixte comme celui « qui tranche dans son dispositif une partie du principal et ordonne en même temps une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, ou qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident mettant fin à l'instance »¹¹⁴⁷.

534. En se basant sur les travaux de Georges Durry qui a présenté une œuvre majeure sur la question¹¹⁴⁸, on observe que les jugements mixtes, selon l'idée que défend cet auteur, peuvent contenir également des chefs définitifs statuant sur une exception de procédure. L'auteur évoque la question en ces termes : « on voit mal pourquoi on ne qualifierait pas de mixte un jugement qui comprendrait à la fois des dispositions provisoires et des dispositions définitives, telle l'ordonnance par laquelle le président du tribunal civil, au cours d'une procédure de divorce, statue à la fois sur la compétence du tribunal civil qu'il préside et sur une pension à allouer en cours d'instance à la femme. »¹¹⁴⁹. On peut observer dans cet exemple que les chefs de décision définitifs portent sur l'exception d'incompétence et que les chefs de décision avant dire droit sont ceux qui allouent la pension alimentaire aussi longtemps que durera l'instance en divorce. Or la décision qui alloue une telle pension

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1144, p. 800.

¹¹⁴⁶ G. Cornu (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10^e éd., PUF, V. Mixte.

¹¹⁴⁷ S. Guinchard et Th. Debard (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2015-2016. V. Jugement mixte

¹¹⁴⁸ G. Durry, « Les jugements mixtes », *RTD civ.* 1965, p. 5

¹¹⁴⁹ G. Durry, « Les jugements mixtes », *art. cit.*, p.8.

constitue une mesure provisoire¹¹⁵⁰. Cette approche, il faut le rappeler, n'est pas celle retenue par les rédacteurs du Code de procédure civile¹¹⁵¹. Et Georges Durry de préciser : « *composés d'éléments avant dire droit et d'éléments définitifs, tels sont les jugements mixtes* »¹¹⁵².

535. Ainsi, le jugement mixte est celui qui comporte à la fois des chefs de décision avant dire droit et des chefs de décision définitifs. Peu importe alors que ces derniers tranchent ou non « *tout ou partie du principal* ». Et à l'auteur de conclure : « *la détermination des très nombreux éléments définitifs que peut donc contenir un jugement ordonnant par ailleurs une mesure d'instruction laisse apparaître la très grande fréquence des jugements mixtes* »¹¹⁵³. Faisant écho à cet enseignement Mme Amrani Mekki et de M. Strickler indiquent que « *le jugement mixte est un mélange d'un jugement définitif et d'un jugement avant dire droit* »¹¹⁵⁴.

536. En retenant ce parti, on constatera que plusieurs jugements mixtes comportent des chefs de décision définitifs qui ne portent pas sur tout ou partie du principal mais sur une exception de procédure. Cette position semble soutenue par M. Parmentier quand il rappelle que « *le jugement mixte s'oppose au jugement définitif en ce qu'il ne tranche pas tout le litige mais seulement une partie du principal ordonnant pour le surplus une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Cependant de manière plus extensive, nous engloberons dans les jugements mixtes des jugements comportant des chefs de décision de nature différente, ainsi un jugement ordonnant une expertise sur certaines demandes et prononçant le sursis à statuer sur certains autres, voire statuant également sur une exception de procédure.* »¹¹⁵⁵. Bien que la jurisprudence de la Cour de cassation soit hostile à telle conception¹¹⁵⁶, on peut sur le plan théorique distinguer les jugements mixtes comportant des

¹¹⁵⁰ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°92.

¹¹⁵¹ « *L'expression "jugement mixte" n'appartient pas à la terminologie Code de procédure civile. La notion qu'elle recouvre s'induit des articles 480, 544 et 606 relatifs aux jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie de la demande et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire* » V. M. Douchy-Oudot, « Jugements avant dire droit », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 530, n°33.

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ S. Amrani Mekki et Yves Strickler, *Procédure civile*, 1^{re} éd., PUF., 2014, n°444.

¹¹⁵⁵ M. Parmentier, « Les jugements mixtes au regard de la recevabilité du contredit et de l'appel », *Bull. avoués*. 1984, n°92, p. 109.

¹¹⁵⁶ La Cour de cassation refuse généralement de considérer comme mixte un jugement qui est en partie avant dire droit et qui, par ailleurs, statue sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir (Cass. 2^e civ., 10

chefs de décision définitifs ayant statué sur une exception de procédure et des chefs de décisions avant dire droit ayant statué pour le surplus sur *une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance*. On peut citer dans cette catégorie le jugement par lequel le tribunal statue à la fois sur une exception de connexité et sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance. Dans un tel jugement, les chefs de décision ayant statué sur l'exception de connexité sont définitifs au regard de l'article 480 du Code de procédure civile, il en va autrement des chefs de décision ayant statué sur l'exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance, qui sont eux avant dire droit¹¹⁵⁷. On peut citer aussi les jugements mixtes comportant des chefs de décision définitifs ayant statué sur une exception de procédure et des chefs de décision avant dire droit ayant ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire telle la décision par laquelle le tribunal rejette une exception de nullité et se prononce sur la garde des enfants lors d'une instance en divorce. La pratique de la Cour de cassation refusant l'ouverture de l'appel immédiat contre ces décisions paraît tout à fait justifiée.

537. On a pu constater qu'en raison de l'exclusivité de compétence attribuée au juge de la mise en état et de ce que juge la Cour de cassation, la quasi-totalité des décisions par lesquelles ce magistrat statue sur les exceptions de procédure sont de nature provisoire et peuvent être remise en cause devant la formation de jugement. Tout se passe comme si l'office de ce magistrat sur les exceptions de procédure ne sert à rien. Tel n'est cependant pas l'objectif poursuivi par le législateur en confiant l'exclusivité du contentieux auquel elles donnent lieu au juge de la mise en état. Or, on l'a déjà souligné, le contentieux des exceptions de procédure ne peut être concentré en un contentieux préalable réuni au seuil de l'instance¹¹⁵⁸.

mars 1977, n°75-11.818, *Bull. civ.*, II, n°71 ; *D.* 1977. IR261, obs. Julien ; *Gaz. Pal.* 1978. 1. 3 note Viatte ; *RTD civ.* 1977.) V. F. Eudier et N. Gerbay, *Rép. pr. cv.* V. « Jugement mixte », n°42 mise à jour au 31 décembre 2013
¹¹⁵⁷ V. la partie sur les jugements statuant sur les exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance
¹¹⁵⁸ V. *supra* n°272 s.

538. On a déjà proposé de confier exclusivement le contentieux des *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* au juge de la mise en état en raison du moment où il intervient¹¹⁵⁹. Cette attribution doit être suivie de toutes les conséquences qu'elle implique. C'est pour cette raison qu'on a proposé dans ce chapitre que devant le juge de la mise en état, l'autorité de la chose jugée soit attachée uniquement aux décisions par lesquelles, ce magistrat statue sur les *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance*, peu important le sens dans lequel la décision aura été rendue. Il en irait autrement des décisions par lesquelles ce magistrat statue sur une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance*. Celles-ci doivent acquérir l'autorité de la chose jugée si elles mettent fin à l'instance. Ainsi, toutes les décisions par lesquelles le juge de la mise en état aura statué sur une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance* doivent demeurer des décisions provisoires sauf si elles mettent fin à l'instance. Il y a une raison toute simple à cela. L'utilité des *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* ne se ressent que dans la phase de l'instance correspondant à sa progression vers le jugement final sur le fond du litige. Cette phase de l'instance relève non pas de l'office du juge de la mise en état mais de celui de la formation de jugement. Les décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur ces exceptions de procédure ne devraient avoir l'autorité de la chose jugée que si l'instance a pris fin devant ce magistrat. Ce n'est en réalité qu'à cette condition qu'il devient impossible de poursuivre l'instance devant la formation de jugement seule compétente en principe pour statuer sur les *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*.

539. L'autorité de la chose jugée qu'on propose d'attacher aux décisions qui se prononcent sur les *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* devant le juge de la mise en état aura pour effet de fixer irrévocablement le point de départ de l'instance en première instance. On ne devrait plus venir devant la formation de jugement pour discuter des irrégularités ayant affecté l'ouverture de l'instance. Cette autorité de la chose jugée intéresse tant, les décisions par lesquelles ce magistrat a statué sur les

¹¹⁵⁹ V. *supra* n° 358 s.

exceptions de nullité opposées à l'acte introductif d'instance que les exceptions d'incompétence et les *exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance*¹¹⁶⁰.

540. Les décisions par lesquelles la formation de jugement statue sur les exceptions de procédure sont de nature diverse. Certaines sont avant dire droit et d'autres définitives. Les décisions avant dire droit sont celles qui statuent sur *une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance*. Celles-ci seront mixtes, lorsqu'elles trancheront en même temps dans leur dispositif tout ou partie du principal¹¹⁶¹. Seront par contre définitives, les décisions qui statuent sur toutes les autres *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. Dans cette catégorie, on a proposé de distinguer, bien que cela ne soit pas admis ni par la jurisprudence, ni par toute la doctrine, les jugements mixtes dont les chefs de décision définitifs portent sur une exception de procédure. C'est l'exemple d'une décision qui statue sur une exception de connexité et ordonne pour le surplus un sursis à statuer. C'est également l'exemple d'une décision qui rejette une exception de nullité et statue pour le surplus sur la résidence des époux au cours de l'instance en divorce. Le chapitre suivant sera l'occasion de voir si de telles décisions peuvent faire l'objet d'une voie de recours immédiat. C'est ce critère qui justifie sans doute la réticence de la Cour de Cassation à voir en ces décisions, des jugements mixtes.

¹¹⁶⁰ Cette remarque est importante car traditionnellement, les décisions qui accueillent les exceptions dilatoires sont des décisions avant dire droit donc dépourvues de l'autorité de la chose jugée. V. *supra* n°495 s.

¹¹⁶¹ Ces décisions, on le verra pourront faire l'objet d'un recours immédiat sans qu'il soit besoin de requérir l'autorisation du premier président.

CONCLUSION DU TITRE 1

541. Comme on le soutient, dans cette étude, les exceptions de procédure se rattachent à deux moments de l'instance : *son introduction* et sa *conduite*, on ne peut donc cantonner leur mise en œuvre au seuil de l'instance. De ce constat général, deux catégories d'exceptions de procédure ont été proposées. La première regroupe les exceptions de procédure qu'un plaideur doit opposer à l'ouverture de l'instance et la seconde celles qu'il peut opposer à sa continuation. Seule la première doit être soumise à régime strict. La seconde plus vaste que la première doit être soumise à régime plus souple. *Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance doivent pouvoir être soulevées au fur et à mesure de leur survenance ou de leur révélation.* La souplesse de ce régime permettra à toutes les parties aussi longtemps que durera l'instance de s'en prévaloir. On peut craindre cependant que la mise en œuvre de cette proposition conduise à un excès de lenteur des procédures. Cette crainte sans doute légitime impose que soit précisé ce que doit être en particulier l'office du juge saisi d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. C'est dans ce cadre qu'on a proposé que les pouvoirs du juge qui en est saisi soient accrus en sa qualité de maître de la procédure. Il doit ainsi disposer du pouvoir d'écarter en principe toute exception de procédure opposée à la continuation de l'instance s'il estime que celle-ci a été soulevée dans une intention dilatoire ou abusive. Dans des hypothèses assez spécifiques où une telle exception de procédure ne pourra être écartée, le juge devra dans les mêmes conditions accueillir et prononcer une condamnation pécuniaire à l'encontre de la partie fautive.

542. La répartition des exceptions de procédure ainsi que l'office du juge qu'elle implique, commande une redistribution de l'autorité de la chose jugée. En effet, à l'issue de la répartition des exceptions de procédure, seule la catégorie de celles qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance doit relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état. Cette attribution n'aura de sens que si les décisions par lesquelles ce magistrat statue sur de telles exceptions de procédure sont dotées de l'autorité de la chose jugée. On réussira ainsi à faire du juge de la mise en état un véritable juge de l'introduction de l'instance. Ce magistrat devra fixer irrévocablement le point de départ de l'instance. Il devra donc valider sans retour en arrière possible cette étape de l'instance. Il peut advenir aussi qu'une

exception de procédure opposée à la continuation de l'instance, relevant normalement de la compétence de la formation de jugement, soit soulevée devant ce magistrat. Ce dernier n'a pas à se déclarer incompétent. Toutefois, la décision par laquelle il statue sur une telle exception de procédure n'acquerra l'autorité de la chose jugée que si elle termine l'instance devant ce magistrat.

TITRE 2

LE SORT DES DÉCISIONS STATUANT SUR LES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

543. Les effets attachés aux décisions qui statuent sur les exceptions de procédure sont en rapport avec le moment de leur présentation. Ce constat s'harmonise parfaitement avec la répartition déjà proposée dans la première partie de cette étude¹¹⁶². Aussi certaines exceptions de procédure visent à étouffer l'instance dès son entame alors que d'autres, sans doute les plus nombreuses visent à empêcher provisoirement ou définitivement un juge compétent et régulièrement saisi à statuer sur le fond du litige. Ce sont ces effets qui seront examinés en premier lieu (chapitre 1). Les griefs résultant de l'obtention ou non de ces effets peuvent amener les parties à recourir contre les décisions qui statuent sur les exceptions de procédure. L'organisation de ces recours doit tenir compte de la redistribution déjà proposée de l'autorité de la chose jugée qui doit leur être attachée¹¹⁶³. Ce sont ces recours qui seront examinés en second lieu (chapitre 2).

¹¹⁶² V. *supra* n°317 s.

¹¹⁶³ V. *supra* n°469 s.

CHAPITRE 1 :

LES EFFETS DES DÉCISIONS STATUANT SUR LES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

544. Les exceptions de procédure sont dans la pensée de Henri Motulsky des moyens destinés à assurer la régularité du procès¹¹⁶⁴. Ainsi, affirme-t-on, que le plaideur ne peut gagner le procès qu'à la condition que, « *la demande soit à la fois régulière, recevable et bien-fondée* »¹¹⁶⁵. Assez répandue¹¹⁶⁶, cette idée semble pourtant difficilement défendable. Si certaines exceptions de procédure, on peut l'affirmer, visent intrinsèquement la régularité de la procédure, telles l'exception de nullité et l'exception d'incompétence, on ne peut étendre le principe à toute la catégorie. Il faut peut-être le repréciser, l'exception de procédure est une demande incidente par laquelle un plaideur soumet au juge une prétention relative à la marche de la procédure. La décision par laquelle le juge fait droit à une telle demande peut avoir alternativement deux effets sur le cours de l'instance. Tantôt l'instance ne sera que suspendue, tantôt elle doit prendre fin pour être réitérée plus tard.

¹¹⁶⁴ H. Motulsky, *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. G. Cornu et J. Foyer, Dalloz, 1973 : « *il doit apparaître normal d'isoler, de l'ensemble des objections formulées à l'encontre d'une prétention, celle qui ne concerne que l'action pour la distinguer, d'une part, des critiques relatives à la marche de la procédure – ce sont les « exceptions » au sens procédural et d'autre part, des moyens qui s'en prennent à la légitimité de la prétention et notamment à la réalité du droit substantiel réclamé – ce sont les « défenses au fond* ». Le triptyque : *marche de la procédure – droit d'action – légitimité de la prétention au fond, se trouve du côté du défendeur comme du côté du demandeur* » ; V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°146 : « *l'illustre auteur distinguait trois étages de droit à propos du procès : le droit substantiel, le droit d'agir et l'acte de procédure. A chacun de ces niveaux correspond une défense. La défense au fond porte sur le droit substantiel, la fin de non-recevoir sur le droit d'agir et l'exception de procédure sur l'acte de procédure* ». S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°98, spéc. p. 122 : « *l'action du défendeur peut ainsi avoir des objets variables : bien fondé de la prétention du demandeur au regard du droit litigieux, mais aussi contestation du respect des règles relatives à l'intérêt ou à la qualité pour agir, ou encore relatives à la régularité de la procédure* ».

¹¹⁶⁵ J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile, op. cit.*, n°84, spéc. p. 373 ;

¹¹⁶⁶ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°98 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°47.

545. La suspension et l’extinction de l’instance sont donc les deux effets attachés à la décision qui accueille une exception de procédure. L’idée n’est pas nouvelle¹¹⁶⁷ même si elle n’a pas toujours été soutenue. Ainsi, dans le décret du 20 juillet 1972, l’exception de procédure y était présentée comme : « *un moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou en suspendre le cours* »¹¹⁶⁸. Cette définition a été modifiée plus tard dans un sens extensif à l’article 73 du Code de procédure civile ainsi rédigé : « *constitue une exception de procédure tout moyen qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte ou à en suspendre le cours* »¹¹⁶⁹. La suspension ou l’extinction de l’instance est poursuivie indistinctement du fait que certaines *exceptions de procédure soient opposées à son ouverture* et que d’autres soient *opposées à sa continuation*.

546. Il faut indiquer les précisions qu’impose l’effet suspensif attaché aux exceptions dilatoires (section 1) avant d’envisager celles découlant de l’effet extinctif attaché aux autres exceptions de procédure (section 2).

SECTION 1 : L’EFFET SUSPENSIF DE LA DÉCISION ACCUEILLANT UNE EXCEPTION DILATOIRE

547. Les exceptions dilatoires dans leur diversité n’ont rien à voir avec la régularité de la procédure encore moins avec la validité de l’acte de procédure, idées auxquelles elles sont pourtant généralement associées¹¹⁷⁰. Comme on l’a déjà souligné, certaines exceptions de

¹¹⁶⁷ L’ancien droit opposait, les exceptions dilatoires aux exceptions péremptoires de l’instance.

¹¹⁶⁸ Article 13 du Décret N°72-684 du 20 juillet 1972 instituant de nouvelles dispositions destinées à s’intégrer à la partie générale d’un nouveau Code de procédure civile. Les observations de MM. Marchand et Pivet au sujet de ce même décret semblent un peu éloigné de la réalité. En effet, ces auteurs observent que « *l’article 13 du décret n°72-684 du 20 juillet 1972 ne prévoyait quant à lui que des effets extinctifs et suspensifs* ». L’article 13 n’a pas visé l’effet extinctif. Ces auteurs distinguent enfin dans les effets prévus par l’article 73 du Code de procédure civile : un effet direct : suspendre l’instance et un effet indirect : instance irrégulière ou éteinte. V. X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense – Règles générales », *J.-cl. proc. civ., fasc. 128*, n° 26

¹¹⁶⁹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°319

¹¹⁷⁰ Dans la trilogie procédure chère à Henri Motulsky, les exceptions de procédure sont souvent associées à la régularité de la procédure, V. J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile, op. cit.*, n°84, spéc. p.373 : « *s’entendre dire que la demande est irrégulière, irrecevable ou mal fondée. Ce qui revient à dire que pour gagner le procès, il faut tout à la fois que la demande soit régulière, recevable et bien fondée* ». Les exceptions dilatoires sont ainsi à tort incluses dans l’expression générique « *demande régulière* », expression avec laquelle elles n’ont rien à voir.

procédure sont opposées à l'ouverture de l'instance et d'autres à sa continuation. Les exceptions dilatoires appartiennent à ces deux catégories. Doivent être envisagées comme des exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance, les demandes tendant exclusivement à la suspension de l'instance. Celles qui sont opposées à l'ouverture de l'instance visent toute autre finalité. Elles visent à empêcher l'ouverture de l'instance. C'est cet effet suspensif faussement attribué sans distinction aux décisions qui statuent sur une exception dilatoire qui sera d'abord apprécié (§1). On en tirera ensuite toutes les conséquences nécessaires (§2).

§1.- Un effet suspensif indifférent à la nature de l'exception dilatoire

548. L'exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance et celle opposée à sa continuation ne poursuivent pas une même finalité. Le plaideur qui oppose la première dès l'entame du procès entend empêcher l'ouverture de l'instance. Il est donc contestable en raison du moment où elle intervient d'y voir la recherche d'une quelconque suspension de l'instance (A). L'exception dilatoire opposée en cours d'instance vise une autre finalité que celle d'empêcher l'ouverture de l'instance. Le plaideur qui l'oppose demande au juge de suspendre la progression de l'instance vers son dénouement sur le fond, soit parce qu'il doit être pris en compte certains aspects du litige, soit parce que la bonne administration de la justice l'exige. Dans tous ces cas, l'effet suspensif sur le cours de l'instance est incontestable (B).

A- L'effet suspensif discutable des exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance

549. Le plaideur qui oppose une exception dilatoire à l'ouverture de l'instance, sans contester le droit d'agir de son adversaire, cherche à empêcher l'ouverture du procès. Il cherche, se faisant, à se soustraire de l'instance¹¹⁷¹. Au meilleur des cas, il y parviendra. Au pire, il obtiendra une ouverture différée de l'instance (1) sans qu'on ne puisse à proprement

¹¹⁷¹ V. *supra* n°353 s.

parler dire qu'il a obtenu un sursis à statuer. On est donc fondé à penser que c'est cette même finalité que poursuit la partie qui se prévaut de l'existence d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge (2).

1- La réalisation d'une ouverture différée

550. Les exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance ne visent pas à proprement parler la suspension de l'instance. On doit convenir qu'à cette étape de l'instance, le plaideur qui oppose une exception dilatoire à son ouverture, entend ainsi, sans s'opposer au droit d'agir du demandeur, contester le bien-fondé ou l'opportunité de l'ouverture de l'instance à son encontre. On ne peut pas encore dire qu'à cette étape, l'instance soit déjà ouverte. Or, il faut bien qu'elle soit ouverte avant qu'on ne puisse envisager sa suspension. Les exceptions dilatoires qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance ont véritablement pour effet de différer voire reporter celle-ci. Ces exceptions de procédure soumettent en général au juge des prétentions que celui-ci doit trancher avant même les questions relatives à sa compétence et à la régularité de sa saisine. Ainsi, le juge doit se prononcer sur ces exceptions dilatoires avant même de se prononcer sur sa compétence et sur la régularité de l'acte de saisine. C'est le sens de l'article 111 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *le bénéficiaire d'un délai « pour faire inventaire et délibérer » peut ne proposer ses autres exceptions qu'à l'expiration de ce délai* ». L'esprit de cette disposition doit être étendu à toutes les exceptions dilatoires qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance.

551. Au-delà d'une simple suspension de l'instance, le plaideur qui oppose une exception dilatoire à l'ouverture de l'instance cherche à s'y soustraire. Il n'est d'ailleurs pas exclu que dans certaines hypothèses, il parvienne à un tel résultat. C'est le cas lorsque le plaideur à qui, il a été accordé un délai « pour faire inventaire et délibérer », à l'issue de cet inventaire renonce à la succession¹¹⁷². Il en va de même lorsqu'une partie a opposé avec succès une

¹¹⁷² On observera que lorsqu'une partie oppose à l'ouverture de l'instance une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge, l'effet sera le même si la conciliation ou la médiation est conduite avec succès.

exception dilatoire tirée du bénéfice de discussion¹¹⁷³. Dans les exemples cités, le plaideur réussira au moyen de ces exceptions de procédure, bien que dilatoires, à se soustraire de l'instance.

En résumé, les exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance poursuivent un but qui va au-delà d'une simple suspension de l'instance. Ainsi, derrière l'effet suspensif de telles exceptions dilatoires se cache un effet extinctif de l'instance. Dans tous les cas, l'ouverture de l'instance n'est que retardée. On observera qu'il en va de même lorsque plaideur assigné en justice se prévaut de la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge.

2- Le moyen tiré de l'existence d'une clause de conciliation ou de médiation

552. La question du moyen tiré de la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge¹¹⁷⁴, en dépit des récentes interventions de la Cour de cassation, reste assez controversée en doctrine. La jurisprudence et la doctrine majoritaire s'accorde aujourd'hui à admettre, pour des raisons dit-on d'efficacité, qu'une telle méconnaissance doit être sanctionnée par une irrecevabilité de l'action. Cette solution, malgré la volonté affichée de promouvoir les modes amiables de règlement des litiges¹¹⁷⁵, n'est pas admissible. Il faut voir en un tel moyen une exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance dont on appréciera précisément les effets. A ce

¹¹⁷³ V. *supra* n°356 s.

¹¹⁷⁴ La conciliation et la médiation constituent deux modes de règlement amiables des différends, elles ne désignent cependant pas une même réalité, bien que la pratique tend parfois à les confondre. V. F. Vert, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. pal.* 30 au 31 janvier 2015, *doct.*, p. 8 ; M. Boitelle-Cousau, « Comment choisir en conciliation et médiation ? », *Gaz. pal.* 12 au 13 juin 2015, *doct.*, p. 9 ; S. Lastaste et A-F. Cassassolles, « Les clauses de conciliation préalable dans les contrats », *Gaz. pal.* 20 au 22 septembre 2015, *doct.* p. 3, M. Lassner, « Quel médiateur pour quelle médiation ? », *Gaz. pal.* 3 au 4 avril, *doct.* p. 15 ; L. Cadiet, « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. pal.* 17 au 18 juillet 2015, *doct.* p. 10.

¹¹⁷⁵ On a observé à des dates récentes une volonté affichée de la chancellerie à promouvoir des modes amiables de règlement des litiges. Ceci l'a conduit à mettre en place le projet « Justice du XXI^e siècle ». Une première réforme intervenue le 20 janvier 2012 avait consacré un nouveau livre V relatif à la résolution amiable des différends. Plus récemment, c'est le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 « relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends » qui a consacré de nouvelles évolutions en cette matière. V. C. Bléry et J-P. Teboul, « Une nouvelle ère pour la procédure civile », *Gaz. pal.* 17, au 18 avril 2015, *doct.* p. 7 ; S. Amrani-Mékki, « L'ambition procédurale du décret n°2015-282 du 11 mars 2015 », *Gaz. pal.* 14 au 16 juin 2015, *Act. P.* 3

propos, c'est d'abord la controverse liée à cette question qu'il faut exposer (a), avant de repousser les arguments tendant à y voir une fin de non-recevoir (b).

a- L'exposé de la controverse relative à la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation

553. L'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation rendu le 14 février 2003 au sujet de la sanction appropriée¹¹⁷⁶ pour la violation d'une clause de conciliation n'a pas suffi à mettre fin à la controverse qui entourait jadis la méconnaissance d'une telle clause¹¹⁷⁷. Aujourd'hui encore, la doctrine ne s'accorde ni sur le moyen approprié, ni sur le régime qu'il convient de lui appliquer.

Pour la haute juridiction, le moyen tiré de la méconnaissance de la méconnaissance d'une clause de conciliation préalable obligatoire à la saisine de la justice est « *une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* »¹¹⁷⁸. Cette sanction qui a reçu l'approbation de la doctrine majoritaire¹¹⁷⁹ était venue mettre un terme à la contradiction entre différentes chambres de la Cour de cassation. La deuxième chambre civile avait d'abord considéré que la méconnaissance d'une telle clause ne devrait pas être sanctionnée

¹¹⁷⁶ Cass. mixte, 14 fév. 2003, n°00-19423 et 00-19424 : *Bull. civ. ch. mixte*, n°1 ; *D. 2003*, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *D. 2003*, p. 2480, obs. T. Clay ; *Dr. soc. 2003*, 890, obs. M. Keller ; *RTD civ. 2003*, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ. 2003*, p. 349, obs. R. Perrot ; *JCP G. 2003*, I, 128, n°17, obs. L. Cadiet ; *Procédures 2003*, n°96, note H. Croze.

¹¹⁷⁷ Trois courants semblaient s'affronter. Pour les tenants du premier courant, la méconnaissance d'une telle clause devrait être sanctionnée par une fin de non-recevoir (V. dans ce sens R. Martin, « Quand le grain ne meurt...de conciliation en médiation », *JCP G 1996*, n°3977, pp. 439-442 ; D. d'Ambra, « la conciliation et la médiation », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action 2001-2002, n°3321 s ; Ph. Grignon, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges en l'honneur de Christan Mouly*, Litec 1998, pp. 115-130 . Pour un deuxième courant, une telle méconnaissance doit être relevée au moyen d'un sursis à statuer (V. X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. Arb. 2000*, pp. 377-401, spéc. p. 387 ; A. Mourre, « La médiation en droit français : quelques points de repère jurisprudentiels et législatifs récents », *Bull. CCI*, n°14, p. 74 ; G. Block, « La sanction attachée au non respect d'une clause de conciliation ou de médiation », *Mélanges en l'honneur de Raymond Martin*, Bruylant, LGDJ, 2003, n° 7 s: par ailleurs du même auteur *les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse précitée*, n° 179). Pour un troisième courant la méconnaissance de la clause de conciliation ou de médiation préalable obligatoire n'est assortie d'aucune sanction. La jurisprudence a été d'abord dans ce sens V. Cass. 2^e civ., 15 janv. 1992 (arrêt 37D), *Rev. Arb. 1992*, p. 646, note D. Cohen.

¹¹⁷⁸ Cass. mixte, 14 fév. 2003, n°00-19423 et 00-19424 : *Bull. civ. ch. mixte*, n°1 ; *D. 2003*, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *D. 2003*, p. 2480, obs. T. Clay ; *Dr. soc. 2003*, 890, obs. M. Keller ; *RTD civ. 2003*, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ. 2003*, p. 349, obs. R. Perrot ; *JCP G. 2003*, I, 128, n°17, obs. L. Cadiet ; *Procédures 2003*, n°96, note H. Croze.

¹¹⁷⁹ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°330 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit. n°486 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 153 note 270.

par une irrecevabilité mais par un sursis à statuer soulevé au moyen d'une exception de procédure¹¹⁸⁰, avant d'y voir finalement une fin de non-recevoir¹¹⁸¹. Pour la première chambre par contre, la méconnaissance de la clause de conciliation préalable obligatoire ne devrait être assortie d'aucune sanction¹¹⁸². La question s'est également posée de savoir si une telle fin de non-recevoir devrait être soumise au même régime que les autres fins de non-recevoir. Plus concrètement, s'il advenait que le préalable de conciliation ait été effectué après que les parties aient introduit l'instance, l'action encourt-elle toujours irrecevabilité ? A cette question, la Cour de cassation répond : « *la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance* »¹¹⁸³. La solution adoptée constitue un revirement de jurisprudence¹¹⁸⁴. La deuxième chambre de la Cour de cassation avait, en effet, admis par un arrêt en date du 16 décembre 2010 qu'une telle fin de non-recevoir était régularisable « jusqu'à ce que le juge statue »¹¹⁸⁵. Cette solution qui se conformait au régime des fins de non-recevoir a fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine. Elle y voit sans doute une dénaturation de la volonté des parties lesquelles ont convenu de recourir à un règlement amiable avant toute saisine du juge étatique¹¹⁸⁶. Pour l'essentiel, tant en ce qui concerne le moyen que son régime, les solutions retenues par la Cour de cassation visent à donner pleines efficacité aux clauses de conciliations ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge. D'une part, le recours à la fin de non-recevoir vise à donner force obligatoire aux conventions légalement formées entre les parties ainsi qu'il est prévu à

¹¹⁸⁰ Cass. 2^e civ., 15 jan. 1992, *Rev. arb.* 646, note Cohen; Fort-de-France, 20 déc. 1996, *RG proc.* 1998. 174, obs. Jarrosson.

¹¹⁸¹ Cass. 2^e civ., 6 juil. 2000, *CCC janv.* 2001, n°2, obs. Leveneur ; *RTD civ.* 2001. 359, obs. Mestre et Fages ; *Rev. arb.* 2001. 749, obs. approb. Jarrosson.

¹¹⁸² Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, *RTD civ.* 2001. 359, obs. Mestre et Fages ; *Rev. arb.* 2001. 749, obs. crit Jarrosson

¹¹⁸³ Cass. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *JCP G 2014*, 1328 ; *JCP G 2015*, 115 ; *D. 2015*, p. 298, Notes Ch. Boillot.

¹¹⁸⁴ Cass. 2^e civ., 16 déc. 2010, n°09-71575 : *Bull. civ. II*, n°212; *D. 2011*, p. 172, *RTD civ.* 2011, p. 170, obs. R. Perrot ; *RDC 2011*, p. 916, obs. C. Pelletier.

¹¹⁸⁵ Arrêt précité.

¹¹⁸⁶ V. dans ce sens C. Pelletier, *RDC 2011*, p. 916 ; G. Guerlain, *LEDC fév. 2011*, p. 6, n°034. V. aussi S. Amrani-Mekki, « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une clause de conciliation préalable », *note préc.* p. 9 : « Elle (la possibilité de régulariser la fin de non recevoir en cours d'instance) avait cependant l'inconvénient de nier le caractère préalable de la conciliation ».

l'article 1134 du Code de procédure civile. D'autre part, le caractère non régularisable de cette fin de non-recevoir vise à conférer à la clause son sa teneur en ce qui concerne sa nature « préalable ». La sanction retenue par la Cour de cassation semble bien conforter l'idée suivant laquelle la fin de non-recevoir est parfois un instrument de police processuelle¹¹⁸⁷ à laquelle le législateur ou la jurisprudence recourt en fonction de l'importance qu'ils entendent donner à une règle¹¹⁸⁸. Les solutions retenues par la Cour de cassation s'inscrivent, en outre, dans un vaste mouvement qui vise à orienter les parties vers les modes amiables de règlement des litiges¹¹⁸⁹. L'efficacité de ces solutions restent cependant discutables en témoignant les nombreux critiques de la doctrine.

554. Une partie de la doctrine se montre favorable au recours à la fin de non-recevoir pour sanctionner la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge. Elle y voit, non pas sans raison, l'existence d'une fin de non-recevoir d'origine contractuelle¹¹⁹⁰ seule capable de faire respecter la volonté des parties celle de recourir préalablement à un règlement amiable du litige¹¹⁹¹. Un auteur est allé jusqu'à affirmer que la méconnaissance d'une telle clause mettait en cause « *le droit même d'agir du défendeur* »¹¹⁹². En dépit de cette tendance majoritaire, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas cessé de faire des vagues. Elle est encore largement dénoncée tant sur l'opportunité du recours à la fin de non-recevoir pour sanctionner la méconnaissance de ces clauses que sur le caractère non régularisable qui lui est conféré.

¹¹⁸⁷ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°486, spéc. p. 363.

¹¹⁸⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°290

¹¹⁸⁹ Ch. Arens, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. pal.* 24 au 25 avril 2015, p. 13 : « Parmi les grands enjeux de la justice du XXI^e siècle, les différents rapports remis fin 2013 préconisent de rendre le citoyen acteur de la résolution de ses conflits et de recentrer le juge sur son cœur de métier. Le récent décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution des différends s'inscrit dans cette volonté de développer les modes amiables en opérant une mutation de culture des citoyens ».

¹¹⁹⁰ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 330 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 153 note 270

¹¹⁹¹ Un auteur parle même de fins de non-recevoir temporaires (C. Pelletier, obs. sous Cass. mixte, 12 déc. 2014, *RDC* 2014. 707.

¹¹⁹² E. Teynier, « L'irrecevabilité est-elle la sanction appropriée de la violation d'une clause de conciliation obligatoire », *Gaz. Pal. Cah. de l'arb.* 6 novembre 2003, p. 8 : « La partie qui méconnaît cette phase obligatoire de conciliation préalable est dépourvue, serait-ce que temporairement, du droit d'agir. On est bien là dans le domaine de la fin de non-recevoir que l'article 122 du nouveau Code de procédure civile définit comme le moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande pour défaut du droit d'agir ».

555. Pour l'autre partie de la doctrine, sur le plan conceptuel, le moyen tiré de la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge n'est pas une fin de non-recevoir, mais plutôt une exception de procédure particulièrement une exception dilatoire. Car précise-elle, la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation n'intéresse pas le « *droit d'action* », mais plutôt le « *droit d'accès au juge* »¹¹⁹³. Or, seul le premier dans la pureté des expressions est sanctionné par une irrecevabilité. Cette doctrine repousse ainsi l'existence de fin de non-recevoir d'origine contractuelle¹¹⁹⁴. Car pour elle, les fins de non-recevoir touchent à l'organisation judiciaire ; ce qui impose qu'elles soient fondées sur un texte¹¹⁹⁵. Mme Amrani-Mekki et M. Strickler concluent à cet égard à une : « *distorsion de la notion de fin de non-recevoir* »¹¹⁹⁶. Ces auteurs ont souligné l'inadéquation de la fin de non-recevoir en raison du régime auquel celle-ci est soumise¹¹⁹⁷. La fin de non recevoir tirée de la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable à la saisine du juge, comme l'affirme un auteur, constitue une fausse fin de non-recevoir¹¹⁹⁸. Car cette fin de non-recevoir ne ressemble en rien aux véritables fins de non-recevoir. Elle bénéficie en outre d'un régime qui déroge à celui des fins de non-recevoir¹¹⁹⁹. En effet, un tel moyen de défense à l'instar de toutes les fins de non-recevoir, peut être proposé en tout état de cause même pour la première fois en appel,

¹¹⁹³ A. Mourre, « L'irrecevabilité est-elle la sanction appropriée de la violation d'une clause de conciliation obligatoire », *Gaz. Pal. Cah. de l'arb.* 6 novembre 2003, p. 10 : « *De telles clauses n'affectent pas le droit d'action : elles ne font qu'aménager les modalités d'exercice de ce droit en différant la saisine du juge. Si le juge a été saisi au mépris d'une clause de conciliation obligatoire, cette saisine est peut-être prématurée ou irrégulière, mais la demande n'est pas pour autant irrecevable* ».

¹¹⁹⁴ G. Block, « La sanction attachée au non respect d'une clause de conciliation ou de médiation », *Mélanges en l'honneur de Raymond Martin*, Bruylant, LGDJ, 2003, p. 69, spéc. p. 82 : « *La fin de non-recevoir doit s'appuyer sur une disposition légale* » ; G. Block, *Les fins de non-recevoir, thèse préc.*, n°176...A. Mourre, « L'irrecevabilité est-elle la sanction appropriée de la violation d'une clause de conciliation obligatoire », *art. cit.* p. 11.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n°151, p. 281 : « *Si la sanction se justifie par le but qu'elle poursuit, elle amène à une distorsion de la notion de fin de non-recevoir* ». Par ailleurs p.283 : « *Cette sanction du défaut du droit d'agir s'adapte mal à la sanction d'une clause contractuelle* ».

¹¹⁹⁷ Ch. Boillot, « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire », *note préc.* p. 301 : « *La solution posée (...) introduit, en effet, une dichotomie entre les fins de non-recevoir régularisables et les fins de non-recevoir non-régularisables et celles qui ne le sont pas, qui ne figure pas au code de procédure civile, et fragilise peut-être davantage qu'il n'y paraît l'accès au juge, les fins de non-recevoir ayant un effet définitif qui remet en cause l'effet interruptif de la demande irrégulièrement engagée* ».

¹¹⁹⁸ S. Amrani-Mekki, « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non respect d'une clause de conciliation préalable », *note sous cass. mixte*, 12 déc. 2014, *Gaz. Pal. 8 au 10 mars 2015, Jur.* p. 9.

¹¹⁹⁹ CPC, art. 126.

ce qui est de nature à dénaturer le caractère « préalable » de la clause¹²⁰⁰. Selon cette doctrine, admettre comme l'a fait l'arrêt de la chambre mixte en date du 14 février 2013, des fins de non-recevoir d'origine contractuelle bouleverse l'économie du régime des fins de non recevoir¹²⁰¹. Cette doctrine a par ailleurs relevé que le caractère obligatoire de la clause de conciliation était discutable, non seulement parce que sa validité est soumise à des circonstances particulières¹²⁰², mais aussi parce qu'elle a été écartée dans certaines matières¹²⁰³. Elle soutient ainsi que la clause de conciliation que l'on présente comme obligatoire ne l'est pas vraiment.

Sur le plan pratique, la possibilité donnée au plaideur de pouvoir soulever en tout état de cause la fin de non recevoir fondée sur la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire a été dénoncée parce qu'elle favoriserait le dilatoire et conduirait à des conciliations déformées et à contretemps¹²⁰⁴. Or, comme l'a relevé Roger Perrot, la nature conventionnelle de la clause pouvait suffire à conclure que les parties y avaient renoncé¹²⁰⁵. Mme Boillot a indiqué dans ce sens que la possibilité donnée aux parties d'invoquer cette fin de non recevoir en tout état de cause ne garantissait pas une issue certaine à la conciliation des parties parfois contraintes d'abandonner leur instance en cause d'appel pour revenir, en cas d'échec de la conciliation, introduire une nouvelle action, cette

¹²⁰⁰ S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, op. cit., n° 151, p. 282 : « Son invocabilité en tout état de cause de même que sa régulation s'accordent mal à la tentative normalement préalable de conciliation ».

¹²⁰¹ S. Amrani-Mekki, « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non respect d'une clause de conciliation préalable », *note préc.* p. 11.

¹²⁰² La Cour de cassation a en outre précisé que la clause doit être suffisamment précise dans ces modalités pour caractériser un préalable obligatoire de conciliation sanctionné par une fin de non recevoir en ce sens Cass. com. 29 avr. 2014, n°12-27.004, *Bull. Civ. IV*, n°76; *D. 2014*, 1044 et 2541, obs. T. Clay ; *AJCA 2014*. 176, obs. N. Fricéro ; *RTD civ.* 2014. 655, obs. H. Barbier ; *RDC 2015*, obs. C. Pelletier ; *LPA 2014*, n°219, obs. Ch. Boillot ; Cass. 3^e civ., 23 mai 2012, n°10-27.596, *AJDI 2012*. 533 ; *RDC 2013*. 192, obs. C. Pelletier.

¹²⁰³ La clause de conciliation préalable est jugée parfois facultative notamment en matière sociale, parfois elle est purement et simplement écartée V. Ch. Boillot, « Quelle sanction pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *D. 2015*, 298, spéc. p. 300 : « Se fondant sur sa logique propre (...) la jurisprudence a admis que la clause de conciliation obligatoire autorise la saisine du juge pour solliciter une mesure d'instruction in futurum », « la Cour de cassation a affirmé le caractère facultatif de cette clause insérée dans un contrat de travail », « la clause médiation ne reçoit application que si les actions sont d'origine contractuelle et ne renvoient pas à un droit propre des parties. Le préalable de conciliation n'a (...) pas vocation à jouer pour une action en rupture des relations commerciales établies » enfin « la mise en œuvre de la clause de conciliation obligatoire n'est pas un préalable nécessaire à la recevabilité de l'action directe engagée par la victime contre l'assureur professionnel, ce qui, une fois encore, consacre le caractère propre du droit d'action issu de l'article L. 124-3 du code des assurances » ; V. Dans le même sens S. Amrani-Mekki, *note préc.* p. 11.

¹²⁰⁴ R. Perrot, *RTD civ.* 2005, p. 450; N. Dissaux, « Justice imposée v. justice négociée : une conciliation douteuse », *JCP G 2015*, 115.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

fois-ci en première instance¹²⁰⁶. Ce qui provoque une perte de temps et ruine l'économie du procès. Il pourrait, affirme l'auteur : « *advenir que les délais d'actions soient expirés, le bénéfice de l'interruption de la prescription de la demande ayant été remise en cause par l'irrecevabilité prononcée au stade de l'appel* »¹²⁰⁷. Elle en conclut que : « *retenir la qualification d'exception de procédure conduirait au moins à imposer d'invoquer cette clause in limine litis, en considérant que les plaideurs qui tarderaient à invoquer le préalable de conciliation y ont renoncé* »¹²⁰⁸.

On voit à travers ces critiques que tant sur le plan conceptuel que pratique le recours à la fin de non recevoir, pour sanctionner la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge, ainsi que le régime auquel cette fin de non-recevoir est soumise, ne sont pas satisfaisantes et doivent être repoussées.

b- Le rejet de la qualification de fin de non-recevoir

556. Le moyen tiré de la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation n'est pas une fin de non-recevoir mais une exception dilatoire qu'un plaideur peut opposer à l'ouverture de l'instance. En effet, le plaideur qui oppose l'existence d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge ne conteste ni le droit d'agir du demandeur, ni le bien fondé de la prétention émise en justice. Il s'oppose simplement à l'ouverture de l'instance. Rien ne justifie alors que la méconnaissance d'une telle clause soit sanctionnée par une irrecevabilité. On aurait admis le bien-fondé d'une telle solution, si elle était fondée par la faculté qui devrait être donnée au juge de pouvoir relever d'office la fin de non recevoir. Mais en l'espèce, il n'en est rien, la fin de non-recevoir s'impose au juge si les parties l'invoquent¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ Ch. Boillot, « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », notes sous Cass. mixte, 12 déc. 2015, *D. 2015*, 298, spéc. p. 302.

