

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

FASC. 600-30 : MOYENS DE DÉFENSE. – GÉNÉRALITÉS

JULIEN THÉRON

Référence de publication : JurisClasseur Procédure civile Fasc. 600-30 : MOYENS DE DÉFENSE. –
Généralités

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Points-clés

1. Le **concept de « moyen de défense »** est consubstantiellement lié à la structure du litige. Le demandeur saisit le juge en arguant que l'attitude positive ou récalcitrante du défendeur l'empêche d'avoir ce qui lui est dû. Il est victime d'un déséquilibre. Le juge doit alors vérifier la réalité de ce déséquilibre et le cas échéant ordonner la mesure à même d'y mettre un terme. Dans ce contexte, le défendeur va alors invoquer des moyens pour vaincre (*V. [n° 1 et s.](#)*).
2. Par la **défense au fond**, le défendeur contredit ce qui est affirmé par le demandeur. Le but est de convaincre le juge qu'il doit rejeter la demande parce qu'elle est mal fondée en droit ou en fait. Il s'agit donc de porter la contradiction sur le fond du litige pour emporter la conviction du juge. Si le juge est convaincu, le demandeur sera débouté, et le procès ne pourra être renouvelé en raison de l'autorité de chose jugée (*V. [n° 15 et s.](#)*).
3. **L'exception de procédure** ne porte pas sur le fond du litige, mais consiste à critiquer la procédure suivie par le demandeur (compétence du tribunal saisi, nullité d'un acte de procédure), à faire valoir une litispendance ou un lien de connexité, ou à réclamer une suspension d'instance. La finalité est ici distincte d'une défense au fond. Le défendeur cherche à faire déclarer la procédure éteinte, irrégulière ou encore à en faire suspendre le cours. Ces moyens ne permettent pas de mettre fin au procès. Une fois l'obstacle procédural franchi, la demande pourra être tranchée, même si pour cela le demandeur devra éventuellement porter sa demande devant le juge compétent (*V. [n° 55 et s.](#)*).
4. **En excipant une fin de non-recevoir** (*CPC, art. 122*), le défendeur dénie au demandeur le droit d'agir, c'est-à-dire (*CPC, art. 30*) le droit d'être entendu sur le fond par le juge pour que ce dernier la dise bien ou mal fondée. Le défendeur usant d'une fin de non-recevoir souhaite ainsi faire rejeter la demande sans examen au fond : notamment en avançant la chose jugée, le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, la forclusion (*V. [n° 130 et s.](#)*).

Introduction

- 1. Logique binaire** – Le concept de « moyen de défense » est consubstantiellement lié à la structure du litige. Le demandeur saisit le juge en arguant que l'attitude positive ou récalcitrante du défendeur l'empêche d'avoir ce qui lui est dû. Il est victime d'un déséquilibre. Le juge doit alors vérifier la réalité de ce déséquilibre et le cas échéant ordonner la mesure à même d'y mettre un terme. Dans ce contexte, le défendeur va alors invoquer des moyens pour vaincre. Il importe de souligner que les moyens de défenses ne sont pas exclusivement réservés au défendeur initial. La position de demandeur et de défendeur n'est pas statique. Le demandeur initial peut par exemple se retrouver défendeur en réponse à une demande reconventionnelle. Dans ce cas, le demandeur initial invoquera à son tour des moyens de défense.
- 2. Classification ternaire** – Le Code de procédure civile au sein du Livre 1er (Dispositions communes à toutes les juridictions : V – Les moyens de défense) propose 3 catégories de moyens, qui correspondent aux 3 dimensions du procès :

les défenses au fond (CPC, art. 71 et 72) par lesquelles le défendeur se place sur le terrain du droit substantiel en cause ;

les exceptions de procédure (CPC, art. 73 à 121) relatives à la procédure en cours ;