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ *Ibidem* : une telle solution affirme l'auteur « *ne compromettrait pas toute conciliation ultérieure, mais celle-ci emprunterait alors d'autres voies, celles de la conciliation lors de l'instance judiciaire, ou conventionnelle* ».

¹²⁰⁹ Cass. mixte, 14 fév. 2003, n°00-19423 et 00-19424 : *Bull. civ. ch. mixte*, n°1 ; *D. 2003*, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *D. 2003*, p. 2480, obs. T. Clay ; *Dr. soc.* 2003, 890, obs. M. Keller ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2003, p. 349, obs. R. Perrot ; *JCP G.* 2003, I, 128, n°17, obs. L. Cadet ; *Procédures*

557. On a pu justifier le recours à la fin de non-recevoir par la recherche de l'efficacité. Ce résultat est dévoyé par le régime auquel les fins de non-recevoir sont soumises. Celles-ci aux termes de l'article 123 du Code de procédure civile peuvent être invoquées en tout état de cause, y compris pour la première fois en appel. On pourrait bien se demander pourquoi devrait-on permettre à une partie d'invoquer des années plus tard un moyen dont elle avait connaissance avant même l'ouverture de l'instance.

558. Or le moyen tiré de la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge est un argument qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance au même titre qu'il pourrait opposer un bénéfice de discussion ou le délai dont il dispose « pour faire inventaire et délibérer ». La finalité de telles exceptions dilatoires, on l'a précisé, est de soustraire l'une des parties de l'instance¹²¹⁰. Leur finalité première n'est pas à proprement parler de suspendre le cours de l'instance.

559. Les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance désignent non seulement celles que le plaideur a l'obligation de soulever au début de l'instance mais aussi celles par lesquelles il manifeste son opposition à cette ouverture. Sous ce rapport, le plaideur qui oppose une exception dilatoire à l'ouverture de l'instance ne cherche pas à faire suspendre le cours de l'instance, mais il manifeste clairement son opposition à cette ouverture sans pour autant dénier le droit d'agir à son adversaire.

560. Vouloir que la méconnaissance de la clause de conciliation ou de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge soit sanctionnée par une irrecevabilité ne paraît pas tout à fait justifié. La sanction la plus appropriée eut été le « sursis à statuer » accordé en début d'instance qui n'est en réalité qu'une ouverture différée de l'instance.

561. Sur le plan beaucoup plus pratique, on interdit aux parties toute action devant le juge du fond avant qu'elles aient justifié du préalable de conciliation. Comment devraient-elles alors s'y prendre lorsqu'elles envisagent de contester la validité même de la clause de conciliation contenue dans le contrat dont le caractère obligatoire est rudement mis à l'épreuve par la jurisprudence de la Cour de cassation ? N'est-ce pas au juge du fond qu'elles

2003, n°96, note H. Croze. V. aussi N. Gerbay, « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures 2015, étude n°7*.

¹²¹⁰ V. *supra* n°353 s.

devront s'adresser ? Admettre que celui-ci puisse être saisi permettra de faire de lui à la fois le juge de la validité de la clause en même temps qu'il devra veiller à son exécution. Ne pas l'admettre pourrait conduire à des conséquences assez fâcheuses¹²¹¹.

562. Au surplus, cela apparaît incohérent d'admettre que le moyen tiré de la méconnaissance de la clause compromissoire puisse être soulevée au moyen d'une exception de procédure, alors que la méconnaissance de la clause de conciliation doit être, selon la Cour de cassation, soulevée au moyen d'une fin de non-recevoir¹²¹². Or, que voit-on de part et d'autre ? N'est-ce pas la volonté des parties qui, sans méconnaître les exigences liées au droit d'agir, aménagent les conditions de sa mise en œuvre ? C'est de cette mise en œuvre qu'il est question dans toutes ces situations¹²¹³. la clause de conciliation ou de médiation préalable et obligation à la saisine du juge ne supprime pas le droit d'agir, car elle serait illicite¹²¹⁴.

563. En définitive, la partie qui oppose une exception dilatoire à l'ouverture de l'instance, s'oppose résolument à cette ouverture. Elle ne poursuit pas à proprement parler la suspension de l'instance mais cherche plutôt à en différer l'ouverture. Le moyen tiré de la violation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge est une exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance. Elle est la mieux adaptée car réalisant un équilibre satisfaisant entre le respect lié à l'engagement des parties et la protection des droits essentiels de chacune d'elles.

564. On peut s'interroger enfin sur l'existence de cas de sursis à statuer obligatoire en dehors des textes. L'article 108 du Code de procédure civile qui fixe le cadre des sursis à statuer obligatoires n'envisage pas expressément une telle hypothèse. Cette disposition

¹²¹¹ On pense l'hypothèse où après plusieurs années de procédure, une partie se prévaut du non respect de la clause préalable de conciliation pour paralyser tout le procès. V. Ch. Boillot, « Quelle est la sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *note préc.* p. 302 : « *En obligeant à recommencer le processus à zéro favorise-t-on un meilleur esprit de concorde entre les parties, et la bonne foi des plaideurs ?* ».

¹²¹² Cass. mixte, 14 fév. 2003, n°00-19423 et 00-19424 : *Bull. civ. ch. mixte*, n°1 ; *D. 2003*, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *D. 2003*, p. 2480, obs. T. Clay ; *Dr. soc.* 2003, 890, obs. M. Keller ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2003, p. 349, obs. R. Perrot ; *JCP G.* 2003, I, 128, n°17, obs. L. Cadiet ; *Procédures 2003*, n°96, note H. Croze. ; *Gaz. pal.* 2003, p. 38 ; *Gaz. pal. Cah. arb.*, 31 mai 2003, p. 20 ; .

¹²¹³ Pour un rapprochement entre la clause de conciliation et la clause compromissoire V. Ch. Boillot, « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *note préc.* p. 302.

¹²¹⁴ S. Amrani-Mekki, « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non respect d'une clause de conciliation préalable », *note préc.* p 11

renvoie plutôt à « *quelque autre délai d'attente en vertu de la loi* ». Mais en considérant l'esprit de l'article 1134 du Code civil, il ne serait pas exagéré de considérer la clause de conciliation préalable et obligatoire à la saisine du juge comme la loi des parties¹²¹⁵. Une loi dans laquelle le juge doit éviter de s'immiscer en renvoyant les parties à régulariser leur situation, en se conformant à cette formalité préalable, dès lors qu'elles n'en contestent pas la validité¹²¹⁶.

565. Il faut maintenant s'intéresser aux exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance, lesquelles visent, à proprement parler, la suspension du cours de l'instance.

B- L'effet suspensif incontestable des exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance

566. A la différence des exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance, celles qui sont opposées à la continuation de l'instance sont adressées à un juge compétent et régulièrement saisi. Rien n'empêche donc celui-ci de donner une solution définitive sur le fond du litige. Les hypothèses dans lesquelles le sursis à statuer doit s'imposer au juge doivent être suffisamment réduites en raison non seulement de leur utilité mais aussi du régime qu'on propose de leur appliquer. Il faut donc examiner les situations qui imposent encore un sursis à statuer obligatoire (1) avant celles qui méritent un sursis à statuer facultatif (2).

¹²¹⁵ CC, art. 1134 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

¹²¹⁶ Le caractère facultatif de la clause de conciliation a été admis en matière sociale (Cass soc. 5 déc. 2012, n° 11-20.004, *Bull. civ.* V. n° 135 ; *D.* 2012. 2969, 2013. 114, chron. p. Bailly, et 2936, obs. T. Clay ; *Just & Cass.* 2013. 178, rapp. C. Corbel, et 186, avis P. Lallande ; *Dr. soc.* 2013. 178, obs. D. Boulmier, et 576, chr. S. Tournaux ; *RTD* 2013. 124, obs. E. Serverin ; *RTD civ.* 2013, 171, obs. R. Perrot). La même clause a été écartée dans certaines matières telles l'action en rupture des relations commerciales (C. com., art. L. 442-6 pour une application de cette disposition V. Cass. com. 12 juin 2012, n°11-18.852, *RDC* 2013. 192, obs. C. Pelletier), l'action directe de la victime contre un assureur professionnel (C. Ass., art. L. 124-3 pour une application de cette disposition V. Cass. 3^e civ. 18 déc. 2013, n°12-18.439 ? *Bull. civ.* III, n°169 ; *D.* 2014. 78 ; *RDI* 2014. 105, obs. B. Boubli).

1- Les sursis à statuer obligatoires

567. Il faut envisager comme cas de sursis à statuer obligatoire dans la catégorie des exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance, celles qui visent à adresser une question préjudicielle à des juridictions suprêmes (1). Cette prise de position suppose l'exclusion du sursis à statuer fondé sur l'invocation de la règle "*le criminel tient le civil en l'état*" (2).

a- Les questions préjudicielles adressées à des juridictions suprêmes

568. Comme l'a relevé Jean Viatte, l'article 108 du Code de procédure civile qui fonde les exceptions dilatoires obligatoires, « *est purement énonciatif* »¹²¹⁷. En témoigne toutes les autres suspensions qui s'imposent au juge aux termes de la disposition précitée, notamment, lorsque l'une des parties invoque « *quelque autre délai en vertu de la loi* ».

569. Pour assainir le débat judiciaire, il convient de réserver les cas de sursis à statuer obligatoires aux seules hypothèses où une partie demande un sursis à statuer pour adresser une question préjudicielle à une juridiction supérieure.

570. L'article 108 du Code de procédure civile détermine la jurisprudence à voir dans certaines demandes de sursis à statuer, présentées pour adresser des questions préjudicielles à des juridictions supérieures, des cas de sursis à statuer obligatoires. Il en va ainsi du sursis à statuer ordonné pour adresser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Il en va de même du sursis à statuer ordonné pour adresser une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation. Cette liste ne peut être fermée¹²¹⁸. Les exemples de sursis à statuer obligatoires sont disséminés dans divers textes

¹²¹⁷ J. Viatte, « Exception dilatoires – Questions préjudicielles et Sursis à statuer », *Gaz. pal.* 1978, p. 31.

¹²¹⁸ S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n° 253 : « *Le sursis à statuer a pour effet de suspendre l'instance en cours. C'est la raison pour laquelle, bien qu'il soit envisagé dans le Code de procédure civile dans la catégorie des incidents d'instance, il constitue une exception de procédure. La jurisprudence qui l'a d'abord admis relativement au sursis tiré de la règle le criminel tient le civil en l'état l'a depuis étendu à d'autres formes de sursis à statuer. Cette qualification n'est pas étonnante puisque l'exception dilatoire qui est une variété d'exception de procédure a aussi pour effet un sursis à statuer. Les conséquences de cette double qualification sont cependant importantes. Ainsi, le juge de la mise en état devrait avoir une compétence exclusive pour statuer sur les sursis à statuer jusqu'à son dessaisissement (art. 771 CPC). Une telle qualification uniforme pose cependant problème tant les sursis à statuer ont des causes variées. Il est difficile d'envisager*

au point où il serait fastidieux d'en vouloir établir une liste assez exhaustive. Cependant, l'obligation de surseoir à statuer ne doit concerner que les hypothèses où une partie demande un sursis à statuer pour adresser une question préjudicielle à une juridiction supérieure.

b- L'exclusion du sursis à statuer fondé sur la règle "*le criminel tient le civil en l'état*"

571. L'invocation de la règle "*le criminel tient le civil*" envisagée d'abord comme une fin de non-recevoir, est appréhendée désormais comme une exception dilatoire qui fonde un cas de sursis à statuer obligatoire¹²¹⁹. Ce sursis à statuer s'appuie sur l'article 4 du Code de procédure pénale. Aux termes de cette disposition, le juge est tenu de surseoir à statuer dès lors que le juge pénal est saisi du même litige¹²²⁰. Ce sursis à statuer en raison de son caractère obligatoire a pu donner lieu à des abus, abus qui consistaient de la part des plaideurs à déposer une plainte et à invoquer devant la juridiction civile déjà saisie, la règle « *le criminel tient le civil en l'état* »¹²²¹. Pour y mettre fin, les propositions formulées dans un rapport appelé « Rapport Magendie » ont visé purement et simplement la suppression de ce texte¹²²². Ces propositions, sur l'insistance de certains auteurs¹²²³, n'ont été que partiellement reçues. Désormais, l'article 4 du Code pénal fonde à la fois un sursis à statuer

qu'ils doivent tous être soulevés in limine litis comme le régime des exceptions de procédure le commande (art. 74 CPC). C'est pourquoi la qualification d'exception de procédure semble plus adaptée aux seuls sursis à statuer obligatoires ».

¹²¹⁹ Cass. com., 27 avr. 1993, n°91-15.904 ; Cass. 2e civ., 19 mars 2009, n°05-18.484 ; *JurisData* n°2009-047699

¹²²⁰ Cette obligation de suspension de l'instance, génératrice d'abus pour les plaideurs exerçant des actions pénales afin de paralyser les procédures civiles, commerciales et prud'homales, a été dénoncée. V. X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *fasc. cit.*, n°71 : « dans le but de mettre un terme à ces pratiques dilatoires, la loi du 5 mars 2007 a modifié l'article 4 du Code de procédure pénale en y ajoutant un troisième alinéa. Celui-ci dispose que : « *la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil* ».

¹²²¹ J. Beauchard, « La relativité du dilatoire » in *Mél. J. Héron*, LGDJ, 2008, p. 101, spéc. 104.

¹²²² Ainsi la proposition de loi déposée par J-L Warsmann le 15 juillet 2005 proposait la suppression définitive de cette exception dilatoire. Cette proposition a partiellement été reprise par l'article 20 de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

¹²²³ Rapp. Sénat, n° 177, p. 90 cité par Jean Pradel : *JCPG* 2007, I, 138 ; *Dr. Pén.* 2009, repère 4, note Conté ; *Dr. Pén.* 2007, étude 6, note H. Matsopoulou ; *Procédures* 2008, comm. 230, note R. Perrot ; *Procédures* 2007, étude 19, note Robert ; *Procédures* 2007, étude 4, note J. Buisson.

facultatif et un sursis à statuer obligatoire¹²²⁴. La règle « *le criminel tient le civil en l'état* » ne fonde un sursis à statuer obligatoire que dans l'hypothèse où l'affaire portée devant le juge civil vise strictement la réparation du dommage causé par une infraction. Cette solution n'est pas assez satisfaisante.

572. La règle "*le criminel tient le civil en l'état*" ne peut fonder un sursis à statuer obligatoire. Cela apparaît comme un paradoxe qu'une règle que l'on dit obligatoire soit soumise à la double exigence de simultanéité et d'antériorité. En effet, à quoi aboutit-on lorsque le juge écarte dans la législation actuelle une exception dilatoire fondée sur cette règle en raison de sa présentation tardive ? On voit bien un juge donner une solution sur le fond du litige sans tenir compte de ce qui sera décidé par le juge répressif parallèlement saisi. Si la règle avait été aussi importante, elle ne céderait pas pour cause de tardiveté. On ne propose pas qu'elle soit supprimée comme le suggère le « rapport Magendie ». Ce qui pose problème, c'est le sursis à statuer obligatoire auquel elle est censée donner lieu. Ce cas de sursis à statuer doit relever de la catégorie des sursis à statuer facultatifs laissant au magistrat de juger de son opportunité. Ce sont les cas trop nombreux de sursis à statuer facultatifs qu'il faut maintenant envisager.

2- Les sursis à statuer facultatifs

573. La quasi-totalité des exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance doivent conduire à un sursis à statuer facultatif. Il doit en être ainsi, que la cause qui fonde la demande du sursis à statuer soit prévue ou non par la loi.

a- Le sursis à statuer facultatif par la loi

574. En dehors des cas déjà isolés, toutes les exceptions dilatoires qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance doivent conduire à des sursis à statuer facultatifs.

¹²²⁴ X. Marchand et J. Serapionian, « Exceptions dilatoires », *fasc. cit.*, n°71 : « une distinction est à opérer entre, d'une part, l'alinéa 2 de cet article relatif aux actions civiles pour lesquelles l'exception dilatoire est obligatoire et d'autre part, l'alinéa 3 relatifs aux actions autres que celles en réparation imposant une exception dilatoire facultative pour lesquelles le sursis à statuer est laissé à l'appréciation discrétionnaire du juge civil. La règle "*le criminel tient le civil en l'état*" ne doit être qualifiée d'exception dilatoire obligatoire que si l'objet du litige porté devant le juge civil constitue une action à fin civile c'est-à-dire lorsque la prétention du défendeur porte sur la réparation du dommage causé par une infraction ».

Cette situation regroupe tant les exceptions dilatoires présentées aujourd'hui comme conduisant à un sursis à statuer obligatoire que celles qui conduisent à un sursis à statuer facultatif.

575. La loi accorde au juge la faculté de suspendre l'instance pour l'une des causes prévues aux articles 109 et 110 du Code de procédure civile. Aux termes du premier de ces textes : « *le juge peut accorder un délai au défendeur pour appeler un garant...* ». Aux termes du second, « *le juge peut également suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision, frappée de tierce-opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation* ». Dans ces situations, la loi semble reconnaître au juge un pouvoir discrétionnaire pour accorder le sursis à statuer.

576. Doivent conduire également à un sursis à statuer facultatif, les questions préjudicielles¹²²⁵, telles celles adressées au juge administratif, le moyen tiré du faux incident soulevé devant une juridiction d'exception, pour ne citer que ces exemples. Il doit en être également ainsi de l'invocation de la règle "*le criminel tient le civil en l'état*"¹²²⁶. L'idéal aurait été que toutes les hypothèses de sursis à statuer facultatif soient répertoriées par le législateur. Mais puisque cela ne peut constituer qu'un vœu, on ne peut occulter les hypothèses très nombreuses où le juge peut sur demande de l'une des parties ordonner un sursis à statuer. Ce constat a été fait par Jacques Héron et M. Le Bars. Ces auteurs indiquent que : « *le sursis à statuer peut être sollicité pour les motifs les plus divers. L'un des plus classiques tient au temps nécessaire pour obtenir une pièce que l'on entend verser aux débats, mais rien n'interdit à un plaideur de demander un sursis à statuer* »¹²²⁷. Ainsi, diverses raisons peuvent conduire les parties à solliciter un sursis à statuer. Ces raisons, on l'a souligné, ne peuvent être cantonnées au début de l'instance. Ces raisons peuvent fonder aussi des exceptions de procédure ainsi que cela ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation¹²²⁸. On a proposé de les identifier dans la catégorie des exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance. Elles ne relèvent pas moins de la catégorie des

¹²²⁵ V. *supra* n° 376.

¹²²⁶ V. *supra* n°571.

¹²²⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1191.

¹²²⁸ Cass., avis, 29 sept. 2008, n°08-00.007 : *Bull. civ.* 2008, avis n°6.

exceptions dilatoires qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance. Il revient au juge d'en apprécier l'opportunité et le bien fondé.

b- Le sursis à statuer hors la loi

577. Le sursis à statuer peut être envisagé même en l'absence de texte la prévoyant. L'idée n'est pas nouvelle même si elle n'a pas toujours été reçue¹²²⁹. Les rédacteurs du Code de procédure civile n'ont pas expressément envisagée une telle hypothèse¹²³⁰. Rien ne devrait s'opposer à ce qu'une exception de procédure ne soit pas fondée sur un texte¹²³¹. Une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance peut ne pas être fondée sur un texte. Comme le relèvent des auteurs : « *le sursis à statuer peut être sollicité pour les motifs les plus divers. L'un des plus classiques tient au temps nécessaire pour obtenir une pièce que l'on entend verser aux débats, mais rien n'interdit à un plaideur de demander un sursis à statuer* »¹²³². On peut s'interroger sur le point de savoir si toutes demandes de sursis à statuer y compris celles ne reposant sur aucune disposition constituent ou non des exceptions dilatoires. La question a été adressée à la Cour de cassation qui a relevé que : « *la question n'étant pas nouvelle dès lors que la jurisprudence de la Cour de cassation retient que la demande de sursis à statuer constitue une exception de procédure* »¹²³³.

578. La décision de sursis à statuer même rendue en l'absence de texte suspend l'instance ainsi qu'il est dit à l'article 378 du Code de procédure civile jusqu'à l'événement qu'elle détermine. Cette suspension a lieu, que la demande soit ou non fondée sur une cause de sursis à statuer obligatoire ou facultative ou qu'elle soit fondée ou non sur la loi. Il faudra maintenant en examiner les conséquences.

¹²²⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°157 : « *Il est préférable de réserver la qualification d'exception dilatoire aux seules hypothèses dans lesquelles le plaideur dispose d'un véritable droit à la suspension de l'instance. Si l'on retient ce parti, il convient d'éliminer les cas de sursis à statuer énumérés par les articles 109 et 110* ».

¹²³⁰ La lecture des articles 108 et suivants du Code de procédure civile fait pencher pour une énumération non limitative des exceptions dilatoires. La référence à « *quelque autre délai d'attente en vertu de la loi* » prévu à l'article 108 du Code de procédure civile est à cet égard assez explicite. Seulement, ce passage comme on le voit ne couvre pas les cas où le juge accorde le sursis alors que la demande ne repose sur aucun texte.

¹²³¹ V. *supra* n°433 s.

¹²³² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1191.

¹²³³ Cass., avis, 29 sept. 2008, n°08-00.007 : *Bull. civ.* 2008, avis, n°6.

§2.- Les effets attachés à la suspension de l'instance

579. Par définition, la décision qui ordonne le sursis à statuer a pour effet d'arrêter le cours de l'instance pendant un temps limité, soit par la fixation d'une date, soit dans l'attente de la réalisation d'un événement qu'elle détermine. Elle ne dessaisit pas en principe le juge, lequel doit demeurer toujours saisi de l'affaire (A). Et pour éviter tout risque de péremption de l'instance avant la reprise, la décision de sursis à statuer doit avoir pour effet d'en interrompre le délai (B).

A- L'absence de dessaisissement du juge

580. De l'absence de dessaisissement du juge pendant la période de suspension de l'instance, deux conséquences peuvent être tirées. D'une part, la survivance de l'instance en raison du maintien du lien juridique d'instance (1) et d'autre part, l'inefficacité de tous les actes de procédure accomplis au cours de cette période (2).

1- La survivance de l'instance à sa suspension

581. La décision de sursis à statuer suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine¹²³⁴. La décision qui ordonne le sursis à statuer suspend le cours de l'instance. Cet effet est attaché à la décision qui statue sur une exception dilatoire peu importe qu'elle soit opposée à l'ouverture de l'instance ou à sa continuation. Il est vrai qu'en ce qui concerne spécifiquement les exceptions opposées à l'ouverture de l'instance, c'est cette ouverture qui est différée.

582. Dans tous les cas, la procédure est arrêtée pour un temps bien spécifié¹²³⁵ ; mais le juge demeure toujours saisi. Ce qui fait dire à Roger Perrot que la décision qui ordonne le

¹²³⁴ CPC, art. 378.

¹²³⁵ B. Rolland, *Procédure civile, op. cit.*, p. 312 : « l'instance se trouve arrêtée et suspendue notamment par un événement étranger à la personne même des parties. La procédure marque un temps d'arrêt et reprendra (sans acte particulier de reprise contrairement à l'interruption d'instance) dès que la cause de la suspension aura cessé ».

sursis à statuer « *suspend l'instance et rien de plus* »¹²³⁶. L'affaire est donc suspendue mais pas retirée du rôle. Le juge est tenu de la suivre¹²³⁷. Le lien juridique d'instance subsiste. Le sursis à statuer n'affecte donc pas l'existence de l'instance¹²³⁸. Il a été ainsi jugé que violait les articles 378 et 379, la cour d'appel qui, pour rejeter une demande additionnelle formée au cours de la période de suspension, a estimé que le fondement de ladite demande s'était révélé après la suspension de l'instance¹²³⁹. La suspension de l'instance constitue une situation révocable. Ainsi, le juge peut, aux termes de l'article 379 du Code de procédure civile, « *suivant les circonstances, révoquer le sursis à statuer ou en abrégé le délai* », ou même en sens inverse proroger la suspension. Le juge exerce cette faculté en appréciant souverainement les circonstances justifiant la révocation, l'abrégement, ou même le renouvellement du sursis à statuer.

583. Si le juge dispose de larges prérogatives pour révoquer, modifier ou proroger le sursis à statuer facultatif, la doctrine exprime toutefois quelques réserves sur ses pouvoirs quant au sursis à statuer obligatoire. Dans ce sens, Henry Solus et Roger Perrot tout en admettant que le juge peut modifier le sursis à statuer obligatoire, estiment que « *le juge reste lié par les conditions de la loi et, dès lors, il ne peut révoquer le sursis ou en abrégé la durée que si cette décision est compatible avec les dispositions légales régissant le sursis* »¹²⁴⁰. Jacques Héron et M. Le Bars quant à eux relèvent l'impossibilité pour le juge de modifier ou de révoquer un sursis à statuer obligatoire. Ces remarques se justifient principalement lorsque la décision a accueilli une exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance ou un sursis à statuer sollicité pour adresser une question préjudicielle à une juridiction supérieure. La difficulté pour le juge de révoquer un sursis à statuer obligatoire est beaucoup plus marquée dans ce dernier cas¹²⁴¹. Dans tous les cas, en présence d'un sursis à statuer, le juge

¹²³⁶ R. Perrot, note sous Cass. 2^e civ., 6 janv. 2005, n°02-19.506, *Procédures 2005*, comm n°62.

¹²³⁷ *Procédures 1998*, comm 174, obs. H. Croze ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°1123 : « *Non seulement, l'affaire reste inscrite au rôle du tribunal mais le juge doit continuer de la suivre* ».

¹²³⁸ N. Fricéro, « Suspension de l'instance », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. n°679, mise à jour au 27 mars 2013, n°93.

¹²³⁹ Cass. soc., 2 mars 2004 : *JurisData* n°2004-022607 ; *Bull. civ.* 2004, V, n°70.

¹²⁴⁰ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t3, 1991, n°1123 ; V. aussi R. Perrot, *Cours de droit judiciaire privé*, fasc. 1, Notions fondamentales compétence - procédure, 1980, p. 583 : l'auteur précise au sujet de l'article 379 du Code de procédure civile que « *le même texte ajoute que le juge peut toujours révoquer le sursis ou en abrégé le délai. La formule est trop absolue. Elle est exacte si le sursis a été ordonné par la seule volonté du tribunal. Mais si le sursis est imposé par loi (...) le juge ne saurait en aucun cas le révoquer ou en abrégé le délai sans méconnaître la loi* ».

¹²⁴¹ S. Amrani Mekki et Y Strickler, *Procédure civile*, op. cit., n°248. Ces auteurs relèvent à ce propos que lorsqu'« *un sursis à statuer est obligatoire, il s'accommode difficilement de l'idée que le juge peut abrégé ou*

n'est pas dessaisi de l'affaire. La modification de la décision de sursis à statuer ne se conçoit que si des circonstances nouvelles apparaissent¹²⁴².

584. La suspension de l'instance prend fin dès qu'arrive la période ou l'événement auquel la décision du juge avait subordonné la reprise de l'instance¹²⁴³. Cet événement peut être l'attente de la décision de la juridiction supérieure, celle d'une juridiction répressive ou encore celle de la juridiction saisie d'un recours extraordinaire. Il peut être aussi l'intervention du garant, l'achèvement du délai « pour faire inventaire et délibérer » ou encore le procès verbal de conciliation ou de non conciliation pour ne citer que ces exemples.

585. Lorsque le sursis à statuer vient à expiration, l'instance se poursuit sans qu'il y ait lieu à aucune formalité de reprise. L'initiative de la reprise peut provenir des parties ou du juge ainsi qu'il est dit à l'article 379, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. En effet, aux termes de cette disposition, « *le sursis à statuer ne dessaisit pas le juge. A l'expiration du sursis à statuer, l'instance est poursuivie à l'initiative des parties ou à la diligence du juge* ». Il a été ainsi jugé, que la décision qui suspend à statuer n'avait pas à être signifiée, que l'absence de cette formalité n'entachait en rien la régularité de la procédure, de plus à l'expiration du sursis à statuer, la citation n'avait pas besoin d'être réitérée¹²⁴⁴. Ce critère est caractériel de la décision qui suspend le cours de l'instance. Il réalise une économie processuelle en ce sens que l'acte de saisine du juge n'est pas à réitérer.

2- L'inefficacité des actes accomplis au cours de la suspension de l'instance

586. Le sursis à statuer marque un arrêt temporaire du déroulement du cours de l'instance. Il importe de s'interroger sur le sort des actes accomplis au cours de la période de

proroger librement leur durée. Le juge ne peut réduire la durée du sursis qui ne dépend pas de lui, mais, par exemple, de la célérité de la Cour de justice de l'Union européenne ».

¹²⁴² CA Paris, 27 fév. 1987 : *Bull. avoués* 1987, n°102, p. 91.

¹²⁴³ N. Lesourd et H. Croze, « sursis à statuer », *art. cit.*, n°48 : « La suspension prend fin lorsque survient l'événement le justifiant (...). Ainsi, lorsque le sursis à statuer a été prononcé par la cour d'appel jusqu'au prononcé d'une décision irrévocable dans l'instance pénale en cours, la suspension prend fin du fait du rejet du pourvoi pendant devant la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. 2^e civ., 21 oct. 2004, n°02-20.654 : *JurisData* n°2004-040646 ».

¹²⁴⁴ Cass. 2^e civ., 6 janv. 2005, n°02-19.506 : *JurisData* n°2005-026357 ; *Bull. Civ.* 2005, II, n°2; *Procédures* 2005, n° 62, note R. Perrot.

suspension. La doctrine ne semble pas unanime sur la question. Pour Henry Solus et Roger Perrot, tant que dure la suspension : « *aucun acte de la procédure ne peut être valablement accompli* »¹²⁴⁵. Cet avis ne semble pas partagé par Mme Fricéro pour qui, tous les actes de procédure accomplis au cours de la période de suspension conservent leur validité même si leurs effets sont différés jusqu'à la reprise de l'instance¹²⁴⁶. L'auteur justifie sa position par le fait qu'il ne faut pas distinguer là où la loi n'a pas distingué. Elle ajoutera à ce propos qu'aucune disposition dans le Code de procédure civile ne permet de priver les actes accomplis au cours de la période de suspension de leur efficacité contrairement à ce qui est prévu dans le cadre de l'interruption de l'instance par l'article 372 du même code. En effet, aux termes de cette disposition, « *les actes accomplis et les jugements même passés en force de chose jugée, obtenus après l'interruption de l'instance, sont réputés nonavenus à moins qu'ils ne soient expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de laquelle l'interruption est prévue* ».

587. En dehors des actes pour lesquels l'instance a été suspendue, aucune partie ne devrait être admise à accomplir d'autres actes au cours de la période de suspension de l'instance. Le mot suspension n'aurait plus son sens si les parties devraient être autorisées à accomplir des actes de procédure au cours de cette période. Ainsi que le résume les propos d'auteurs en cas de suspension : « *l'instance marque (...) une pause et continuera lorsque le fait générateur aura cessé de produire son effet* »¹²⁴⁷. Il devrait en être ainsi tant des sursis à statuer ordonnés suite à une exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance que de celle qu'un plaideur oppose à la continuation de l'instance. Le sursis à statuer n'a pas que pour effet de ne pas dessaisir le juge ; il emporte également interruption du délai de péremption de l'instance.

B- Les effets temporels de la suspension sur le délai de péremption de l'instance

¹²⁴⁵ S. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t.3 n°1123.

¹²⁴⁶ N. Fricéro, « Suspension de l'instance », *fasc. cit.*, n°94 : « *Les actes accomplis pendant la période de suspension de l'instance doivent être considérés comme valables, même s'ils ne développent leurs effets qu'à partir de la poursuite de l'instance* ».

¹²⁴⁷ L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°685.

588. L'intention d'empêcher l'ouverture de l'instance est manifeste lorsque l'une des parties, dès l'entame du procès, oppose une exception dilatoire. Cette seule raison suffit pour que l'effet interruptif du délai de péremption ne soit pas attaché à une telle demande. Il faut donc démontrer en quoi il est contestable d'attacher un effet interruptif de l'instance à toute sorte de demande de sursis à statuer (1). Il faut ensuite rappeler la nécessité d'attacher un tel effet à toute sorte d'exceptions dilatoires, qu'elles soient opposées à l'ouverture ou à la continuation de l'instance (2).

1- L'effet interruptif contestable de la demande de suspension sur le délai de péremption

589. Aux termes de l'article 386 du Code de procédure civile : « *l'instance est périmée lorsque aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans* ». Ce délai de deux ans ne peut être interrompu que s'il y a une volonté manifeste des parties de continuer l'instance. A défaut, elles sont censées y avoir renoncé. L'instance est donc périmée si on ne note pas une volonté des parties de vouloir la continuer. Le désir de vouloir continuer l'instance est attesté par une diligence de nature à faire progresser la procédure vers son dénouement sur le fond de l'affaire. Cette diligence, affirment les auteurs, doit être « *révélatrice de la volonté des parties de « poursuivre la procédure », faire « progresser l'affaire », avancer le litige vers sa conclusion* »¹²⁴⁸. Ce qui suppose donc selon l'expression de la doctrine une « *impulsion processuelle* »¹²⁴⁹.

¹²⁴⁸ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°547 ; V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°455 : « *la diligence est constituée par toute impulsion processuelle manifestant la volonté de poursuivre l'instance ou de nature à faire progresser l'affaire. La jurisprudence écarte volontiers la qualification de « diligences » lorsqu'elle n'a pas lieu d'être* ». V. aussi J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1206, spéc. p.947 : « *les diligences consistent en des actes des parties se rapportant à l'instance, manifestant leur volonté d'en faire avancer le cours et « de nature à faire progresser l'affaire », comme une réassignation ou des conclusions. Peu importe, à cet égard que l'acte de procédure soit entaché de nullité. Il peut même s'agir d'autres actes, comme des lettres adressées à un expert ou au juge. Inversement, les actes extérieurs au procès n'interrompent pas le délai. Ainsi en va-t-il, par exemple, du versement d'une pension alimentaire au cours d'une instance de divorce. Et pareillement, il n'y a pas non plus interruption de la péremption, si les actes accomplis par une partie ne sont pas de nature à faire progresser l'affaire. Pour être efficaces, les diligences d'un plaideur doivent manifester une « impulsion processuelle ». Adde, S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n°255, spéc. p. 468 : « *ce délai est interrompu chaque fois qu'une partie accomplit, non pas n'importe quel acte, mais en vertu de la jurisprudence, un acte qui témoigne d'une impulsion processuelle c'est-à-dire de la volonté de faire progresser l'affaire vers le prononcé d'un jugement* ».*

¹²⁴⁹ R. Perrot, obs. à propos de Cass. 2^e civ., 25 fév. 1998 : *Bull. civ.* 1998, II, n°61 ; *RTD civ.* 1998, 472.

590. La Cour de cassation élève aujourd'hui la demande de sursis à statuer au rang des diligences interruptives du délai de péremption de l'instance. Cette pratique n'est pas à l'abri de toute critique.

591. En effet, la volonté de faire progresser l'instance est absente dans les demandes de sursis à statuer opposées à l'ouverture de l'instance. Ainsi, lorsqu'une partie oppose une exception dilatoire à l'ouverture de l'instance, elle ne manifeste aucune volonté de faire progresser l'affaire vers son dénouement. Le but recherché est de se soustraire de l'instance. Le juge ne peut déduire d'une exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance, la volonté de la partie qui s'en prévaut de faire progresser l'affaire. En raison du moment où intervient une telle demande et surtout en raison du but visé, on ne peut admettre qu'un effet interruptif du délai de péremption de l'instance lui soit attaché. Attacher cet effet à une telle demande serait contraire à la volonté de la partie qui l'a présenté.

592. Il en va autrement d'une demande de sursis à statuer opposée à la continuation de l'instance. Une partie qui oppose une exception dilatoire à la continuation de l'instance affiche une volonté de faire progresser l'instance vers son dénouement. Seule cette dernière mérite qu'il lui soit attaché un effet interruptif du délai de péremption de l'instance.

2- L'effet interruptif de la décision de sursis à statuer sur le délai de péremption de l'instance

593. La décision de sursis à statuer contrairement à la demande de sursis à statuer n'est pas une manifestation de la volonté des parties. Il en résulte qu'elle ne peut être hissée au rang des diligences à accomplir par les parties pour interrompre le délai de péremption. Il serait cependant aberrant de suspendre l'instance et de laisser dans le même temps courir le délai de péremption de l'instance. Ce dernier risque d'être accompli avant que l'instance ne reprenne son cours. C'est pour éviter aux parties une telle déconvenue que l'article 392 du Code de procédure civile présente la suspension de l'instance comme une cause interruptive du délai de péremption. La lecture attentive de cette disposition révèle deux cas de suspension. D'une part, une suspension dont le terme n'est pas fixé et d'autre part, une

suspension dont le terme est fixé. L'effet interruptif n'est attaché qu'à ce dernier cas. Il requiert donc une décision de sursis à statuer (a). Mais encore faudra-t-il déterminer utilement le point de départ du nouveau délai de péremption de l'instance (b).

a- La nécessité d'une décision de sursis à statuer

594. L'article 392 du Code de procédure civile prévoit qu'en cas de suspension de l'instance, le délai de péremption « *continue à courir sauf si celle-ci n'a lieu que pour un temps ou jusqu'à la survenance d'un événement déterminé* ». L'exception posée par cette disposition renvoie à la décision de sursis à statuer dont il est dit à l'article 378 du Code de procédure civile qu'elle « *suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine* ». L'article 392 du Code de procédure civile ne renvoie pas à tous les cas de suspension de l'instance mais à celle dont le terme est connu. Cette précision rend nécessaire la prise d'une décision de justice. La jurisprudence est en ce sens¹²⁵⁰. Cependant, le juge ne se sent obligé de rendre une décision de suspension de l'instance que dans les hypothèses de sursis à statuer obligatoires. Or, l'effet interruptif du

¹²⁵⁰ Cass. 2e civ., 29 mai 1991: *JCP G 1991*, IV, p. 291 ; *Bull. civ.* 1991, II, n°166 ; D. 1991, *RTD civ.* 1991, p. 800, obs. Perrot. Il a été jugé qu'une décision de renvoi de l'affaire à une ou plusieurs audiences successives, dès lors qu'aucun sursis n'a été expressément ordonné, ne suspend pas le délai de péremption. Il en va également ainsi en cas de renvois successifs de l'affaire par le juge de la mise en état dans l'attente d'une décision au pénal, renvois qui ne sont pas assimilés à un sursis à statuer (CA Angers, 30 janv. 1996: *JCP G 1997*, IV, 1296; *JurisData* n°1996-040762). Aussi, le fait qu'une décision pénale doive être attendue pour justifier le bien-fondé de l'action ne suspend ni l'instance, ni le délai de péremption, en l'absence de sursis à statuer qu'il appartient aux parties de requérir (Cass. 2e civ., 19 mai 1990: *Bull. civ.* 1990, II, n°104 ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, pan. Jurispr. p. 156 - Cass. 2e civ., 17 juin 1998 : *JCP G*, IV, n°2797). Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que viole le texte de l'article 392 du Code de procédure civile, « *La cour qui rejette l'exception de péremption d'instance au motif que le juge de la mise en état, investi de pouvoirs importants avait pris la décision de renvoyer le dossier de sa propre autorité et qu'en ne prenant ni une ordonnance de radiation, ni une ordonnance de clôture il avait prouvé que, maître de la procédure, il estimait plus opportun d'attendre la fin de la procédure pénale en cours, alors que, par ailleurs, elle constate qu'aucune décision de sursis à statuer n'avait été rendue et que plus de deux ans s'étaient écoulés sans que l'appelant ait accompli la moindre diligence* » : (Cass. 2e civ., 21 janv. 1987 : *JCP 1987*, IV, 102 – Cass. 2e civ., 7 oct. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, somm. obs. Croze et Morel). Le délai de péremption de l'instance a également couru au motif que l'accord des parties et du conseiller de la mise en état, en raison d'une instance pénale en cours, ne saurait constituer cette décision de sursis à statuer (Cass. 2e civ., 17 juin 1998 : *Bull. civ.* II, n°198 ; *Procédures* 1998, n°194, obs. Perrot.). Enfin, le renvoi informel de l'affaire sur un "rôle d'attente" ne constitue pas un sursis à statuer (Cass. 2e civ., 27 mai 2004: *JurisData* n°2004-023902; *Bull. civ.* 2004, II, n°251; *Procédures* 2004, n° 179, obs. R. Perrot.). L'ordonnance de retrait du rôle prononcée ultérieurement à une décision de sursis à statuer ne remet pas en cause cette dernière. Cette ordonnance n'affecte donc pas la suspension de l'instance ordonnée par la décision de sursis à statuer et par conséquent reste sans incidence sur l'interruption du délai de la péremption acquise (Cass. 2e civ., 18 déc. 2008: n° 07-21.140: *JurisData* n°2008-046283; *Bull. civ.* 2008, II, n°275; *JCP 2009*, I, 142, n° 13 obs. Amrani-Mekki; *Procédures* 2009, n°75, obs. Perrot; D. 2009, 536, note Paul-Loubière.).

délai de péremption de l'instance ne peut se produire que si la suspension de l'instance a fait l'objet d'une décision de justice. L'interruption du délai de péremption est donc conditionnée à la prise d'une décision formelle de suspension de l'instance par le juge. Il importe donc, dans ce sens que la pratique de la jurisprudence tendant à qualifier certains sursis à statuer facultatifs de mesure d'administration judiciaire et donc ne nécessitant pas la prise d'une décision de justice soit abandonnée¹²⁵¹. Cela ne devrait poser aucune difficulté si on retient que toutes les sortes de demandes de sursis à statuer constituent des exceptions de procédure, plus précisément des exceptions dilatoires. Cela implique que cela rentre dans le cas de l'activité juridictionnelle du juge. Ceci permettra de restituer au sursis à statuer son exact contenu.

595. A défaut, si une telle suspension n'est pas accompagnée de l'effet interruptif du délai de la péremption de l'instance, les parties chercheraient, en dépit de la suspension ordonnée, à accomplir des diligences dans le but d'interrompre le délai de péremption. Ce qui n'équivaudrait plus à la suspension de l'instance.

596. Que le juge ait statué sur une exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance ou sa continuation, son activité judiciaire doit être matérialisée par une décision de justice. Ceci permettra aux parties de se prémunir des risques de péremption liés à la suspension de l'instance.

b- Le point de départ du nouveau délai de péremption de l'instance

597. C'est l'article 392 du Code de procédure civile qui fixe le point de départ du nouveau délai de péremption de l'instance. Aux termes de cette disposition : « *un nouveau délai court à compter de l'expiration de ce temps ou de la survenance de cet événement* ». La Cour de cassation fait une application très stricte de cette disposition au point où, il a été jugé que « *le nouveau délai de péremption court à compter de la réalisation de cet événement et non pas du jour où les intéressés en ont eu connaissance* »¹²⁵². Mais la pratique a révélé que l'interprétation de cette disposition n'est pas toujours aisée comme ce fut le cas dans une

¹²⁵¹ V. *supra* n°507 s.

¹²⁵² Cass. 2^e civ., 15 sept. 2005 : *Bull. civ. II*, n°219 ; *JCP 2006*, I, 133, n°8 obs. Sérinet ; *Procédures 2005*, n° 271, obs. Perrot ; *Bull. civ. 2005, II*, n°219 ; *RTD civ. 2005*, p. 823, obs. Perrot.

espèce où un sursis à statuer a été ordonné dans l'attente de la décision à intervenir dans une instance principale en responsabilité¹²⁵³. Dans cette espèce, il s'est révélé qu'au jour où le sursis à statuer a été ordonné, la décision sur l'instance principale avait été déjà rendue et c'est dans l'ignorance de celle-ci que la mesure avait été ordonnée. L'événement dont la réalisation était attendue étant bien entendu cette décision sur l'instance principale en responsabilité. Faut-il donc retenir la date de son prononcé ou celle de la décision de sursis à statuer comme point de part du nouveau délai de péremption ? Saisie sur cette préoccupation, la cour d'appel a retenu comme point de départ la date de la décision dont le prononcé était attendu¹²⁵⁴. Elle a été suivie par la Cour de cassation qui dans son attendu principal a précisé que : « *le délai de péremption avait couru à compter du prononcé de la décision de sursis, dès lors que l'événement, cause du sursis, était intervenu à cette date* »¹²⁵⁵. Pour la haute juridiction, il n'était pas question de remonter au-delà de la date où le sursis avait été ordonné.

598. Certains auteurs ont pu proposer, afin d'éviter ces variations, de faire coïncider le point de départ du nouveau délai de péremption avec la date de la reprise de l'instance. C'est sans compter qu'en matière de suspension de l'instance, il n'y a pas de date de reprise contrairement aux hypothèses d'interruption de l'instance. Cette proposition n'est pas acceptable. En matière de suspension de l'instance, la poursuite de l'instance est à l'initiative du juge ou des parties. L'article 392 du Code de procédure civile en l'état ne pose aucune difficulté. Il revient aux parties de manifester leur volonté de poursuivre l'instance. A défaut, elles peuvent bien être considérées comme y avoir renoncé.

SECTION 2 : L'EFFET EXTINCTIF DE LA DÉCISION ACCUEILLANT CERTAINES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

599. Les exceptions dilatoires, qu'elles soient opposées à l'ouverture ou à la continuation de l'instance, ont plus ou moins pour effet de suspendre le cours de l'instance. Il en va autrement des autres exceptions de procédure qu'un plaideur peut opposer, soit à

¹²⁵³ Cass. 2e civ., 11 juill. 2002, n°01-01.090: *JurisData* n°2002-015165; *Procédures 2002*, n°. 184, *obs.* R. Perrot.

¹²⁵⁴ CA Paris, 28 nov. 2000.

¹²⁵⁵ Cass. 2e civ., 11 juill. 2002, n°01-01.090: *JurisData* n°2002-015165; *Procédures 2002*, n°. 184, *obs.* R. Perrot.

l'ouverture ou pendant le cours de l'instance. Celles-ci, malgré leur diversité, visent à éteindre l'instance. Cette conséquence des exceptions de procédure n'empêche pas le plaideur de pouvoir réitérer plus tard son action¹²⁵⁶. Cela illustre le fait qu'elles soient souvent présentées comme de simples moyens de retardement. Mais parfois, les conséquences peuvent être très graves allant jusqu'à compromettre leur droit d'action. Ces dernières sont la résultante de l'interférence de l'effet extinctif des exceptions de procédure et de certains délais de procédure tels ceux tirés de la prescription et de la forclusion. C'est d'abord l'effet extinctif de la décision statuant sur l'exception de procédure sur l'instance qu'il faut envisager (§1) avant son effet extinctif sur l'action dans des hypothèses assez particulières (§2).

§1.- L'effet extinctif de la décision sur l'instance

600. L'instance s'éteint normalement par le jugement final sur le fond de l'affaire, le juge se trouve ainsi dessaisi¹²⁵⁷. Mais parfois, et ces exemples ne sont pas rares, l'instance peut connaître une fin anticipée, provoquée par une décision qui statue non pas sur le fond de l'affaire mais sur une exception de procédure par exemple. Cette situation peut être le résultat d'une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance parce que celle-ci

¹²⁵⁶ Lorsqu'une décision qui accueille une exception de procédure éteint l'instance, elle laisse en principe intacte le droit d'agir. Le défaut du droit d'agir est sanctionné au moyen d'une fin de non-recevoir dont il est souvent dit qu'elle entraîne un rejet irrémédiable comme le ferai une défense au fond. En supposant vraie cette analyse, on remarquera que la décision qui fait droit à une exception de procédure a généralement une portée assez temporaire. C'est sous cet aspect que les exceptions de procédure sont présentées comme de simples moyens de retardement du procès. Autrement dit, des obstacles dirigés contre la procédure et non contre l'action. Cette perception n'est pas erronée. La décision qui fait droit à une exception de procédure n'empêche pas, une fois l'obstacle levé que l'instance soit reprise ou poursuivie. Ainsi, dans la pureté des expressions, l'exception de procédure n'affecte pas le droit d'agir. A la lecture de l'article 122 du Code de procédure civile, le défaut du droit d'agir résulte du défaut de qualité, du défaut d'intérêt, de la prescription, de la forclusion ou de la chose jugée. On en déduit par exemple que les parties à une décision devenue irrévocable ne sont plus ultérieurement recevables à introduire une nouvelle demande présentant une identité de cause et d'objet. Dans ce sens plusieurs autres exemples peuvent être fournis. C. Chainais « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », *art. cit.*, n°12 : « de même l'extinction d'un délai pour agir sera sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande. On citera le délai pour intenter une voie de recours (...), ainsi que le délai de deux ans pour engager une action en rescision pour lésion (...) ou une action en garantie des vices cachés. (...). Au-delà du délai posé par la loi, le demandeur (...) est dit forclus à agir ; il est frappé de déchéance ». La décision qui fait droit à une exception de procédure n'affecte donc pas le droit d'agir.

¹²⁵⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°818 : « Dans le Code de procédure civile, l'instance désigne effectivement la période qui commence avec la saisine de la juridiction et qui prend fin lorsque la juridiction a épuisé sa saisine en statuant sur le litige qui lui a été soumis ».

aura été mal engagée. Elle peut être aussi la conséquence d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. Dans ce dernier cas, l'extinction de l'instance n'a rien à voir avec la régularité de l'instance, c'est bien un juge compétent et régulièrement saisi qui sera appelé à se dessaisir soit parce que deux instances sont ouvertes pour connaître d'un même litige ou des litiges présentant entre eux des liens tels qu'il serait de l'intérêt d'une bonne justice qu'ils soient instruits et jugés ensemble. Dans tous ces cas, c'est à l'instance qu'il sera mis fin. Dans les premiers cas, l'extinction de l'instance est provoquée dès son ouverture (A). Et dans les seconds, il s'agit de situations qui se rencontrent en cours d'instance (B).

A- Une extinction de l'instance provoquée dès son ouverture

601. Certaines exceptions de procédure qu'un plaideur doit opposer dès l'ouverture de l'instance ont pour effet d'y mettre fin. On peut relever bien à propos que dans ces hypothèses l'instance a été mal engagée. Ces cas renvoient à des situations dans lesquelles le plaideur à qui l'offre d'instance est présentée cherche par divers arguments à la rejeter. Sans contester le droit d'agir de son adversaire, il indiquera que le juge saisi n'est pas le bon, ou que ce dernier a été irrégulièrement saisi. Ces cas d'extinction se rapportent aux situations dans lesquelles l'acte de procédure qui a introduit l'instance est affecté soit par un vice de forme ou une irrégularité de fond. Dans une telle situation, la décision qui prononce la nullité permettra aux parties de régulariser la procédure cette fois en se conformant aux prescriptions légales.

602. Lorsque l'instance est mal engagée parce que le juge saisi n'est pas celui désigné par la loi, ce dernier peut renvoyer les parties soit devant la juridiction compétente soit à mieux se pourvoir. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, il constate par une décision son incompétence. Il se dessaisit et l'instance s'éteint devant lui pour reprendre devant le juge qu'il aura désigné. La jurisprudence n'est cependant pas en ce sens¹²⁵⁸. Pour la Cour de cassation, c'est l'instance commencée devant la juridiction incompétente qui se poursuit devant la juridiction de renvoi. Cette pratique tend à conférer plus un *effet suspensif* plutôt qu'un *effet extinctif* aux décisions qui accueillent une exception d'incompétence. L'instance

¹²⁵⁸ Cass. 2^e civ., 29 mars 1995 : *Bull. civ.* 1995, II, n°111 ; *D.* 1996, somm. p. 135.

n'est-elle pas une conjonction de juge et de parties ? Peut-on considérer lorsque le juge n'est plus le même que l'instance est demeurée la même ? On peut comprendre l'attitude de la Cour de cassation déterminée à faire réaliser aux parties une économie processuelle, aussi bien en termes de gain d'argent que de gain de temps. D'une part, en les dispensant de réitérer l'acte de saisine¹²⁵⁹ et d'autre part, en déclarant valables tous les actes accomplis devant le premier juge¹²⁶⁰. Comment peut-on déclarer valables des actes accomplis devant un juge manifestement incompétent ? Quoiqu'il en soit, en dehors de ces avantages, cette pratique ne présente pas d'autres. Les parties gagneraient même parfois à se voir accorder le droit de réitérer leur instance plutôt que de devoir compter sur les diligences d'un greffe souvent en retard au rendez-vous pour dit-on poursuivre devant le juge de renvoi l'instance commencée devant le premier juge.

603. Il arrive dans des hypothèses assez rares que le juge après avoir constaté son incompétence ne désigne pas la juridiction compétente mais renvoie les parties à mieux se pourvoir. Dans ce cas, il revient à ces dernières de saisir la juridiction qu'elles estiment compétente ou à défaut d'exercer les voies de recours contre la décision d'incompétence prononcée à leur encontre.

604. L'effet extinctif d'une décision prononçant la nullité de l'acte d'assignation n'est cependant pas discutable. Comme l'a relevé des auteurs : « *lorsque c'est l'acte introductif d'instance qui est annulé, tout le procès s'effondre. Le demandeur originaire doit former une nouvelle demande initiale pour créer une autre instance* »¹²⁶¹. La nullité¹²⁶² comme il est de tradition, est soulevée au moyen d'une exception de nullité qu'on propose de distinguer comme une exception de procédure qu'un plaideur doit opposer dès l'ouverture de

¹²⁵⁹ Cass. 2^e civ., 29 mars 1995 : *Bull. civ.* 1995, II, n°111 ; *D.* 1996, somm. p. 135. Ainsi, qu'il est prévu à l'article 97 du Code de procédure civile, en cas de renvoi devant une juridiction désignée, le dossier de l'affaire lui est aussitôt transmis par le secrétariat, avec une copie de la décision de renvoi. Toutefois, la transmission n'est faite qu'à défaut de contredit dans le délai, lorsque cette voie était ouverte contre la décision de renvoi. Dès réception du dossier, les parties sont invitées, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du secrétariat de la juridiction désignée à poursuivre l'instance et, s'il y a lieu à constituer avocat.

¹²⁶⁰ Ainsi, il a été jugé par exemple que le préliminaire de conciliation régulièrement effectué devant la juridiction dessaisie n'a pas à être renouvelé devant la juridiction de renvoi. Cass. soc., 7 nov. 1995 : *JCP* 1995, IV, 2744.

¹²⁶¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°210.

¹²⁶² A. Jocoton, *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, p. 282 « *suivant le sens naturel de ce mot, doit être de vicier tellement les actes, qu'on les regarde comme non avenues et qu'en puisse rien résulter* ».

l'instance. Lorsque le juge accueille une telle exception de procédure, il rend une décision d'annulation de l'acte de saisine qui a pour effet de faire tomber toute l'instance. Tous les actes accomplis au cours d'une telle instance perdent leur validité et doivent être reprises¹²⁶³.

605. Lorsque l'instance survit aux exceptions de procédure qui sont opposées à son ouverture, les plaideurs pourraient pour diverses raisons chercher à provoquer une extinction anticipée visant à empêcher un juge compétent et régulièrement saisi de statuer sur le fond du litige. A cette fin, ils opposeront des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance.

B- Une extinction de l'instance provoquée au cours de son déroulement

606. Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance, on l'a souligné, sont présentées à un juge compétent et régulièrement saisi. Ces exceptions de procédure qui ne sont pas exclusivement réservées au défendeur visent généralement une extinction totale (1) ou partielle de l'instance (2).

1- L'hypothèse d'une extinction totale de l'instance

607. On a observé que par une exception de procédure, l'une des parties au procès peut s'opposer à la progression de l'instance vers son dénouement sur le fond du litige. Ces hypothèses renvoient à des situations où le juge doit s'abstenir définitivement de se prononcer sur le fond du litige, soit parce qu'une autre juridiction est déjà saisie de la même question ou d'une question apparentée. Dans ces cas, plusieurs instances sont ouvertes (a). Il peut arriver aussi qu'une partie provoque l'extinction de l'instance même dans une hypothèse où une seule instance est ouverte (b).

¹²⁶³ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°973 : « Les conséquences de la nullité sont le plus souvent restreintes à l'acte de procédure attaqué ; mais elles peuvent s'étendre aussi à tous les actes qui avaient été accomplis sur le fondement de l'acte annulé ». V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°210 : « L'acte annulé devra être refait, ainsi que tous les actes qui se trouvent sous sa dépendance ».

a- L'extinction provoquée en cas de pluralité d'instances

608. En opposant une exception de procédure à la continuation de l'instance, un plaideur peut chercher à faire éteindre une instance dans des situations où plusieurs instances sont ouvertes devant des juridictions différentes mais compétentes pour connaître d'une même affaire ou des affaires présentant entre elles un lien de connexité tel qu'il sera de l'intérêt d'une bonne justice qu'elles soient instruites et jugées ensemble¹²⁶⁴. Ces situations renvoient respectivement aux hypothèses de litispendance et de connexité qui constituent des incidents de compétence¹²⁶⁵. Mais elles se distinguent de l'incident d'incompétence car l'une et l'autre supposent que deux demandes aient été portées devant deux juridictions différentes mais chacune d'elles compétente pour connaître de la demande dont elle a été saisie. Dans ces situations, le contentieux sur la régularité de la saisine des deux juridictions est sensé vidé¹²⁶⁶. Rien n'empêche en réalité ces instances de progresser chacune vers la décision sur le fond de l'affaire. Il sera pourtant demandé à l'une d'elles de se dessaisir au profit de l'autre. Ce qui est différent des hypothèses d'incompétence où on demande à la seule juridiction de se dessaisir au profit d'une autre qu'on estime compétent. En cas de litispendance ou de connexité, la pratique voudrait qu'on parle aussi de demande de renvoi comme en matière d'incompétence. Mais ces exemples fondent des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance.

¹²⁶⁴ « Un même procès peut dès lors combiner des instances différentes, tantôt, hypothèse de fragmentation du procès, plusieurs instances coexistent dans la même affaire en raison, par exemple, de la saisine d'un autre juge, saisine parallèle (pouvant donner lieu à litispendance : ex. art. 100 CPC)... » V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 95, spéc. p. 384 ; V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 490 : « L'instance n'est qu'une phase du procès, pouvant comporter plusieurs instances qui, tantôt, se succèdent dans le temps à la suite, par exemple, d'une voie de recours, tantôt coexistent devant la même juridiction en raison, par exemple, de la saisine incidente d'un autre juge ».

¹²⁶⁵ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., 275 et s. ; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t II, la compétence, Sirey, 1973, note 801, spéc. 834 : « la litispendance et la connexité ont pour trait commun de provoquer un conflit latent entre deux tribunaux également compétents pour statuer sur chacune des demandes dont ils ont été respectivement saisis. Mais tandis qu'il y a litispendance lorsque les tribunaux sont saisis de litiges identiques, la connexité suppose deux litiges différents portant sur des questions communes. La litispendance et la connexité présentent un même danger : celui de voir les différents tribunaux statuer séparément sur les demandes dont chacun d'eux a été saisi et rendre ainsi des décisions contradictoires ou malaisément conciliables. L'intérêt des plaideurs et celui d'une bonne administration de la justice exigent donc que, dans toute la mesure du possible, les différentes demandes soient réunies devant une seule et même juridiction ».

¹²⁶⁶ V. supra n° 378.

609. Le renvoi pour cause de connexité résulte toujours de la présentation d'une exception de procédure par l'une des parties¹²⁶⁷. L'article 101 du Code de procédure civile n'a pas prévu la possibilité pour le juge de se dessaisir. Aux termes de l'article 75 du Code de procédure civile, la demande de renvoi doit indiquer la juridiction au profit de laquelle le dessaisissement est sollicité. Lorsque la connexité est constatée, le juge a l'obligation de se dessaisir et de renvoyer l'affaire devant l'autre juridiction¹²⁶⁸. En application de l'article 105 du Code de procédure civile, la décision du juge s'impose à la juridiction de renvoi et aux parties, sous réserve de l'exercice des voies de recours. Il est alors procédé comme en matière d'incompétence. Le dossier de l'affaire est transmis par le secrétariat de la juridiction de renvoi lequel invite les parties à poursuivre l'instance et à constituer avocat ou avoué s'il y a lieu. Il n'est cependant pas exclu que les deux juridictions soient toutes deux saisies d'une demande de renvoi pour cause de connexité et qu'elles fassent toutes deux droit à cette demande. L'article 106 du Code de procédure civile règle cette difficulté en prévoyant que : « *dans le cas où les deux juridictions se seraient dessaisies, la décision intervenue la dernière en date est considérée comme non avenue* ».

¹²⁶⁷ « A l'heure actuelle, ce moyen de procédure est le seul. Il est bon de le souligner ; car, sous l'empire des textes du Code de procédure civile de 1806, il existait en plus une procédure autonome, - appelée « procédure de règlement de juge » (anciens art. 363 à 367 C. pr. civ.), - dont l'objet était de dénouer les conflits possibles entre deux juridictions saisies : soit un conflit positif (si les deux tribunaux s'étaient déclarés compétents l'un et l'autre), soit un conflit négatif (si au contraire, les deux tribunaux l'un et l'autre étaient incompétents). Or, sur le fondement de ces textes, il était alors admis que la procédure du règlement de juges pouvait être utilisée lorsque le conflit était simplement virtuel, c'est-à-dire, dès l'instant où deux demandes identiques ou connexes étaient pendantes devant deux juridictions différentes. A cette époque, les plaideurs disposaient donc de deux moyens : soit l'exception de litispendance ou de connexité, qui avait le mérite de la simplicité, mais qui n'excluait pas le risque d'un éventuel conflit positif ou négatif ; soit la requête en règlement de juges qui, malgré sa complexité, présentait l'avantage de prévenir tout risque de conflit en obtenant la désignation du tribunal compétent pour statuer sur les demandes identiques ou connexes.

Aujourd'hui, ce choix n'existe plus. La procédure de règlement des juges a été supprimée par le décret n°58-1289 du 22 décembre 1958 qui a abrogé les art. 363 et 367 C. pr. civ. (rédaction 1806) ; la réforme de 1972 n'est plus revenue sur cette suppression ». V. pour cette approche historique H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t II, la compétence, Sirey, 1973, note 802, spéc. 834-835.

¹²⁶⁸ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°1776, spéc. p. 1150 : « Les juges du fond ont l'obligation de se dessaisir du litige lorsqu'ils ont reconnu la connexité au profit de la juridiction saisie en premier lieu ; en revanche, ils ne sont pas tenus d'accepter l'exception de connexité » ; V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°1061 : « Dès lors que le juge constate que les conditions sont remplies, il a l'obligation de se dessaisir et de renvoyer l'affaire devant l'autre juge ».

610. Les effets de la décision qui accueille une exception de litispendance¹²⁶⁹ s'apparente à ceux de la décision qui accueille une exception de connexité¹²⁷⁰. Ainsi, lorsque les conditions de litispendance sont remplies, le juge saisi de la demande de renvoi fondée sur cette cause, a l'obligation de se dessaisir au profit de l'autre juridiction ainsi qu'il est prévu à l'article 105 du Code de procédure civile. Sa décision doit désigner la juridiction de renvoi. Cette désignation s'impose aussi bien aux parties qu'à la juridiction de renvoi. Ainsi, l'instance ouverte devant la juridiction saisie en second doit s'éteindre lorsque les deux juridictions sont de même degré. Par contre si les deux juridictions saisies pour connaître de la même affaire sont de degrés différents, l'instance qui doit s'éteindre est celle qui se déroule devant la juridiction de degré inférieur.

611. Dans toutes les hypothèses évoquées, rien n'empêche le tribunal saisi de rendre une décision finale sur le fond du litige. Mais pour des raisons tenant à une bonne administration de la justice, il faut, comme l'observent des auteurs : « *contraindre l'un des tribunaux à s'effacer au profit de l'autre* »¹²⁷¹. Mais parfois, l'extinction anticipée de l'instance est provoquée devant le seul juge compétent et régulièrement saisi. C'est ce cas qu'il faut maintenant examiner.

b- L'extinction demandée même en cas d'unicité de l'instance

612. Une partie peut au cours du déroulement du procès opposer une exception de procédure à la continuation de l'instance dans le but d'empêcher définitivement une juridiction compétente et régulièrement saisie de rendre une décision finale sur le fond du litige. Il en va ainsi alors même que la cause n'est pendante devant aucune autre juridiction. La partie qui s'en prévaut demande au juge de tirer de l'inertie des parties depuis deux ans, la conséquence que celles-ci ont abandonné leurs prétentions¹²⁷². La péremption d'instance

¹²⁶⁹ A. Jocotot, *Des exceptions de procédure en droit civil et commercial*, Paris 1859, n°52 « pour qu'il y ait litispendance, il faut deux instances, la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formées par elles et contre elles en la même qualité ».

¹²⁷⁰ *Ibid.*, « L'exception de litispendance est fondée sur les mêmes motifs que celle de connexité. C'est toujours pour épargner aux parties les dépenses d'un double procès, et à la justice les tourments et dépenses d'un double procès... ».

¹²⁷¹ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t II, la compétence, Sirey, 1973, note 801, spéc. 834.

¹²⁷² V. *supra* n° 381.

présuppose une instance régulièrement introduite¹²⁷³ et rien n'empêchait le juge de rendre une décision finale sur le fond du litige.

613. La demande de la péremption étant de la seule initiative des parties, l'instance peut en dépit de l'inaction des parties suivre son cours si aucune des parties n'a jugé nécessaire d'en provoquer l'extinction¹²⁷⁴. La péremption peut être appréhendée comme une sanction liée à l'inertie des parties¹²⁷⁵. Toutes les instances sont susceptibles de péremption, qu'il s'agisse d'une instance orale ou écrite, qu'il s'agisse d'une instance devant un juge du fond ou devant la Cour de cassation¹²⁷⁶. Lorsque le juge fait droit à l'exception de péremption, sa décision éteint l'instance.

614. Il convient de préciser que lorsque les conditions sont réunies, le juge doit la prononcer à la demande des parties sans pouvoir en apprécier l'opportunité et indépendamment de tout grief¹²⁷⁷. Il s'agit d'une extinction d'une gravité particulière dont les effets sont précisés à l'article 389 du Code de procédure civile aux termes duquel la péremption de l'instance emporte « *extinction de l'instance sans qu'on puisse jamais opposer aucun des actes de la procédure périmée ou s'en prévaloir* ». Ainsi, on ne peut ni se prévaloir des actes accomplis au cours de l'instance frappée de péremption, ni les opposer à l'adversaire. Cependant la décision qui constate la péremption ne peut remettre en cause l'autorité attachée aux chefs définitifs des décisions rendues au cours de l'instance.

615. Dans les différents cas examinés, on a observé que l'exception de procédure opposée à la continuation de l'instance devant le juge compétent et régulièrement saisi a eu pour

¹²⁷³ Cass. 2^e civ., 28 fév. 2006, n°03-18263, *Procédures mai 2006*, n°99, obs. Perrot ; V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°455.

¹²⁷⁴ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°1208. Ces auteurs qui observent que : « *l'expiration du délai de péremption n'entraîne pas de plein droit l'extinction de l'instance. Il faut encore qu'elle soit demandée par une partie* ».

¹²⁷⁵ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1, La sanction entre technique et politique*, Dalloz (L'Esprit du droit), 2012, p. 357, note 34 : « *La fonction sanctionnatrice de la péremption d'instance est d'autant plus marquée que son fondement a évolué historiquement. Elle a été tour à tour vue comme « une peine infligée, dans l'intérêt général, au plaideur négligent », puis comme une simple présomption – selon laquelle les parties qui, pendant plusieurs années, n'ont pas manifesté leur intention de poursuivre la procédure sont supposées vouloir y renoncer. Dans la période contemporaine, elle est vue comme la sanction d'un comportement fautif de négligence. La Cour de cassation lui assigne ainsi la finalité « de sanctionner le défaut de diligence des parties ».*

¹²⁷⁶ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n°355.

¹²⁷⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°1208.

conséquence l'extinction totale de celle-ci. Certaines exceptions de procédure opposées au cours de la procédure n'ont pour effet que l'extinction partielle de l'instance. Ce sont ces cas qu'il faut maintenant examiner.

2- L'hypothèse d'une extinction partielle de l'instance

616. Les exceptions de nullité opposées à des actes de procédure accomplis en cours de procédure n'ont pas pour effet de faire tomber toute l'instance. Seul l'acte de procédure auquel elles sont opposées encourt nullité. L'acte ainsi annulé éteint une partie de l'instance si on part de cette idée simple que celle-ci n'est qu'une succession d'actes accomplis dans les formes et délais prévus par la loi¹²⁷⁸. Un constat que fait Mme Chainais quand elle affirme que : « *l'acte annulé (...) est rétroactivement éteint* »¹²⁷⁹.

617. Lorsqu'un plaideur oppose une exception de nullité¹²⁸⁰ à un acte de procédure, l'effet recherché n'est pas l'extinction de toute l'instance. La partie qui oppose une telle exception cherche seulement à écarter des débats cet acte ainsi que tous actes subséquents. Cette raison justifie d'ailleurs que l'initiative de l'exception de nullité puisse être à l'initiative tant du demandeur que du défendeur suivant que l'irrégularité affecte les intérêts de l'une ou l'autre des parties. La nullité qui frappe un acte de procédure accompli postérieurement à l'ouverture de l'instance n'éteint qu'une partie de celle-ci. Seul l'acte annulé ainsi que les

¹²⁷⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°96, spéc. p. 387 : « Ces actes sont la face apparente de l'instance et c'est à travers leur succession, mariant subtilement formes et délais, que le code organise méticuleusement le cours de l'instance ». V. Par ailleurs, p. 388 « l'instance est la suite des actes accomplis par les parties aussi bien que par le juge depuis la demande introductive jusqu'à la décision juridictionnelle » ; V. S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, op. cit., n° 162 : « l'instance est une notion ambivalente puisqu'elle renvoie tant à une suite d'actes allant de la demande en justice au jugement ou autres formes d'extinction de l'instance (transaction, désistement) qu'au rapport juridique d'instance qu'elle met en place ». Le vocabulaire juridique publié sous la direction de M. Cornu retient une définition qui ne s'écarte pas de celle-là : « suite d'actes et délais de cette procédure à partir de la demande introductive d'instance jusqu'aux jugements ou autres modes d'extinction de l'instance, y compris instruction et incidents divers ».

¹²⁷⁹ C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », art. cit., spéc. p. 366.

¹²⁸⁰ La nullité consiste dans l'anéantissement pure et simple de l'acte de procédure V. C. Chainais, « les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz (L'Esprit du droit), 2012, p. 357 s., spéc. p. 366.

actes de procédure se trouvant sous sa dépendance pourront être éventuellement repris¹²⁸¹. C'est l'exemple, on peut le dire, de la décision qui accueille l'exception de nullité dirigée contre un commandement de payer produit pendant le cours de l'instance. C'est également l'exemple d'une demande de nullité opposée à une mesure d'instruction. Lorsque le juge fait droit à des demandes, la mesure d'instruction ou le commandement de payer seront annulés. L'instance suivra son cours tant que l'acte annulé n'est pas celui sur lequel elle repose.

618. L'examen des effets attachés à la décision qui accueille une exception de procédure offre le cadre d'une précision terminologique. En principe, l'exception de procédure en elle-même ne constitue pas un obstacle dirigé contre la procédure, mais plutôt l'effet attaché à la décision qui fait droit à l'exception de procédure. La marche de la procédure est simplement paralysée, ce qui n'empêche pas en principe une nouvelle reprise de l'instance. Les décisions qui accueillent l'exception de procédure éteignent seulement l'instance. Elles n'ont en conséquence aucun effet sur l'action. Mais, il n'en va pas toujours ainsi.

§2.- L'effet extinctif de la décision sur l'action

619. La décision qui faisant droit à une exception de procédure éteint l'instance peut parfois compromettre l'existence du droit d'agir. Elle peut éteindre le droit d'agir. Cette extinction du droit d'agir est le résultat de l'interférence entre l'effet de la décision qui a statué sur une exception de procédure et certains délais de procédure. Cette conséquence est souvent indirecte (A) et donc rarement directe (B).

A- Un effet extinctif indirect sur l'action en présence de la prescription

620. Contrairement aux idées généralement reçues de la doctrine, la décision qui accueille une exception de nullité ou une exception d'incompétence n'a aucune incidence sur la prescription du droit d'agir (1). Cette préservation a été bien assurée par les rédacteurs du Code de procédure civile, qui n'ont pas voulu soumettre le droit d'agir des plaideurs aux

¹²⁸¹ A. Jocotot, *Des exceptions de procédure en droit civil et commerciale*, op. cit., p. 282 : « En général, la nullité s'arrête à l'acte formé contrairement à la loi ; elle ne rejaillit pas sur les actes qui l'ont précédé et n'affecte point la procédure entière, qui être reprise à partir du dernier acte valable. » V. Par ailleurs, « quand aux actes qui suivent celui qui est annulé, la logique dit assez que, puisqu'ils en sont la conséquence, ils doivent tomber avec leur principe ».

méfais du formalisme procédural. Par contre, cette préservation n'est plus assurée lorsque l'extinction de l'instance a pour cause la passivité des plaideurs¹²⁸². Ainsi en va-t-il de la décision qui accueille une exception de péremption qui. Celle-ci est susceptible d'avoir un effet extinctif indirect sur le droit d'agir (2).

1- L'indifférence de la décision de nullité ou d'incompétence sur la prescription

621. Les exceptions de procédure qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance ont pour effet d'éteindre, si elles sont accueillies, l'instance. Ainsi en va-t-il de l'exception d'incompétence ou de l'exception de nullité opposée à l'acte d'assignation. Cette extinction ne produit aucun effet sur la prescription de l'action. Cette idée n'est cependant pas partagée par toute la doctrine. En effet, plusieurs auteurs évoquant le caractère temporaire attaché aux effets de la décision qui accueille une exception de procédure, indiquent souvent à tort que l'instance ne pourra être reprise que si entre-temps, la prescription n'a pas fait son œuvre. Rappelant ainsi que les exceptions de procédure pourraient indirectement compromettre le droit d'agir des plaideurs et rendre par conséquent impossible toute saisine ultérieure de la juridiction.

622. Plusieurs propos d'auteurs illustrent cette idée. C'est dans ce sens que, Jacques Héron et M. Le Bars soulignent qu'« *il peut même se faire que l'expiration d'un délai de prescription rendent impossible la délivrance d'une nouvelle citation* »¹²⁸³. Dans le même ordre d'idées, M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand indiquent que le demandeur peut « *recommencer sa demande et poursuivre l'instance, tout au moins si la prescription n'a pas joué entre-temps.* »¹²⁸⁴. Le constat est pareillement identique chez MM. Marchand et Pivet pour qui « *la mise en œuvre d'une exception de procédure peut entraîner un effet radical par*

¹²⁸² C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré » in C. Chainais et D. Fenouillet, *les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz (L'esprit du droit), 2012, p. 357 s. spéc. p. 371 : « *La fonction sanctionnatrice de la péremption d'instance est d'autant marquée que son fondement a évolué historiquement. Elle a été tour à tour vue comme « une peine infligée, dans l'intérêt général, au plaideur négligent », puis comme une simple présomption – selon laquelle les parties qui, pendant plusieurs années, n'ont pas manifesté leur intention de poursuivre la procédure sont supposées vouloir y renoncer. Dans la période contemporaine, elle est vue comme la sanction d'un comportement fautif de négligence. La Cour de cassation lui assigne ainsi la finalité de sanctionner le défaut de diligence des parties* ».

¹²⁸³ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°210.

¹²⁸⁴ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°324.

la perte du droit pour le demandeur. En effet, l'annulation d'une citation entraîne la disparition de l'effet suspensif de l'action qui se trouve réputé n'avoir jamais existé, de telle sorte qu'une prescription peut être acquise »¹²⁸⁵. Rien pourtant dans les textes organisant la prescription ne laisse supposer une telle interprétation. En effet, parmi les causes d'extinction de l'action figure la prescription¹²⁸⁶. Cette dernière est définie par l'article 2219 du Code civil comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un laps de temps ». L'écoulement de ce délai empêche toute action¹²⁸⁷.

623. Plusieurs auteurs semblent soutenir l'idée suivant laquelle l'annulation de l'acte d'assignation effacerait tous les effets qu'était censé produire cet acte. L'acte est donc censé n'avoir jamais existé et en conséquence n'avoir jamais produit d'effet. Cette idée contraste avec la solution retenue par le législateur du Code civil.

¹²⁸⁵ X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense. – Règles générales », *fasc. cit.*, n°60.

¹²⁸⁶ Bien que la controverse persiste sur le point de savoir si la prescription fonde une défense au fond ou une fin de non-recevoir, on prendra partie en considérant la prescription comme une condition de l'action en justice. En effet, aux termes de l'article 122 du Code de procédure civile, la prescription est une condition d'existence de l'action dont le défaut est sanctionné par une fin de non-recevoir.

¹²⁸⁷ Sur ce point le débat n'est pas tranché. La doctrine est partagée sur le point de savoir si la prescription fonde une fin de non-recevoir ou une défense au fond. En d'autres termes, la question de savoir si la prescription est une cause de recevabilité de la demande ou de son bien fondée n'est pas une question tranchée en doctrine. Certains ont pu espérer une prise de position de législateur à l'occasion de la réforme de 2008 à propos de la loi 2008-561 du 17 juin 2008, mais, il n'en est rien. Mme Amrani Mekki souligne dans ce sens l'absence de choix du législateur. Elle observe en effet, que « la conception de la prescription, processualiste ou substantialiste, est une question théorique que le législateur a estimé trop « doctrinale ». Savoir si la prescription éteint l'action en justice seule et/ou le droit substantiel est jugé trop inutile au débat. La loi décide donc de se passer de l'étape conceptuelle pour régler directement les questions pratiques. » V. S. Amrani Mekki, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP G*, 2008, I, 160, n°24 ; V. M. Bandrac, « la nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, *RDC* 2008, p. 1413, n°36 : « La (trop ?) fameuse discussion relative à l'objet de la prescription extinctive n'aurait jamais dû prendre la tournure radicale, ou bien le droit ou bien l'action, que l'on se plait à lui donner ». ; Pour avis contraire V. C. Brenner « De quelques aspects procéduraires de la réforme de la prescription extinctive », *RDC*, p. 1431 spéc. 1432 : « les travaux préparatoires de la loi nouvelle indiquent que les auteurs de la réforme ont entendu ne pas entrer dans le débat classique de l'objet de la prescription extinctive qui oppose les tenants d'une conception « processualiste », suivant laquelle la prescription consommerait l'action en justice, et les partisans d'une conception « substantialiste », pour qui elle ferait disparaître plus radicalement le droit même que sanctionne l'action. Aussi les deux principaux enjeux de cette controverse ont-ils été directement réglés : d'une part, le nouvel article 2221 du Code civil retient que la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte, ce qui est conforme à la théorie substantialiste ; d'autre part, le nouvel article 2249 pose que le paiement d'une dette prescrite n'autorise pas agir en répétition de l'indu, ce qui conforte plutôt la thèse processualiste. (...) En dépit des avantages qui s'attacheraient évidemment à un éclaircissement de cette question centrale, il est permis de penser, tout à l'opposé, que ce parti pris méthodique, qui est conforme à la tradition française et n'interdit nullement les constructions doctrinales mais leur laisse au contraire toute liberté en invitant à de nouveaux approfondissements, est parfaitement sain ».

624. L'un des effets attachés à la demande en justice est l'interruption du délai de prescription ainsi qu'il est prévu à l'article 2241 du Code civil¹²⁸⁸. La « *demande en justice* » efface le délai de prescription déjà acquis et fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien. L'article 2242 prévoit en outre que « *l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance* ». Précisant le sens de l'extinction de l'instance, la doctrine dominante précise qu'il s'agit de la décision irrévocable rendue sur le litige¹²⁸⁹.

625. Lorsqu'une exception de procédure opposée à l'acte d'assignation provoque son annulation, la demande en justice est censée n'avoir jamais existé. La question se pose de savoir si l'acte de saisine du tribunal peut conserver son effet interruptif du délai de prescription en dépit de son annulation ? On aurait pu penser comme cela apparaît dans les écrits de la doctrine que l'annulation de l'acte d'assignation emporte l'effacement de l'effet interruptif du délai de prescription. Et donc que le délai de prescription est censé ne s'être jamais interrompue. Telle n'est heureusement pas la solution retenue par le législateur du Code civil, du moins depuis la réforme sur la prescription intervenue en 2008¹²⁹⁰. L'article 2241 prévoit en effet que le délai de prescription est interrompu même si la juridiction devant laquelle la demande en justice est portée est incompétente, ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure. Il en résulte donc que la décision ordonnant la nullité de l'acte de saisine restera sans incidence sur le délai de la prescription. Il en va de même de celle qui constate l'incompétence du tribunal saisi de la demande¹²⁹¹. M. Brenner observe à ce propos que : « *les concepteurs de la réforme semblent*

¹²⁸⁸ S. Amrani Mekki, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », *art. cit.*, n°118 spéc. 224-225 : « *le langage courant utilise ainsi le terme demande pour désigner la prétention. Elle s'en écarte cependant techniquement dans la mesure où la demande ne désigne que l'instrumentum et non le negotium. La prétention est le contenu de la demande. Cette demande peut être des formes variées qui répondent à des situations procédurales différentes. La demande en justice est un acte de procédure et, plus largement un acte juridique, qui produit en tant que tel des effets de droit* ».

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ La réforme est introduite par la loi 2008-561 du 17 juin 2008 sur la prescription modifiant l'article 2241 du Code civil. Elle prévoit le maintien de l'effet interruptif d'un acte de saisine d'une juridiction en cas d'annulation de celui-ci pour vice de procédure. Un auteur observera que « *la nouveauté se situe en son second alinéa qui prévoit également une interruption du délai de prescription ou de forclusion* » lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure », V. J. Junillon « Conséquence de la loi reformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ? », *Procédures 2009*, prat. 2, p. 34.

¹²⁹¹ C. Brenner, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *art. cit.*, p. 1438 : « *s'il demeure que la demande en justice même en référé, interrompt la prescription, que cet effet*

*en effet avoir voulu qu'une erreur du demandeur dans la conduite de la procédure à suivre n'ait pour effet de priver sa demande de sa vertu interruptive alors qu'il a clairement manifesté son intention d'exercer son droit »*¹²⁹².

626. L'expression « *vice de procédure* » contenue dans l'article 2241 du Code civil englobe, en dépit de la réticence de certains auteurs¹²⁹³, aussi bien les vices de forme et que les irrégularités de fond¹²⁹⁴ pouvant affecter l'acte de saisine du tribunal. La jurisprudence est en ce sens¹²⁹⁵. La décision prononçant la nullité de l'acte d'assignation ou constatant une incompétence ne peut constituer un terreau à la prescription de l'action. Seule compte donc l'intention manifestée des plaideurs. A l'égard de qui, le législateur n'a pas voulu compromettre le droit d'agir, en raison d'une erreur qui surviendrait dans l'accomplissement de l'acte d'assignation ou le choix de la juridiction compétente¹²⁹⁶. Ni la prescription, ni la forclusion, ne peuvent faire leur œuvre en cas d'annulation de l'acte introductif d'instance, que ce soit en appel ou en première instance. En effet, aux termes de l'article 2240 du Code civil, il est prévu que la demande en justice interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion jusqu'à l'extinction de l'instance¹²⁹⁷. Il est donc contestable d'affirmer

interruptif est maintenu en cas d'incompétence du juge saisi, et qu'il serait au contraire perdu au cas où le demandeur se désisterait de sa demande, la verrait périmée ou rejetée, il est en effet spécifié que l'interruption de la prescription n'est pas remise « lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure » ».

¹²⁹² C. Brenner, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *art. cit.*, p.1439.

¹²⁹³ S. Amrani-Mekki, « Les causes de suspension et d'interruption de la prescription » in P. Jourdain et P. WERY (dir.), *Prescription extinctive, études de droit comparé*, Bruylant, 2010, spéc. n°35 : « *contrairement au sens technique qui lui est attribué en procédure, il faudrait donc réduire la notion de vice de procédure à celle de vice de forme* » ; C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription » : *JCP E 2009*, I, 1197, spéc. n°24 ; Y. Desdevises et O. Staes, « Demande en justice, demande initiale », *J.-cl. proc. civ.*, 2014, n°117, V. J. Junillon « Conséquence de la loi reformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ? », *Procédures 2009*, prat. 2, p. 34 où l'auteur indique que « *s'agissant de l'annulation de l'appel pour vice de procédure, il faut s'en tenir aux exceptions de nullité visées dans les articles 112 et suivants du Code de procédure civile* ».

¹²⁹⁴ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°475, V. aussi N. Fricéro, « Ô temps, suspends ton vol...procédure judiciaire ou amiable et prescription extinctive » in *Mélanges Georges Wiederkehr*, Dalloz 2009, p. 327, spéc. n°11.

¹²⁹⁵ Cass. 2^e civ., 11 mars 2015, n°14-15.198, *Procédures 2015*, n°151, note Y. Strickler.

¹²⁹⁶ C. Brenner, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *art. cit.*, p.1439 : « Les concepteurs de la réforme semblent en effet avoir voulu qu'une erreur du demandeur dans la conduite de la procédure à suivre n'ait pour effet de priver sa demande de sa vertu interruptive alors qu'il a clairement manifesté son intention d'exercer son droit ». V. N. Fricéro, « La nouvelle prescription : « entre sécurité et modernité » », *RLDC, sept. 2008*, n°14 : « *L'interruption de la prescription est un bénéfice pour le demandeur, qui ne doit pas être anéanti pour des raisons tenant à une erreur de procédure (incompétence ou irrégularité procédurale)* ».

¹²⁹⁷ CC., art. 2242.

comme MM. Marchand et Pivet que « *la nullité de l'acte d'appel entraîne la perte pour l'appelant du droit d'exercer son recours, le délai pour l'exercer étant expiré, ce qui implique un rejet définitif de sa prétention.* »¹²⁹⁸.

627. En définitive, la décision faisant droit à une exception de nullité ou une exception d'incompétence ne peut en toute hypothèse compromettre le droit d'agir des plaideurs. La solution est cependant différente lorsque les parties ont laissé volontairement l'instance se périmer.

2- L'incidence de la décision de péremption sur la prescription de l'action

628. Aux termes de l'article 2243 du Code civil, l'interruption de l'instance ne joue pas lorsque la demande est définitivement rejetée, lorsque le demandeur se désiste, lorsque l'assignation est déclarée caduque ou encore lorsque les plaideurs laissent l'instance se périmer. Il découle de cette disposition que la décision qui constate la péremption de l'instance peut avoir une incidence indirecte sur la prescription du droit d'agir. Or, la prescription entraîne l'extinction de l'action en justice.

629. L'exception de péremption de l'instance est une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. La décision qui l'accueille a pour effet d'effacer non seulement les actes accomplis au cours de l'instance périmée mais aussi l'effet interruptif attaché à la demande en justice¹²⁹⁹.

630. La péremption de l'instance, on le rappelle, est une sanction de l'inaction des parties. La décision qui constate la péremption de l'instance a pour effet de « balayer » l'interruption de la prescription provoquée au début de l'instance par « *la demande en justice* ». Cette interruption est considérée de ce fait comme, ne s'être jamais produite. En

¹²⁹⁸ X. Marchand et A. Pivet, « Moyens de défense – Règles générales », *fasc. cit.*, n°60.

¹²⁹⁹ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse, Paris, 2002, Dalloz, Préf. L. Cadet : « *si elle (la péremption) ne met fin qu'à l'instance, elle a un effet minimum. Si elle met fin corrélativement à l'action et donc au procès civil, elle sort son effet maximum. Par un effet boule de neige, le droit le droit substantiel peut s'éteindre du fait d'une inaction processuelle, d'un droit uniquement réalisateur. Il est manifeste à cet égard que le droit judiciaire privé a tendance à développer des règles régulatrices, concrètes, qui peuvent avoir un effet indirect sur la substance des droits* ».

conséquence, le délai de prescription est lui aussi censé n'avoir jamais été interrompu¹³⁰⁰. En cas de péremption constatée de l'instance, le risque devient grand que l'extinction de l'instance n'emporte l'extinction du droit d'agir. Le législateur a entendu dans une telle hypothèse réprimer l'inaction fautive des parties. Un auteur a pu noter sa volonté de décourager la pratique des assignations fantaisistes lancées à des fins purement conservatoires sans réelle intention de poursuivre l'instance¹³⁰¹.

631. Les plaideurs qui laissent périmer une instance doivent pouvoir en mesurer toute la portée. En d'autres termes, ils encourent, non seulement le risque de devoir recommencer toute l'instance, mais aussi celui de compromettre irrévocablement leur droit d'agir. La mesure de ces risques appelle de leur part des attitudes plus responsables.

632. La perte du droit d'agir ne constitue qu'une conséquence indirecte de la décision qui fait droit à une exception de péremption. Parfois, la perte du droit d'agir paraît si évidente qu'elle s'apparente à une conséquence plus directe de cette décision. Cette raison justifie qu'elle soit abordée sous cet intitulé.

B- Un effet extinctif direct sur l'action en présence de la forclusion

633. La décision qui fait droit à une exception de procédure peut parfois avoir des effets très graves allant jusqu'à l'extinction du droit d'agir. Ces effets se produisent principalement lorsque la cause est déjà en cause d'appel ou en cassation. Une meilleure illustration peut être fournie dans ce sens : l'effet de la décision qui constate une péremption de l'instance en cause d'appel ou en cassation. Cette conséquence est tirée de la déchéance du droit d'agir qu'encourent les plaideurs lorsqu'ils laissent se périmer l'instance à ce stade du procès.