les fins de non-recevoir (CPC, art. 122 à 126) par lesquelles le défendeur critique le droit d'agir du demandeur.
- 3. Simplicité apparente** – De prime abord, ces différents moyens se distinguent facilement à la fois par leur nature et par leurs résultats (*G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile : PUF, 3e éd. 1996, p. 368*).
- 4. Défense au fond** – Par la défense au fond (*CPC, art. 71*) le défendeur contredit ce qui est affirmé par le demandeur. Le but est de convaincre le juge qu'il doit rejeter la demande parce qu'elle est *mal fondée* en droit ou en fait. Il s'agit donc de porter la contradiction sur le fond du litige pour emporter la conviction du juge. Si le juge est convaincu, le demandeur sera débouté, et le procès ne pourra être renouvelé en raison de l'autorité de chose jugée.
- 5. Exception de procédure** – L'exception de procédure (*CPC, art. 73 et s.*) ne porte pas sur le fond du litige, mais consiste à critiquer la procédure suivie par le demandeur (compétence du tribunal

saisi, nullité d'un acte de procédure), à faire valoir une litispendance ou un lien de connexité, ou à réclamer une suspension d'instance. La finalité est ici distincte d'une défense au fond. Le défendeur cherche à faire déclarer la procédure éteinte, irrégulière ou encore à en faire suspendre le cours. Ces moyens ne permettent pas de mettre fin au procès. Une fois l'obstacle procédural franchi, la demande pourra être tranchée, même si pour cela le demandeur devra éventuellement porter sa demande devant le juge compétent. Pour éviter que le débat ne s'éternise sur le terrain procédural sans toucher au fond, les exceptions de procédure font l'objet d'une réglementation rigoureuse. À la différence des autres moyens de défense pouvant être invoqués en tout état de cause (*CPC, art. 72 et 123*) les exceptions de procédures doivent en principe être soulevées simultanément et in limine litis (*CPC, art. 74*. – pour les exceptions *V. n° 57*). À défaut elles sont irrecevables. Il est à noter que les moyens de défense procéduraux sont les seuls à avoir gardé la dénomination d'« exceptions ». Si dans un sens large, l'exception peut désigner l'ensemble des moyens de défense, l'expression englobait autrefois les seules exceptions de procédures et les exceptions péremptoires. Par opposition aux défenses au fond les exceptions avaient pour point commun d'essayer de convaincre le juge que le demandeur ne devait pas être entendu sur le fond de la demande : soit pour une raison de pure procédure – exceptions de procédure ; soit parce que le demandeur est dépourvu du droit d'agir – exceptions péremptoires (*Pothier, Traité de la procédure civile – De la procédure criminelle – Des fiefs, Œuvres complètes de Pothier, T. IX : éd. Béchet Ainé, 1824, p. 14*). Aujourd'hui cette dernière catégorie de moyens de défense est dénommée fin de non-recevoir.

6. **Fin de non-recevoir** – En excipant une fin de non-recevoir (*CPC, art. 122*), le défendeur dénie au demandeur le droit d'agir, c'est-à-dire (*CPC, art. 30*) le droit d'être entendu sur le fond par le juge pour que ce dernier la dise bien ou mal fondée. Le défendeur usant d'une fin de non-recevoir souhaite ainsi faire rejeter la demande sans examen au fond : notamment en avançant la chose jugée, le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, la forclusion.
7. **Domaine d'application – litige, gracieux, contentieux objectifs** – Comme cela a été souligné le terme « moyen de défense » sous-entend une logique purement binaire – un litige – opposant un ou plusieurs demandeurs à un ou plusieurs défendeurs (*V. n° 1*). Sans doute leur régime a-t-il été forgé à partir de cette idée de différend. Faut-il en déduire qu'ils sont évincés en dehors de ce contexte, qu'il s'agisse de la matière gracieuse ou de contentieux objectifs comme le droit des entreprises en difficulté ? Dans ces cadres, il n'existe pas de défendeurs... Répondre par l'affirmative serait omettre que les moyens de défenses n'ont pas pour seule vocation de protéger les intérêts du défendeur. Ils permettent de concourir à ce que la justice soit rendue dans de bonnes