¹³⁰⁰ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°458 : « La prescription est considérée comme n'ayant jamais été interrompue ».

¹³⁰¹ C. Brenner, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *art. cit.*, p. 1436 : « dans la lignée de la défiance contemporaine pour les assignations purement conservatoires, ils n'ont pas renoncé pour autant à priver d'efficacité interruptive les demandes formées sans esprits de suite, puisqu'ils ont maintenu la règle que l'interruption est non avenue lorsque le demandeur se désiste de sa demande ou laisse l'instance se périmer ».

634. Bien que l'article 389 du Code de procédure civile ait prévu que la péremption n'éteint pas l'action, les conséquences sont très graves lorsque l'incident se produit en cause d'appel ou de cassation¹³⁰².

635. Le délai de péremption, il faut le rappeler, est de deux ans, or, au moment où l'exception de péremption est soulevée, les délais d'appels et de pourvoi en cassation généralement plus courts, sont souvent expirés, rendant impossible le renouvellement ultérieur de l'instance au moyen d'un nouveau recours. En conséquence, le jugement de première instance ou l'arrêt de la cour d'appel suivant que la cause est en appel ou en cassation passe en force de chose jugée¹³⁰³ ou devient irrévocable. C'est ce que prévoit l'article 390 du Code de procédure civile aux termes duquel « *la péremption en cause d'appel ou d'opposition confère au jugement la force de la chose jugée, même s'il n'a pas été notifié* ». On observe ainsi que la décision qui fait droit à une exception de péremption peut compromettre irrémédiablement le droit d'agir des plaideurs. En d'autres termes, la décision qui accueille cette exception de procédure peut éteindre le droit d'agir dans cette seule hypothèse. On a pu relever que l'initiative de l'exception de péremption peut être prise par l'une ou l'autre des parties. Cependant, les conséquences d'une telle initiative ne sont pas les mêmes pour toutes les parties. On peut penser à première vue que l'extinction du droit d'agir semble arranger les affaires du défendeur à l'action principale en cela que l'effet opéré s'apparente à celui d'une fin de recevoir. Mais à la réalité, ce sont les deux parties qui sont privées du droit d'agir, plus particulièrement le droit à un nouvel examen de leur procès.

636. Une fois encore, ce sont les plaideurs qui doivent, lorsqu'ils prennent le parti de laisser périr l'instance, pouvoir mesurer les conséquences liées à leur inertie.

¹³⁰² S. Amarani-Mekki, *Le temps et le procès civil, thèse préc.*, n°96 : « *L'interruption de la prescription étant remise en cause, (...) la forclusion a pu être acquise entre temps et ainsi, le droit d'agir ou le droit substantiel, peut être éteint* ».

¹³⁰³ Un jugement passe en force de chose jugée lorsqu'il n'est plus susceptible de voie de recours ordinaires c'est-à-dire de voies de recours dont l'exercice est suspensif d'exécution. Il se distingue d'un jugement irrévocable qui désigne un jugement qui n'est plus susceptible d'aucune voie de recours ni ordinaire ni extraordinaire.

637. A l'issue de ce chapitre, on a relevé que les effets attachés à la décision qui accueille une exception de procédure ne sont pas distincts de ceux auxquels renvoie l'usage commun : *la suspension ou l'extinction de l'instance*. Il est vrai qu'aux termes de l'article 73 du Code de procédure civile la régularité apparaît aussi comme un effet attaché aux décisions accueillant une exception de procédure. Cette idée n'est que partiellement cohérente. En effet, seules les *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* méritent cet attribut. Ce sont elles qui visent à proprement parler la régularité de l'instance¹³⁰⁴. Ce chapitre a offert aussi l'occasion de débarrasser la matière de quelques idées reçues. Dans ce sens, on a souligné contrairement à ce qu'enseigne la doctrine majoritaire que la décision qui accueille une exception de procédure et plus particulièrement l'exception de nullité de l'acte d'assignation ne peut affecter le droit d'agir. Ainsi, lorsque l'acte d'assignation est annulé soit pour vice de forme ou une irrégularité de fond, la prescription ne peut en aucun cas faire son œuvre et rendre impossible la reprise d'une nouvelle instance. Il en va autrement de la décision qui accueille une exception de péremption tant devant les juges de fond que devant la Cour de cassation. Dans tous ces cas, c'est l'intention fautive des plaideurs que le législateur a entendu réprimer. Enfin, l'idée suivant laquelle, un plaideur ne peut gagner un procès que si sa demande est à la fois *régulière, recevable et bien fondée* n'est pas parfaitement cohérente. Elle tend à ramener toutes les exceptions de procédure à la régularité formelle de l'acte de procédure. Or, il n'en est rien. Certaines exceptions de procédure ne visent pas la régularité de l'acte de procédure. Seules peuvent être associées à cette idée, *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance*.

¹³⁰⁴ V. *supra* n°319 s.

CHAPITRE 2 :

LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS STATUANT SUR UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE

638. La répartition des exceptions de procédure en exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance et en exceptions de procédure opposées à sa continuation avec l'office du juge qu'elle implique, impose qu'il soit proposé un régime de voie de recours qui y soit adapté. A ce propos, on gardera à l'esprit, la nécessité déjà soulignée de réussir à faire du juge de la mise en état un véritable juge de l'introduction de l'instance. L'organisation des voies de recours doit tenir compte de la redistribution déjà proposée de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur les exceptions de procédure. Ces quelques remarques méritent qu'on revienne sur les voies de recours qui doivent être autorisées et quand elles doivent l'être. L'étude de l'impact des propositions avancées sur les voies de recours dérogera au plan classique qui voudrait que les recours extraordinaires soient examinés à la suite des recours ordinaires¹³⁰⁵. On envisagera donc en premier lieu, les recours spécifiques qui doivent être ouverts contre certaines décisions statuant sur les exceptions de procédure (section 1), avant l'examen en

¹³⁰⁵ Classiquement, on oppose les voies de recours ordinaires aux voies de recours extraordinaires. Les premiers regroupent l'appel et l'opposition alors les secondes regroupent la tierce-opposition, le pourvoi en cassation et le recours en révision. Les premières se distinguent des secondes par plusieurs critères dont il ne sera cité que quelques uns. En effet, les voies de recours extraordinaires ne sont ouvertes que si les voies de recours ordinaires sont fermées. On dit généralement que voies de recours ordinaires et voies de recours extraordinaires ne peuvent pas coexister. Alors que les voies de recours ordinaires sont suspensives d'exécution, les voies de recours extraordinaires sont non suspensives d'exécution. Enfin, les délais de recours ordinaires sont généralement plus courts que les délais de recours extraordinaires. V. L. Cadet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°275 : « L'art du juriste étant celui de distinguer, les voies de recours sont réparties, en procédure civile et pénale, entre voie de recours ordinaires et voies de recours extraordinaires (...). La caractéristique essentielle principale des voies de recours ordinaires est d'être en principe ouvertes, sauf texte contraire, et d'être assorties d'un effet suspensif d'exécution : il s'agit de l'appel et de l'opposition. En revanche, les voies de recours extraordinaires ne sont ouvertes que si un texte le prévoit et ne bénéficient pas d'un effet suspensif : il en est ainsi du pourvoi en cassation, de la tierce-opposition (...) et du recours en révision ».

second lieu, des recours classiques suivants qu'ils doivent être ouverts ou non contre les décisions de même nature (section 2).

SECTION 1 : LES RECOURS SPÉCIFIQUES

639. Certains recours ouverts contre les décisions qui statuent sur les exceptions de procédure ne rentrent pas dans la classification classique de recours ordinaires et de recours extraordinaires. Ainsi en va-t-il du contredit de compétence et du déféré. Si le premier est un recours spécifique ouvert contre les décisions par lesquels le tribunal statue sur un incident de compétence souvent provoqué au moyen d'une exception de procédure¹³⁰⁶, le second dont la qualité de recours est encore discutée¹³⁰⁷, n'est pas spécifiquement ouvert contre les décisions statuant sur les exceptions de procédure. Quoiqu'il en soit, ces observations n'affectent en rien leur nature spécifique¹³⁰⁸ comme l'attestent les propos de M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand qui constatent que ces : « *recours spécifiques (...) n'existent que dans des situations particulières bien précises* »¹³⁰⁹. Il convient dans un premier temps de réorganiser le contredit de compétence (§1) avant d'envisager dans un second temps l'ouverture du déféré contre certaines décisions rendues lors de l'instance d'appel (§2).

¹³⁰⁶ Plus précisément les exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité.

¹³⁰⁷ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 852.

¹³⁰⁸ M. Guinchard, Mmes Chainais et Ferrand à qui l'expression « *recours spécifiques* » a été empruntée, ont constaté que « *Le Code a disséminé, ici ou là, des recours qui, juridiquement n'entrent pas dans l'une ou l'autre des catégories (...). D'ailleurs, on n'utilise jamais à leur propos le nom de l'une des voies de recours indiquées.* » « *les recours spécifiques qui n'existent que dans des situations bien précises et qui jouent le rôle de l'appel* ». Ils citent dans ce sens :

- *le déféré de l'article 916 qui permet de porter devant la formation collégiale de la cour d'appel les décisions rendues par le magistrat de la mise en état ; la première chambre de la Cour de cassation en ne voyant pas dans le déféré une véritable voie de recours, avait jugé que le magistrat ayant rendu la décision attaquée pouvait faire partie de la formation collégiale (ce qui était critiquable au regard du droit à un procès équitable). La deuxième chambre civile a au contraire jugé que le conseiller de la mise en état ne pouvait connaître du déféré formé contre ses ordonnances.*
- *le contredit de compétence (art. 80), procédure simplifiée de règlement d'un incident de compétence..»* V. pour plus de développement S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit. n°1154.

¹³⁰⁹ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, op. cit., n° 1154.

§1 : La réorganisation du contredit

640. Le contredit de compétence est une voie de recours originale ouverte pour des objectifs de célérité et de rapidité contre les décisions par lesquelles le juge statue exclusivement sur une question de compétence. L'ouverture de cette voie de recours spécifique devrait tenir compte de la redistribution de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure. Dans la répartition proposée, certaines questions de compétence relèvent de la compétence exclusive du juge de la mise en état alors que d'autres relèvent de celle de la formation de jugement. L'organisation de cette voie de recours doit tenir compte de cette répartition. Ainsi, il sera examiné dans un premier temps la nécessité de l'ouverture du contredit contre les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une question de compétence (A), avant d'envisager dans un deuxième temps son domaine assez restrictif contre les jugements statuant sur une question de compétence (B). On recherchera enfin si l'ouverture du contredit aux ordonnances du juge de la mise en état a une incidence sur l'évocation (B).

A- La nécessité d'ouvrir le contredit contre les ordonnances du juge de la mise en état

641. La pratique de la cour de cassation consistant à exclure le contredit des voies de recours ouvertes contre les ordonnances du juge de la mise en état¹³¹⁰ apparaît contraire à la proposition avancée, celle d'accorder à ce magistrat une compétence exclusive sur les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance. Les décisions par lesquelles il y statue, doivent être dotées de l'autorité de la chose jugée quel que soit le sens dans lequel il aura rendu sa décision. Il devrait en être de même pour les décisions par lesquelles le juge statue sur une exception de procédure qu'un plaideur oppose à la continuation de l'instance à condition que celles-ci mettent y un terme. Les questions de compétence appartiennent aux deux catégories d'exceptions de procédure proposées. Ainsi, l'exception d'incompétence appartient à la catégorie des celles qui sont opposées à l'ouverture de l'instance, alors que

¹³¹⁰ Cass. 2^e civ. 19 mars 2015, n°14-15610, *Gaz. pal.* 1^{er} au 2 avril 2015, *Jur. p.* 25 ; cass. 2^e civ., 13 janv. 2013, n°11-25.242.119 : *JurisData* n°2013-001101 ; *Droit et procédures* 2013, n°110 obs. O. Salati.

les exceptions de litispendance et de connexité appartiennent à la catégorie de celles qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance. Le contredit doit être ouvert contre les décisions qui statuent sur toutes ces exceptions de procédure. L'ouverture du contredit ne devrait être désormais possible que contre les seules ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception d'incompétence (1). Il doit l'être également lorsque ce magistrat en statuant exclusivement sur une exception de litispendance ou de connexité a mis fin à l'instance (2).

1- L'ouverture exclusive du contredit contre les ordonnances du juge de la mise en état.

642. Le contredit trouve son fondement dans l'article 80 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *lorsque le juge se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que par la voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont dépend la compétence* »¹³¹¹. L'absence de précision par cette disposition de la nature de la juridiction censée statuer sur l'exception d'incompétence, amène la Cour de cassation à juger en interprétation de l'article 776 du Code de procédure civile que les ordonnances du juge de la mise en état ne sont pas susceptibles de contredit¹³¹², et que la seule voie de recours ouvertes contre ces décisions est l'appel¹³¹³. Cette solution n'est pas acceptable.

¹³¹¹ L'appel et le contredit sont les deux voies de recours alternativement¹³¹¹ ouverte contre une décision qui statue sur une exception d'incompétence (J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1035 : « *Le plaideur ne dispose pas de deux voies entre lesquelles il pourrait choisir librement* »). L'appel est ouvert lorsque le juge se déclare compétent et statue sur le fond du litige dans un même jugement (art. 78 CPC). A la différence de l'appel, le contredit, procédure plus exceptionnelle, lorsque le juge s'est prononcé sur une exception d'incompétence sans statuer sur le fond du litige (O. Salati, note sous cass. 2^e civ., 31 janv. 2013, *Rev. Droit et procédures*. Mai 2013).

¹³¹² Cass. 2^e civ., 31 janv. 2013, n°11-25.242 *JurisData* n°2013-001101; La Cour de cassation semble vouloir se racheter lorsqu'elle a dans un arrêt rendu le 26 septembre 2013, jugé que même saisie à tort par voie de contredit, la cour d'appel n'en n'est pas moins saisie pour statuer sur l'appel (Cass. 2^e civ., 26 sept. 2013, n°12-20.493 : *JurisData* n°2013-020854). Seulement, ce cas ne concerne que les hypothèses où l'ordonnance du juge de la mise en état statuant sur une exception d'incompétence a effectivement mis fin à l'instance, ce n'est qu'à cette condition qu'elle acquiert l'autorité de la chose jugée. Cette position est différente de celle défendue dans le cadre de ce travail.

¹³¹³ En effet, l'article 80 du Code de procédure civile dans son libellé ne fournit aucune précision sur le juge dont la décision peut être frappée de contredit ». Il indique sans autre précision « *lorsque le juge se prononce* ».

643. L'exception d'incompétence qu'on propose de distinguer désormais comme une exception de procédure qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance relève de la compétence exclusive du juge de la mise en état. On a en effet proposé que les ordonnances par lesquelles ce magistrat statue sur les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance soient toutes dotées de l'autorité de la chose jugée quel que soit le sens dans lequel ce magistrat a rendu sa décision. On ne peut confier l'exclusivité de compétence au juge de la mise en état sur les exceptions de procédure y compris donc sur l'exception d'incompétence et en même temps soustraire la décision par laquelle ce magistrat statue sur celle-ci de la voie de recours spécifique que constitue le contredit. Malheureusement, la pratique actuelle est en ce sens¹³¹⁴.

644. On ne peut réussir, comme on le soutient, à faire du juge de la mise en état, un véritable juge de l'introduction de l'instance que si tout le contentieux lié à cette phase de l'instance est définitivement vidé devant ce magistrat. Ainsi, il ne devrait plus être possible de soulever l'exception d'incompétence devant la formation de jugement du tribunal. Alors, si le contredit doit remplir les objectifs de célérité et de rapidité¹³¹⁵ qui lui sont assignés, cette voie de recours doit être ouverte contre les ordonnances du juge de la mise en état se prononçant sur une question de compétence. Ce magistrat devra fixer, irrévocablement en première instance s'il est désigné, le point de départ de l'instance.

645. Les questions de compétence ne sont pas exclusivement soulevées au moyen d'une exception d'incompétence ; elles peuvent également l'être au moyen d'une exception de litispendance ou de connexité qu'on propose de distinguer comme des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance¹³¹⁶. Celles-ci ne relèvent pas en principe de la compétence exclusive du juge de la mise en état. Cependant, ce magistrat n'est pas incompétent lorsqu'il en est saisi. Les décisions par lesquelles il exerce son office sur ces exceptions de procédure devront être également susceptibles du contredit si elles

¹³¹⁴ La Cour de cassation juge que les ordonnances du juge de la mise en état ne sont pas susceptibles de contredit Cass. 2^e civ. 19 mars 2015, n°14-15610, *Gaz. pal.* 1^{er} au 2 avril 2015, Jur. p. 25 ; cass. 2^e civ., 13 janv. 2013, n°11-25.242.119 : *JurisData* n°2013-001101 ; *Droit et procédures* 2013, n°110 obs. O. Salati.

¹³¹⁵ Le contredit a été créé dans un souci de célérité, plusieurs propos d'auteurs l'illustrent. V. dans ce sens L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°302 : « Par souci de régler rapidement ce contentieux préalable, il avait été créé, en 1958, un recours spécifique, le contredit ». Adde, J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1036 : « L'institution du contredit comme voie de recours spécifique de l'incident de compétence répond au souci de lui donner une solution rapide ».

¹³¹⁶ V. *supra* n°378 s.

acquière l'autorité de la chose jugée devant ce magistrat. C'est ce qu'il faut à présent examiner.

2- L'extension du contredit aux ordonnances statuant sur les exceptions de connexité et de litispendance

646. Le contredit doit être également ouvert contre les ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état statue exclusivement sur les exceptions de connexité et de litispendance. Bien que ce magistrat n'ait pas compétence exclusive sur celles-ci, il ne devrait pas se déclarer incompétent lorsqu'il arrive que de telles exceptions de procédure soient soulevées devant lui. L'une des conséquences attachées à la proposition avancée celle de doter les ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état statue sur les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance, de l'autorité de la chose jugée est la question de la voie appropriée pour leur remise en cause¹³¹⁷. Cette question intéresse particulièrement les décisions par lesquelles ce magistrat statue sur les exceptions de connexité ou de litispendance. Celles-ci doivent-elles être remises en cause par voie d'appel ou par voie de contredit ? La réponse à une telle préoccupation semble avoir été apportée par les rédacteurs du Code de procédure civile.

647. En effet, l'article 104, al. 1^{er} du Code de procédure civile prévoit que « les recours contre les décisions rendues sur la litispendance ou la connexité par les juridictions de premier degré sont formés et jugés comme en matière d'exception de compétence ». Ainsi, les ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état statue exclusivement sur l'exception de litispendance ou de connexité doivent être susceptibles du contredit si celles-ci ont eu pour effet de mettre fin à l'instance devant ce magistrat. Les objectifs de célérité et de rapidité qui ont présidé à la création de cette voie de recours seront ainsi préservés.

648. L'ouverture du contredit contre les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur des questions de compétence aura pour corollaire la restriction du domaine de cette voie de recours contre les décisions du tribunal.

¹³¹⁷ En effet, le fait que ces décisions aient mis fin au procès à ce stade de l'instance empêche la formation de jugement d'en être saisie.

B- La restriction du domaine du contredit contre les jugements du tribunal

649. Ouvrir la voie du contredit contre les ordonnances par lesquelles, le juge de la mise en état statue sur une exception d'incompétence, de connexité ou de litispendance aura pour conséquence de réduire l'assiette des décisions de la formation de jugement contre lesquelles ce recours est ordinairement ouvert. Ainsi, seules les décisions par lesquelles cette formation se prononcera exclusivement sur une exception de connexité ou de litispendance pourront être déférées par voie de contredit devant la cour d'appel. Il s'agit bien des hypothèses où ces exceptions de procédure ont été soulevées pour la première fois devant cette formation que des hypothèses où soulevées devant le juge de la mise en état, elles n'ont pas mis fin à l'instance devant ce magistrat. Dans ces derniers, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient à nouveau débattues devant la formation de jugement. La voie du contredit doit être ouverte contre les jugements par lesquels ce magistrat statue à nouveau sur ces exceptions de procédure. Il devra en être ainsi, que ces décisions aient accueilli ou non les exceptions de procédure.

650. La solution ainsi proposée peut paraître assez complexe. Pourtant, il n'en est rien. Elle relève du bon sens. Les articles 80 et 104 du Code de procédure civile n'apportent aucune précision sur la nature du juge dont la décision est susceptible de contredit. N'enseigne-t-on pas qu'il faille ne pas distinguer là où la loi elle-même n'a pas distingué. En dehors des cas d'exclusions¹³¹⁸, il faut donc tenir compte d'un seul critère, celui proposé à

¹³¹⁸ Certaines décisions répondant tout de même à la règle de principe posée par l'article 80 du Code de procédure civile échappent cependant à la voie du contredit. Ainsi, en a voulu le législateur qui aux termes des articles 98 et 99 du Code de procédure civile a déterminé les cas dans lesquels la voie du contredit est fermée. On observera que dans les situations concernées, les décisions bien que statuant exclusivement sur une exception d'incompétence, de litispendance ou de connexité ne sont pas susceptibles de contredit mais seulement de l'appel. Aux termes du premier de ces dispositions, la voie de l'appel est seule ouverte contre les ordonnances de référés (Cass. soc., 17 janv. 1990 : *JurisData* n°1990-000153 ; *Bull. civ.* 1990, V, n°12 ; Cass. soc., 11 mai 1999, n°98-43.321 : *JurisData* n°1999-002141. Le texte vise aussi bien les ordonnances par lesquelles le juge des référés affirme ou décline sa compétence V. Cass. 2^e civ., 13 avr. 1976 : *Bull. civ.* 1976, II, n°122 ; *D.* 1976, infr. rap. 182 ; Cass. 2^e civ., 3 déc. 1980 : *Bull. civ.* 1980, II, n°249 ; cass. soc., 11 mai 1999 : *JurisData* n°1999-002141) et les ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce ou de séparation de corps. La règle a aussi été étendue aux ordonnances du juge de l'exécution (Aux termes de l'article 9-1 du décret n°92-755 du 31 juillet 1992 « les décisions du juge de l'exécution statuant sur la compétence ne sont pas susceptibles de contredit ». Pour une application de cette disposition V. Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n°08-12.814 : *JurisData* n°2009-047545.). Dans le même sens, aux termes de l'article 99 du Code de procédure civile, la voie de l'appel est seule ouverte lorsque l'incompétence est invoquée au motif que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction administrative, répressive, arbitrale ou étrangère (Cass. 2^e civ. 9 janv. 1991 : *JurisData* n°1991-700040 ; *Bull. civ.* 1991, II, n°8 ; Cass. 2^e civ., 15 janv. 1992 : *JurisData* n°1992-000026 ; *Bull. civ.*

l'article 80 du Code de procédure civile : « *lorsque le juge se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond* ». Le critère de ce recours ne peut être fondé sur la nature de l'organe dont la décision est querelée. Il est donc infondé d'exclure les ordonnances du juge de la mise en état du champ des décisions susceptibles de contredit. En d'autres termes, il ne devrait plus rechercher si c'est le juge de la mise en état ou la formation de jugement du tribunal qui a rendu la décision objet du contredit.

651. Une telle interprétation semble mieux correspondre à l'esprit des textes. Par contre, celle qu'en donne la Cour de cassation n'a eu pour résultat que de complexifier davantage une procédure déjà dénoncée pour sa lenteur. L'interprétation suggérée ne remet pas en cause l'autorité de la chose jugée qui doit être attachée à toutes les décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance et celles par lesquelles il statue sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance, si elles mettent fin à celles-ci. L'interprétation proposée est nécessaire pour qu'on parvienne à faire du juge de la mise en état un véritable juge de l'introduction de l'instance et de la formation de jugement, une véritable instance de jugement de l'affaire.

C- L'absence d'incidence sur la possibilité d'évocation

652. On appelle évocation cette possibilité offerte à la cour d'appel, alors qu'elle n'est saisie que d'une question de procédure, de convoquer devant elle, le fond du litige et d'y statuer à travers une seule¹³¹⁹. Outre l'intérêt d'une bonne justice, cette mesure est subordonnée à des conditions particulières¹³²⁰.

1992, II, n°14; Cass. soc., 13 juill. 1999, n°97-41.871: *JurisData*, n°1999-0032190; Cass. soc., 20 juin 2007, n°05-45.900: *JurisData* n°2007-039717; *Procédures 2007*, n°. 221, note R. Perrot.).

¹³¹⁹ Aux termes de l'article 568 du Code de procédure civile, les exemples où la cour d'appel peut évoquer l'affaire alors qu'il n'est saisie que sur une exception de procédure ne se limite pas aux situations où cette formation est saisie sur contredit de compétence. En effet, aux termes de cette disposition, « *lorsque la cour d'appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou d'un jugement qui statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction* ». Cette disposition ne fait pas obstacle à l'article 80 du Code de procédure civile. Plusieurs autres exceptions de procédure ont une finalité extinctive. A ce propos, la décision qui constate la nullité de l'assignation ou la péremption éteint l'instance. En cas d'appel, la cour réformant la décision sur l'exception de

653. Certains esprits pourraient marquer une réticence à voir étendre le contredit aux ordonnances du juge de la mise en état au motif que celles-ci rendraient difficile la possibilité d'évocation offerte à la cour d'appel¹³²¹. En effet, lorsque l'évocation intervient alors que l'affaire est encore devant le juge de la mise en état, l'instruction n'est pas encore terminée. La cour d'appel convoque prématurément la cause devant elle pour y être jugée¹³²².

654. A ce stade donc, l'évocation intervient alors que la cause n'est pas encore en état d'être jugée. La question se pose de savoir s'il n'y a pas un risque que l'évocation intervienne sur une ordonnance du juge de la mise en état alors que l'instruction n'est pas terminée. C'est l'article 89 du Code de procédure civile qui apporte la réponse à cette question. Aux termes de cette disposition, « *lorsque la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente, elle peut évoquer le fond si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction* ». La lecture attentive montre que l'absence d'instruction n'est pas un obstacle à l'évocation. Cette mesure dont le seul fondement est la bonne administration de la justice peut intervenir, que la cause soit ou non en état d'être jugée. Lorsque que la

procédure, peut évoquer l'affaire et statuer sur l'ensemble du litige V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°757.

¹³²⁰ Il faut d'abord que la cour d'appel saisie du contredit soit juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente. Au regard de cette condition, l'évocation n'est pas possible si la cour d'appel et la juridiction compétente relèvent de ressorts territoriaux différents. Cette condition sera remplie si la cour d'appel a confirmé la décision de compétence initialement rendue, elle ne le sera pas par contre si une juridiction autre que celle qui a rendu la décision querellée est estimée compétente. Ensuite, la cour d'appel ne peut évoquer l'affaire que si elle estime qu'il est de bonne justice de lui donner une solution définitive sur le fond (L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°281). Cette condition purement subjective ne dépend que de l'appréciation souveraine de la cour d'appel (Cass. 2^e civ., 8 juin 1979 : *Bull. civ.* 1979, II, n°170 : *Gaz. pal.* 1979, 2, p. 443, *note* Viatte : il a été jugé que, ni la complexité – Cass. soc., 2 mars 1989 : *JCP G* 1989, IV, 161). Il faut enfin que l'affaire soit susceptible d'appel au fond.

¹³²¹ Il faut peut être le rappeler, la cour d'appel saisie d'un contredit dispose de larges pouvoirs. Elle peut retourner l'affaire à la juridiction initialement saisie¹³²¹ si elle l'estime compétente. Elle peut aussi la renvoyer à une autre juridiction qu'elle estimera compétente ((Cass. 3^e civ., 14 déc. 1976 : *Bull. civ.* 1976, III, n°459). Ce renvoi s'impose tant à la juridiction désignée qu'aux parties ainsi qu'il est prévu à l'alinéa 2 de l'article 96 du Code de procédure civile (CA Paris, 18 juin 1986 : *D* 1987, somm. p. 229, obs. P. Julien.). En conséquence, la juridiction désignée ne peut plus statuer sur sa propre compétence même si celle-ci relève du ressort territorial d'une autre cour d'appel. La désignation de la juridiction compétente concerne aussi bien la compétence d'attribution que la compétence territoriale même si le contredit n'était fondé que sur l'une des deux seulement (Cass. 2^e civ., 16 déc. 1964 : *JCP G* 1965, II, n°819, p. 602; *D.* 1965, p. 155 *note* Giverdon; *RTD civ.* 1965, p. 421, obs. Hébraud.). Elle a aussi la possibilité soit de renvoyer les parties à mieux se pourvoir¹³²¹ ou décider non pas de renvoyer l'affaire, mais de la retenir afin de statuer elle-même sur le fond du litige (L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°281). C'est l'article 89 du Code de procédure civile qui accorde une telle possibilité.

¹³²² C'est en effet, l'ordonnance de clôture qui marque la fin de la phase de la mise en état.

cause n'est pas encore en état d'être jugée, la cour d'appel, saisie du contredit, peut ordonner une mesure d'instruction ou inviter les parties à déposer leurs moyens¹³²³. On voit ainsi que la proposition d'ouvrir le contredit aux ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure ne bute sur aucun obstacle.

§2.- La nécessité de préserver le caractère exceptionnel du déféré

655. Le déféré est l'autre recours spécifique qui peut être exercé contre les décisions qui statuent sur les exceptions de procédure. Sa nature est cependant encore discutée en doctrine. Ainsi, MM. Cadiet et Jeuland lui trouvent-il une nature plutôt ambiguë¹³²⁴. Ces auteurs semblent en effet lui dénier la qualification de voie de recours¹³²⁵. En cela précisent-ils, que l'instance née du déféré est : « *la même que celle qui est poursuivie devant le magistrat de la mise en état à l'occasion d'un incident de procédure* ». Pour cette simple raison, ajoutent-ils, « *il ne peut être tenue pour un recours à un deuxième degré de juridiction au sens de l'article 543 du Code de procédure civile* »¹³²⁶. Or, s'il est vrai que l'instance ouverte devant le conseiller de la mise en état n'est pas distincte de celle ouverte en première instance, la fonction correctrice¹³²⁷ du déféré n'est cependant pas discutable, il est ouvert pour critiquer un jugement. Mieux encore, la procédure sur déféré s'ouvre par une

¹³²³ Dans ce cas, il lui est fait obligation de convoquer les parties par lettre recommandée avec avis de réception à constituer avocat et à déposer leurs observations sur les points qu'elle se propose d'évoquer. Si aucune des parties ne constitue avocat, l'affaire est radiée par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours. Si l'une des parties seulement constitue avocat, il est procédé comme en cas de défaut de comparution du demandeur ou du défendeur.

¹³²⁴ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°980.

¹³²⁵ Pour un avis contraire V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1154 : Ces auteurs parlent plutôt de recours spécifique, ils soulignent à ce propos, que « *Le Code a disséminé, ici ou là, des recours qui, juridiquement n'entrent pas dans l'une ou l'autre des catégories (...). D'ailleurs, on n'utilise jamais à leur propos le nom de l'une des voies de recours indiquées* ». « *les recours spécifiques qui n'existent que dans des situations bien précises et qui jouent le rôle de l'appel.*

- *Pêle-mêle on trouve le déféré de l'article 916 qui permet de porter devant la formation collégiale de la cour d'appel les décisions rendues par le magistrat de la mise en état ; la première chambre de la Cour de cassation en ne voyant pas dans le déféré une véritable voie de recours, avait jugé que le magistrat ayant rendu la décision attaquée pouvait faire partie de la formation collégiale (ce qui était critiquable au regard du droit à un procès équitable). La deuxième chambre civile a au contraire jugé que le conseiller de la mise en état ne pouvait connaître du déféré formé contre ses ordonnances ».*

¹³²⁶ *Ibid.*

¹³²⁷ Les voies de recours ont toutes pour fonction de remettre en cause le jugement critiqué (...). C'est toujours vers la remise en cause du jugement que tend la voie de recours. V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°806.

requête dont on sait que traditionnellement, elle ouvre une instance. Bien qu'il paraisse difficile d'admettre qu'il puisse exister plusieurs instances devant la cour d'appel, le déféré n'est pas moins une voie de recours.

656. Ainsi, le déféré apparaît comme un recours exceptionnel ouvert dans des circonstances assez particulières contre les ordonnances du conseiller de la mise en état. Le caractère exceptionnel de ce recours doit être préservé. Les conséquences tirées de la définition proposée de l'exception de procédure y contribuent. Il apparaît d'abord inutile de prévoir des recours contre les ordonnances du conseiller de la mise en état (A). Un déféré doit cependant être prévu dans des circonstances exceptionnelles (B).

A- L'inutilité de l'ouverture d'un recours immédiat contre les ordonnances du conseiller de la mise en état

657. On appelle conseiller de la mise en état, le magistrat en charge de la mise en état de l'affaire devant la cour d'appel. L'activité judiciaire de ce magistrat est consacrée par des ordonnances. Une fois la mission de ce dernier terminée, la cause est transmise à la formation collégiale de la cour d'appel pour y être jugée. Ce magistrat a, au regard des textes, compétence exclusive au même titre que le juge de la mise en état pour statuer sur les exceptions de procédure.

658. Mais dans la proposition défendue dans cette étude, seules les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance doivent relever désormais de sa compétence exclusive. Il pourra cependant statuer sur les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance dès lors que celles-ci sont soulevées devant lui. La question se pose de savoir si un recours immédiat devrait être prévu à l'encontre des décisions par lesquelles il se prononce sur une exception de procédure.

659. L'examen des textes indique que le législateur n'a pas prévu en principe un recours immédiat contre les ordonnances du conseiller de la mise en état. Le principe transparaît de la lecture de l'article 916, al. 1^{er} du Code de procédure civile aux termes duquel : « *les ordonnances du conseiller de la mise en état ne sont susceptibles d'aucun recours*

indépendamment de l'arrêt sur le fond ». A l'analyse, cette disposition opère déjà une distinction en renvoyant à l'« arrêt sur le fond ». Or, on sait bien que le conseiller de la mise en état ne rend que des ordonnances. Ainsi, tout recours contre ces ordonnances est différé jusqu'au prononcé de la décision finale sur le fond du litige que rendra la formation collégiale de la cour d'appel.

660. Les ordonnances du conseiller de la mise en état ne sont susceptibles ni d'appel, ni de pourvoi immédiats. En effet, la voie de l'appel est à exclure vu que le conseiller de la mise en état n'est pas une juridiction de premier degré. L'appel est une voie de reformation ou d'annulation ouverte en principe contre les décisions rendues en première instance¹³²⁸. L'opposition n'est non plus ouverte contre les ordonnances du conseiller de la mise en état. En effet, ce recours est une voie de rétractation ouverte contre les décisions rendues par défaut. Elle a pour but de rétablir le contradictoire devant l'organe qui avait rendu la décision. Le souci de célérité qui a conduit le législateur à fermer ce recours contre les ordonnances du juge de la mise état¹³²⁹, a pu justifier qu'il l'ait aussi fermé contre celles du conseiller de la mise en état, bien que l'article 916 ne l'énonce pas expressément. Les mêmes raisons ont pu expliquer qu'il soit fermé contre les ordonnances du conseiller de la mise en état, même si l'article 916 du Code de procédure civile ne l'énonce pas expressément. Cette conséquence peut être déduite du caractère non exclusif de l'expression consacrée : « *les ordonnances du conseiller de la mise en état ne sont susceptibles d'aucun recours* » avant l'arrêt sur le fond¹³³⁰.

661. Enfin, le conseiller de la mise état, étant une juridiction de second degré, ces décisions sont en principe susceptibles de pourvoi en cassation. Ce recours n'est pas fermé. Seul son exercice est différé. Les ordonnances du conseiller de la mise en état sont donc susceptibles de pourvoi en cassation mais celui-ci est différé et ne peut intervenir qu'avec l'arrêt à intervenir sur le fond du litige. Tout pourvoi immédiat formé contre une ordonnance du conseiller de la mise en état devrait donc être déclaré irrecevable.

¹³²⁸ En matière civile, la voie de l'appel n'est ouverte contre les jugements rendus par les juridictions de premier degré CPC, art. 542.

¹³²⁹ En occurrence l'opposition.

¹³³⁰ On a des raisons de penser que si l'opposition devrait être possible, il aurait aussi fallu attendre la décision à intervenir sur le fond de l'affaire, c'est-à-dire l'arrêt de la formation collégiale de la cour d'appel.

662. Suivant la proposition défendue, seules les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance doivent relever de la compétence du juge de la mise en état. Les décisions par lesquelles ce magistrat se prononce sur ces exceptions de procédure doivent être dotées de l'autorité de la chose jugée quel que soit le sens dans lequel ce magistrat a rendu sa décision. Doit-il être possible de recourir immédiatement contre ces décisions ? Il faut faire du conseiller de la mise en état tout comme du juge de la mise en état un véritable juge de l'introduction de l'instance. Ainsi, les décisions par lesquelles le conseiller de la mise en état statue sur les exceptions de procédure relevant de sa compétence exclusive ne devraient pouvoir être remises en cause que par voie de cassation pour l'exercice de laquelle il faudra attendre l'arrêt sur le fond du litige que rendra la formation collégiale de la cour d'appel. Les décisions par lesquelles le conseiller de la mise en état statue sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée. Rien ne s'oppose à ce qu'elles soient remises en cause devant la formation collégiale de la cour d'appel. Il est donc inutile de prévoir des voies de recours immédiat à l'encontre de ces décisions

663. L'inutilité des recours immédiats contre des ordonnances du conseiller de la mise en état n'ont cependant rien à voir avec l'autorité de la chose jugée qu'on propose d'attacher aux décisions par lesquelles ce magistrat statue sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance. La jurisprudence n'est malheureusement pas en ce sens¹³³¹. Ainsi, selon l'idée défendue, le conseiller de la mise en état sera « *l'organe en charge de l'introduction de l'instance* » et la formation collégiale de la cour d'appel « *l'organe de jugement* ». Les décisions réunies des deux organes pourront être au final déférées devant la Cour de cassation par voie de pourvoi.

664. Cet idéal défendu ne serait plus possible lorsque l'instance a connu une fin anticipée devant le conseiller de la mise en état. Dans ce cas, il n'y a plus lieu d'attendre la décision de la formation collégiale de la cour d'appel car elle n'interviendra jamais. Cette raison justifie qu'il soit aménagé un recours exceptionnel dans cette hypothèse, le déféré.

¹³³¹ Pour la jurisprudence, les ordonnances du juge de la mise en état n'acquièrent l'autorité de la chose jugée que si elles mettent fin à l'instance. V. Cass. 3^e civ., 30 oct. 2012, n°11-23.019 : *Procédures* 2013, n°6 obs. R. Perrot ; Cass. 2^e civ. 13 mars 2008 : *JCP* 2008, II, 10076, note Salati ; *Procédures* 2008, n°134, obs. R. Perrot ; *D.* 2008, Chron. C. cass. 2373, obs. Sommer.

B- L'exceptionnelle ouverture du déféré en cas d'extinction prématurée de l'instance

665. L'instance prend fin en principe par la décision finale sur le fond de l'affaire. Mais la décision par laquelle le conseiller de la mise en état statue sur une exception de procédure peut provoquer devant ce magistrat une fin anticipée de l'instance. Il peut en être ainsi des ordonnances par lesquelles il statue sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance ou d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance soulevée devant lui. Dans toutes ces hypothèses donc, l'instance connaît une fin anticipée. Les décisions par lesquelles le conseiller de la mise en état a statué sur ces exceptions de procédure sont dotées de l'autorité de la chose jugée. En toute logique, rien n'empêche l'exercice d'un pourvoi immédiat puisque l'instance ayant pris prématurément fin, la formation collégiale de la cour d'appel ne pourra plus connaître du fond de l'affaire. Il est donc inutile d'attendre son arrêt sur le fond.

666. Les parties devront dans ces cas, exceptionnellement plutôt que d'exercer un pourvoi immédiat, recourir un déféré. Celui-ci apparaît comme l'affirme un auteur comme : *« une issue de secours qui n'a lieu d'être ouverte que, de façon subsidiaire, dans les hypothèses où l'ordonnance du conseiller de la mise en état barre la route à une venue de l'affaire devant la formation collégiale ; ce qui n'est pas le cas si sa décision ne met pas fin à l'instance »*¹³³². Il faut peut être voir dans une telle mesure la recherche de l'affaire sur le fond auquel l'exercice du pourvoi contre les ordonnances du conseiller de la mise en état reste conditionné. Dans ce sens, il faut approuver sur principe la jurisprudence de la Cour de cassation qui conditionne le déféré à l'extinction de l'instance devant le conseiller de la mise en état¹³³³ bien que la formulation littérale de l'article 916 du Code de procédure civile ne soit pas en ce sens¹³³⁴. Le législateur a sans doute voulu à travers une telle disposition doter

¹³³² *Ibid.*

¹³³³ Cass. 2^e civ., 13 mars 2008, *pourvoi n°07-11.384, FS-P+B.*

¹³³⁴ CPC, art. 916 : « Les ordonnances du conseiller de la mise en état ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond.

Toutefois, elles peuvent être déférées par simple requête à la cour dans les quinze jours de leur date lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance, lorsqu'elles constatent son extinction, lorsqu'elles ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps, lorsqu'elles statuent sur une exception de procédure, un incident mettant fin à l'instance, la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel ou de la caducité de celui-ci ou lorsqu'elles prononcent l'irrecevabilité des conclusions en application des articles 909 et 910 ».

toutes les décisions par lesquelles le conseiller de la mise en état statue sur une exception de procédure de l'autorité de la chose jugée. Telle n'est pas l'interprétation de la haute juridiction qui juge que : « *c'est seulement lorsque, en statuant sur une exception de procédure, l'ordonnance du conseiller de la mise en état met fin à l'instance, qu'elle a, au principal, l'autorité de la chose jugée* »¹³³⁵. Une telle interprétation, on l'a souligné, n'est pas acceptable. Toutes les décisions par lesquelles le magistrat de la mise en état statue sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance doivent être dotées de l'autorité de la chose jugée quel que soit le sens dans lequel il a rendu sa décision. Bien qu'il n'ait pas une compétence exclusive sur les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance, les décisions par lesquelles, il statue sur celles-ci quand elles sont soulevées devant lui doivent acquérir l'autorité de la chose jugée lorsqu'elles ont eu pour effet de mettre fin à l'instance.

667. Le déféré doit demeurer un recours exceptionnellement ouvert dans des hypothèses où l'instance a connu une fin prématurée devant le conseiller de la mise en état. Ce recours devra donc être exercé en lieu et place du pourvoi immédiat. À la suite des recours spécifiques, c'est maintenant aux recours classiques qu'il faut s'intéresser.

SECTION 2 : LES RECOURS CLASSIQUES

668. Il faut préciser à présent l'incidence que peut avoir la définition renouvelée de l'exception de procédure ainsi que le régime qui en découle sur les voies de recours classiques. Classiquement, les recours sont répartis en recours ordinaires et en recours extraordinaires. Cette répartition a été critiquée par plusieurs auteurs¹³³⁶ au nombre

¹³³⁵ Cass. 2^e civ., 13 mars 2008, *pourvoi n°07-11.384, FS-P+B*.

¹³³⁶ E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.*, n°478 : « Il paraît plus exacte (...) de distinguer les voies de recours générales qui s'appliquent la plupart du temps (l'appel et le pourvoi en cassation) et les voies de recours spéciales qui s'appliquent dans des circonstances particulières (tierce-opposition, révision, rectification » ; G. Wiederkehr, « Le système des voies de recours en droit privé français », *RID comp.* 1989, numéro spécial, Vol. 11, p. 225, spéc. p.241 ; L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°275, spéc. p. 923 : « Il n'est donc pas étonnant que cette théorie classique des voies de recours ait été remise en cause et qu'on lui préfère parfois une théorie moderne plus conforme à l'état du droit positif et à l'observation de l'utilisation des voies de recours. C'est ainsi que le doyen Héron distinguait des voies de recours normales des voies de recours particulières. Les voies de recours normales sont celles qui sont le plus généralement utilisées et qui sont soumises à des régimes comparables. Il en est ainsi de l'appel et du

desquels Jacques Héron¹³³⁷. Cet auteur propose en effet, de distinguer les voies de recours normales des voies de recours particulières¹³³⁸. Les premières regrouperaient l'appel et le pourvoi en cassation et les secondes l'opposition, la tierce-opposition et le pourvoi en révision¹³³⁹. Sur les premières, l'auteur justifie sa proposition en précisant, d'une part, que : « *l'adjectif normal traduit mieux d'abord l'idée qu'elles sont les voies de recours qu'a priori une partie doit envisager à l'issue de l'instance, pour critiquer le jugement rendu.* »¹³⁴⁰. Dans ce sens, « *contre un jugement rendu en premier ressort, c'est l'appel ; contre un jugement rendu en dernier ressort, c'est le pourvoi en cassation* »¹³⁴¹, il indique, d'autre part, que « *L'adjectif traduit mieux aussi une autre idée qui complète la première : normalement (...) ces deux voies de recours sont aussi suffisantes, c'est-à-dire qu'elles suffisent à garantir les parties contre les erreurs qu'un juge peut commettre* ». Sur les secondes¹³⁴², la qualification

pourvoi. Les voies de recours particulières répondent à des situations plus exceptionnelles comme l'opposition, le recours en révision et la tierce-opposition. Cette nouvelle classification présente des intérêts » ; V. S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, n°521 : « *La classification des voies de recours révèle des insuffisances notables, du fait tant de la multiplication de voies de recours prétoriennes que des règles applicables aux voies de recours. C'est la raison pour laquelle une classification plus moderne a été proposée.* ».

¹³³⁷ J. Héron, « *convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours* », in *Le juge entre deux millénaires Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 369, spéc. n°7 s. L'auteur après avoir suggéré une répartition des recours en voies de recours générales et en voies de recours spéciales (V. J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Paris, 1991, n°592) propose après réflexion « *qu'il serait exact de qualifier les premières de normales et les secondes de particulières.* » ; V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°703 s. : « *A l'issue d'une instance, si l'on envisage de former une voie de recours, quelle est celle à laquelle on pense a priori ? A cette question, la réponse n'est pas douteuse. En droit judiciaire privé français, à l'encontre d'un jugement rendu en premier ressort, c'est l'appel qui apparaît comme la voie de recours qui doit être exercée, c'est elle que le législateur a instituée comme voie de recours de principe. La même chose peut être dite du pourvoi en cassation à l'encontre d'un jugement rendu en dernier ressort. ; sur la répartition des recours en voies de recours générales et en voies de recours spéciales.*

Il faut aussi insister sur le caractère suffisant de l'ensemble constitué par ces deux voies de recours. Pour la très grande majorité des procès, c'est-à-dire pour tous les procès qui répondent au schéma normal, leur jeu successif donne à chaque plaideur le droit à un réexamen complet de l'affaire par une juridiction supérieure et à un réexamen des éléments de droit de l'affaire par la juridiction chargée d'assurer l'unité d'application du droit, ce qui correspond au « standard français » de garantie d'une bonne justice. Par exception, pour les procès de faible importance, le standard est réduit à un réexamen des éléments de droit de l'affaire. Dans tous les cas on n'a pas besoin des trois autres voies de recours énoncées par l'article 527 du Code de procédure civile, et de fait le législateur ne les ouvre pas.

¹³³⁸ V. aussi E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.*, n°479 et s. qui distingue les voies de recours générales des voies de recours spéciales.

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ *Ibidem.*

¹³⁴¹ *Ibidem.*

¹³⁴² V. aussi J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°706. : « *Les trois autres voies de recours que sont le recours en révision, l'opposition et la tierce-opposition peuvent être qualifiées de particulières, non seulement parce qu'elles ne sont pas celles auxquelles on pense a priori à l'issue d'une instance, mais encore parce qu'elles sont normalement inutiles, en ce sens qu'elles ne servent qu'à remédier à des situations particulières, qui constituent autant d'anomalies. Elles ne sont ouvertes que lorsque les voies de recours normales sont inadaptées.*

de voies recours particulières se justifie « *non seulement parce qu'elles ne sont pas celles auxquelles on pense a priori à l'issue d'une instance, mais encore parce qu'elles sont normalement inutiles, en ce sens qu'elles ne servent qu'à remédier à des situations particulières* »¹³⁴³. C'est à l'aune de cette répartition, elle-même critiquée par un auteur¹³⁴⁴, qu'on recherchera les raisons qui justifient la fermeture des recours particuliers contre les décisions par lesquelles le juge statue sur une exception de procédure (§1) et que seules doivent demeurer ouvertes les voies de recours normales (§2).

§1.- La fermeture des voies de recours particulières

669. Les voies de recours particulières ne doivent pas être ouvertes contre les décisions par lesquelles le juge statue sur une exception de procédure. La législation est en ce sens. A ce propos, certaines voies de recours particulières peuvent être supposées fermées en raison de l'inadaptation de leur objet à celui de l'exception de procédure. Il en va ainsi de la tierce-opposition et du recours en révision. Il en va autrement de l'opposition qui a été expressément fermée par le législateur. A ce propos, les ordonnances du juge de la mise en

La meilleure illustration de ces caractères est fournie par le recours en révision. Ce n'est certainement pas à lui qu'une partie pense a priori pour remettre en cause le jugement rendu et, par bonheur, il est normalement inutile. De façon positive, le recours en révision est institué en raison de circonstances très particulières, énoncées par l'article 595 du Code de procédure civile, circonstances pour lesquelles les voies de recours normales sont le plus souvent inadaptées : l'appel peut être inadapté en raison du bref délai dans lequel est enfermé son exercice. Le pourvoi l'est aussi pour cette raison, mais il l'est plus encore en raison de l'absence de dévolution en fait. En revanche, le recours en révision implique nécessairement un réexamen de l'affaire en fait et en droit. C'est ce qui explique que le recours en révision soit ouvert en même temps que le pourvoi en cassation. A l'inverse, tant que l'appel reste ouvert, le recours en révision est fermé parce qu'il est inutile, l'appel permettant de remédier au vice dont le jugement est affecté.

Il en va de même pour la tierce-opposition . Le plus souvent, les décisions rendues entre deux parties n'affectent pas les droits des tiers. Il n'existe donc aucune raison pour ces tiers puissent former une voie de recours contre une décision dont l'existence leur est indifférente. La tierce-opposition est alors dépourvue d'objet. (...).

La même chose peut encore être dite de l'opposition. Le défendeur est cité devant le juge ; aussi le défaut de comparution constitue-t-il une anomalie, en raison de laquelle, dans certains cas, l'opposition est ouverte. Mais plus encore il faut insister sur l'alternative que pose le Code de procédure civile entre l'appel et l'opposition. L'ouverture de l'appel entraîne la fermeture de l'opposition et vice versa. Une fois de plus on constate que c'est l'inadaptation des voies de recours normales (...) qui justifie l'ouverture d'une voie de recours particulière ».

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ K.,Salhi, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse, Caen, 2004, n°718 s. L'auteur conteste en effet pour diverses raisons, le classement de l'opposition et de la tierce-opposition au sein des voies de recours particulières. L'auteur propose d'opposer les voies de recours générales aux voies de recours spéciales.

état et les arrêts de la cour d'appel ne sont pas susceptibles d'opposition. Des trois voies de recours particulières, on s'intéressera principalement à l'opposition et au recours en révision. L'examen de la tierce-opposition apparaît ici sans grande utilité en raison du fait qu'elle constitue une voie de recours spécialement ouverte à un tiers à qui la décision rendue fait grief. Or, l'exception de procédure généralement ne porte pas atteinte aux droits des tiers. On indiquera les raisons qui justifient que soient fermées l'opposition (A) puis le recours en révision (B).

A- L'inutilité de l'opposition

670. Doit-on ouvrir la voie de l'opposition contre la décision qui a statué sur une exception de procédure ? Une telle voie de recours en raison des objectifs qu'elle poursuit paraît inutile en cette matière.

671. En effet, l'opposition est une voie de recours ordinaire¹³⁴⁵ dite de rétractation¹³⁴⁶ ouverte contre les décisions rendues par défaut¹³⁴⁷ dans le but de rétablir la contradiction¹³⁴⁸.

¹³⁴⁵ Cependant MM. Cadiet et Jeuland, parlent de « *fausse voie de recours ordinaire* ». Pour ces auteurs, il s'agit plutôt d'une voie de recours extraordinaire V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°852. Ces auteurs soulignent que « *la qualification même de l'opposition comme voie de recours ordinaire est éminemment contestable. Le critère de la voie de recours ordinaire est, traditionnellement, qu'elle est ouverte dans tous les cas où la loi ne l'exclut pas expressément. Tel n'est pas le cas de l'opposition qui n'est ouverte qu'au cas où le jugement est insusceptible d'appel et, encore, à la condition que le défendeur n'ait pas été saisi à personne. Il n'y a plus de raison de classer l'opposition parmi les voies de recours ordinaires qu'il n'y en a de classer la tierce-opposition dans les voies de recours extraordinaires alors que l'article 585 du Code de procédure civile dispose : « tout jugement est susceptible de tierce-opposition si la loi n'en dispose pas autrement », ce qui est ni plus ni moins la définition de la voie de recours ordinaire* ». V. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°1153 : « *Le champ de l'opposition s'est réduit parallèlement avec la « montée » des obligations et des sanctions du principe de la contradiction, tant pendant le déroulement de l'instance, qu'antérieurement avec l'assignation* ».

¹³⁴⁶ En matière de recours, on oppose aussi, les voies de recours de reformation aux voies de recours de rétractation. La voie de recours de reformation est portée devant une juridiction supérieure à la juridiction dont le jugement est frappé du recours ; la voie de rétraction est, au contraire, portée devant le même juge mais pour qu'il juge à nouveau dans les circonstances différentes puisque le second jugement sera rendu dans le respect de la contradiction ». V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°275, spéc. p. 922.

¹³⁴⁷ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n°413 : « *La philosophie du Code est limpide : le plaideur négligent ne mérite pas d'être l'objet d'une protection particulière. Etant engagé dans un lien d'instance, ayant comparu, il ne saurait bénéficier de la voie de l'opposition. Les articles 469 et 470 du Code ferment donc la voie de l'opposition en cas de défaut faute de diligence, considérant que cette voie ne doit pas être ouverte que lorsque le principe de la contradiction est en péril et qu'elle n'a pas lieu d'être ouverte lorsqu'est en cause la seule inertie des parties. En fait, il s'agit d'éventualités où l'une ou l'autre des parties, quand ce ne sont pas les deux, fait preuve d'une inertie procédurale caractérisée. L'article 469, C. pr. civ. pose*

Après avoir connu ces moments de gloire, cette voie de recours a vu progressivement son domaine se rétrécir en raison d'une définition de plus en plus stricte du jugement par défaut¹³⁴⁹. Elle est perçue désormais comme une source de lenteur des procédures. Ceci explique sans doute qu'elle soit fermée dans nombre de contentieux, principalement dans les procédures rapides¹³⁵⁰. Le souci d'imprimer une certaine célérité à l'instruction a pu guider le législateur à soustraire les ordonnances du juge de la mise en état de cette voie de recours¹³⁵¹. C'est dans ce sens que l'alinéa 1^{er} de l'article 776 du Code de procédure civile prévoit expressément que « *les ordonnances du juge de la mise en état ne sont pas susceptibles d'opposition* »¹³⁵². Dans le même sens, l'alinéa 2 de l'article 87 du Code de procédure civile prévoit que l'arrêt par lequel la cour d'appel s'est prononcée sur un contredit de compétence « *n'est pas susceptible d'opposition* »¹³⁵³.

672. C'est l'article 476 du Code de procédure civile qui semble fixer le domaine de l'opposition. Aux termes de cette disposition : « *le jugement rendu par défaut peut être frappé d'opposition, sauf dans le cas où cette voie de recours est écartée par une disposition expresse* ». La lecture de cette disposition semble révéler que dans tous les cas où

une règle applicable tant au demandeur qu'au défendeur : si l'une des parties ne respecte pas les règles en accomplissant dans les délais les actes de procédure (on a pensé spécialement à la procédure de la mise en état et au pouvoir du juge), « le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose ». C. pr. civ. 469, al. 1^{er} ».

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 852 « *Le défaut de comparution d'une partie n'empêche pas le jugement d'être contradictoire ; qu'il est réputé contradictoire, même si le défendeur n'a pas été cité à personne, dès lors que la décision est susceptible d'appel et que, dans l'hypothèse d'une pluralité de défendeurs, il suffit que le jugement soit contradictoire ou réputé contradictoire à l'égard d'un pour fermer l'opposition à tous* ».

¹³⁵⁰ La procédure de référé, la procédure devant le juge de l'exécution.

¹³⁵¹ Comme cela a été clairement précisé dans la circulaire du 8 février 2006 relative à l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 2006 du décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom en date « *l'objectif de célérité des procédures impose d'accorder une attention particulière à la mise en état ... V. Circ. min. justice, 8 fév. 2006, CIV 2006-04 C3/08-02-2006, NOR : JUSCO62000C, BO min. just. n°101* » ; V. X. Marchand et X. Vuitton « *Le juge de la mise en état* », *fasc. cit.*, n°18 : « *Le souci de célérité et d'efficacité mis en avant par les différents décrets qui ont progressivement construit l'office du juge de la mise en état, justifie qu'il lui a été permis d'ordonner les mesures administratives nécessaires pour faire en sorte que n'ai pas être porté à la connaissance de la formation collégiale que les seuls litiges qui nécessitent d'être tranchés, lui laissant donc le soin de constater l'extinction de l'instance ou la conciliation des parties, de trancher sur les dépens et les demandes formées en application de l'article 700 du Code de procédure civile et de procéder aux jonctions et disjonctions d'instance* ».

¹³⁵² M. Douchy-Oudot, « *La scission des phases de l'instance : la mise en état* », *art. préc.* p. 244, n°27.

¹³⁵³ Cass. com., 12 fév. 1985 : *Bull. civ.* 1985, IV, n°59 ; *D.* 1985, somm. p. 473 obs. P. Julien ; Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1988, I, *Bull. civ.* 1988, I, n°13.

l'opposition n'a pas été expressément fermée, elle doit être considérée ouverte contre les jugements rendus par défaut.

673. La voie de l'opposition ne doit pas être ouverte contre une décision ayant statué sur une exception de procédure. Cette voie semble à la fois inadaptée et inutile. Inutile parce qu'elle serait source de lenteur ; inadaptée parce que la portée qui exerce une opposition relativement à la décision finale sur le fond pourra à l'occasion faire valoir tous ses moyens. Il paraît difficile qu'une partie puisse exercer une opposition dans le seul but de voir rejurer une exception de procédure sur laquelle le juge s'était prononcé en son absence. Cette même raison fonde le fait que la voie du recours en révision ne soit pas adaptée à l'objet des exceptions de procédure.

B- L'inadaptation du recours en révision

674. La voie du recours en révision ne doit pas être ouverte contre les décisions qui statuent sur une exception de procédure, peu importe qu'il s'agisse d'une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance ou d'une exception de procédure opposée à sa continuation. Les textes sont en ce sens bien qu'aucune disposition ne l'énonce expressément. En effet, aux termes de l'article 593 du Code de procédure civile, « *le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* ». Cette disposition fixe le domaine dans lequel ce recours est possible. De par son objet, il ne vise que les décisions qui se sont prononcées sur le fond du litige¹³⁵⁴. Cette position a été confirmée par la cour d'appel de Grenoble qui a déclaré irrecevable le recours en révision formé contre une décision de sursis à statuer dans la mesure où cette décision ne statue pas sur la matière litigieuse mais a pour seul effet de suspendre le cours de l'instance¹³⁵⁵. On imagine mal alors un juge déclarer recevable un recours en révision exercé contre une décision se prononçant exclusivement sur une exception de procédure, dans le seul but de la voir reformée. Les causes d'ouverture du recours en révision ont été limitativement énumérées à l'article 595 du Code de procédure

¹³⁵⁴ A-C. Mercier, *La révision des décisions juridictionnelles*, thèse, Bordeaux, Juillet 2000.

¹³⁵⁵ CA. Grenoble, 12 décembre 1996 : *JurisData* n°1996-055753.

civile¹³⁵⁶ ne s’y prêtent pas. Les idées défendues dans le cadre de cette étude ne s’opposent pas au contenu de cette disposition. A la différence des recours particuliers, les voies recours normaux doivent demeurer largement ouvertes à l’encontre des décisions qui statuent sur les exceptions de procédure, peu important qu’il s’agisse *d’exception de procédure opposée à l’ouverture de l’instance ou à sa continuation*.

§2.- L’ouverture des recours normaux

675. Il faut indiquer à présent l’impact de la définition renouvelée de l’exception de procédure sur les recours normaux. Ceux-ci regroupent aux dires des auteurs¹³⁵⁷, l’appel et le pourvoi en cassation. Ils apparaissent aussi comme des remèdes contre les erreurs pouvant entacher les décisions de justice par lesquelles le juge statue sur une exception de procédure¹³⁵⁸. Dans le souci de palier, en cette matière, les abus auxquels peuvent conduire les recours sur le cours de l’instance, le législateur a pris le soin de régler leur mise en œuvre. Ainsi, de façon générale, l’exercice de ces recours a été soumis à un principe de concentration¹³⁵⁹. Cette volonté du législateur découle des différentes dispositions qui organisent ces recours. Il apparaît de façon générale que ceux-ci ne peuvent intervenir que conjointement avec la décision finale sur le fond du litige. Cette volonté n’est atténuée que dans des cas limitativement définis par le législateur. La chronologie de ces recours voudrait qu’il soit examiné en premier lieu l’appel (A) puis en second lieu le pourvoi en cassation (B).

¹³⁵⁶ CPC, art. 595 : « le recours en révision n’est ouvert que pour l’une des causes suivantes :

1° S’il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle, elle a été rendue

2° Si depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d’une autre partie

3° S’il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ;

4° S’il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement.

Dans tous ces cas, le recours n’est recevable que si son auteur n’a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu’il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée» .

¹³⁵⁷ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°275, spéc. p. 924, les voies de recours normales sont « celles qui sont le plus souvent utilisées et qui s’inscrivent dans le cours ordinaire d’un procès, de manière verticale. Il s’agit de l’appel et du recours en cassation ».

¹³⁵⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°680.

¹³⁵⁹ J. Héron et Th. Le Bars *Droit judiciaire privé*, op. cit., n°703.

A- L'appel

676. On propose d'attacher l'autorité de la chose jugée à toutes les décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure relevant de sa compétence exclusive et celles par lesquelles il met fin à l'instance en statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. S'il est une évidence que l'appel doit être possible dans tous ces cas, la question se pose tout de même de savoir à quel moment, il doit intervenir (1). Aussi faudra-t-il indiquer l'organe compétent entre le conseiller de la mise en état et la formation collégiale pour connaître en appel des exceptions de procédure relatives à la première instance (2).

1- Le moment de l'appel

677. En matière d'exceptions de procédure, les dispositions disséminées dans le Code de procédure civile soumettent l'appel à un principe de concentration des recours. A ce titre, les décisions qui statuent sur une exception de procédure ne sont susceptibles d'appel qu'avec le jugement final à intervenir ultérieurement sur le fond du litige. Les conséquences tirées ne doivent pas y déroger. Ainsi, le principe en cette matière continuera à être celui d'un appel différé (a). Ce principe connaît des exceptions dans des circonstances assez particulières (b).

a- Le maintien du principe d'un appel différé

678. Le moment de l'appel intéresse tant les décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur une exception de procédure (α) que celles par lesquelles la formation de jugement du tribunal statue sur les exceptions de procédure relevant de sa compétence (β).

α - La nécessité d'un appel différé contre les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur les exceptions de procédure.

679. On ne peut en principe recourir que contre une décision dotée de l'autorité de la chose jugée. En proposant d'attacher celle-ci à toutes les décisions par lesquelles le juge de la mise en état statue sur les exceptions de procédure relevant de sa compétence

exclusive quel que soit le sens dans lequel il aura rendu sa décision, on peut penser que leur remise en cause devrait être immédiatement possible. Or, il n'en est rien. L'appel contre les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure devra continuer par être régi par le principe de concentration des appels mis à mal par la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, la haute juridiction par un arrêt rendu le 11 juillet 2013 a ouvert la voie de l'appel immédiat contre les ordonnances du juge de la mise en état rejetant une exception de procédure susceptible de mettre fin à l'instance¹³⁶⁰. Une telle option de la part de haute juridiction est regrettable, car ces décisions n'ayant pas acquis l'autorité de la chose jugée peuvent être remises en cause devant la formation de jugement du tribunal. L'ouverture de cette voie apparaît comme un double-emploi, les mêmes décisions pouvant être querellées en appel et devant la formation de jugement. On propose que le pouvoir soit donné au juge de la mise en état de fixer irrévocablement le point de départ du procès en première instance. Celle-ci ne devra plus être remise en cause ni devant la formation de jugement du tribunal ni immédiatement en appel.

680. La partie qui entend contester l'ouverture de l'instance devra attendre la décision finale sur le fond du litige¹³⁶¹. On évitera ainsi que des voies des recours exercées en cours d'instance ne viennent hacher le cours de l'instance. Cette idée n'est pas celle qui a prévalu à la rédaction de l'article 776 du Code de procédure civile aux termes duquel les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur les exceptions de procédure sont susceptibles d'appel dans les quinze jours de leur date. Le sens littéral de cette formulation indique clairement que le législateur a soustrait ces décisions du principe de concentration des voies de recours. Suivant cette formulation, l'appel devrait être immédiatement possible peu important que le juge de la mise en état ait accueilli ou non l'exception de procédure.

¹³⁶⁰ Cass. 2^e civ., 11 juill. 2013, n°12-15.994, *Procédures 2013*, n°276, obs. R. Perrot

¹³⁶¹ A la différence de la pratique actuelle, les décisions du juge de la mise en état qui statuent sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance n'ont pas mis fin à l'instance ne pourront plus être remises en cause devant la formation de jugement mais en appel. L'appel ne sera donc possible contre de telles décisions que conjointement avec la décision à intervenir sur le fond du litige. Il en va autrement des ordonnances du juge de la mise en état qui statuent sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance n'ont pas mis fin à l'instance devant ce magistrat. Celles-ci peuvent être remises en cause devant la formation de jugement du tribunal. Il y a une raison toute simple à cela. Il revenait à cette formation de se prononcer sur ces exceptions de procédure dont l'existence, on l'a souligné ne se justifie que dans la phase de l'instance conduisant vers le prononcé du jugement final sur le fond.

Pour la haute juridiction cependant, l'appel n'est immédiatement ouvert que si l'ordonnance du juge de la mise en état a mis fin à l'instance.

681. La nécessité de concentrer l'appel intéresse aussi les décisions par lesquelles la formation de jugement du tribunal statue sur les exceptions de procédure relevant de sa compétence.

β- La nécessité d'un appel différé contre les jugements du tribunal statuant sur les exceptions de procédure.

682. Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance relèvent en principe de la compétence de la formation de jugement du tribunal. La question se pose de savoir si un appel doit être ouvert contre les décisions par lesquelles cette formation statue sur ces exceptions de procédure. A ce propos, on pense que l'appel ne devrait pas être immédiatement ouvert contre les décisions par lesquelles le tribunal statue sur les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance. On propose ainsi que les décisions par lesquelles le juge statue sur de telles exceptions de procédure soient différés jusqu'au prononcé de la décision finale à intervenir ultérieurement sur le fond du litige. L'interprétation que donne la Cour de cassation à l'article 544 du Code de procédure civile est en ce sens.

683. Les décisions par lesquelles la formation de jugement du tribunal s'est prononcée sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance ou sur celle-ci lorsqu'elle a été soulevée à nouveau devant elle ne doivent en principe faire l'objet d'un appel qu'avec le jugement final sur le fond du litige. Cette proposition s'harmonise avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour emprunter les propos d'auteurs, on pense que : « *la concentration des recours présente l'avantage d'éviter de hacher le procès par l'exercice de voie de recours dont on peut penser qu'elles seraient parfois exercées dans une intention dilatoire* ». Il n'y a aucun intérêt à recourir immédiatement contre les décisions par lesquelles la formation de jugement statue sur une exception de procédure opposées à la continuation de l'instance. Ce d'autant plus qu'on propose que celles-ci puissent être soulevées au fur et à mesure de leur survenance ou de leur révélation.

684. Le principe de concentration de l'appel qu'on juge adéquat en matière d'exceptions de procédure perd son intérêt dans certaines circonstances. Ce sont celles-ci qu'il faut à présent examiner.

b- Les circonstances d'ouverture d'un appel immédiat

685. On a proposé précédemment que les décisions par lesquelles le juge statue sur une exception de procédure ne puissent pas faire l'objet d'un appel indépendamment de la décision finale à intervenir ultérieurement sur le fond. A cette règle générale, doivent déroger certaines situations. L'appel immédiat doit parfois être subordonné à l'autorisation préalable du premier président de la cour d'appel (α). L'appel immédiat ne devra pas dans certaines circonstances être subordonné à l'autorisation du premier président (β).

α - Un appel immédiat sur autorisation

686. Sur autorisation du premier président de la cour d'appel, on pourra recourir contre la décision accordant un sursis à statuer si l'appelant justifie d'un motif grave et légitime. Différentes exceptions de procédure peuvent conduire à un tel effet qu'il s'agisse de celle qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance ou de celle qu'il oppose à sa continuation. L'appel immédiat ne devra cependant pas être possible contre les décisions par lesquelles le juge fait droit à une exception dilatoire opposée à l'ouverture de l'instance. Celle-ci, on l'a souligné, ne vise pas formellement un sursis à statuer. En écartant donc celles-ci, l'appel immédiat pour motif grave et légitime ne doit être réservé qu'aux seules décisions par lesquelles le juge statue sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance. Mais celles-ci, on l'a souligné, peuvent être soulevées tant devant le juge de la mise en état que devant la formation de jugement. La question se pose de savoir si un appel immédiat doit être ouvert contre les décisions par lesquelles ces deux organes ordonnent un sursis à statuer lorsqu'ils sont saisis d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. On pense que pour éviter un double-emploi, un tel recours ne doit être ouvert que contre la décision par laquelle la formation de jugement statue sur une telle exception

dilatoire. L'appel immédiat contre le sursis à statuer ordonné par le juge de la mise en état est donc inutile (1.1), mais elle conserve toute son utilité devant lorsque le sursis à statuer est ordonné par la formation de jugement du tribunal (1.2)

1.1. L'inutilité de l'ouverture de l'appel immédiat contre le sursis à statuer ordonné par le juge de la mise en état

687. Bien qu'on propose que les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance puissent relever de la compétence de la formation de jugement du tribunal, on ne peut écarter l'hypothèse où celles-ci sont soulevées devant le juge de la mise en état. En pareille occurrence, ce magistrat ne devra pas se déclarer incompétent. Il doit se prononcer sur une telle exception de procédure. Parmi les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance figurent aussi les exceptions dilatoires. La décision par laquelle le juge de la mise en état fait droit à celles-ci est une décision de sursis à statuer. La question se pose de savoir si un appel doit être immédiatement ouvert contre les ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état accorde ou refuse un sursis à statuer. On a, d'abord pensé, en interprétation de l'article 380 du Code de procédure civile que l'appel immédiat n'était ouvert que contre les seules décisions par lesquelles le juge accorde un sursis à statuer¹³⁶². Or, il n'en est rien. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation est venu lever le doute. L'appel est immédiatement même lorsque la décision n'a pas fait droit à la demande de sursis à statuer¹³⁶³. On est, cependant, en droit de s'interroger sur l'opportunité d'ouvrir un appel immédiat contre les ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état accueille ou rejette une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance. Un tel recours à cette phase de l'instance semble inutile. La décision qui accueille ou rejette une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance n'a pas pour effet, ni directement ni indirectement, de mettre fin à l'instance. Les parties pourront à nouveau

¹³⁶² H. Croze, note sous cass. 2^e civ., 25 juin 2015, n°14-18.288, *Procédures 2015*, n°288 : « on considérerait jusqu'alors qu'elle n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 380 qui ne vise que la décision de surseoir à statuer (cass. soc., 18 déc. 2001, n°00-42.729) ».

¹³⁶³ Cass. 2^e civ., 25 juin 2015, n°14-18.288, *Procédures 2015*, n°288, note H. Croze.

en débattre devant la formation de jugement du tribunal. Est-il alors nécessaire d'ouvrir l'appel contre une décision pouvant être remise en cause devant la formation de jugement ?

688. Il est inutile de prévoir une voie de recours contre les ordonnances par lesquelles le juge de la mise en état accueille ou rejette une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance. On se servira de quelques exemples dans le droit actuel pour illustrer cette affirmation. Il ressort de l'article 380, al. 1^{er} et de la jurisprudence précitée que la décision qui accueille ou refuse un sursis à statuer est susceptible d'un appel immédiat. Dans le premier cas sur autorisation du premier président de la Cour d'appel et dans le second cas qu'il ait lieu de rechercher une autorisation. Cette voie de recours est ouverte tant contre les ordonnances du juge de la mise en état que contre les décisions de la formation de jugement du tribunal accordant ou refusant une telle mesure. L'ouverture de cette voie de recours contre les ordonnances du juge de la mise en état, dont on sait que les décisions n'acquièrent l'autorité de la chose jugée que si elles terminent l'instance, opère cependant, comme un double-emploi. La décision qui ordonne ou rejette un sursis à statuer, on l'a souligné, ne met jamais fin à l'instance. Même lorsqu'il est accordé, le sursis à statuer n'a qu'un effet suspensif sur le cours de l'instance. En conséquence, la décision qui accorde ou rejette un sursis à statuer est dépourvue de l'autorité de la chose jugée et rien ne s'oppose donc à ce qu'elle puisse être remise en cause devant la formation de jugement du tribunal. Il apparaît ainsi que dans tous les cas l'ordonnance du juge de la mise en état qui statue sur une demande de sursis à statuer peut être critiquée tant devant la formation de jugement du tribunal que devant la cour d'appel cette fois sur autorisation du premier président.

689. En dehors de l'article 380 du Code de procédure civile, l'article 776 du même code organise spécifiquement à travers deux dispositions distinctes les recours contre les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure. Cette disposition pose d'abord un principe général suivant lequel les ordonnances du juge de la mise en état ne sont susceptibles de recours qu'avec le jugement sur le fond. Par dérogation à ce principe, elle ouvre la voie de l'appel immédiat sous quinzaine aux ordonnances du juge de la mise en état statuant, d'une part, sur une mesure d'instruction ou un sursis à statuer et, d'autre part, sur une exception de procédure. Or, la demande de sursis à statuer, il faut le

rappeler, est une exception de procédure¹³⁶⁴. L'ordonnance du juge de la mise en état ayant sur une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance peut être querellée tant devant la formation de jugement du tribunal que devant la cour d'appel. Ceci opère comme un double-emploi ainsi que l'a relevé un auteur¹³⁶⁵. Le plaideur a ainsi le choix entre attendre que la cause soit devant la formation de jugement ou recourir immédiatement par la voie de l'appel.

690. Pour pallier à cette situation¹³⁶⁶, l'appel immédiat ne devrait être possible que les seules décisions par lesquelles la formation de jugement statue sur exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance. Ainsi, l'autorisation du premier président ne devrait intervenir que dans l'hypothèse où cette formation a ordonné un sursis à statuer. En d'autres termes, lorsque cette formation accueille une *exception dilatoire opposée la continuation de l'instance*, peu important que l'exception de procédure ait été soulevée pour la première fois devant cette formation ou qu'elle ait été accueillie par le juge de la mise en état puis confirmée par la formation de jugement. Ce n'est que dans ce cas que le recours se justifie.

1.2. L'utilité de l'appel immédiat contre les décisions de sursis à statuer ordonnées par la formation de jugement du tribunal

691. L'appel immédiat ne devrait plus être possible que contre les jugements par lesquels la formation de jugement ordonne exclusivement un sursis à statuer. On propose ainsi, que l'article 380 du Code de procédure civile dans sa rédaction actuelle ne soit appliqué qu'à ces décisions. Un appel immédiat pourra donc être exercé sur autorisation préalable du premier

¹³⁶⁴ Cass., avis, 29 sept. 2008, n°0080007P : *JurisData* n°2008-045266.

¹³⁶⁵ D. Cholet, « Le sursis à statuer au cours de la mise en état », *art. cit.*, n°17.

¹³⁶⁶ D. Cholet, « Le sursis à statuer au cours de la mise en état », *art. cit.*, n°17, l'auteur précisera que l'existence d'un recours contre l'ordonnance par laquelle le juge de la mise en état accorde un sursis à statuer qui par ailleurs n'a pas l'autorité de la chose jugée opère comme un double-emploi qui a pour effet de ralentir la procédure « *puisque l'ordonnance statuant sur le sursis peut également être remise en cause lors de l'audience devant le tribunal* ». V. D. Cholet, « Le sursis à statuer au cours de la mise en état », par ailleurs, *art. cit.*, n°18 : « *Cette situation est symptomatique d'une mauvaise rédaction des textes relatifs à la mise en état trop souvent modifiés ces dernières années. A l'heure où fleurissent les lois dites simplification du droit, il serait bon qu'une véritable clarification règlementaire précise et stable intervienne* ».

président de la cour d'appel. Cette autorisation présidentielle sera nécessaire tant pour les cas de sursis à statuer facultatif que pour les cas de sursis à statuer obligatoire¹³⁶⁷.

692. L'appel immédiat apparaît alors dans ces cas comme une dérogation apportée au principe résultant des articles 544 et 545 du Code de procédure civile, principe suivant lequel les jugements avant dire droit ne sont susceptibles d'un appel qu'avec le jugement à intervenir ultérieurement sur le fond. En principe, la décision par laquelle la formation de jugement du tribunal accorde un sursis à statuer est un jugement avant dire droit contre lequel aucun recours immédiat n'est en principe ouvert.

693. Les jugements avant dire droit ne sont en effet, susceptibles de voies de recours qu'avec le jugement à intervenir ultérieurement sur le fond de l'affaire. Cette règle découle de l'article 545 du Code de procédure civile. Cette disposition prévoit entre autres conditions qu'il sera dérogé à l'impossibilité d'exercer un recours immédiat dans les cas spécifiés par la loi. C'est donc à ce titre que l'article 380 du Code de procédure civile subordonne l'appel immédiat contre les décisions de sursis à statuer à l'autorisation préalable du premier président de la cour d'appel. Aux termes de cette disposition, « *la décision de sursis à statuer peut être frappée d'appel sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime* ». Ainsi, l'appel sera immédiatement ouvert, sans qu'il soit besoin d'attendre la décision finale sur le fond du litige, si le plaideur parvient à obtenir l'autorisation du premier président de la cour d'appel. Cette autorisation ne doit être accordée que si, d'une part, la décision de sursis à statuer n'est pas ordonnée en dernier ressort¹³⁶⁸ et d'autre part, s'il est justifié d'un motif grave et légitime.

694. L'appel devra être immédiatement ouvert à l'encontre des décisions statuant sur une exception de procédure sans qu'il soit besoin de requérir l'autorisation de qui que ce soit. Ce sont ces cas qu'il convient à présent d'examiner.

¹³⁶⁷ Cass. 2^e civ., 5 avr. 1982 : *Gaz. pal.* 1982, 2, pan. 338 – Cass. com., 2 mars 1984 : *Bull. civ.* 1984, IV, n°144 – CA Paris, 4 mai 1988 : *D.* 1988, p. 519, note Prévault.

¹³⁶⁸ Dans cette hypothèse seule la voie du pourvoi en cassation est ouverte.

β- Un appel immédiat sans autorisation

695. L'appel immédiat doit être possible sans autorisation, lorsque la décision statuant sur l'exception de procédure a eu pour effet de mettre fin à l'instance (1.1). Il doit en être également ainsi lorsque la décision de la formation de jugement accordant le sursis à statuer a tranché dans son dispositif une partie du principal (1.2).

1.1. Les jugements mettant fin à l'instance

696. La décision qui accueille une exception de procédure peut parfois mettre fin à l'instance. Cette situation peut se produire tant devant la juge de la mise en état que devant la formation de jugement du tribunal. Elle se produit devant le juge de la mise en état lorsque celui-ci statue sur certaines exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance ou sur des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance soulevées devant lui. Elle peut se produire également lorsque la formation de jugement du tribunal statue sur certaines exceptions de procédure opposées à sa continuation. En pareille occurrence, rien ne fait obstacle à l'exercice d'un appel immédiat.

697. Ainsi, un appel doit être immédiatement ouvert contre toutes les décisions statuant sur une exception de procédure dès lors que celles-ci ont eu pour effet de mettre fin à l'instance, peu importe qu'il s'agisse d'une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance ou à sa continuation. Ce qui compte, c'est que la décision ait mis effectivement fin à l'instance. Dans tous ces cas, l'extinction de l'instance est prématurée et il n'a plus lieu d'attendre la décision finale sur le fond du litige. L'appel immédiat se justifie donc pleinement. La cause n'aura plus la possibilité de venir devant la formation de jugement. Il ne sert plus à rien d'attendre un jugement final sur le fond du litige qui n'interviendra jamais. Ne pas autoriser les parties à former un appel immédiat dans les hypothèses évoquées reviendrait à les priver purement et simplement de voie de recours. Car l'extinction prématurée de l'instance rend impossible sa progression vers la décision finale sur le fond du litige. Si l'instance est éteinte lors de la mise en état, la formation de jugement ne pourra jamais être saisie. Si elle s'éteint par contre prématurément devant celle-ci, il n'y aura plus de décision finale sur le fond du litige.

698. L'instance ne pourra dans ces cas être renouvelée sur appel formé dans les délais impartis. Bien que la rédaction des textes ne soit pas clairement en ce sens, c'est l'interprétation qu'en donne la Cour de cassation.

699. L'appel doit être immédiatement ouvert dans d'autres hypothèses notamment quand le jugement ordonnant le sursis à statuer a tranché une partie du principal.

1.2. Les jugements tranchant une partie du principal

700. L'appel doit être également immédiatement ouvert contre les jugements qui en tranchant une partie du principal, ont ordonné pour le surplus un sursis à statuer. Les textes et la pratique sont en ce sens.

701. On évitera ici de parler de jugement mixte car un appel immédiat n'est pas nécessaire contre tous les jugements mixtes. Seuls doivent faire l'objet d'un appel immédiat, les jugements mixtes qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal¹³⁶⁹. Pour rappel, le jugement mixte est un jugement qui comporte à la fois des chefs de décisions provisoires et des chefs de décisions définitives. On a souligné à ce propos que certaines décisions qui statuent sur des exceptions de procédure constituent des jugements mixtes¹³⁷⁰, bien qu'elles ne doivent toutes faire l'objet d'un appel immédiat¹³⁷¹. C'est du moins l'interprétation de la Cour de cassation. Ce qui doit être approuvé.

702. On s'intéressera alors aux jugements mixtes comportant des chefs de décision avant dire droit qui portent sur une exception de procédure et des chefs de décision définitifs qui tranchent une partie du principal. L'appel ne doit être immédiatement ouvert que contre celles-ci. Cependant, une précision reste importante. On a exclu du champ de l'appel immédiat sur autorisation, les ordonnances du juge de la mise en état accordant un sursis à

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ V. *supra* n°522 s.

¹³⁷¹ La Cour de cassation refuse généralement de considérer comme mixte un jugement qui est en partie avant dire droit et qui, par ailleurs, statue sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir (Cass. 2^e civ., 10 mars 1977, n°75-11.818, *Bull. civ.*, II, n°71 ; *D.* 1977. IR261, obs. Julien ; *Gaz. Pal.* 1978. 1. 3 note Viatte ; *RTD civ.* 1977.) V. F. Eudier et N. Gerbay, *Rép. pr. cv.* V. « Jugement mixte », n°42 mise à jour au 31 décembre 2013

¹³⁷¹ Sur ce dernier aspect V. N. Lesourd, H. Croze, « Exceptions de procédure – Exceptions dilatoires », *J.-cl. Proc. form.*, fasc. 50, p. 6 : « la décision qui statue sur une exception dilatoire est une décision avant dire droit qui ne met jamais fin à l'instance, peut importe qu'elle accueille ou non l'exception ».

statuer¹³⁷². Celui-ci, on l'a souligné, ne doit être réservé qu'aux seuls jugements par lesquels la formation de jugement, en faisant droit à une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance, a ordonné un sursis à statuer.

703. On avait aussi indiqué que certaines décisions qui statuent sur des exceptions de procédure constituent des jugements avant dire droit. Il en va ainsi des jugements qui accordent un sursis à statuer par lesquels le juge en statuant sur une exception dilatoire accorde un sursis à statuer. De tels jugements ne peuvent en principe faire l'objet d'un appel immédiat que sur autorisation du premier président de la cour d'appel¹³⁷³.

704. Cependant une autorisation du premier président de la cour d'appel n'est pas nécessaire si en ordonnant un sursis à statuer, la décision a également tranché dans son dispositif tout ou partie du principal. Une telle décision n'est plus un jugement avant dire droit mais un jugement mixte. L'appel doit être immédiatement ouvert contre une telle décision ainsi qu'il est prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 544 du Code de procédure civile aux termes duquel « *les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent le fond* ». Bien qu'il ne soit fait aucune allusion dans cette disposition, aux exceptions de procédure, certaines décisions présentent la particularité de trancher une partie du principal et de statuer pour le surplus dans leur dispositif sur une exception de procédure. Les jugements qui tranchent une partie du principal et ordonne pour le surplus un sursis à statuer en sont une parfaite illustration. L'appel doit avoir lieu dans ces cas sans autorisation. La jurisprudence est en ce sens¹³⁷⁴. La Cour de Cassation juge en pareille occurrence que l'appel immédiat est ouvert sans qu'il soit besoin de respecter les exigences de l'article 380 du Code de procédure civile à la double

¹³⁷² V. *supra* n°686 s.

¹³⁷³ V. *supra* n°690 s.

¹³⁷⁴ En cas de pluralité de parties, l'absence d'autorisation ne profite pas à toutes les parties.

condition que la partie du principal tranchée¹³⁷⁵ soit susceptible d'appel et que l'appel ne soit pas limité à la partie du dispositif qui ordonne le sursis à statuer¹³⁷⁶.

705. L'appel immédiat sans autorisation ne devrait être ouvert que contre les seuls jugements par lesquels la formation de jugement en tranchant une partie du principal a ordonné pour le surplus un sursis à statuer en faisant droit à une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance¹³⁷⁷.

706. On pense qu'il serait préférable que l'appel immédiat ne soit ouvert qu'à l'encontre des seules décisions par lesquelles la formation de jugement tranche tout ou partie du principal et statue pour le surplus sur une *exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance*.

707. C'est au juge qui devra être chargé de statuer en appel sur les exceptions de procédure relatives à la première instance qu'il faut s'intéresser maintenant.

2- Le juge de l'appel

708. Devrait-on donner compétence au conseiller de la mise en état pour connaître en des décisions ayant statué en première instance sur les exceptions de procédure ? Cette question a fait l'objet d'un avis rendu par la Cour de cassation¹³⁷⁸. Selon cet avis, l'exclusivité de compétence dont bénéficie ce magistrat ne concerne que les exceptions de procédure et les incidents relatifs à l'instance d'appel. Ainsi, le pouvoir d'infirmer ou de confirmer de l'ordonnance ou du jugement ayant statué en première instance sur une exception de procédure n'appartient qu'à la formation collégiale de la cour d'appel et non au conseiller de

¹³⁷⁵ La Cour de cassation juge à ce propos que, le principal s'entend, pour chacune des parties, de l'objet du litige la concernant et qu'en conséquence, seule la partie concernée par le principal peut exercer un recours sans l'autorisation du juge (Cass. 2^e civ., 18 déc. 2003, n°02-12.925 : *JurisData* n°2003-021574 ; *Bull. civ.* 2003, II, n°392).

¹³⁷⁶ Cass. 2^e civ., 14 déc. 1981 : *Gaz. pal.* 1982, 1, p. 210, note Viatte – Cass. com., 14 fév. 1983 : *Bull. civ.* 1983, IV, n°55, - Cass. 3^e civ., 11 juin. 1986 : *Bull. civ.* 1986, III, n°90 – Cass. 3^e civ., 1^{er} juill. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, 1, pan. *Jurispr.* p. 7 – Cass. 3^e civ., 19 juin 1991, n°87-20.014 : *JurisData* n° 1991-001733 ; *Bull. civ.* 1991, III, n°178. - CA Pau, 18 jun 2003 : *Cah. Jurispr. Aquitaine*, 2003, p. 627, n°3.

¹³⁷⁷ Dans la pureté des expressions c'est bien à cette dernière que revient la mission de trancher tout ou partie du principal au sens où il est entendu par la jurisprudence.

¹³⁷⁸ Cass., avis 2 avr. 2007, n°07-00.004, V. aussi M. Douchy-Oudot, « La scission des phases de l'instance : la mise en état », *art. préc.* p. 239, n°13.

la mise en état, qui ne peut être juge d'appel d'une telle décision¹³⁷⁹. La position affichée par la haute juridiction dans cet avis conforte l'une des propositions avancées dans cette étude, celle de faire du magistrat de la mise en état un véritable juge de l'introduction de l'instance. On doit pouvoir réussir à faire du magistrat de la mise en état un véritable juge de l'introduction de l'instance. Ainsi, le juge de la mise en état devra être le juge de l'introduction de la première instance et le conseiller de la mise en état celui de l'introduction de l'instance d'appel.

709. Cette répartition du contentieux relatif à l'introduction de l'instance ne peut faire du conseiller de la mise en état le juge d'appel des décisions ayant statué en première instance sur les exceptions de procédure. Il doit en être ainsi, même si les décisions querellées avaient statué en première instance sur les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de cette instance.

710. La question se pose aussi de savoir si les parties peuvent se prévaloir pour la première fois en appel d'une exception de procédure qu'elles n'ont pu soulever en première instance. Ce cas ne relève pas d'hypothèses assez rares. En effet, dans la législation actuelle, certaines exceptions de procédure peuvent être soulevées pour la première fois en appel. Ainsi en va-t-il par exemple d'une exception de nullité de l'acte d'assignation fondée sur une irrégularité de fond. Dans une espèce dont elle a été saisie, une cour d'appel a rejeté une exception de nullité de l'acte d'assignation relative à la première instance au motif que celle-ci n'avait pas été soumise au préalable au conseiller de la mise en état. Saisie sur pourvoi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le conseiller de la mise en état n'avait pas compétence pour statuer en appel sur une telle exception de procédure¹³⁸⁰. A supposer ce magistrat compétent, s'il fait droit à l'exception de nullité de l'exploit introductif soulevée pour la première fois devant lui par l'appelant défaillant en première instance, sa

¹³⁷⁹ L. Cadiet, n° sous article 776 du Code de procédure civile : « *si, en vertu de l'article 914, alinéa 2, le conseiller de la mise en état est compétent pour statuer sur les exceptions d'incompétence lorsqu'elles sont soulevées devant la cour d'appel, ce n'est pas devant lui, mais devant la formation collégiale de la cour, que doit être porté l'appel des décisions rendues par le juge de la mise en état statuant sur une exception d'incompétence* ».

¹³⁸⁰ E. Raskin, « La compétence du juge pour statuer sur les exceptions de procédure », *Gaz. pal. Janv.-Fév. 2007*, p. 92, spéc. p.93: « *si le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur cette annulation force est de lui dénier le pouvoir de statuer sur la régularité de la saisine du tribunal, sauf à commettre un excès* ».

décision met fin à l'instance et entraîne par voie de conséquence l'annulation du jugement rendu par les premiers juges. L'effet ainsi obtenu est identique à celui de l'appel-nullité. On aura réussi ainsi à faire de lui un juge d'appel. Le conseiller de la mise en état ne peut être un juge d'appel. L'appel introduisant une nouvelle instance, ce magistrat ne doit être compétent que pour statuer sur les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance d'appel et celles qui sont opposées à sa continuation dès lors qu'elles ont été soulevées devant lui. Aux termes de l'article 542 du Code de procédure civile, « *l'appel tend à faire reformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré* ».

711. Le juge de la mise en état étant juge de la validation de l'introduction de la première instance, celle-ci ne devrait être attaquée que voie d'appel. En raison du régime auquel on propose de soumettre les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance, il ne devrait plus être possible de soulever pour la première fois en appel une exception de procédure relative à la première instance.

712. L'appel n'est pas la seule voie de recours normale ouverte contre les décisions qui statuent sur une exception de procédure, la voie du pourvoi en cassation en est une.

B- Le pourvoi en cassation

713. Le pourvoi en cassation n'est ouvert que contre les décisions rendues en dernier ressort. A ce propos, peuvent faire l'objet de pourvoi en cassation, les jugements rendus en premier et en dernier ressort par les juridictions de première instance et les arrêts rendus en appel. Contre de telles décisions, la voie du pourvoi en cassation n'est ouverte que parce que la voie de l'appel est fermée. Comme en matière d'appel, il faut indiquer le moment où doit intervenir le pourvoi en cassation contre les décisions qui, rendues en dernier ressort, se sont prononcées sur une exception de procédure. A ce propos, le principe de concentration du pourvoi en cassation doit être préservé (1). Néanmoins, un pourvoi en cassation devra être immédiatement possible dans des circonstances particulières (2).

1- La préservation d'un pourvoi différé

714. En règle générale, les décisions se prononçant en dernier ressort sur une exception de procédure ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision finale à intervenir sur le fond du litige. Cette règle se dégage des articles 606 et 608 du Code de procédure civile. Elle a été plusieurs fois réaffirmée par la Cour de cassation¹³⁸¹. La question se pose de savoir si cette règle dite de concentration¹³⁸² du pourvoi en cassation devra céder face à la définition renouvelée de l'exception de procédure ainsi que la classification qui en découle.

715. La répartition des exceptions de procédure proposée n'entame en rien cette règle. Ainsi, les décisions rendues en dernier ressort par lesquelles le juge s'est prononcé sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance ou à sa continuation doivent pouvoir faire l'objet d'un pourvoi qu'avec la décision finale sur le fond du litige.

716. Il doit en être ainsi aussi bien des ordonnances par lesquelles le conseiller de la mise en état s'est prononcé sur une exception de procédure relevant de sa compétence exclusive que des décisions par lesquelles la formation collégiale de la cour d'appel s'est prononcée sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. Le plaideur qui entend contester ces décisions devra attendre l'arrêt de la cour d'appel sur le fond du litige. On a ainsi déjà proposé que le déféré ne soit ouvert contre les ordonnances du conseiller de la mise en état statuant sur une exception de procédure que dans les seules hypothèses où la décision querelée a mis fin à l'instance devant ce magistrat¹³⁸³. A défaut, la phase d'introduction de l'instance devra être considérée comme validée et ne pourra être remise en cause qu'ultérieurement par voie de pourvoi en cassation.

717. La rigueur du principe de concentration du pourvoi devra être atténuée dans différentes situations. Dans ces cas, le pourvoi en cassation devra être immédiatement

¹³⁸¹ Il a été jugé que ne pouvait pas faire l'objet d'un pourvoi immédiat indépendamment de la décision sur le fond, le jugement qui dans son dispositif se borne à rejeter une exception de nullité d'une mesure d'instruction et pour le surplus ordonne un sursis à statuer sur le fond jusqu'à l'issue d'une procédure pénale en cours (Cass. 2e civ., 16 nov. 1983: *Bull. civ.* II, n°179). Dans le même sens, il a été jugé qu'un arrêt qui statue sur une exception de procédure et renvoie l'affaire à une date ultérieure, invitant les parties à produire la convention collective nationale applicable ne peut faire l'objet d'un pourvoi immédiat devant la Cour de cassation (Cass. soc., 20 déc. 2006, n°04-46.051 : *JurisData* n°2006-036674 ; *Bull. civ.*, V, n°391). La même solution a été retenue contre une décision qui a rejeté une exception d'incompétence (Cass. soc., 7 avr. 2010, n°08-44.629 : *JurisData* n°2010-003363 ; *Bull. civ.* 2010, V, n°90).

¹³⁸² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n°816.

¹³⁸³ V. *supra* n°654 s.

ouvert contre les décisions rendues en dernier ressort, ce sont ces cas qu'il faut maintenant examiner.

2- La possibilité d'un pourvoi immédiat

718. De la lecture combinée des articles 607 et 608 du Code procédure civile, les décisions rendues en dernier ressort qui statuent sur une exception de procédure ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi immédiat que si elles mettent fin à l'instance (a) ou lorsqu'elles tranchent une partie du principal. Dans ce dernier cas, on observe que le pourvoi en cassation est immédiatement ouvert alors qu'il n'est pas mis fin à l'instance, mais cet exemple n'est pas isolé. La loi prévoit que la décision qui accorde en dernier ressort le sursis à statuer peut être attaquée par voie de pourvoi en cassation. Le sursis à statuer par nature ne met pas fin à l'instance. Ceci justifie qu'il soit aussi examiné les possibilités d'un pourvoi immédiat dans les cas où la décision attaquée ne met pas fin à l'instance (b).

a- Les décisions mettant fin à l'instance

719. Le pourvoi en cassation doit être immédiatement ouvert contre les décisions qui, statuant en dernier sur une exception de procédure, mettent fin à l'instance. La législation actuelle est en ce sens. Ainsi, aux termes de l'article 607 du Code de procédure civile, *« peuvent également être frappés de pourvoi en cassation, les jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance »*. La règle énoncée par cette disposition constitue une dérogation au principe de concentration¹³⁸⁴ du pourvoi en cassation qui se dégage des articles 606 à 608 du Code de procédure civile, principe suivant lequel les décisions rendues en cours d'instance ne sont susceptibles de pourvoi en cassation qu'avec l'arrêt sur le fond. La décision qui statue sur une exception de procédure est aussi une décision rendue en cours d'instance qui,

¹³⁸⁴ Sur le concept, V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°816 : *« sauf exceptions, une décision qui ne tranche pas une partie du principal, ni ne met pas fin à l'instance en se prononçant sur un incident, ne peut pas faire l'objet d'un pourvoi indépendamment du jugement ou de l'arrêt ultérieur qui tranchera le principal ou mettra fin à l'instance »*.

lorsqu'elle met prématurément fin à l'instance, ouvre immédiate la voie du pourvoi en cassation. Ce qui compte, c'est que la décision soit rendue en dernier ressort et qu'elle ait mis fin à l'instance.

720. Ne doivent donc être concernées en appel que les arrêts de la formation collégiale qui, statuant sur une exception de procédure opposées à la continuation de l'instance, ont mis fin à l'instance devant cette formation¹³⁸⁵. Dans ce cas, il est inutile d'attendre la décision à intervenir sur le fond du litige. Cette formation ayant épuisé sa saisine en mettant fin à l'instance¹³⁸⁶, le prononcé d'un arrêt sur le fond du litige devient alors impossible. Interdire en pareille occurrence le pourvoi immédiat, reviendrait à interdire définitivement tout recours contre sa décision¹³⁸⁷.

721. Il faut peut-être le repréciser, les ordonnances du conseiller de la mise en état qui, statuant sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance, n'ont pas mis fin à l'instance doit être dotée de l'autorité de la chose jugée. Elles ne pourront être remises en cause que par voie de pourvoi en cassation conjointement avec la décision à intervenir sur le fond de l'affaire. Le pourvoi en cassation doit, dans certaines circonstances, être ouvert même s'il n'est pas mis fin à l'instance. Ce sont ces cas qu'il faut maintenant envisager.

b- Les décisions ne mettant pas fin à l'instance

722. La décision qui tranche une partie du principal et celle qui accorde en dernier ressort un sursis à statuer correspondent aux situations dans lesquelles le pourvoi en cassation

¹³⁸⁵ Ceci à la différence des ordonnances du conseiller de la mise en état qui statuant sur une exception de procédure ont mis fin à l'instance. Dans ces cas, on l'a relevé seule le déféré doit être ouvert. V. *supra* n°664 s.

¹³⁸⁶ Il n'en va toujours ainsi. En effet, deux conceptions de l'instance s'opposent. Une conception large et une conception étroite. La première consiste à voir dans l'instance la période qui commence avec la saisine de la juridiction et qui prend fin lorsque la juridiction a épuisé sa saisine en statuant sur la question qui lui a été soumise. La seconde conception consiste à voir dans l'instance une période plus étendue qui va jusqu'au terme du procès. La jurisprudence de la Cour de cassation retenait opportunément ces deux conceptions. Aujourd'hui elle semble plutôt retenir la conception étroite de l'instance allant jusqu'à parler de « l'instance autonome » (Cass. civ. 3^e, 27 mars 1996, *Bull. civ.*, III, n°86 ; Cass. com., 5 fév. 2008, n°07-14794, *RTD civ.* 2008, p. 352, obs. R. Perrot, *Procédures 2008*, n°116, note B. Rolland. Ainsi, dans une instance autonome, la juridiction saisie peut vider sa saisine sans que cela ne consacre la fin du procès. Pour plus de développement V. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 816 à 818.

¹³⁸⁷ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°734, pour une analogie avec l'ouverture de l'appel immédiat contre les jugements mettant fin à l'instance.

devra être immédiatement ouvert alors que la décision critiquée n'a pas mis fin à l'instance. On examinera en premier lieu, le cas où la décision qui s'est prononcé sur une exception de procédure a tranché en même temps tout ou partie du principal (α), avant d'envisager en second lieu, le cas où une décision a accordé en dernier ressort un sursis à statuer (β).

α - La décision tranchant une partie du principal

723. Cette hypothèse a déjà été envisagée en matière d'appel immédiat. Le principe de l'ouverture immédiat du pourvoi en cassation contre les jugements qui tranchent une partie du principal résulte de l'article 606 du Code de procédure civile. Ce principe apparaît aussi comme une dérogation au principe de la concentration du pourvoi en cassation. Ainsi, lorsqu'une décision tranche une partie du principal même sans mettre fin à l'instance, le pourvoi en cassation peut être immédiatement formé sans attendre la décision à intervenir sur le fond.

724. Il faut cependant apporter une précision. Désormais, le pourvoi en cassation ne devra être ouvert dans cette hypothèse que contre les arrêts de la formation collégiale qui ont tranché dans leur dispositif tout ou partie du principal et ont accordé pour le surplus un sursis à statuer. Il doit en être ainsi, par exemple, lorsqu'en accueillant une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance, l'arrêt de la cour d'appel a tranché en même temps dans son dispositif une partie du principal. Cette décision peut faire l'objet d'un pourvoi immédiat même s'il n'est pas mis fin à l'instance. En conséquence, dans les mêmes conditions, la voie du pourvoi doit être fermée si la décision provient du conseiller de la mise en état. Mais dans bien des cas, la décision qui ordonne en dernier ressort un sursis à statuer ne tranche pas une partie du principal. Le pourvoi en cassation immédiat devra rester toujours possible sous certaines conditions.

β - La décision accordant en dernier ressort un sursis à statuer

725. La possibilité d'exercer immédiatement ce recours doit être exclusivement réservée aux seuls arrêts par lesquels la formation collégiale de la cour d'appel accueille une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance. Dans ce cas, elle ordonne un

sursis à statuer. Doivent donc être exclues, les ordonnances du conseiller de la mise en état poursuivant les mêmes fins. Car, on l'a souligné, celles-ci n'étant pas dotées de l'autorité de la chose jugée, elles peuvent être remises en cause devant cette formation¹³⁸⁸. Il est donc inutile de prévoir un recours à leur encontre.

726. En retenant donc ce parti, seuls les arrêts de la formation collégiale ordonnant un sursis à statuer doivent être susceptibles d'un pourvoi en cassation. Et comme le précisent bien à propos, Jacques Héron et M. Le Bars, rendue en dernier ressort « *le seul recours dont est susceptible la décision de sursis à statuer est le pourvoi en cassation, qui ne suppose alors aucune autorisation de qui que ce soit.* »¹³⁸⁹, ce recours doit être « *doit (...) être formé immédiatement, sans attendre le jugement sur le fond* »¹³⁹⁰. Ainsi, aux termes de l'article 380-1 du Code de procédure civile, la décision de sursis à statuer rendue en dernier ressort peut être attaquée par voie du pourvoi en cassation, mais seulement pour violation de la règle de droit.

727. Il faut préserver la volonté des rédacteurs du Code de procédure civile qui ont voulu limiter l'exercice du pourvoi aux seuls cas où il est porté atteinte à la loi¹³⁹¹. Il ne suffira donc pas que la décision soit rendue en dernier ressort. Encore faudra-t-il qu'il y ait violation de la règle de droit¹³⁹².

728. La voie du pourvoi en cassation est ouverte, peu important que le sursis à statuer soit obligatoire ou facultatif. La Cour de cassation juge que la règle de droit doit s'entendre de celle gouvernant le sursis à statuer et non le fond du litige¹³⁹³. Cette voie de recours ne

¹³⁸⁸ V. *supra* n° 485 s.

¹³⁸⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1192

¹³⁹⁰ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°1192, ces auteurs soulignent en effet, que « *l'article 608 dispose que le pourvoi en cassation ne peut être formé indépendamment du jugement sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi, lorsque la décision attaquée statue sur un incident de procédure sans mettre fin à l'instance ni tranché une partie du principal. Or c'est bien souvent le cas des décisions de sursis à statuer : par hypothèse, une telle décision ne met pas fin à l'instance (elle la suspend) et il arrive fréquemment que le juge la prenne avant même de trancher une partie du principal. L'article 608 est-il applicable ? Nous ne le pensons pas. A notre avis l'article 380-1 du Code de procédure civile est un texte spécial dérogoratoire au texte général de l'article 608. En d'autres termes, c'est un des cas « spécifiés par la loi » auxquels se réfère cette disposition* ».

¹³⁹¹ Cass. 2e civ., 13 mai 1991: *Bull. civ.* 1991, II, n°146.

¹³⁹² Pour des raisons tenant à cette condition, la Cour de cassation déclare irrecevable le moyen de pourvoi qui n'indique pas la règle de droit violée (Cass. soc., 26 juin 2001, n°00-60.080 : *JurisData* n°2011-010324 ; *Bull. civ.* 2001, V, n°228).

¹³⁹³ Cass. 3e civ., 7 avr. 2004: *Bull. civ.* 2004, III, n°82 – Cass. 2e civ., 17 avr. 2008, n°07-16.759 – Cass. 2e civ., 18 déc. 2008, n°07.21.004 – Cass. 2e civ., 4 juin 2009, n°08-17.169: *JurisData* n°2009-048594.

semble pas ouverte contre la décision ayant fait droit à une demande de sursis à statuer qui, n'est pas fondée sur un texte de loi¹³⁹⁴. Il a été également jugé que viole la règle de droit, le juge qui, ordonnant le sursis ne détermine, pas l'événement susceptible d'y mettre fin¹³⁹⁵. Le pourvoi discrétionnaire selon la cour doit s'entendre de la liberté dont dispose le juge pour accorder une suspension de l'instance en l'absence de texte.

729. L'exception de procédure étant une demande soumettant au juge une prétention, celui-ci doit y statuer à travers un acte qui fasse autorité. Cet acte pourrait être entaché d'erreurs que l'exercice des voies de recours à son encontre contribuera à corriger. La mise en œuvre de ces recours pourrait engendrer d'autres difficultés dans le procès car la plupart des décisions qui statuent sur les exceptions de procédure interviennent en cours d'instance. Il importe donc que ces recours soient encadrés afin d'éviter que leur mise en œuvre ne perturbe le cours de l'instance. Le plaideur dont la cause serait mauvaise au fond pourrait s'en servir pour retarder à l'excès le dénouement de l'instance par la décision finale sur le fond du litige. C'est alors qu'on s'est intéressé au *moment* de ces recours et à la *nature* des décisions contre lesquelles ils doivent être ouverts.

730. D'abord en ce qui concerne la nature des décisions contre lesquelles les recours doivent être ouverts, on a apporté cette précision que leur organisation doit tenir compte de l'autorité de la chose jugée qui leur est attachée. Ainsi, lorsque la décision par laquelle le magistrat de la mise en état aura statué sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance n'aura pas mis fin à l'instance devant ce magistrat, le recours ne doit être ouvert que contre la décision par laquelle la formation de jugement revient sur celle-ci. Dans ces cas, la décision est dépourvue de l'autorité de la chose jugée, la phase de jugement de l'affaire pourrait servir à corriger les éventuelles erreurs qui ont entaché l'ordonnance du magistrat de la mise en état. Aucun recours ne doit donc être ouvert contre une décision qui n'est pas dotée de l'autorité de la chose jugée. La mise en œuvre de cette proposition permettra de régler certaines situations qui, dans le droit positif conduisent à un

¹³⁹⁴ V. *supra* n°415 s.

¹³⁹⁵ Cass. 2^e civ. 21 janv. 2010, n°08-21.460 : *JurisData* n°2010-051172.

double-emploi, notamment le champ d'application de l'article 380 du Code de procédure civile.

731. Ensuite sur le moment des recours, on s'est approprié le principe de concentration des recours tel qu'il apparaît dans la jurisprudence. Ainsi, d'une façon générale, les décisions statuant sur une exception de procédure ne doivent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision finale sur le fond du litige, peu importe que celle-ci ait statué sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance ou sa continuation. La décision par laquelle le magistrat de la mise en état a validé la phase de l'introduction de l'instance ne pourra être remise en cause que par l'exercice d'une voie de recours conjointement avec la décision finale sur le fond de litige. Toutes les décisions par lesquelles le magistrat de la mise en état statue sur *une exception de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* en raison de l'autorité de la chose jugée qu'on propose de leur attribuer doivent être susceptibles de recours mais conjointement avec la décision à intervenir sur le fond du litige dès lors qu'elles n'ont pas mis fin à l'instance. Ce principe général ne cèdera que sous certaines conditions. Dans tous les cas, lorsque la décision statuant sur l'exception de procédure a entraîné une extinction prématurée de l'instance, soit devant le juge de la mise en état ou devant la formation de jugement. Dans ces cas, on conviendra qu'il est inutile d'attendre la décision finale sur le fond du litige. Cette condition devra être aussi celle de l'ouverture des recours spécifiques tels le contredit et le déféré en cette matière. Un recours immédiat pourra être également exercé lorsque la décision qui a statué sur l'exception de procédure a tranché tout ou partie du principal. Dans une telle hypothèse, il est inutile d'attendre la décision finale sur le fond du litige. Enfin, l'appel immédiat pourra être exercé sur autorisation du premier président de la cour d'appel contre les seuls jugements du tribunal accordant un sursis à statuer lorsque l'appelant justifie d'un motif grave et légitime. Cette autorisation présidentielle ne devra pas être nécessaire en cas de violation de la loi lorsque la décision accordant le sursis à statuer est rendue en dernier ressort.

732. On a relevé enfin que si le juge de la mise en état doit être, comme on l'a suggéré, le juge de l'introduction de l'instance, celui de l'instance d'appel ne peut être en même temps juge d'appel. Il ne peut donc connaître en appel des décisions ayant statué en première instance sur les exceptions de procédure.

CONCLUSION DU TITRE 2

733. Les exceptions de procédure doivent être réparties suivant le moment où elles interviennent dans le procès. On remarquera à ce propos que les effets des décisions par lesquelles le juge statue sur celles-ci sont également en rapport avec cette répartition. Ainsi, toutes les exceptions de procédure opposées à l'entame du procès visent à empêcher l'ouverture de l'instance. Il en va ainsi même des exceptions dilatoires qu'un plaideur oppose à l'ouverture de l'instance. C'est donc faussement qu'on a souvent avancé que celles-ci ont un effet suspensif sur le cours de l'instance. Elles visent plutôt à faire éteindre l'instance ou tout au moins à en obtenir l'ouverture différée. Cela est d'autant plus vrai quand on considère le moment où elles interviennent dans l'instance.

734. Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance visent quant à elles à empêcher provisoirement ou définitivement un juge compétent et régulièrement saisi à se prononcer sur le fond de l'affaire. Celui-ci doit surseoir à statuer soit parce qu'il faut encore tenir compte de certains aspects du procès. Parfois, il doit s'abstenir définitivement de se prononcer sur le fond de l'affaire, soit parce qu'une autre juridiction est déjà saisie de la même affaire ou d'une autre affaire présentant avec celle-ci un lien de connexité. Il arrive aussi que toute ou partie de l'instance doive être déclarée éteinte parce que les dispositions légales n'ont pas été respectées.

735. L'exception de procédure est une demande sur laquelle le juge doit se prononcer à travers une décision qui fasse autorité. Que les parties aient réussi ou non à obtenir satisfaction de la suite réservée à celle-ci, elles pourront suivant les cas exercer des voies de recours. Celles-ci ont été réorganisées en tenant compte de la redistribution proposée de l'autorité de la chose jugée. Cela présente l'avantage de l'évitement du double-emploi constaté dans la pratique actuelle où un nouvel examen de la décision qui a statué sur une exception de procédure est rendu possible tant devant la formation de jugement qu'en appel.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

736. Cette étude a été l'occasion de relever quelques incohérences contenues dans le Code de procédure civile pour lesquelles, la définition renouvelée de l'exception de procédure ainsi que le nouveau régime qui en a découlé apparaissent comme des remèdes.

737. D'une part, on a relevé qu'aux termes de l'article 2 du Code de procédure civile, la conduite de l'instance appartient aux parties. De ce constat, les exceptions de procédure, notamment celles qu'un plaideur peut opposer à la continuation de l'instance ne peuvent être envisagées comme exclusivement réservées au défendeur ou à une partie en défense. Toutes les parties doivent avoir le droit de s'en prévaloir. Les textes sont en ce sens. Seul le régime proposé dans le Code de procédure civile est inadapté. D'autre part, il est incohérent de vouloir que les exceptions de procédure soient cantonnées au seuil de la procédure alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées se poursuit et ne prendra normalement fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige¹³⁹⁶.

738. La correction de ses incohérences impose que les exceptions de procédure du moins celles qui ne peuvent être exclusivement réservées au défendeur soient soumises à un régime plus adapté. On a alors proposé de soumettre celles qui interviennent pendant le cours de l'instance à un régime plus souple. Celles-ci doivent pouvoir être soulevées au fur et à mesure de leur survenance ou de leur révélation sauf la possibilité pour le juge de les écarter ou de condamner à des dommages-intérêts ceux qui seraient abstenus dans une intention dilatoire ou abusive de les soulever plus tôt. Ce nouveau régime en raison de la crainte de lenteur des procédures qu'elle peut susciter impose que soit redéfini ce que doit être en particulier l'office du juge saisi d'une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance. Le pouvoir du juge saisi d'une telle exception de procédure doit être accru. Il doit disposer spécifiquement, en sa qualité de maître de la procédure, du pouvoir d'écarter toute exception de procédure opposée à la continuation de l'instance s'il estime que c'est dans une intention dilatoire ou abusive qu'elle a été soulevée. Dans les hypothèses assez limitées où il ne pourra écarter une telle exception de procédure, il doit

¹³⁹⁶ L'instance prendra normalement fin devant la formation de jugement du tribunal et non devant le juge de la mise en état. C'est pourtant devant ce dernier qu'on souhaite que toutes les exceptions de procédure soient soulevées.

disposer du pouvoir de prononcer à l'encontre du contrevenant des condamnations pécuniaires. Cette idée cadre avec l'article 3 du Code de procédure civile aux termes duquel, les parties conduisent l'instance sous la supervision d'un juge actif. La mise en œuvre du régime proposé, on le pense, mettra un terme aux incertitudes auxquelles donnent lieu souvent la jurisprudence en cette matière. Ces incertitudes entament le principe de prévisibilité qui doit encadrer les règles de procédure en même temps qu'elles mettent à mal le principe d'égalité des armes.

739. Aussi, la répartition des exceptions de procédure suivant leur moment de présentation a conduit à distinguer, d'une part, celles qui doivent être opposées à l'ouverture de l'instance et celles qui peuvent être opposées à sa continuation. Seules les premières doivent relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état. Cette attribution n'aura de sens que si toutes les conséquences y afférentes en sont tirées. On a alors suggéré une redistribution de l'autorité de la chose attachée aux décisions par lesquelles ce magistrat statue sur une exception de procédure. Ainsi, toutes les décisions par lesquelles il statue sur une exception de procédure relevant exclusivement de sa compétence doivent être dotées de l'autorité de la chose jugée quel que soit le sens dans lequel il aura rendu sa décision. Il devra donc valider, sans retour en arrière possible, l'étape de l'introduction de l'instance. On réussira ainsi à faire de lui, le juge de l'introduction de l'instance. Par contre, les décisions par lesquelles il statue sur une exception de procédure ne relevant pas de sa compétence exclusive ne doivent acquérir l'autorité de la chose jugée que si elles terminent l'instance devant ce magistrat. A défaut d'une telle extinction, l'occasion doit être donnée à l'organe habilité qu'est la formation de jugement de se prononcer sur leur bien fondé.

740. La redistribution de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions qui se prononce sur une exception de procédure emporte une réorganisation des voies de recours ouvertes à leur encontre. Celles-ci ne doivent en toute logique être immédiatement ouvertes dans tous les cas que si la décision statuant sur l'exception de procédure a eu pour effet de mettre fin à l'instance.

CONCLUSION GÉNÉRALE

741. À l'issue de ce périple, on peut l'affirmer : *l'exception de procédure est une demande incidente soumettant au juge une prétention relative à la marche de la procédure qui, dans la structure logique du procès, doit être examinée par préalable au fond.* La définition de l'exception de procédure ainsi renouvelée a conduit non seulement à une nouvelle proposition de classification tenant compte des grandes étapes de l'instance mais aussi à un régime plus souple, plus cohérent et mieux adapté. Ces résultats auxquels on a abouti peuvent être approfondis au travers des propositions de thèse.

PROPOSITIONS DE THÈSE

1- La définition proposée a le mérite d'être plus englobante¹³⁹⁷. Elle rompt principalement avec l'usage qui tend à faire de l'exception de procédure un moyen exclusivement réservé au défendeur ou à une partie en position de défense. Pour y parvenir, on s'est d'abord intéressé à la qualification de moyen de défense conférée par tradition à l'exception de procédure. Il faut bien le dire, l'exception de procédure porte mal cette qualification pour diverses raisons. Une première raison tient à la qualité de la personne qui peut en prendre l'initiative. À ce propos, l'exception de procédure ne peut être envisagée comme un moyen exclusivement réservé au défendeur. Elle ne peut non plus être envisagée comme un moyen exclusivement réservé à une partie en position de défense, cette dernière expression incluant le demandeur à l'action principale. On a souligné en effet que ce dernier peut aussi présenter une exception de procédure même lorsqu'il ne se retrouve pas dans une telle position. Le demandeur à l'action principale ne se retrouve en position de défense que si une demande a été formulée contre lui. Cette absence d'exclusivité à l'égard du défendeur s'observe d'ailleurs dans la plupart des textes qui dans le Code de procédure civile organisent les exceptions de procédure.

2- Une seconde raison plus fondamentale que la première amène à repousser la qualification de moyen de défense conférée à l'exception de procédure : à la différence des « *véritables moyens de défense* » que sont les fins de non-recevoir et les défenses au fond,

¹³⁹⁷ Dans le sens où elle n'opère aucune discrimination quant à la partie qui en prend l'initiative, les demandes incidentes pouvant être présentées par toutes les parties à l'instance, demandeur, défendeur, tiers-intervenant.

les exceptions de procédure ne visent pas le rejet de la prétention adverse. Pour s'en défendre, on a pu présenter l'exception de procédure comme « *une espèce de défense* ». Or, on conviendra bien que le « *rejet de la prétention adverse* » apparaît tant dans les textes que dans la jurisprudence comme l'objet principal de tout moyen de défense. Cet objet se remarque dans les différentes définitions consacrées par le Code de procédure civile aux moyens de défense. La rédaction de l'article 64 du Code de procédure civile en est une autre illustration. Il apparaît aux termes de cette disposition que l'objet de toute défense est le rejet de la prétention adverse.

3- La difficulté de la jurisprudence à distinguer parfois les demandes reconventionnelles des défenses au fond ainsi que les débats doctrinaux auxquels elle donne lieu, ont révélé aussi que l'objet de tout moyen de défense est le rejet de la prétention adverse. Tel n'est cependant pas le but poursuivi par l'exception de procédure. L'histoire a révélé dans ce sens que l'exception de procédure a longtemps été opposée aux défenses. Seule sa position actuelle dans le Code de procédure civile ainsi que le régime auquel elle a été soumise concourent à faire d'elle un moyen de défense. Cette réglementation rend difficile la possibilité pour le demandeur à l'action principale de s'en prévaloir sans une distorsion des textes. La pratique a révélé que la volonté du demandeur à l'action principale de se prévaloir d'une exception de procédure est souvent contrée par le régime auquel celle-ci est soumise. Les critères qui particularisent l'exception de procédure l'éloignent de la catégorie des moyens de défense pour la rapprocher de celle des demandes.

4- L'exception de procédure est une demande. Il faut bien le préciser, il n'y a aucune corrélation entre le rejet de la qualification de moyen de défense et l'affirmation de la nature de demande. En d'autres termes, ce n'est donc pas parce que l'exception de procédure n'est pas un moyen de défense qu'on en conclut qu'elle constitue une demande. Les raisons de cette affirmation sont autres. On soutient que l'exception de procédure est une demande parce qu'elle présente tous les attributs matériel et formel y afférents. On peut donc la caractériser au même titre que la demande : un acte par lequel une partie soumet au juge une prétention. On observe cependant que l'exception de procédure partage avec les moyens de défense ces mêmes attributs matériels et formels. Seulement, à la différence de ceux-ci, et à l'instar de toutes les demandes, la prétention soumise au juge

au moyen de l'exception de procédure poursuit un objet distinct du rejet de la prétention adverse. De cette observation, on tire la conclusion que le demandeur à l'action principale ne devrait pas être déclaré irrecevable à présenter une exception de procédure.

5- L'exception de procédure est une demande mais une demande incidente. Elle présuppose donc une instance déjà née. À ce propos, l'instance doit préexister à l'exception de procédure. L'exception de procédure bien qu'étant une demande ne peut introduire une instance¹³⁹⁸. La prétention que porte l'exception de procédure ne peut en conséquence être adressée à un juge à titre principal.

6- L'exception de procédure a un objet particulier en ce sens qu'il se rapporte à la marche de la procédure, c'est-à-dire à l'instance. Il faut encore le rappeler, l'exception de procédure est une demande incidente par laquelle un plaideur soumet au juge une prétention relative à la marche de la procédure qui, dans la structure logique du procès, doit être examinée par préalable au fond. À ce propos, le débat entre les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir ne se pose pas en termes d'antériorité. On a prouvé largement dans ce sens que les exceptions de procédure ne constituent pas des demandes pouvant être cantonnées au début de l'instance. Le régime auquel celles-ci sont soumises est à la fois incohérent et inadapté. Ceci a pu expliquer, à certains égards, les incertitudes de la jurisprudence. Cette inadaptation et cette incohérence se traduisent aussi par l'échec de l'exclusivité de compétence conférée au juge de la mise en état sur les exceptions de procédure. La jurisprudence retient que certaines exceptions de procédure ne peuvent relever de la compétence exclusive du juge de la mise en état. En réalité certaines exceptions de procédure se conçoivent aisément en début d'instance et doivent à ce titre être examinées avant le débat portant sur la recevabilité de l'action. Mais d'autres, plus nombreuses, se révèlent lors du déroulement de l'instance c'est-à-dire après le débat portant sur la recevabilité de l'action. Celles-ci doivent être examinées avant la décision finale sur le fond du litige. De ces constatations, on tire la conclusion que l'exception de procédure ne peut être exclusivement réservée à une partie.

¹³⁹⁸ V. *supra* n°250 s.

7- Les exceptions de procédure se rapportent à la marche de l'instance dont l'initiative et la conduite appartiennent aux parties (art. 1 & 2 du Code de procédure civile). De cette affirmation, deux conséquences peuvent être tirées.

8- D'abord, les exceptions se rapportant à la marche de la procédure, c'est-à-dire à l'instance, on ne peut espérer que leur présentation soit cantonnée au début du procès alors que l'instance à laquelle elles sont rattachées se poursuit et ne prendra normalement fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. Le régime des exceptions de procédure semble à cet égard incohérent et inadapté. Il est donc vain, en témoignent les incertitudes de la jurisprudence, d'accorder une exclusivité de compétence au juge de la mise en état car l'instance n'est pas censée prendre fin devant ce magistrat. On sait bien que l'instance commencée devant le juge de la mise en état doit se poursuivre devant la formation de jugement pour ne prendre fin qu'avec la décision finale sur le fond du litige. À cette phase de l'instance, d'autres exceptions de procédure peuvent être encore présentées. Les exceptions de procédure ne peuvent donc être réunies en un contentieux préalable à vider sur le seuil de l'instance. L'incohérence et l'inadaptation du régime auquel elles sont soumises constituent les causes de nombreuses incertitudes et balbutiements de la jurisprudence, conduisant parfois à disqualifier les exceptions de procédure en défenses au fond, en fins de non-recevoir ou en incidents d'instance.

9- Ensuite, la conduite de l'instance appartenant aux parties, il paraît également illogique de vouloir réserver la présentation des exceptions de procédure à une seule partie en l'occurrence le défendeur. Or c'est bien ce à quoi conduit le régime des exceptions de procédure prescrit à l'article 74, al. 1^{er} du Code de procédure civile. En l'état actuel de la législation, le demandeur à l'action principale ne peut présenter une exception de procédure en tenant compte du régime que s'il les formule dans l'acte introductif d'instance, ce qui est totalement aberrant. Ce régime ne s'harmonise non plus avec les différentes dispositions qui dans le Code de procédure civile n'en réservent pas l'exclusivité à l'une des parties.

10- Pour remédier à cette incohérence, il faut que le régime des exceptions de procédure soit organisé autour des deux grandes étapes de l'instance appartenant aux parties : *son introduction* et *sa conduite*. Suivant donc ce critère, à chacune de ces étapes doit

correspondre une catégorie d'exceptions de procédure. On propose dans ce sens de distinguer les *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* de celles qui sont *opposées à sa continuation*. A chacune d'elles doit correspondre un régime spécifique.

11- Il ressort de l'article 1^{er} du Code de procédure civile que seules les parties introduisent l'instance¹³⁹⁹. Les hypothèses dans lesquelles les deux en prennent l'initiative sont cependant assez rares¹⁴⁰⁰. Très souvent, l'initiative en est prise par l'une des parties qui propose son « offre » de procès à son adversaire si l'on veut bien prolonger la métaphore du contrat¹⁴⁰¹. Ce dernier dispose, à ce propos, de nombreux arguments pour refuser cette offre. Pour y parvenir, il soulèvera des exceptions de procédure. Ce sont celles-ci qu'on propose d'appeler *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance*. Seules celles-ci peuvent être considérées à raison comme étant exclusivement réservées au défendeur. En raison d'une nécessité minimale de cohérence¹⁴⁰², le demandeur à l'action principale peut être déclaré irrecevable à soulever ces exceptions de procédure. On ne peut comprendre qu'il cherche à s'opposer à l'ouverture d'une instance dont il a lui-même pris l'initiative. Les *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* visent à faire tomber toute l'instance. Elles instaurent un débat qui, en toute logique, doit être réglé au début de l'instance, avant même le débat portant sur la recevabilité de l'action. Il faut bien un juge compétent et régulièrement saisi pour apprécier la recevabilité de l'action. On a donc proposé pour ces motifs, que ces exceptions de procédure soient soumises à un régime rigoureux permettant d'évacuer au seuil de l'instance le contentieux auquel elles peuvent donner lieu. Ce contentieux doit relever en outre de la compétence exclusive du juge de la mise en état lorsqu'il a été désigné. Ainsi, *les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément au seuil de l'instance avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir*.

¹³⁹⁹ En dehors des cas prévus par la loi.

¹⁴⁰⁰ On peut d'ailleurs souligner l'inadaptation de l'exception de nullité opposée à l'ouverture de l'instance dans l'hypothèse où celle-ci a été introduite par une requête conjointe.

¹⁴⁰¹ Sur une comparaison entre l'instance et le contrat V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°97.

¹⁴⁰² En dépit de la non-admission par la Cour de cassation d'un principe d'interdiction générale de se contredire au détriment d'autrui, il est d'une jurisprudence constante que le demandeur à l'action principale ne peut soulever l'incompétence de la juridiction qu'il a lui-même saisi.

12- Lorsqu'il arrive que l'instance survive au contentieux auquel ont donné lieu les exceptions de procédure qui ont été opposées à son ouverture, d'autres exceptions de procédure peuvent être encore présentées dans la marche conduisant vers la décision finale sur le fond du litige. Ce sont celles-ci qu'on propose d'appeler *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. Celles-ci ne visent pas la régularité formelle de l'instance. Elles présupposent un juge compétent et régulièrement saisi. La partie qui s'en prévaut, ne s'attaque pas à la régularité de l'introduction de l'instance. Aussi, ces exceptions de procédure sont-elles soulevées dans la phase de l'instance correspondant à sa conduite telle qu'il est prévu à l'article 2 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent* ».

13- La conduite de l'instance appartenant à toutes les parties aux termes de la disposition précitée, on ne peut envisager *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance comme exclusivement réservées au seul défendeur*. Tant le demandeur que le défendeur peuvent soulever une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance*. La partie qui présente une telle exception de procédure entend empêcher qu'un juge compétent et régulièrement saisi rende une décision finale sur le fond du litige, soit parce que ce dernier doit encore prendre en compte certains aspects du litige, soit parce qu'il doit s'abstenir définitivement de se prononcer sur le fond de l'affaire.

14- Pour ces motifs, *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* n'ont rien à voir avec le début de l'instance. En conséquence, le contentieux qu'elles génèrent ne peut relever de l'office du juge de la mise en état. On ne peut donc attribuer une compétence exclusive à ce magistrat sur ces exceptions de procédure. On propose alors de les soumettre à un régime plus souple et plus adapté. Quel intérêt y a-t-il à ce qu'un juge se prononce coûte que coûte sur une affaire alors qu'un autre juge en est déjà saisi ? (hypothèse de litispendance soumise à la double règle d'antériorité et de simultanéité). *Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* interviennent pour certains dans le cadre de l'instruction de l'affaire donc indispensable pour la solution finale sur le fond du litige. Ainsi en va-t-il des suspensions tirées de l'existence d'une question préjudicielle. D'autres par contre trouvent leur objet dans la préservation de l'intérêt d'une bonne administration de la justice, question qui semble concerner plus l'institution judiciaire

que les parties. Le juge doit donc disposer de larges pouvoirs pour apprécier souverainement les exceptions de procédure appartenant à cette catégorie. Or, le régime auquel la plupart d'elles sont actuellement soumises semble ne pas le lui permettre. On propose donc que *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance puissent être invoquées au fur et à mesure de leur survenance ou de leur révélation sauf la possibilité pour le juge de les écarter ou de condamner à des dommages-intérêts la partie qui se serait abstenue dans une intention dilatoire ou abusive de les soulever plus tôt*. Ce régime, on le pense, semble mieux s'harmoniser avec les garanties d'un procès équitable en l'occurrence le principe d'égalité des armes. Dans ce sens, pourquoi le défendeur qui a été surpris par l'instance devrait-il être tenu de soulever son exception de procédure *in limine litis* alors que le demandeur à l'action qui a longtemps muri sa réflexion avant d'engager le procès pourra invoquer la même exception de procédure en tout état cause¹⁴⁰³. C'est bien à cette solution illogique que conduit la rigueur des textes appliqués à l'exception dilatoire pour appeler un garant, pour ne citer que cet exemple. Toutes les parties doivent disposer des mêmes privilèges. La marche de l'instance conduisant vers la décision finale sur le fond du litige est censée se dérouler devant la formation de jugement du tribunal. À cette dernière, doit appartenir la compétence pour statuer sur *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*.

15- Il faut confier le règlement des *exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance* au juge de la mise en état avec toutes les conséquences qu'implique cette attribution. On pense à ce propos qu'on doit réussir à faire de ce magistrat un véritable juge de l'introduction de l'instance. Il doit pouvoir valider, sans aller-retour possible, cette phase de l'instance. Il ne devrait plus être possible de venir devant le tribunal pour discuter de la compétence ou de la régularité de l'introduction de l'instance. On propose donc afin de permettre à ce magistrat de valider, sans retour en arrière possible, l'étape de l'introduction de l'instance que toutes les décisions par lesquelles, il statue sur *une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance* soient dotées de l'autorité de la chose jugée. Il doit en

¹⁴⁰³ Hypothèse des demandes de sursis à statuer facultatifs appréhendées par la jurisprudence comme des « **incidents d'instances** » pouvant être présentées en tout état de cause lorsque c'est le demandeur à l'action principale qui en prend l'initiative et comme des « **exceptions dilatoires** », sous catégorie des exceptions de procédure, devant être présentées au seuil de l'instance avant toute défense au fond ou fin de non recevoir lorsque c'est le défendeur originaire qui en prend l'initiative.

être ainsi, quel que soit le sens dans lequel il aura rendu sa décision, peu important alors qu'il ait accueilli ou rejeté l'exception de procédure. Il en irait autrement des décisions par lesquelles, il statue sur une *exception de procédure opposée à la continuation de l'instance*. Celles-ci ne devront avoir l'autorité de la chose jugée que si elles terminent l'instance devant ce magistrat. Il y a une raison toute simple à cela. La marche de l'instance entendue comme sa progression vers la décision finale sur le fond du litige relève non pas de l'office du juge de la mise en état mais de celui de la formation de jugement. Il appartient donc normalement à cette dernière de trancher *les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance*. Il ne devrait y avoir aucun mal que celle-ci revienne sur les décisions du juge de la mise en état statuant sur ces exceptions de procédure dès qu'elle en a eu la possibilité. Ce qui ne serait possible que si l'instance n'a pas pris fin devant le juge de la mise en état.

16- Le régime des voies de recours ouvertes contre les décisions qui statuent sur les exceptions de procédure doit tenir compte également de la répartition des exceptions de procédure avec l'office du juge qu'elle implique. Les recours pour la plupart ne doivent être immédiatement ouverts que si la décision qui statue sur une exception de procédure met fin à l'instance. Ainsi, devant le magistrat de la mise en état, l'appel doit être immédiatement ouvert lorsque ce magistrat en statuant sur une exception de procédure a mis fin à l'instance, peu important qu'il s'agisse d'une *exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance* ou une *exception de procédure opposée à sa continuation*. Pour éviter le double-emploi noté dans les textes¹⁴⁰⁴, on a aussi proposé que, dans les hypothèses où elles ne sont pas dotées de l'autorité de la chose jugée, les voies de recours ne soient ouvertes que contre les décisions par lesquelles la formation de jugement revient sur les premières décisions¹⁴⁰⁵. Doivent donc être seulement concernées, les décisions par lesquelles la formation de jugement, soit en première instance soit en appel accueille *une exception dilatoire opposée à la continuation de l'instance*.

17- Le régime proposé aux *exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance* impose qu'il soit donné plus de pouvoirs au juge, en vue d'écarter l'exception de

¹⁴⁰⁴ Notamment en ce qui concerne le sursis à statuer ordonné lors de la mise en état et contre lequel les parties peuvent recourir sur autorisation du premier président de la cour d'appel alors même que n'ayant pas mis fin à l'instance l'opportunité de la mesure peut être à nouveau débattu devant la formation de jugement. V. dans ce sens V. *supra* n° 656 s.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

procédure lorsque celle-ci aura été présentée tardivement dans une intention dilatoire ou abusive. Cela ne devrait pas poser grande difficulté lorsqu'on sait que nombre de ces exceptions de procédure sont dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice dont le juge est le premier garant. En l'état actuel de la législation, le juge dispose déjà du pouvoir d'écarter les exceptions de procédure. Ce pouvoir doit être renforcé. Ainsi, dans les hypothèses où le juge ne peut écarter une exception de procédure, telle une suspension demandée pour saisir le juge constitutionnel ou la Cour de justice de l'Union européenne, le pouvoir doit lui être spécifiquement donné de prononcer des condamnations pécuniaires contre les parties qui se seraient abstenues de présenter plus tôt l'exception de procédure.

18- La répartition des exceptions de procédure ainsi que la redistribution du régime qu'elle implique, on le pense, doit contribuer à imprimer une certaine célérité aux procédures. Elles permettront également de mettre un terme aux incertitudes de la Cour de cassation qui, aux prises avec les difficultés liées à l'application de l'article 74 du Code de procédure civile, met à mal la prévisibilité qui doit caractériser toutes les règles de procédure.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I- Ouvrages généraux, traités, manuels

AMRANI MEKKI, S. et STRICKLER, Y., *Procédure civile*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2014.

BEIGNIER, B. et TORRICELLI-CHRIFI, S., *Libéralités et successions*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2015.

BERGEL, J-L., *Méthodologie juridique*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2001.

BOITARD, J-E., *Leçon de procédure civile, contenant le commentaire complet du Code de procédure civile*, Paris, Cotillon, 1876.

BOITARD, J-E, COLMET DAËGE, G-F., et E. Glasson, *Leçons de procédure civile*, t. 1, 15^e éd, Paris, Librairie Cortillon, 1890.

BONCENNE, P., *Théorie de la procédure civile*, t.1, Bruxelles, Société typographique belge, 1939.

BONNIER, E., *Éléments de procédure civile*, Paris, Plon, 1853.

CADIET, L. et JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris, Litec, 2013.

CADIET, L., NORMAND, J. et AMRANI-MEKKI, S., *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013.

COUCHEZ, G. et LAGARDE, X., *Procédure civile*, 17^e éd., Paris, Sirey, 2014.

CORNU, G. (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, 2014.

CORNU, G., et FOYER, J., *Procédure civile*, 2^e éd., Paris, PUF, 1996.

CROZE, H., *Procédure civile*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2014.

CROZE, H., *Le Procès civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2004.

CROZE, H., MOREL, Ch. et O. FRADIN, *Procédure civile – manuel pédagogique et pratique*, 4^e éd., Paris, Litec, 2008.

DENISART, J. B., *Procureur au châtelet de Paris*, Collections de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, 7^e éd., Paris, 1771.

DOUCHY-OUDOT, M., *Procédure civile*, 6^e éd., Paris, GualinoLextenso, 2014.

DUCOUDRAY, G., *Les origines du parlement de Paris et la justice aux XIII et XIVe siècle*, Paris, Hachette, 1902.

FERRE-ANDRE, S., *Successions et libéralités*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

FERRIERE, J-C., *Nouvelle introduction à la pratique contenant l'explication des termes juridiques, de Droits et Coutumes*, Vol. 2, Paris, 1734.

FRICERO, N., *Procédure civile*, 11^e éd., Paris, Gualino, 2014-2015.

GARSONNET, E. et CESAR-BRU, CH., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, t.1, 3^e éd., Paris, Sirey, 1912.

GIFFARD, A., *Leçons sur la procédure civile romaine*, Paris, Domat-Monchrestien, 1932.

GIRARD, J. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris, Rousseau, 1929.

GLASSON, E., *Le chatelet de Paris et l'abus de sa procédure aux XIVe XVe siècles...*, Paris, Picard, 1893.

GLASSON, E., *Les sources de la procédure civile française*, Paris, Larose et Forcel, 1882.

GLASSON, E. et Tissier, A. *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et procédure civile*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1925.

GLASSON, E., TISSIER, A. et R. Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1925-1936.

GUEVEL, D., *Droit des successions et des libéralités*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2014.

GUILMAIN, J., *Le procès civil dans les justices seigneuriales d'après Phillipe de Beaumanoir*, Thèse, Bordeaux, 1937.

GUINCHARD, S., *Droit et pratique de la procédure civile*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2012.

GUINCHARD, S., CHAINAIS, C., et FERRAND, F., *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

GUINCHARD, S. et DEBARD, Th. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2014-2015.

GUINCHARD, S., FERRAND, F., et CHAINAIS, C., *Procédure civile*, Hypercours, Cours & travaux dirigés, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

GUINCHARD, S., CHAINAIS, C., DELICOSTOPOULOS, C.S., DELICOSTOPOULOS, I.S., DOUCHY-LOUDOT, M., FERRAND, F., LAGARDE, X., MAGNIER, V., RUIZ-FABRI, H., SINOPOLI, L., SOREL, J.-M., *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Paris, 8^e éd., Dalloz, 2015.

HERON, J. et LE BARS, Th., *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2015.

IMBERT, J., *La pratique judiciaire, tant civile que commerciale, reçue et observée pour tout le royaume de France, titre 1^{er}*, Chovet, Genève, 1641.

JAPIOT, R., *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., Paris, Rousseau et Cie, 1935.

JEULAND, E., *Droit processuel général*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2014.

JOCCOTON, A., *Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, 1859.

JOUSSE, M., *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, t.1, Paris, Debure, 1767.

JUBAULT, Ch., *Droit civil : Les successions les libéralités*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2010.

JULIEN, P., et FRICERO, N., *Procédure civile*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2014.

LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010.

LEFORT, C., *Procédure civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

LEROYER, A-M., *Droit des successions*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

LEVY, J.-Ph. et CASTALDO, A., *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

LOCRE, J., *Esprit du Code de procédure civile*, t.1, Paris, Diderot, 1816.

MALINVAUD, Ph., D. FENOUILLET et MEKKI, M., *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris, LexisNexis, 2014.

MARTIN, R., *A nouveau siècle, nouveau procès civil*, Paris, Edilex Club, 2000.

MARTIN, R., *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Paris, EJT, 1980.

MONIER, R., *Manuel élémentaire de droit romain*, t.1, 6^e éd., Paris, 1940.

MOREL, R., *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1949.

MOTULSKY, H., *Ecrits, t. I, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. G. CORNU et J. FOYER, Paris, Dalloz 1973.

MOTULSKY, H., *Ecrits*, Paris, Dalloz 1973-1978.

MOTULSKY, H., *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973.

OURLIAC, P. et GAZZANICA, J.-L., *Histoire du droit privé français*, Paris, Albin Michel, 1985.

PERROT, R. *Droit judiciaire privé*, Les cours de droit, Paris, 1981.

PERROT, R., *Cours de droit judiciaire privé*, fasc. 1, Notions fondamentales compétence-procédure, Paris, 1980.

PIGEAU, E. N, *Introduction à la procédure*, 3^e éd., Paris 1818.

PIGEAU, E. N, *La procédure civile des tribunaux de France démontrée par principe et mise en action par des principes*, 1^{re} éd., Vol. 2, Paris, 1807-1808.

POTHIER, R. J., *Traité de la procédure civile Œuvres complètes*, t.24. – Chez Thomine et Fortic. 1821.

POTHIER, R. J., *Traité des obligations, Œuvre de Pothier*, t.1, De M. DUPIN, Paris, Librairie Béchét Ainé, 1824.

RENAULT-BRAHINSKY, C., *Droit des successions*, 6^e éd., Paris, Gualino, Lextensoéditions, 2011.

REY, A. (Dir.) *Dictionnaire historique de la langue française*, 2010.

RODIER, M-A., *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667, relatives aux usages des Cours de parlement, et principalement de celui de Toulouse*, Duplex, Laporte et Compagnie, 1769.

RODIÈRE, A., *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, t.1, 4^e éd., Paris, Durant et Pedone-Lauriel, 1875.

ROLAND, H. et BOYER, L., *Adages du droit*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999.

ROLLAND, B., *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, Studyrama, 2013.

SOLUS, H., *Droit judiciaire privé*, Cours de licence 3^e année, 1959-1960.

SOLUS, H. et PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 3 tomes, 1961-1991. t. 1, Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel). Organisation judiciaire, 1961, t.2, La compétence, 1973, t.3, Procédure de première instance, 1991.

SOSSA, C. D. et DJOGBENOU, J., *Introduction à l'étude du droit*, Perspectives africaines, Cotonou, Credij, 2012.

TANON, L., *L'ordre du procès civil au XIVE siècle au Châtelet de Paris*, Paris, Larose et Forcel, 1886.

TARDIF, E.-J., *Etude sur la litiscontestatio en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français*, Paris, Lahure, 1881.

VILLIERS, R., *Rome et le droit privé*, Paris, Albin Michel, 1977.

VIZIOZ, H., *Etudes de procédure civile*, Bordeaux, éd., Bière, 1956.

II- Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

AMRANI-MEKKI, S., *Le temps et le procès civil*, préf. L. CADIET, Paris, Dalloz (Nouv. Bibl. thèses), 2002.

ASCENI, L., *Du principe du contradictoire*, Préf. L. CADIET, LGDJ (Bibl. Dr. Privé), 2006.

BANDRAC, M., *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Préf. P. RAYNAUD, Paris, Economica, 1986.

BECQUART, J., *Les mots à sens multiples en droit civil français*, thèse, Paris, PUF, 1928.

BLANCHARD, C., *La dispense en droit privé*, thèse, Paris, 2008.

BLOCK, G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Préf. N. Fricero, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002

BOLZE, A., *Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international*, thèse, Paris, 1996.

BONNARD, C., *De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois*, thèse, Lausanne, Imprimerie Held S. A. 1948.

BOST-LAGIER, V., *L'exceptionnel en droit civil*, thèse, Paris, 2002.

BOURSIER, M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Préf. S. GUINCHARD, Dalloz (Nouv. Bibl. thèses), 2003.

BRUSCHI, M., *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Préf. A. SERIAUX, Economica, 1997.

BUFFELAN-LANORE, Y., *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Préf. P. HEBRAUD, thèse, Paris, LGDJ (Bibl. dr. priv.), 1963.

CARRE DE MALBERG, R., *Histoire des exceptions en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, thèse, Paris, 1887.

CAYROL, N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Préf. F. GRUA, Paris, Economica, 2001.

CHAABAN, R., *La caducité des actes juridiques. Etude de droit civil*, Préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2006.

CHABAS M., *Le duel judiciaire en France (XIIIe- XVIe siècle)*, thèse, Paris, 1978.

CHAINAIS, C., *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, préf. S. GUINCHARD, Paris, Dalloz, (Nouv. Bibl. thèses), 2007

CHOLET, D., *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. G. GUIDICELLI-DELAGE, Paris, LGDJ, 2006.

CHOPPIN HAUDRY DE JANVRY, S., *La suspension de la prescription en droit privé français*, thèse, Paris, 1989.

COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, M.-A., *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz (thèmes et commentaires), 1996.

D'AMBRA, D., *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Préf. G. Wiederkehr, Paris, LGDJ, 1994.

DEHESDIN, M., *De la règle le juge de l'action est juge de l'exception*, thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1911.

DELAHAYE, A. *Des demandes reconventionnelles*, thèse, Caen, 1898.

DELICOSTOPOULOS, I, S., *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Paris, LGDJ, 2003.

DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Essai critique, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911.

DE MOY, J.-M., *L'exception en droit privé*, Préf. R. Desgorces, Aix-Marseille, PUAM, 2011,

DEROY, E., *Des exceptions dilatoires*, thèse, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1898.

DROGOUL, F., *Essai d'une théorie générale des nullités*, Etude de droit civil, Paris, A. Rousseau, 1902.

DURAND, B., (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2002, 4 vol.

DUCHESNEAU, Ph., *Des exceptions : Procédure civile*, Paris, Imprimerie de Frantin, 1849.

DURMA, M., *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Préf. R. DEMOGUE, Sirey, 1930.

- FISSELIER, A., *La défense en justice dans le procès civil*, thèse, Rennes, 1979.
- FOURNEAU, A., *A la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire, Pour une conception objective de l'action en justice*, thèse, Aix-en-Provence, 1951.
- FOYER, J., *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse, Paris, 1954.
- FRICERO, N., *La caducité en droit judiciaire privé*, thèse, Nice, 1979.
- FRISSON-ROCHE, M.-A., *Le principe de la contradiction*, thèse, Paris II, 1980.
- HAUTEBERT, J. et SOLEIL, S. (dir.), *Modèle français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Paris, Éditions Juridiques et Techniques, t. I, *Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe. Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe*, 2007 ; t.II, *Le Code de 1806 et la procédure criminelle en Europe. Législation procédurale et enjeux politiques*, 2008.
- HEBRAUD, P., *Le temps et le droit*, Cours de doctorat, Université de Toulouse, 1962/1963.
- HOAREAU-DODINEAU, J., METAIRIE, G. TEXIER, P. (dir.), *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit pas d'action ?*, Limoges, PULIM, CIAJ, n°13, 2006.
- JAPIOT, R., *Des nullités en en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1909.
- KLEIN, J., *Le point de départ de la prescription*, préf. N. MOLFESSIS, Paris, Economica, 2013.
- KRYNEN, J. et D'ALTERICHE, B., (dir.), *L'histoire du droit en France, Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014.
- LANDREAU, D., *La prescription extinctive et l'ordre public*, thèse, Lyon, 1971.
- LARROUY, P., *Des exceptions et du rôle du défendeur en droit français*, thèse, Toulouse, 1873, Imprimerie Louis et Jean-Mathieu Douladoure, Rue Saint-Home, 30.
- LEFORT, C., *Théorie générale de la voie d'appel*, thèse, Angers, 2000.
- LIEVREMONT, C., *Le débat en droit processuel, contribution à une théorie générale du débat*, Préf. H. CROZE, PUAM, 2001.
- MALPEL-BOUYJOU, C., *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, préf. V. LARIBAU-TERNEYRE, Paris, Dalloz, 2014.
- MARIA, I., *Les incapacités de jouissance – Etude critique d'une catégorie doctrinale*, préf. P. Ancel, Paris, Defrénois/Lextenso, 2010

MATHIEU, B., *Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé*, thèse Aix-Marseille III, 1994.

MAYER, L., *Actes du procès et Théorie de l'acte juridique*, préf. L. CADIET, Paris, IRJS, 2009.

MERCIER, A.-C., *La révision des décisions juridictionnelles*, thèse, Bordeaux, Juillet 2000.

MERSNIER, R., *De l'autorité au civil de la chose jugée au criminel*, thèse Paris, 1889.

MIGUET, J. *Immutabilité et évolution du litige*, Paris, LGDJ, 1977.

MOURY, J., *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du Nouveau Code de procédure civile*, thèse Paris II, 1986.

MOUTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Préf. P. ROUBIER, 1^{re} éd., Sirey, 1948, Rééd. Dalloz, 2002.

NAUDET-SENECHAL, M., *Le juge unique : essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2000.

NIBOYET-HOEGY, M.-L., *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préf. B. GOLDMAN, Paris, Economica, 1986.

NORMAND, J. *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965.

OMAR, M., *La notion de recevabilité en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 1965.

ORIF, V. *La règle de l'unicité de l'instance*, Préf. S. AMRANI-MEKKI, thèse, Paris, LGDJ, 2012.

OST, F., *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999.

OUTIN-ADAM, A., *Essai d'une théorie générale des délais, Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse, Paris, 1986.

PALLARD, R., *L'exception de nécessité en droit civil*, thèse Poitiers, 1947, Paris, Pichon et Durand Auzias, 1948.

PELLETIER, C., *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Préf. Ph. JESTAZ, Paris, L'Harmattan, 2004.

TERRE, F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Préf. R. LE BALLE, Paris, 1957.

PILLET, S., *Les incidents de procédure d'après la jurisprudence du parlement (XIII et XIV siècles)*, thèse, Paris, 2005.

RAYNAUD, M., *Le principe de célérité en droit judiciaire privé : mythe ou réalité ?* Conférence donnée le 1^{er} mars 1984 au palais de justice de Paris, Association française de DJP, Imprimerie du TGI.

REMY, B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Préf. P. MAYER, (Nouv. Bibl. thèses), 2008.

ROYER, J.-P., JEAN, J.-P., DURAND, B., DERASSE, N. et DUBOIS, B., *Histoire de la justice en France du XVIIIe siècle à nos jours*, Paris, PUF, LEVIATHAN, 2003.

SALHI, K., *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse, Caen, 2004.

THERY, Ph., *Pouvoir juridictionnel et compétence : Etude en droit international privé*, thèse Paris II, 1981.

TOMASIN, D., *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, LGDJ, 1975.

VALTICOS, N., *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Paris, Sirey, 1953.

VERGELY, D., *La notion d' « exception », en droit*, thèse, Paris, 2006.

VIDAL-NAQUET, A. et FATIN-ROUGE STEFANINI, M. (dir.), *La norme et ses exceptions, Quels défis pour la règle de droit*, Bruylant, 2014. Préf. X. Philippe.

VINH-DAMAIS, M.-P., *La notion d'instance*, thèse, Paris, 2000.

QUAREZ, G., *Les demandes reconventionnelles*, thèse, Lille, 1910.

WEILLER, L., *La liberté procédurale du contractant*, Préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, 2004.

III- Encyclopédies et Juris-classeur

BEAUCHARD, J., « Nullité des actes de procédure-généralités », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 136, 2009, mise à jour le 30 avril 2014.

BEAUCHARD, J., « Nullité des actes de procédure-vices de forme », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 137, 2009, mise à jour le 12 mai 2012.

BEAUCHARD, J., « Nullité des actes de procédure - irrégularités de fond », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 138, 2009, mise à jour le 21 avril 2014.

BOILOT, C., « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *Recueil Dalloz* 2015, 298.

CROZE, H. et N. LESOURD, « Exceptions de procédure - Exception d'incompétence », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 10, 2013, mise à jour le 13 avril 2015.

CROZE, H. et N. LESOURD, « Exceptions de procédure - Exception de litispendance », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 20, 2013, mise à jour le 28 mai 2013.

CROZE, H. et N. LESOURD, « Exceptions de procédure - Exception de connexité », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 30, 2013, mise à jour le 28 novembre 2014.

CROZE, H. et N. LESOURD, « Exceptions de procédure - Exception d'incompétence », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 40, 2013, mise à jour le 26 mai 2014.

CROZE, H. et N. LESOURD, « Exceptions de procédure - Exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 50, 2013, mise à jour 28 mai 2013.

CROZE, H. et N. LESOURD, « Sursis à statuer », *J.-cl. proc. form.*, fasc. 10, 2014, mise à jour le 25 juin 2015.

DOUCHY-OUDOT, M., « Jugement avant dire droit », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 530, 2013, mise à jour le 5 novembre 2013.

DOUCHY-OUDOT, M., « Autorité de la chose jugée au civil sur le civil », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 554, 2013, mise à jour le 21 mai 2015.

DOUCHY-OUDOT, M. et CARON, D., « Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 556, 2013, mise à jour le 21 mai 2015.

EUDIER, F. et GERBAY, N., *Rép. pr. civ.* V. « Jugement « sur le fond » ou « définitif » », mise à jour au 31 décembre 2013, n°24.

FRICERO, N., « Péremption de l'instance », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 681, 2015, mise à jour le 22 mars 2015.

FRICERO, N., « Suspension de l'instance », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 679, 2015, mise à jour le 25 juin 2015.

KAN-BALIVET, B., « Acceptation à concurrence de l'actif net », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 985, 2015, mise à jour le 11 avril 2014.

KAN-BALIVET, B., « Renonciation à succession », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 986, 2015, mise à jour le 11 avril 2014.

MARCHAND, X. et PIVET, A., « Moyens de défense.- Règles générales », *J.-cl. proc. civ.*, fasc. 128, 2011, mise à jour le 10 septembre 2014.

MARCHAND, X. et SERAPIONIAN, J., « Exceptions dilatoires », *J.-cl. proc. civ., fasc. 134*, 2011 ; mise à jour le 21 janvier 2011.

MARCHAND, X. et VUITTON, X., « Tribunal de grande instance – Procédure ordinaire-Instruction devant le juge de la mise en état - Compétences et pouvoirs du juge de la mise en état - Décisions du juge de la mise en état », *J.-cl. proc. civ., fasc. 222*, 2013, mise à jour le 22 mai 2014.

NORMAND, J. et BLÉRY, C., « Principe directeurs du procès - Office du juge – Déclenchement et extinction de l'instance », *J.-cl. proc. civ., fasc. 150*, 2013, mise à jour le 24 juillet 2013.

NORMAND, J. et BLÉRY, C., « Principe directeurs du procès - Office du juge – Détermination des éléments de l'instance. – Les parties.- L'objet du litige », *J.-cl. proc. civ., fasc. 151*, 2013, mise à jour le 6 mai 2015.

NORMAND, J. et BLÉRY, C., « Principe directeurs du procès - Office du juge - Fondements des prétentions litigieuses », *J.-cl. proc. civ., fasc. 152*, 2013, mise à jour le 16 septembre 2014.

PETEL-TEYSSIÉ, Exceptions, fins de non-recevoir, *Rép. proc. civ. Dalloz*. 2005.

JAPIOT, R., « La théorie des exceptions de procédure », *Rec. périod. Proc. civ.* 1916.

STAES, O., « Jugements sur le fond.- Dispositions spéciales.- Dessaisissement », *J.-cl. proc. civ., fasc. 550*, 2015, mise à jour le 16 avril 2015.

TIRVAUDEY-BOURDIN, C., « Prorogation de compétence. – Initiative des parties », *Jcl, proc. civ., fasc. 212*, 2015, mise à jour le 2 janvier 2015.

TIRVAUDEY-BOURDIN, C., « Compétence. – Exception d'incompétence », *Jcl, proc. civ., fasc. 213-1*, 2015, mise à jour le 3 juillet 2015.

TIRVAUDEY-BOURDIN, C., « Compétence. – Exception de litispendance et de connexité », *Jcl, proc. civ., fasc. 213-2*, 2015, mise à jour le 1^{er} janvier 2015.

IV- Articles, rapports et chroniques

AMRANI MEKKI, S., « Les causes de suspension et d'interruption de la prescription » in JOURDAIN, P. et WERI, P. (dir.), *La prescription extinctive, Etudes de droit comparé*, Bruylant 2010, p. 474.

AMRANI MEKKI, S., « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP G, 2008, I, 160*.

AUCLAIR, N., « Une défense au fond rend l'exception d'incompétence irrecevable », *JCP G* 2000, II, 10291.

AUGENDIE, G., « Actualité des modes alternatifs de règlement des conflits », *Gaz. pal.* 12 au 13 août 2015, Acte de colloque, p. 3.

BANDRAC, M., « *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile* », *RDC* 2008, p. 1413.

BANDRAC, M., « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas » in *Mélanges en l'honneur de Pierre DRAI*, p. 171.

BEAUCHARD, J., « La relativité du dilatoire », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2008, p.101.

BEGUET, J-P., « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.* 1947, p. 134.

BELORGEY, J-M., « La situation générale du temps des procédures devant les juridictions », in COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, M.-A., (dir.), *Le temps dans la procédure civile*, Paris, Dalloz, 1996, p. 5.

BEIGNIER, « Le nouveau Code de procédure civile : un droit des professeurs ? » in CADIET, L. et CANIVET, G. (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, p. 35.

BLANC, E., « Les exceptions d'incompétence au cas où l'exception est relevée par les parties dans le procès civil », *Gaz. Pal.* 1976, 2, Doct. p. 463.

BLARY-CLEMENT, E., « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP.* 1991, I, 3534.

BLERY, C. et TEBOUL, J.-P., « Une nouvelle ère pour la procédure civile », *Gaz. pal.* 27 au 28 mars 2015, doct. p. 6.

BLERY, C., « Office du juge: entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile » : *Procédures* 2012, étude n°6.

BLERY, C., « La notion de spécialisation des juges », In C. GINESTEST (dir.), *La spécialisation des juges*, LGDJ, 2012, p.13.

BLERY, C., « Plaidoyer pour une simplification des règles internes de compétence en matière judiciaire », *Procédure* 2008, étude n°3.

BLOCK, G., « La sanction attachée au non respect d'une clause de conciliation ou de médiation », *Mélanges en l'honneur de Raymond Martin*, Bruylant, LGDJ, 2004, p. 69.

BOITELLE, M., « Comment choisir entre médiation et la conciliation ? », *Gaz. Pal.* 12 au 13 juin 2015, doct. p. 9.

BOLARD, G., « L'arbitraire du juge » in *Le juge entre deux millénaires Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 225.

BOLZE, A., « L'office du juge, une double définition » in E. PATAUT, S. BOLLEE, L. CADIET et E. JEULAND, (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, p. 73.

BRENNER, C., « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC*, p. 1431.

BRENNER, C. et LECUYER, H., « La réforme de la prescription », *JCP E 2009*, I, 1197.

BOUCARD, F., « La nouvelle situation procédurale de la caution agissant en responsabilité contre le créancier », *JCP G 2013*, II, 10103

BROUILLARD, J.-P., « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *D. 1996*, chr., p. 98.

BURGELIN, J-F., COULON, J-M. et FRISON-ROCHE, M-A., « L'office de la procédure », in *Le juge entre deux millénaires: mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 253.

CADIET, L., « Construire une médiation utile », *Gaz. pal.* 17 au 18 juillet 2015, doct. p. 10.

CADIET, L., « La sanction et le procès civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HERON*, Paris, LGDJ, 2008. p. 125

CANIVET, G., « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 243, spéc. p. 245.

CHAINAIS, C., « Les sanctions en procédure civile : à la recherche d'un clavier bien tempéré », in CHAINAIS, C. et FERNOUILLET, D., *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz (*l'Esprit du droit*), 2012, p. 357.

CHAZAL, J.-P. et WATTEL, S. « Prescription et vices de procédure : contrariété entre le Code civil et le Code de procédure civile ? », *Procédures 2009*, alerte n°50

CHOLET, D., « Le sursis à statuer au cours de la mise en état », in *Gaz. pal.* 2008, p. 3306.

CHOLET, D., « Qualification de l'incident de faux : exception de procédure ou défense au fond ? », *D. 2007*, p. 192

CORNELOUP, S., « Accès au juge et immunité de juridiction » in DONIER, V. et LAPEROUSCHERNEIDER, B., *L'accès au juge, Recherche sur l'effectivité du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 104.

COULON, J.-M., « Les solutions relatives à l'office du juge », in COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, M.-A., (dir.), *Le temps dans la procédure civile*, Paris, Dalloz, 1996, p. 57.

COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, M.-A., « Avant-propos » in COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, M.-A., (dir.), *Le temps dans la procédure, Thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 1996, p. 1.

CROZE, H., « Le juge doit-il dire le droit », in *Justice et droit du procès: du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 225.

D'AMBRA, D., « La conciliation et la médiation droit interne », in GUINCHARD, S. (dir) *Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz action 2014-2015*, p. 865.

DESDEVISES, Y., « Variation sur le fond en procédure civile » in *La terre, la famille, le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel COSNARD*, Paris, Economica, 1990, p. 325.

DESDEVISES, Y., « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, chr. p. 21.

DESIDERI, J.-P., « Le fondement de la demande dans le procès civil », *LPA* 5 juin 2000.

DESIRY, R., « Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance », *D.* 1956, chr. p. 145.

DJOGBENOU, J., « La réforme de la procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes : une légistique impossible ? » in *L'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de P. G. POUGOUE*, Paris, Wolters Kluwer et Credij, 2014, p. 245.

DOUCHY-OUDOT, M., « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. pal.* 15-17 nov. 2009, p. 3.

DOUCHY-OUDOT, M., « La scission des phases de l'instance : la mise en état », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR*, Paris, Dalloz, 2009, p. 233.

DUPOIRIER, C. et TRAVAINI, G., « Le non respect d'une clause de conciliation n'est pas susceptible de régularisation en cours d'instance », *Gaz. pal.* 6 au 7 mars 2015, doct. p.14.

DU RUSQUEC, E., « Nature et nullités pour vice de forme dans les actes de procédure », *Gaz. pal.* 1979, I, Doct. p. 136.

DURRY, G., « Les jugements dits « mixtes », *RTD civ.* 1960, p. 5.

DYMANT, M., « De la nullité des actes vers l'inefficacité relative » in *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET*, Paris, Les petites affiches, 2004, p. 189

FOULON, M. et STRICKLER, Y., « Clauses conventionnelles de médiation hors instance », *JCP G* 2014, 1128.

FRICERO, N., « Nullité et portée de l'expertise : les précisions jurisprudentielles », *D.* 2014, p. 800.

FRICERO, N., « La loyauté dans le procès civil », *Gaz. pal.* 23-24 mai 2012, p. 27.

FRICERO, N., « Ô temps, suspends ton vol... procédure judiciaire ou amiable et prescription extinctive » in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz 2009, p. 327.

FRICERO, N., « La nouvelle prescription : « entre sécurité et modernité » », *RLDC* 2008, n°3093.

FRICERO, N., « La prescription extinctive un an après la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 : ce qu'il faut savoir ! », *Procédures* 2009, études n°6.

FRICERO, N., « Les principes fondamentaux communs à tous les procès, Les garanties de nature procédurale : équité, publicité, célérité et laïcité », in GUINCHARD, S. (dir), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz Action, 2014-2015, p. 704.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Les offices du juge » in *Mélanges Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, M.-A., (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 11.

GERBAY, N., « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures* 2015, étude n°7.

GIVERDON, C., « La procédure de règlement des exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité d'après le décret n°72-684 du 20 juillet 1972 », *D.* 1973, chr. p. 155.

GIVERDON, C., « Question de procédure civile : le régime des exceptions de nullité », *Gaz. Pal.* 1973, Doct. p. 621.

GRIGNON, Ph., « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges en l'honneur de Christan Mouly*, Litec, 1998, p. 115.

GUINCHARD, S., « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? » in *Mélanges en hommage à François TERRE*, Paris, PUF, 1999, p. 761.

GUINCHARD, S., « Les solutions d'organisation procédurale » in COULON, J.-M. et FRISON-ROCHE, M.-A., (dir.), *Le temps dans la procédure, Thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 1996, p. 51.

GUINCHARD, S., « *Le temps dans la procédure civile, Ann. Fasc. Dr. et Sc. Pol.* », Clermont 1, 1983, *fasc.* 20, p. 21.

HENO, Bl., « Le déclin des fins de non-recevoir dans le droit de la filiation », *JCP.* 1975, 2706.

HERON, J., « Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours » in *Le juge entre deux millénaires Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 369.

HERON, J., « Limite de la chose jugée », in *Justices*, 1995, p. 290.

JAHEL S., « Fin de non recevoir et ordre processuel », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 723.

JAPIOT, R., « Sanction en matière de procédure », *RTD civ.* 1914, p. 227.

JEULAND, E., « Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique » in *Mélanges en l'honneur de Didier René MARTIN*, Paris, LGDJ, p. 253.

JEULAND, E., « Les internationalistes et les processualistes ont-ils une vision commune de la notion même de coordination des justices étatiques ? Etude de canardologie » in E. PATAUT, S. BOLLEE, L. CADIET et E. JEULAND (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS, 2013, p. 11.

JEULAND, E., « Autour de la forme et du fond, problème de procédure », *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 443.

JEULAND, E., « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975 » in CADIET, L. et CANIVET, G. (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, p. 101.

JOUSSE, B., « Les pratiques de la médiation judiciaire », *Gaz. pal.* 22 au 24 déc. 2013, Act. de coll. p. 22.

JOUSSE, D., « Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois 1667. – Debure l'ainé 1757 », 1757., - 2 Vol. in 12 t.1.

JUBAULT, Ch., « Les exceptions dans le Code civil à la frontière de la procédure et du fond », *LPA* 15 au 17 janvier 2003.

JULIEN, E., « La compétence du juge pour statuer sur les exceptions de procédure », *D. 2007*, doct. p. 92.

JUNILLON, J., « Conséquence de la loi réformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ? », *Procédures 2009*, prat n°2.

KENFACK, H., « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », *D. 2015*, p. 384

KERNALEGUEN, Fr., « Choses jugées entre elles », *Mélanges Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 261.

LAGARDE, X., « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. Arb. 2000*, p. 377.

LASSNER, M., « Quel médiateur pour quelle médiation ? », *Gaz. pal.* 3 au 4 avril 2015, doct. p. 15.

LASTATE, S. et CASSASSOLES, A.-F., « Les clauses de conciliation préalable dans les contrats », *Gaz. pal.* 2015 du 20 au 22 septembre 2015, doct. p. 3.

LEFORT, C., « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 807.

LEMEE, J., « La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau Code de procédure civile », *RTD civ. 1982*, p. 23

LOBIN, Y., « La notion de grief dans les nullités des actes de procédure », *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 232.

MAGENDIE, J.-C., « Loyauté, dialogue, célérité : trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 329.

MALAURIE, Ph., « La réforme de la prescription civile », *JCP G, 2009*, I, 134

MARTIN, R., « Un virus dans le système des défenses du nouveau Code de procédure civile : droit d'action », *Rev. Gén. des procédures*, 1998, p. 419.

MARTIN, R., « Quand le grain ne meurt...de conciliation en médiation », *JCP G 1996*, 3977.

MARTIN, R., « La nullité des actes de procédure », *Revue Huissiers* 1989, p. 169.

MARTIN, R., « Le double langage de la prétention », *JCP*, 1981, I, 3024.

MEUNIER, J.-L., « Les exceptions d'incompétence d'après le décret du 20 Juillet 1972, *D. 1974*, chr. p. 213.

MINIATO, L., « L'évolution du rôle du juge de la mise en état », in C. GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges*, Paris, LGDJ, 2012, p. 35.

MINIATO, L., « L'introuvable principe de Loyauté en procédure civile », *D. 2007*, chr. 1035.

MOTULSKY, H., « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits – Etudes et notes de procédure civile*, Préf. G. CORNU et J. FOYER, Paris, Dalloz, 1973, p. 38.

MOURRE, A., « L'irrecevabilité est-elle la sanction appropriée de la violation d'une clause de conciliation obligatoire », *Gaz. Pal. Cah. de l'arb.* 6 novembre 2003, p. 10

MOURRE, A., « La médiation en droit français : quelques points de repère jurisprudentiels et législatifs récents », *Bull. CCI 2001*, p. 73.

MOURY, J. « De quelques aspects de l'évolution de la juridiction (en droit judiciaire privé) » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 299

MOUSSA, T., « L'immunité de juridiction est une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence », *Gaz. pal.* 1987, som. p. 53.

MUIR WATT, H., « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Paris, Dalloz, 1994, p. 303.

NORMAND, J., « La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés », *RTD civ.* 1983, p. 778.

NORMAND, J., « Les excroissances des fins de non-recevoir », *RTD civ.* 1981, p. 678.

NORMAND, J., « Le juge et le fondement du litige » in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, 1981, p. 595.

NORMAND, J., « Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain », *RTD civ.* 1998, p. 461.

PARMENTIER, M., « Les jugements mixtes au regard de la recevabilité du contredit et de l'appel », *Bull. avoués.* 1984, n°92, p. 109.

PELLERIN, J., « L'omission de l'acte de procédure » in *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET*, Paris, Les Petites affiches, 2004, p. 379

PERDRIAU, A., « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *JCP*, 1996, I, 3911.

PERROT, R., « Conseiller de la mise en état, chose jugée et déféré », *Procédures* 2013, n°8.

PETEL-TEYSSIE, I., « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 1994.

PIGACHE, Ch., « La clause de conciliation préalable à la saisine du juge », *Gaz. pal.* 12 au 13 août 2015, *Acte de colloque*, p. 12.

POLLET, R., « Exceptions et fins de non-recevoir », *Rép. dr. civ. Paris*, Dalloz, 1994.

PUTMAN, E., « Cinq questions sur les nullités en procédure civile », *Justices* 1995, n°2, p. 193.

RASKIN, E., « Une nébuleuse frontière entre nullité de forme et nullité de fond », *Gaz. Pal.* 2008, p. 3835.

RASKIN, E., « Le juge de la mise en état : problématique de compétence exclusive », *Gaz. pal.* 2009, p. 336.

RASKIN, E., « La compétence du juge pour statuer sur les exceptions de procédure », *Gaz. pal.* 2007, p. 92.

SALATI, O., « Condition de l'autorité de la chose jugée d'une ordonnance du conseiller de la mise en état », *JCP G* 2008, II, 10079

TALON, X., « Les irrégularités, nullités et abus de procédure », in J. ENGLEBERT (Coord.), *Le procès civil accéléré*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 232.

TEYNIER, E., « L'irrecevabilité est-elle la sanction appropriée de la violation d'une clause de conciliation obligatoire », *Gaz. Pal. Cah. de l'arb.* 6 novembre 2003, p. 8

TIRVAUDEY-BOURDIN, C., « Le rôle du conseiller de la mise en état à l'épreuve de la demande de sursis à statuer », *Gaz. pal.* 13 juil. 2008, p. 12.

TOMASIN, D., « Remarques sur la nullité des actes de procédure », *Mélanges en l'honneur de Pierre HEBRAUD*, p. 871.

VAN COMPERNOLLE, J., « Quelques réflexions sur un principe émergent : La loyauté procédurale », in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz 2010, p. 413.

THERY, Ph., « Le litige en Droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire » in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz 2010, p. 853.

VERT, F., « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. pal.* 30 au 31 janvier 2015, doct. p. 8.

VERT, F., « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. pal.* 17 au 18 janvier 2014, doct. p. 9.

VIATTE, J. « Exceptions dilatoires, questions préjudicielles et sursis à statuer », *Gaz. pal.* 1978, Doct. p. 31.

VIATTE, J. « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. pal.* 1980, Doct., p. 470.

VOIDEY, N., « La notion de « prétentions » en procédure civile », *Gaz. Pal.* 2006, doct. p. 2839.

WIEDERKEHR, G., « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée » in *Mélanges Jacques NORMAND*, Paris Litec, 2003, p. 507.

WIEDERKEHR, G., « Qu'est ce qu'un juge », in *Nouveaux juges Nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 575.

WIEDERKEHR, G., « Le système des voies de recours en droit privé français », *RID comp.* 1989, numéro spécial, Vol. 11, p. 225.

WIEDERKEHR, G., « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984. *Chr.* p. 165.

WIEDERKEHR, G., « Droit de la défense et procédure civile », *D.* 1978, *chr.* p. 36.

V- Notes et observations sous arrêts

AMRANI-MEKKI, S.,

à la semaine juridique générale

- obs. sous Cass. 2^e civ., 30 janv. 2014, *JCP G* 2014, I, 436, n°6.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 31 jan. 2013, *JCP G* 2013, 519.
- obs. sous Cass 1^{re} civ., 19 sept. 2007, *JCP* 2008, I, 138, n°9.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008, *JCP* 2009, I, 142, n° 13.

À la revue droit et patrimoine

- Obs. sous Cass. ass. plén. 7 juil. 2006 *Dr. et patrimoine* 2007, 113.

À la gazette du palais

- Notes sous Cass. mixte, 12 déc. 2014, *Gaz. pal.* 8 au 10 mars 2015, p. 9.
- ANCEL, P. et COTTIN, M., obs. sous Cass. mixte, 14 fév. 2003 : *D.* 2003, 1386.
- ATTAL, M., note sous Cass. 2^e civ., 30 avril 2009, *JCP* 2009.
- AUCLAIR, N., note sous Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, *JCP*, 2000, II, 10291, p. 696.
- AUDIT, B., note sous Cass. 1^{re} Civ. 13 juin 1978, *Rev. crit. DIP* 1978, 722.
- AVENA-ROBARDET, V., obs. sous Cass. 1^{re} civ. 14 mai 2009, *D.* 2009, *act. Jurispr.* 1476.
obs. sous Cass. 2^e Civ., 2 oct. 2008, *D.* 2008, *act. Jurispr.* 2499.
- BOILLOT, Ch., note sous Cass. mixte, 12 déc. 2014, *D.* 2015, 298.
- BOUCARD, F., note sous Cass. mixte 21 fév. 2003, *JCP G* 2003, II, 10103.
- CADIET, L., obs. sous Cass. mixte, 14 fév. 2003 : *JCP G.* 2003, I, 128, n°17,
obs. sous Cass. 2^e civ., 30 mars 2000, *JCP G* 2000, I, 267.
- CHOLET, D., note sous Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008 : *JCP G* 2009, II, 10048.
note sous Cass. 1^{re} civ, 24 oct. 2006, *D.* 2007, 192.
- CLAVEL, S., note sous cass. Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2011, 10-30.919, *JDI* 2012, 1384.
- CLAY, T. obs. sous Cass. mixte, 14 fév. 2003 : *D.* 2003, 2480.
- COHEN, D., note sous Cass. 2^e civ., 15 janv. 1992 (arrêt 37D), *Rev. Arb.* 1992, p. 646. .
- CROZE, H., obs. sous Cass. 2^e civ., 25 juin 2015, *Procédures* 2015, n°288.
obs sous Cass. mixte, 21 fév. 2003, *Procédures* 2003, n°118.
obs sous Cass. mixte, 14 fév. 2003, *Procédures* 2003, n°96.
obs. sous Cass. ass. plén. 7 juil. 2006, *Procédures* 2006, repère 9.
- CROZE, H. et MOREL, Ch., obs. sous Cass. 2^e civ., 7 oct. 1987 : *Gaz. Pal.* 1988, somm 150.
- DELEBECQUE, Ph., note sous cass. 1^{re} civ. 7 déc. 2011, *D.* 2012, 254.
- DELPECH, X., obs. sous Cass. ass. plén. 22 avr. 2011, *D.* 2011.1870.
- DOUCHY-OUDOT, M., note sous Cass. 2^e civ., 22 nov. 2001, *Dr. et proc.* 2002. 163.
- note sous cass. 2^e civ., 21 avril 2005, *Dr. et proc.* 2005/ 5. 291.

FRICERO, N., à la revue Dalloz.

obs. sous Cass. ass. plén. 22 avr. 2011, *D. 2012*, p. 244.

obs. sous Cass. avis, 13 novembre 2006, *D. 2007*, pan. p. 2431.

obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2006, *D. 2007*, 2431.

obs. sous Cass. 2^e civ., 13 fév. 2003, *D. 2007*, 2427.

À la revue des huissiers

note sous Cass. 2^e civ., 31 jan. 2013, *Rev. Huissiers 2013*, 55.

obs. sous Cass. ass. plén. 7 juil. 2006, *Rev. Huissiers 2006*, 348.

GIVERDON, C., note sous Cass. 2^e civ., 16 déc. 1964 *D. 1965*, 155.

GRANET, F., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 5 fév. 2002, *D. 2002*, somm. 2018.

obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1994, *D. 1994*, somm. 113.

obs. sous Versailles, 12 mars 1992 : *D. 1993*, somm. 44.

obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1992 : *D. 1993*, somm. 166.

GUINCHARD, S. et MOUSSA T., obs. sous Cass. 2^e civ., 8 oct. 1986, *Gaz. Pal. 1987*, somm. p. 279.

obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 avril. 1986, *Gaz. Pal. 1987*, som., p. 53.

HAUSER, J., obs. sous Cass. 1^{re} civ. 6 mars 2007, *RTD civ. 2007*, 762

obs. sous Cass. 1^{re} civ., 5 fév. 2002, *RTD civ. 2002*, 494.

obs. sous Versailles, 12 mars 1992, *RTD civ. 1992*, 545.

HEBRAUD, P., obs sous Cass. 2^e civ., 16 déc. 1964, *RTD civ. 1965*, p. 421.

HERON, J., note sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1994, *Justices 1995*, p. 243.

HONORAT, A., note sous Cass. com., 6 déc. 1983: *D. 1984*, p. 278.

HOVASSE, H., obs. sous Cass. Com, 28 juin 2005, *JCP E 2005*, 1325.

HUET-WEILLER, D., note sous Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1987, *D. 1988*, 101.

JAROSSON, Ch.,

À la revue de l'arbitrage

obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001; *Rev. arb. 2001*, 749.

obs. sous Cass. 2^e civ., 6 juil. 2000, *Rev. arb. 2001*, 749.

note sous *TGI Paris*, 20 octobre 1997, *Rev. arb. 1997*, 577.

À la revue générale des procédures

obs sous TG. Fort-de-France, 20 déc. 1996, *RG proc.* 1998. 174.

JAULT-SESEKE, F., obs. sous Cass. 1^{re} civ. 7 déc. 2011, 10-30.919, *D.* 2012, 1237.

JULIEN, P.,

Au recueil Dalloz.

obs. sous Toulouse, 28 mars 1995, *D.* 1996. Somm. 137.

obs. sous Cass. 2^e civ., 10 mars 1977, *D.* 1977. IR261.

obs sous CA Paris, 18 juin 1986: *D* 1987, somm. p. 229.

obs. sous Cass. 2^e civ, 29 octobre 1986, *D.* 1987, somm. 229.

obs. sous Cass. com., 12 fév. 1985, *D.* 1985, somm. p. 473.

obs. sous Cass. 2^e civ., 2 déc. 1982, *D.* 1983, IR. 398.

Au bulletin des Avoués.

obs. sous Cass. 2^e civ., 11 fév. 1976, *Bull. avoués* 1979, 1, p. 279.

KELLER, M., obs. sous Cass. mixte, 14 fév. 2003 : *Dr. soc.* 2003, 890.

KENFACK, H., obs sous Cass. . 1^{re} civ. 7 déc. 2011, 10-30.919, *D.* 2012, 1442.

LECUYER, H., obs. sous Cass. Com, 28 juin 2005, n°03-13.112, *Dr. sociétés* 2005, comm. 209.

LEVENEUR, L., obs sous Cass. 2^e civ., 6 juil. 2000, *Cont. Conc. Cons. janv.* 2001, comm. n°2.

LOQUIN, E., note sous Cass. 1^{re} civ. 17 juin 1975 : *Rev. arb.* 1976, p. 189.

LOUBIERE, P., note sous Cass. 2e civ., 18 déc. 2008: n° 07-21.140, *D.* 2009, 536.

MAITREPIERRE, A, Rapport sous Cass. 1^{re} civ. 7 déc. 2011, *Rev. Crit. DIP.* 2012, 138.

MASSIP, J., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1994, *Jur. p.* 449.

MESTRE J. et FAGES, B., obs. sous Cass. mixte, 14 fév. 2003 : *RTD civ.* 2003, 294.

obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, *RTD civ.* 2001, 359.

obs sous Cass. 2^e civ., 6 juil. 2000, *RTD civ.* 2001.359.

MOURY, J. obs. sous Cass. ass. plén. 22 avr. 2011, *Rev. Sociétés* 2011. 547.

MURAT, P., obs. sous Cass. 1^{re} civ. 6 mars 2007, *Dr fam.* 2007, 141.

NICOLETIS, C., obs. sous Cass. 2^e civ., 7 juin 2007, *D.* 2008,648.

NORMAND, J., obs. sous Cass. 2^e civ., 22 oct. 1975, *RTD civ.* 1976, 194.

obs. sous Cass. 2^e civ., 2 avr. 1974, *RTD civ.* 1975, 359.

PELLETIER, C. Obs. sous Cass. 2^e civ., 16 déc. 2010 : *RDC 2011*, p. 916.

PERROT, R.,

À la revue procédures.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2014, *Procédures 2014*, n°198
- obs. sous Cass. 3^e civ., 4 fév. 2014, *Procédures 2014*, n°102.
- Obs. sous Cass. 2^e civ., 11 juill. 2013, *Procédures 2013*, n°276.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 31 jan. 2013, *Procédures 2013*, n°98.
- obs. sous Cass. 3^e civ., 30 oct. 2012, *Procédures 2013* n°6.
- obs. sous Cass. 3^e civ., 6 juil. 2011 : *Procédures 2011*, n° 330.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008, *Procédures 2009*, n°75.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 17 déc. 2009, *Procédures 2009*, n°110.
- obs. sous Cass. 1^{re} 18 oct. 2008, *Procédures 2008*, n°324.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 13 mars 2008, *Procédures 2008*, n°134.
- obs sous Cass. soc., 20 juin 2007, *Procédures 2007*, n°221.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 7 juin 2007, *Procédures 2007*, n° 218.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 18 janv. 2007 *Procédures 2007*, n°80.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ, 24 oct. 2006, *Procédures 2007*, n° 34.
- obs sous Cass. ass. plén. 7 juil. 2006, *Procédures 2006*, n°201.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 28 fév. 2006, *Procédures 2006*, n°99.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 15 sept. 2005, *Procédures 2005*, n° 271.
- obs sous Cass. 2^e civ., 6 janv. 2005, *Procédures 2005*, n°62.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 27 mai 2004, *Procédures 2004*, n° 179.
- obs sous Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 2003, *Procédures 2003*, n°84.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 11 juill. 2002, *Procédures 2002*, n° 184.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 13 juillet 1999 : *Procédures 1999*, n° 225.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 17 juin 1998, *Procédures 1998*, n°194.

À la revue trimestrielle de droit civil

- obs. sous Cass. 2^e civ., 16 déc. 2010, *RTD civ.* 2011, 170.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008, *RTD civ.* 2009, 171.
- obs. sous Cass. com., 5 fév. 2008, *RTD civ.* 2008, 352.
- obs. sous Cass. ass. plén. 7 juil. 2006 *RTD civ.* 2006, 825.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 15 sept. 2005, *RTD civ.* 2005, 823.
- obs sous Cass. mixte, 14 fév. 2003 : *RTD civ.* 2003, 349.
- obs. sous. Cass. soc. 10 juil. 1996, *RTD civ.* 1996, 981.
- obs. sous Cass. 2^e civ., 29 mai 1991, *RTD civ.* 1991, 800.
- obs. sous Cass. 2^e civ. 17 mars 1982, *RTD civ.* 1983, 195.

- obs. sous Cass. 2^e civ. 20 juin 1979, *RTD civ.* 1982, 472.
- POISSONNIER, Gh., note sous Cass. 1^{re} 18 sept. 2008, *Gaz. Pal.* 1^{er} -3 mars 2009, 1251.
- PREVAULT, J., note sous CA Paris, 4 mai 1988 : *D.* 1988, p. 519.
- ROLLAND, B., obs. sous Cass. com., 5 fév. 2008, *Procédures* 2008, n°116.
- SALATI, O., note sous cass. 2^e civ., 31 janv. 2013, *Rev. Droit et proc.* Mai 2013.
note sous Cass. 2^e civ., 13 mars 2008, *JCP 2008*, II, 10076.
- SERINET, Y.-M., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008, *JCP 2009*, I, 142, n°8.
obs. sous Cass. 2^e civ., 15 sept. 2005, *JCP 2006*, I, 133, n°8.
- SOMMER, J-M., obs sous Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008, *D.* 2009,757.
obs. sous, Cass. 2e civ., 7 juin 2007, *D.* 2008, 648.
obs. sous Cass. 2^e civ, 13 mars 2008. *D.* 2008, 2378.
- STRICKLER, Y., Note sous Cass. 2e civ., 11 mars 2015, *Procédures* 2015, n°151.
- THERY, Ph., obs. sous Cass. 2^e civ., 5 mai 2011, n°10-14.066, *RTD civ.* 2011,585
obs. sous Cass. ass. plén. 22 avr. 2011, n°09-16.008, *RTD civ.* 2011. 795.
obs. sous Cass. 2^e civ., 9 juill. 2009, *RTD civ.* 2010,370.
- VACHET, G., obs. sous Cass. soc., 2 avr. 1998, *RGDP* 1998, p. 479.
- VASSEUR, Th., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2008, *D.* 2009, pan. 2715.
- VIATTE, J., note sous Cass. 2^e civ., 14 déc. 1981, *Gaz. pal.* 1982, 1, 210.
 - note sous Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 405.
 - note sous Cass. 2^e civ. 20 juin 1979, *Gaz. Pal.* 1982, 112.
 - note sous Cass. 2^e civ., 8 juin 1979, *Gaz. pal.* 1979, 2. 443.
 - note Cass. 2^e civ., 10 mars 1977, *Gaz. Pal.* 1978. 1. 3.
- VRAY, H., Limoges, 11 déc. 2006, *Gaz. Pal.*, 28-30 janv. 2007, p. 15.
- VUITTON, X. note sous Cass. 2^e civ., 31 jan. 2013, n°10-16910 : *JCP G* 2013, 263.
- WIEDERKEHR, G., note sous Cass. ass. plén. 7 juil. 2006, *JCP G* 2007, II, 10070.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

-A-

Abus de procédure, 439, 457.

Acquiescement, 33, 188, 215

Acte juridique, 4, 112, 116, 146

Acte de procédure, 36, 94, 114, 115, 130, 131, 132, 135, 165, 169, 180, 211, 223, 315, 372, 409, 414, 421, 435, 451, 483, 547, 601, 616, 617, 637.

Acte processuel, 111, 146, 147, 163, 168

Acte unilatéral, 354

Amende civile, 459, 463

Antériorité, 43, 278, 280, 308, 312, 381, 434, 439.

Assignation, 71, 77, 114, 156, 189, 237, 320, 349, 350, 359, 416, 447, 603, 621, 623, 625, 626, 628, 632, 637, 710

Autorité de la chose jugée, V. Exception de procédure

-B-

Barre, 24, 25

Bénéfice de discussion, 40, 205, 206, 208, 356.

Bénéfice de division, 40, 206, 356

-C-

Capacité d'exercice, 119, 349

Capacité de jouissance, 119, 348, 349, 350

Célérité, 439, 640, 644, 647, 660, 671, 741

Clause compromissoire, 212, 273, 336, 337, 338, 339, 340, 562.

Clause de conciliation ou de médiation préalable, 212, 321, 354, 549, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 584, 602, 671.

Compétence, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340

Conseiller de la mise en état

- Compétence, 297, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310.

- Autorité de la chose jugée, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 676, 708, 709, 710, 711, 716, 720, 721, 724, 725.

Cour de justice de l'union européenne, 202, 298, 313, 372, 376, 390, 455, 456, 464, 499, 570, 585.

Criminel tient le civil en l'état, 85, 86, 93, 109, 298, 372, 380, 406, 445, 483, 499, 510, 567, 571, 576.

-D-

Débat, 11, 23, 24, 25, 160, 197, 222, 271, 288, 306, 310, 317, 333, 347, 348, 350, 353, 356, 365, 369, 375, 378, 379, 392, 393, 437, 478, 486, 569, 576, 577, 617, 741

Défense V. Moyen de défense.

Défense au fond, 13, 17, 27, 29, 32, 36, 40, 44, 62, 63, 65, 71, 72, 75, 86, 91, 95, 99, 108, 134, 148, 149, 151, 153, 154, 155, 156, 158, 162, 163, 169, 170, 180, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 201, 202, 204, 206, 257, 391, 447, 531.

Délai « pour faire inventaire et délibérer » , 4, 170, 207, 276, 277, 278, 320, 322, 323 362, 474, 478, 479, 480, 550, 584.

Délai pour appeler un garant, 5, 27, 101, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 497.

Demande

- critères, 145, 146, 147, 158, 159, 160
- incidente, 40, 47, 49, 53, 81, 102, 153, 156, 175, 176, 177, 213, 223, 240, 241, 254, 255, 257, 268, 269, 285, 289, 291, 392, 393, 394, 396, 406, 424, 544, 741.
- additionnelle, 102, 257, 284, 289, 291, 406, 582.
- reconventionnelle, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 74, 75, 93, 94, 96, 98, 102, 152, 153, 155, 156, 158, 159, 171, 284, 285, 286, 372

Dessaisissement du juge, 220, 237, 253, 268, 303, 305, 309, 369, 443, 491, 496, 497, 580, 609

Devoir de loyauté, 253, 439, 463.

Domages-intérêts, 152, 251, 281, 284, 456, 457, 458, 459, 460, 462, 463, 464, 466, 468, 740

Double degré de juridiction, 346

Double-emploi, 478, 679, 686, 688, 730, 735

-E-

Égalité des armes, 288, 394, 395, 439, 739.

Effets dilatoires, V. fins dilatoires

Équité, 10, 11, 13, 15, 32, 436

Exception de connexité, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 109, 115, 127, 159, 171, 220, 223, 279, 280, 281, 282, 379, 442, 443, 450, 452, 458, 483, 484, 486, 517, 521, 536, 540, 610, 649.

Exception de litispendance, 26, 81, 83, 84, 92, 115, 159, 220, 223, 283, 285, 378, 379, 417, 452, 454, 483, 484, 517, 520, 609, 610, 611, 641, 645, 647.

Exception de nullité, 4, 29, 39, 43, 86, 94, 100, 105, 115, 125, 150, 279, 281, 305, 315, 316, 342, 360, 420, 449, 474, 483, 517, 520, 536, 540, 544, 604, 617, 620, 621, 627, 637, 710.

Exception de péremption, 256, 257, 258, 259, 300, 301, 381,

Exception de procédure

- autorité de la chose jugée, 472-536
- classification, 318, 319-357, 365-381
- définition, 44, 46, 49, 740
- office du juge, 402-466
- régime, 45, 269, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323-391

Exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance

- typologie, 324, 325, 326, 327-357.
- particularité, 320, 322, 323
- régime, 358, 359, 360, 361, 362, 363,

Exception de procédure opposée à la continuation de l'instance

- typologie, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381.
- particularité, 368, 369, 370, 371, 372.
- régime, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391.

Exception dilatoire, 6, 18, 27, 29, 40, 85, 86, 87, 88, 89, 93, 94, 102, 115, 159, 160,

161, 168, 196, 200, 204, 206, 207, 231, 246, 278, 285, 294, 296, 313, 356, 357, 406, 437, 445, 453, 455, 458, 470, 474, 483, 484, 486, 487, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 502, 507, 508, 510, 514, 526, 527, 528, 536, 540, 547, 548, 549, 550, 551, 553, 555, 559, 563, 571, 572, 577, 581, 583, 588, 591, 592, 596, 686, 688, 690, 702, 703, 707, 724, 725.

Exception d'incompétence, 4, 29, 39, 93, 94, 115, 127, 128, 171, 220, 223, 250, 252, 254, 283, 285, 328, 329, 330, 331, 332, 336, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 431, 447, 474, , 475, 534, 544, 602, 620, 621, 627, 641, 642, 643, 644, 645, 649,

Évocation, 81, 652, 653, 654.

-F-

Fin de non recevoir, 4, 5, 30, 32, 36, 39, 44, 71, 72, 91, 95, 108, 121, 122, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 140, 141, 147, 149, 150, 151, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 186, 187, 209, 326, 329, 330, 331, 339, 341, 342, 343, 245, 346, 349, 351, 406, 418, 446, 554, 555, 556, 557, 562, 571.

Fins abusives, V. Intention abusive

Fins dilatoires, V. Intention dilatoire

Fond,

- notion, 139 s.

-G-

Grief, 105, 131, 132, 134, 135, 337, 421, 431, 436, 451, 615, 669.

-I-

Immunité de juridiction, 212, 327, 328, 329, 330, 331, 342, 416

Incident, 214-239

Incident de faux, 40, 44, 196, 199, 201, 203, 215, 230, 291, 372, 391.

Incident de procédure, 44, 177, 213, 214, 215, 226, 231, 232, 233, 234, 239, 268, 296, 655, 726.

Incompétence, 343, 344, 345, 346.

Instance

- Notion, 189, 190, 191, 192, 193
- Ouverture différée, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564.
- Extinction, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635
- Péremption, 256, 257, 258, 259, 300, 301, 381, 611, 612, 613, 614
- suspension, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584,

585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597,

Intérêt d'une bonne administration de la justice

- les demandes de renvoi, 80, 81, 82, 83, 378, 379.
- les demandes de suspension, 85, 86, 87, 88, 89, 380.

Intention abusive, 384, 454, 456, 457, 458, 461, 462, 463, 466, 468, 541, 738, 741

Intention dilatoire, 160, 384, 454, 456, 457, 458, 461, 462, 463, 466, 468, 541, 738, 741

-J-

Juge de la mise en état

- compétence, 3, 40, 44, 45, 102, 203, 296, 304, 305, 308, 309, 310, 311, 315, 316, 317, 323, 354, 357, 368, 369, 371, 378, 383, 388, 389, 392, 393, 401, 416.
- autorité de la chose jugée, 469, 470, 471, 472, 474, 475, 476, 478, 480, 482, 483, 484, 485, 487, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 537, 538, 539, 542, 638, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 653, 654, 657, 659, 662, 669, 671, 676, 678, 679, 680, 686, 687, 688, 689, 690, 696, 702, 708, 711, 731, 732, 739, 740.

Jugement

- avant dire droit, 431, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 502, 503, 524, 525, 526, 529, 533, 534, 535, 536, 540, 692, 693, 702, 704
- jugement mixte, 522, 523, 524, 526, 527, 528, 529, 530, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 701, 703, 704.
- jugement mettant fin à l'instance, 303, 305, 470, 474, 475, 476, 483, 533, 668, 696, 719, 720, 724.
- Jugement définitif, 494, 515, 516, 524, 535.

Juridiction suprême, 568, 569, 570.

-L-

Lenteur, 10, 395, 403, 541, 651, 671, 673, 738.

Lien,

- entre normes, 3
- de droit, 9, 189
- juridique d'instance, 192, 210, 580, 582
- statutaire, 211
- de connexité, 81, 225, 268, 280, 284, 289, 389, 406, 422, 452, 608, 734

Litige

- notion, 427 s

- aspects du litige, 365, 376, 392, 548, 741
- objet du litige, 147, 153, 154, 357, 406, 407, 499
- objet du procès, 428, 429.
- partie du litige, 431
- fond du litige, 45, 83, 139, 163, 194, 270, 272, 276, 285, 292, 299, 302, 310, 315, 316, 318, 360, 365, 369, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 392, 395, 402, 431, 436, 440, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 491, 499, 503, 506, 511, 515, 516, 517, 538, 543, 566, 572, 605, 607, 611, 612, 642, 652, 659, 661, 662, 674, 675, 677, 680, 682, 683, 694, 697, 715, 716, 720, 728, 729, 731, 732, 737, 741.

Litiges internationaux, 243, 249, 250.

Loyauté procédurale V. Devoir de loyauté

-M-

Marche de la procédure, 49, 69, 108, 159, 174, 176, 177, 178, 179, 185, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 200, 201, 207, 210, 213, 226, 233, 234, 243, 252, 256, 267, 268, 269, 300, 317, 320, 321, 332, 337, 347, 350, 365, 392, 393, 394, 396, 399, 411, 544, 618, 741

Marche du procès, 23, 27, 108, 189, 326

Marche de l'instance, 215, 219, 360, 369, 478

Mesure d'administration judiciaire, 81, 490, 492, 507, 508, 511, 594.

Mesure d'instruction, 82, 295, 376, 431, 432, 490, 491, 493, 494, 501, 502, 504, 505, 522, 524, 531, 533, 535, 536, 617, 654, 689, 704

Mesure provisoire, 82, 490, 491, 494, 501, 502, 503, 505, 506, 523, 524, 531, 534, 535, 536, 705.

Méthode structurale, 138, 141, 142

Moyen de défense, 1, 2, 4, 5, 10, 12, 24, 25, 37, 39, 40, 41, 45,46, 47, 48, 50, 51, 52, 54, 55, 57, 58, 62, 64, 65, 73, 75, 77, 78, 81, 83, 84, 86, 87, 89, 94, 99, 102, 105, 108, 109, 110, 111, 127, 132, 146, 147, 152, 158, 161, 163, 168, 173, 208, 220, 240, 287, 289, 330, 331, 388, 394, 555.

-N-

Nullité

- irrégularité de fond,
- vice de forme,
- rapport d'expertise, 277, 315, 316, 365, 372, 375, 389, 517.

-O-

Omission d'acte, 135, 421.

Objet du litige, V. litige

Objet du procès V. litige

-P-

Pas de nullité sans grief, 134, 432, 436.

Pas de nullité sans texte, 435.

Prescription, 4, 23, 28, 32, 40, 63, 67, 102, 121, 152, 180, 186, 189, 238, 287, 415, 416, 432, 599, 601, 620, 621, 622, 624, 625, 626, 628, 630, 637.

Prétention,

- définition, 114, 115
- diversité, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185.
- procédurale, 115, 139, 140, 141, 150, 160, 178, 179, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 207, 208, 213, 221, 222, 224, 225, 226, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 240, 242, 243, 244, 246, 248, 249, 253, 254, 256, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 267, 402,406, 423, 424, 426, 427.
- recherche d'un avantage, 158, 159, 160.
- rejet de la prétention, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157.
- substantielle, 96, 140, 180, 181, 179, 195, 196, 372, 423, 424, 425.

Pouvoir juridictionnel ou pouvoir de juger, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 339, 340, 341, 342, 343, 346, 515, 518, 519.

Principe de coopération, 208

Procédure orale, 447

Procès civil, 46, 87

Procès équitable, 439, 639, 655.

-Q-

Question préjudicielle, 165, 285, 298, 312, 314, 376, 159, 583, 456, 459, 464, 483, 486, 499, 567, 569, 570, 583, 741

-S-

Sursis à statuer,

- facultatif, 40, 292, 293, 294, 296, 298, 372, 381, 388, 436, 437, 453, 490, 499, 507, 508, 511, 512, 566, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 583, 594, 691.
- Obligatoire, 199, 292, 293, 296, 298, 372, 381, 464, 499, 511, 512, 564, 566, 567, 569, 570, 571, 572, 574, 578, 583, 594, 691.

Suspicion légitime, 230, 266, 267.

-R-

Rapport d'expertise V. nullité du rapport d'expertise.

Rapport de fond, 209

Rapports procéduraux, 129, 130, 131, 209, 341, 352, 410, 411, 413, 418, 421, 348.

Rapport statutaire, 208, 209, 211.

Requête conjointe, 131, 132, 188, 208, 344, 346, 420

-S-

Signification, 347, 375

Simultanéité, 276

-V-

Voies de recours ;

- appel différé, 677, 678, 679, 682.
- appel immédiat, 121, 253, 510, 536, 685, 686, 687, 688, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 723, 724, 731.
- Contredit, 81, 187, 346, 463, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 653, 654, 671, 731.
- Déféré, 484, 639, 655, 656, 664, 665, 666, 667, 717, 731.
- Opposition, 635, 660, 668, 669, 670, 671, 672, 673.
- Pourvoi en cassation, 81, 84, 87, 245, 247, 295, 512, 575, 635.
- Pourvoi différé, 511, 512, 513, 638, 662, 668, 675, 696, 713, 714, 716,

717, 718, 719, 721, 722, 723, 724,
726.

- Pourvoi immédiat, 660, 661, 665,
666, 667, 718, 720, 725.
- Recours en révision, 87, 245, 295,
575, 638, 668, 674, 675.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	II
DÉDICACES	IV
REMERCIEMENTS	VI
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	VIII
SOMMAIRE	XII
INTRODUCTION	II
I- L'exception en droit	2
A- L'exception, une norme	2
B- L'exception, un moyen de défense	3
II- L'exception en procédure : une notion longtemps à la recherche d'une identité	7
A- Naissance de l'exception à Rome : une notion certaine et précise	8
1- L'inexistence de l'exception au cours de la procédure des <i>actions de la loi</i>	8
2- L'apparition de l'exception au cours de la <i>procédure formulaire</i>	11
3- La survivance de l'exception au cours de la <i>procédure extraordinaire</i>	15
B- Évolution de l'exception en droit français : une notion flottante et confuse	16
1- Les exceptions dans les anciennes procédures françaises	17
2- L'exception dans la doctrine du XVIe au XVIIIe siècle et l'ordonnance de 1667	22
3- L'exception dans le Code de procédure civile de 1806 et la doctrine du XIXe siècle	24
III- L'exception de procédure : une identité apparemment retrouvée	29
A- La maturation d'un concept : l'exception de procédure	29
B- La persistance de la confusion en dépit de cette maturation	32
C- La nécessité de la recherche	37
1- Les causes identifiées de la confusion	37
a- Une absence de définition cohérente	37
b- Un régime inadapté	38
2- Le renouvellement de la notion d'exception de procédure	39

PREMIÈRE PARTIE :
LE RENOUVELLEMENT DE LA DÉFINITION CLASSIQUE DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE
TITRE 1 :
L'EXCEPTION DE PROCÉDURE, UNE DEMANDE

CHAPITRE 1 : LE REJET DE LA QUALIFICATION DE MOYEN DE DÉFENSE	47
SECTION 1 : L'INDIFFÉRENCE DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE AU REJET DE LA PRÉTENTION ADVERSE	48
§1.- Le rejet de la prétention adverse, fonction commune à tous les moyens de défense	49
A- La synonymie entre défense et moyen de défense	49
1- L'exposé des termes de la confusion	50
2- Rejet de la thèse de la distinction	54
B- La détermination des moyens de défense par le rejet de la prétention adverse	57
1- La perception de la défense dans la doctrine classique	58
2- Le critère de la défense en droit moderne	59
a- Un critère retenu par les rédacteurs du Code de procédure civile	60
b- Un critère affirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation	63
§2.- Les exceptions de procédure dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice	65
A- Les demandes de renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice	65
1- L'exception de connexité	66
2- L'exception de litispendance	68
B- Les suspensions dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice	70
1- Exception dilatoire tirée de la règle « le criminel tient le civil en l'état »	70
2- Exception dilatoire tirée de l'exercice d'un recours extraordinaire	72
SECTION 2 : L'ABSENCE D'EXCLUSIVITÉ À L'ÉGARD DU DÉFENDEUR	74

§1.- Une absence d'exclusivité résultant des termes consacrés par le Code de procédure civile	75
§2. - Une absence d'exclusivité à l'égard d'une partie en position de défense	79
A- Une absence d'exclusivité affirmée par la jurisprudence	80
1- L'exception de péremption	80
2- L'exception de garantie	81
B- Une absence d'exclusivité souhaitée par une partie de la doctrine	82
1- Les exceptions dilatoires	83
2- Les exceptions de nullité	85
CHAPITRE 2 : L’AFFIRMATION DE LA QUALIFICATION DE DEMANDE	89
SECTION 1 : L’EXCEPTION DE PROCÉDURE, UN ACTE À L’INITIATIVE EXCLUSIVE DES PARTIES	90
§1.- L'exception est un acte juridique	90
A- La confusion entre demande et prétention	90
B- La nécessité de distinguer exception de procédure et prétention	91
§2.- L'exception de procédure exclusivement d'initiative privée	92
A- L'absence de pouvoir d'initiative du juge en matière d'exception de procédure	93
1- L'interdiction faite au juge de relever d'office une exception de procédure	93
2- L'analyse de l'interdiction faite au juge de relever d'office les causes d'exception de procédure	95
B- L'impossibilité pour le juge de soulever d'office une exception de procédure	97
1- L'exposé des termes de l'impossibilité	98
2- La substitution des exceptions de procédure par des fins de non-recevoir	101
a- Une politique législative insuffisante	101
b- Une pratique jurisprudentielle justifiée	104
SECTION 2 : L’EXCEPTION DE PROCÉDURE, UN ACTE SOUMETTANT AU JUGE UNE PRÉTENTION	107
§1.- La réalisation de la soumission d'une prétention au juge	107
A- Une admission du principe par la doctrine	107
1- Un argumentaire fondé sur la définition de l'action	108

2-	Un argumentaire tiré du recours à la méthode structurale	110
B-	Une prétention autre que le rejet de la prétention adverse	111
1-	L'insuffisance de la prétention comme critère de la demande	112
2-	L'exclusion du champ de la demande des prétentions se confondant au rejet de la prétention adverse	113
a-	L'exclusion des moyens de défense	114
b-	La disqualification de certaines demandes en moyens de défense	115
3-	La recherche d'un avantage comme critère déterminant de la demande	121
a-	La poursuite d'avantages directs	122
b-	La recherche d'un avantage indirect	124
§2.-	Une prétention susceptible d'être combattue par tout moyen de défense	125
A.	Une prétention sanctionnée par une défense au fond	125
B-	Une prétention sanctionnée par une fin de non-recevoir	128
1-	Une sanction générale des exceptions de procédure	128
2-	Une sanction spécifique à certaines exceptions de procédure	131
CONCLUSION TITRE 1		135

TITRE 2 :

UNE DEMANDE INCIDENTE À EXAMINER PAR PRÉALABLE AU FOND

CHAPITRE 1 :	UNE DEMANDE INCIDENTE RELATIVE À LA MARCHE DE LA PROCÉDURE	139
SECTION 1 :	LA RELATIVITÉ DE LA PRÉTENTION À LA MARCHE DE LA PROCÉDURE	140
§1.-	La variété des prétentions adressées au juge	140
A-	La diversité des prétentions au sein de l'instance	140
B-	La diversité des prétentions procédurales	141
1-	Les prétentions procédurales intéressant l'action	143
2-	Les prétentions procédurales intéressant la marche de la procédure	145
§2.-	La difficulté de distinction des prétentions	147
A-	La prétention procédurale et les défenses au fond	148
1-	Le moyen tiré de l'incident de faux soulevée à titre incident	148
2-	Le moyen tiré des bénéfices de division et de discussion	152
B-	Les prétentions procédurales entre elles	156
SECTION 2 :	LA CATÉGORIE JURIDIQUE DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE	159

§1.- <i>L'exception de procédure distincte d'un incident de procédure</i>	159
A- La confusion entre exception de procédure et incident	160
1- Les thèses en présence	161
a- La thèse de l'assimilation : l'exception de procédure est un incident	161
b- La thèse de la distinction : l'exception de procédure n'est pas un incident	163
2- Le rejet de la thèse de l'assimilation	164
B- L'incident de procédure comme objet de l'exception de procédure	167
1- Une délimitation des incidents de procédure	168
2- Un incident affectant l'instance au cours de laquelle l'exception est présentée	169
§2.- <i>L'exception de procédure assimilée à une demande incidente</i>	172
A- Une prétention procédurale soulevée par voie incidente	173
1- L'exception de procédure ne peut saisir le juge à titre principal	173
a- Exemples tirés du droit interne	173
b- Exemples tirés du règlement de litiges internationaux	176
2- L'inclusion de tous les moyens tirés de la péremption de l'instance	179
B- Une prétention procédurale soumise à un juge déjà saisi	180
1- Un juge déjà saisi d'une prétention	181
2- Une exclusion des hypothèses où la prétention procédurale incidente est adressée à un juge qui n'est pas celui saisi de la question principale	182
CHAPITRE 2 : UNE DEMANDE À EXAMINER PAR PRÉALABLE AU FOND	187
SECTION 1 : L'IMPOSSIBLE CONCENTRATION DES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE EN UN CONTENTIEUX PRÉALABLE	188
§1.- Les limites à la double règle de simultanéité et d'antériorité	190
A- Les dérogations législatives à la double exigence de simultanéité et d'antériorité	190
1- Les dérogations apportées exclusivement à la règle de simultanéité	191
a- Les demandes de nullité pour vice de forme des actes de procédure accomplis postérieurement	191
b- La demande de sursis à statuer fondée sur le bénéfice du délai	

« pour faire inventaire et délibérer »	193
2- Les dérogations à la règle de double exigence de simultanéité et d'antériorité	194
a- L'exception de connexité	195
b- L'exception de nullité pour irrégularité de fond	196
B- Les insuffisances factuelles de la double règle de simultanéité et d'antériorité	197
1- Les exceptions de procédure opposées à des demandes incidentes	198
2- Les exceptions de procédure soulevées en cours d'instance	199
a- Le malaise provoqué par l'exception de procédure soulevée par le demandeur	200
b- L'inadaptation de certaines exceptions dilatoires avec le seuil de l'instance	203
c- L'inadéquation de la demande de péremption d'instance avec le début du procès	209
§2.- Le déclin de la double exigence de simultanéité et d'antériorité	210
A- L'effacement de la double exigence de simultanéité et d'antériorité devant les juridictions de fond	211
1- Une compétence concurrente entre juridictions de mise en état et juridictions de jugement	212
a- L'instauration d'un double examen des exceptions de procédure	212
b- L'incompétence du conseiller de la mise en état pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance	215
2- Les exceptions de procédure relatives à la phase de jugement	217
B- La consécration par la jurisprudence de nouvelles catégories d'exception de procédure	218
1- L'émergence d'exception de procédure dérogeant à la double exigence de simultanéité et d'antériorité	219
2- Les exceptions de procédure dérogeant à l'article 73 du Code de procédure civile	221
SECTION 2 : VERS UNE REDÉFINITION DU RÉGIME DES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE	223
§1.- Les exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance	225

A- Les particularités des exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance	225
B- La typologie des exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance	227
1- Les exceptions de procédure fondées sur l'inaptitude du juge	227
a- Confusion entre compétence et pouvoir de juger	229
α- Pouvoir juridictionnel et compétence : une diversité d'approches	229
β- Pouvoir juridictionnel et compétence : une identité de nature	233
b- La sanction par la fin de non-recevoir de l'inaptitude du juge	238
α- La sanction par l'irrecevabilité du défaut de pouvoir juridictionnel	239
β- La sanction par l'irrecevabilité de l'incompétence	241
2- Les exceptions de procédure fondées sur l'irrégularité de l'acte de saisine du juge	244
a- L'admission de la nature préalable de la régularité par la jurisprudence	245
b- Le recours circonstanciel à la fin de non-recevoir	248
3- Les exceptions de procédure visant à soustraire une partie de la cause	249
a- La demande de sursis à statuer « pour faire inventaire et délibérer »	249
b- La demande de sursis à statuer tirée du bénéfice de division ou de discussion	251
C- Le régime proposé aux exceptions de procédure opposées à l'ouverture de l'instance	252
§2.- Les exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance	254
A- Le contenu des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance	255
1- Les particularités des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance	255
2- La typologie des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance	258
a- Les exceptions de procédure soulevées dans le cadre de l'instruction	258
α- La régularité des actes accomplis lors du déroulement de l'instance	259
β- Les suspensions dans le cadre de l'instruction de l'affaire	259
b- Les exceptions de procédure dans l'intérêt d'une bonne	

administration de la justice	260
α- Les demandes de renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice	261
β- Les demandes de suspension dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice	263
γ- La demande de péremption de l'instance	264
B- Le régime proposé aux exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance	265
1- Le sens du régime des exceptions de procédure opposées à la continuation de l'instance	265
2- Quelques conséquences tirées de la mise en œuvre du régime proposé	266
CONCLUSION DU TITRE 2	271
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	273

DEUXIÈME PARTIE :

LA PORTÉE DE LA NOUVELLE DÉFINITION DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE

TITRE 1 :

LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DE L'EXCEPTION DE PROCEDURE

CHAPITRE 1 : L'OFFICE DU JUGE SAISI DE L'EXCEPTION DE PROCÉDURE	279
SECTION 1 : L'OFFICE DU JUGE SAISI D'UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE EN GÉNÉRAL	280
§1.- L'obligation de statuer sur l'exception de procédure	280
A- L'obligation de statuer <i>omnia petita</i>	281
B- La possibilité pour le juge de relever d'office des moyens de procédure	283
1- Les relevés d'office mal à propos qualifiés d'exceptions de procédure	284
a- En présence d'une règle d'ordre public	285
b- En l'absence d'une règle d'ordre public	286
2- Les relevés d'office mal à propos qualifiés de fins de non-recevoir	287
§2.- L'obligation pour le juge de statuer en droit	288
A- L'existence d'un principe de légalité	289
1- L'apparente applicabilité de l'article 12 aux prétentions substantielles	290
2- L'évidente extension de l'article 12 aux prétentions procédurales	291

B-	La part de l'arbitraire dans l'office du juge saisi de l'exception de procédure	295
SECTION 2 : L'OFFICE DU JUGE SAISI D'UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE		
EN PARTICULIER		297
§1.-	Le pouvoir d'écarter une exception de procédure	299
A-	Le libre office du juge dans l'appréciation de la recevabilité de l'exception de procédure	300
1-	Une illustration textuelle	300
2-	Les illustrations jurisprudentielles	301
B-	Le libre office du juge dans l'appréciation du bien-fondé de l'exception de procédure	303
§2.-	Le pouvoir de prononcer des condamnations pécuniaires	307
A-	La condamnation à des dommages-intérêts	307
B-	La condamnation à une amende civile	309
 CHAPITRE 2 : LA REDISTRIBUTION DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE		 313
SECTION 1 : LA PART DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE ACCORDÉE AUX ORDONNANCES RENDUES LORS DE LA MISE EN ÉTAT		314
§1.-	La nature définitive des ordonnances statuant sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance	315
A-	La nécessité de doter les décisions statuant sur une exception de procédure opposée à l'ouverture de l'instance de l'autorité de la chose jugée	315
B-	Le cas particulier des décisions statuant sur les exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance	318
§2.-	La nature dualiste des ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance	319
A-	La nature définitive des ordonnances mettant fin à l'instance	320
B-	La nature provisoire des ordonnances ne mettant pas fin à l'instance	321
SECTION 2 : LE MAINTIEN DE LA NATURE DUALISTE DES JUGEMENTS STATUANT SUR UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE OPPOSÉE A LA CONTINUATION DE L'INSTANCE		322
§2.-	Les jugements avant dire droit statuant sur une exception de procédure	323
A-	La caractérisation de la décision ayant accordé un sursis à statuer	323
1-	Une absence d'autorité de la chose jugée	324

2-	Une absence de dessaisissement du juge	326
3-	La catégorisation du sursis à statuer	328
B-	La répudiation de la qualification de mesure d'administration judiciaire	330
§2.-	Les jugements dotés de l'autorité de la chose jugée	333
A-	Les juges définitifs statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance	334
1-	Les jugements définitifs sur remise en cause d'une ordonnance de la mise en état	336
2-	Les jugements définitifs statuant sur une exception de procédure soulevée pour la première fois devant la formation de jugement	337
B-	Les jugements mixtes statuant sur une exception de procédure opposée à la continuation de l'instance	337
1-	Les jugements mixtes avec des chefs de décision avant dire droit statuant sur une exception de procédure	339
2-	Les jugements mixtes avec des chefs de décisions définitifs statuant sur une exception de procédure	340
	CONCLUSION DU TITRE 1	347

TITRE 2 :

LE SORT DES DÉCISIONS STATUANT SUR LES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

CHAPITRE 1 : LES EFFETS DES DÉCISIONS STATUANT SUR LES EXCEPTIONS

	DE PROCÉDURE	351
	SECTION 1 : L'EFFET SUSPENSIF DE LA DÉCISION ACCUEILLANT UNE EXCEPTION DILATOIRE	352
§1.-	Un effet suspensif indifférent à la nature de l'exception dilatoire	353
A-	L'effet suspensif discutable des exceptions dilatoires opposées à l'ouverture de l'instance	353
1-	La réalisation d'une ouverture différée	354
2-	Le moyen tiré de l'existence d'une clause de conciliation ou de médiation	355

a- L'exposé de la controverse relative à la méconnaissance d'une clause de conciliation ou de médiation	356
b- Le rejet de la qualification de fin de non-recevoir	361
B- L'effet suspensif incontestable des exceptions dilatoires opposées à la continuation de l'instance	364
1- Les sursis à statuer obligatoires	365
a- Les questions préjudicielles adressées à des juridictions suprêmes	365
b- L'exclusion du sursis à statuer fondé sur la règle " <i>le criminel tient le civil en l'état</i> "	366
2- Les sursis à statuer facultatifs	367
a- Le sursis à statuer facultatif par la loi	367
b- Le sursis à statuer hors la loi	369
§2.- Les effets attachés à la suspension de l'instance	370
A- L'absence de dessaisissement du juge	370
1- La survivance de l'instance à sa suspension	370
2- L'inefficacité des actes accomplis au cours de la suspension de l'instance	372
B- Les effets temporels de la suspension sur le délai de péremption de l'instance	373
1- L'effet interruptif contestable de la demande de suspension sur le délai de péremption	374
2- L'effet interruptif de la décision de sursis à statuer sur le délai de péremption de l'instance	375
a- La nécessité d'une décision de sursis à statuer	376
b- Le point de départ du nouveau délai de péremption de l'instance	377
SECTION 2 : L'EFFET EXTINGTIF DE LA DÉCISION ACCUEILLANT CERTAINES EXCEPTIONS DE PROCÉDURE	378
§1.- L'effet extinctif de la décision sur l'instance	379
A- Une extinction de l'instance provoquée dès son ouverture	380
B- Une extinction de l'instance provoquée au cours de son déroulement	382
1- L'hypothèse d'une extinction totale de l'instance	382
a- L'extinction provoquée en cas de pluralité d'instances	383
b- L'extinction demandée même en cas d'unicité de l'instance	385

2- L'hypothèse d'une extinction partielle de l'instance	387
§2.- L'effet extinctif de la décision sur l'action	388
A- Un effet extinctif indirect sur l'action en présence de la prescription	388
1- L'indifférence de la décision de nullité ou d'incompétence sur la prescription	389
2- L'incidence de la décision de péremption sur la prescription de l'action	393
B- Un effet extinctif direct sur l'action en présence de la forclusion	394
CHAPITRE 2 : LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS STATUANT SUR UNE EXCEPTION DE PROCÉDURE	397
SECTION 1 : LES RECOURS SPÉCIFIQUES	398
§1 : La réorganisation du contredit	399
A- La nécessité d'ouvrir le contredit contre les ordonnances du juge de la mise en état	399
1- L'ouverture exclusive du contredit contre les ordonnances du juge de la mise en état.	400
2- L'extension du contredit aux ordonnances statuant sur les exceptions de connexité et de litispendance	402
B- La restriction du domaine du contredit contre les jugements du tribunal	403
C- L'absence d'incidence sur la possibilité d'évocation	404
§2.- La nécessité de préserver le caractère exceptionnel du déféré	406
A- L'inutilité de l'ouverture d'un recours immédiat contre les ordonnances du conseiller de la mise en état	407
B- L'exceptionnelle ouverture du déféré en cas d'extinction prématurée de l'instance	410
SECTION 2 : LES RECOURS CLASSIQUES	411
§1.- La fermeture des voies de recours particulières	413
A- L'inutilité de l'opposition	414
B- L'inadaptation du recours en révision	416
§2.- L'ouverture des recours normaux	417
A- L'appel	418
1- Le moment de l'appel	418

a-	Le maintien du principe d'un appel différé	418
α-	La nécessité d'un appel différé contre les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur les exceptions de procédure	418
β-	La nécessité d'un appel différé contre les ordonnances du tribunal statuant sur les exceptions de procédure	420
b-	Les circonstances d'ouverture d'un appel immédiat	421
α-	Un appel immédiat sur autorisation	421
1.1.	L'inutilité de l'ouverture de l'appel immédiat contre le sursis à statuer ordonné par le juge de la mise en état	422
1.2.	L'utilité de l'appel immédiat contre les décisions de sursis à statuer ordonnées par la formation de jugement du tribunal	424
β-	Un appel immédiat sans autorisation	426
1.1.	Les jugements mettant fin à l'instance	426
1.2.	Les jugements tranchant une partie du principal	427
2-	Le juge de l'appel	429
B-	Le pourvoi en cassation	431
1-	La préservation d'un pourvoi différé	432
2-	La possibilité d'un pourvoi immédiat	433
a-	Les décisions mettant fin à l'instance	433
b-	Les décisions ne mettant pas fin à l'instance	434
α-	La décision tranchant une partie du principal	435
β-	La décision accordant en dernier ressort un sursis à statuer	435
	CONCLUSION DU TITRE 2	439
	CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	441
	CONCLUSION GÉNÉRALE	443
	BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	453
	INDEX ALPHABÉTIQUE	479
	TABLE DES MATIÈRES	487