conditions. Les défenses au fond ont pour vocation de faire émerger la réalité de la situation soumise au juge. Les fins de non-recevoir permettent d'écarter les hypothèses dans lesquelles il n'existe pas d'action. Tandis que les exceptions de procédure concourent au respect de la procédure et permettent ainsi de s'assurer que le procès constitue réellement une voie de droit, un procédé de réalisation des droits substantiels. Or, à n'en pas douter de tels objectifs imprègnent tant la matière gracieuse que les contentieux objectifs à l'instar du droit des entreprises en difficulté. Aussi, tout naturellement, défenses au fond, fins de non-recevoir (par ex. *Cass. 2e civ., 13 nov. 2014, n° 13-15.642 : JurisData n° 2014-027238. – Cass. com., 13 avr. 2010, n° 09-11.851 : JurisData n° 2010-003994. – Cass. com., 14 déc. 2010, n° 10-10.792 : JurisData n° 2010-023857 ; Act. proc. coll. 2011-2, comm. 41, obs. P. Cagnoli*) ou exceptions de procédure (pour l'exception d'incompétence *C. com., R. 662-4*, devant être soulevée in limine litis : *CA Paris 3e ch., sect. A, 4 avr. 2006, n° 05/24255, SARL Cybergames C/ DGI Paris 1er « Les halles » : JurisData n° 2006-299832 ; Dr. sociétés 2006, comm. 180, obs. J.-P. Legros*) sont soulevées en procédures collectives comme en matière gracieuse (elles peuvent l'être d'office par le juge, *CPC, art. 92, 93, 120, 125*). L'article 749 du Code de procédure civile énonçant que les dispositions du premier livre de ce code s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale rurale ou prud'homale implique d'ailleurs une telle solution.

- 8. Exclusion de la procédure pénale** – Comme le soulignaient les auteurs de la précédente édition de ce fascicule (*X. Marchand et A. Pivet*), les règles issues du Code de procédure civile relatives aux moyens de défense ne sont pas applicables dans le cadre du contentieux pénal. La procédure pénale relevant du domaine de la loi (*Const., art. 34*), elle ne peut être régie par les règles du Code de procédure civile de nature réglementaire.
- 9. Juridictions arbitrales** – Il importe de rappeler qu'aux termes de l'article 1464 du Code de procédure civile, à moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles générales relatives aux moyens de défense invocables devant les juridictions étatiques.
- 10. Réalité complexe** – Sur un plan théorique les catégories de moyens de défense paraissent simples à saisir. Les différents moyens de défense parce qu'ils portent chacun sur un élément du procès (droit substantiel pour la défense au fond, droit d'agir pour la fin de non-recevoir, procédure pour l'exception de procédure) paraissent appartenir à des catégories parfaitement distinctes, étanches. Mais la réalité est plus complexe.

11. Défense au fond-Demande reconventionnelle – Il est souvent difficile en pratique de distinguer une simple défense au fond d'une demande reconventionnelle. L'exception de nullité en constitue une parfaite illustration. Pour échapper au paiement de sa dette un débiteur peut se défendre en invoquant la nullité du contrat. Ce moyen a tantôt été analysé comme un simple moyen de défense au fond (par ex. : *Cass. 3e civ.*, 16 mars 2010, n° 09-13.187 : *Bull. civ.*, III, n° 63 ; *RTD civ.* 2010, p. 374, obs. R. Perrot ; *RDC* 2010, p. 1208, obs. Y.-M. Laithier), tantôt comme une demande reconventionnelle (*Cass. ass. plén.*, 22 avr. 2011, n° 09-16.008, P+B+R+I : *JurisData* n° 2011-007275 ; *JCP G* 2011, 715, note Y.-M. Serinet).

12. Porosité des catégories de moyens – Il est parfois difficile de déterminer la nature d'un moyen de défense. La réalité montre que les catégories ne sont pas étanches. Cela est particulièrement manifeste à propos des fins de non-recevoir. Par certains aspects elles se rapprochent des exceptions de procédure. Dans les deux hypothèses le juge ne vérifie pas le fond de l'affaire. La proximité serait telle que pour certains auteurs il n'y a pas de différence de nature entre les deux types de défenses que sont les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir. Il n'y aurait qu'une différence d'effets (*J. Héron, T. Le Bars, Droit judiciaire privé : LGDJ 6e éd. 2015, n° 147. – R. Martin, Un virus dans le système des défenses du nouveau Code de procédure civile : le droit d'action : RGP 1998, p. 420. – N. Cayarol, Moyens de défense, in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015) ss. dir. I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier : Hors-collection, Panthéon-Assas Paris II 2016, p. 255*). Il est vrai que de ce point de vue les fins de non-recevoir ressemblent aux défenses au fond. Tout comme elles, les fins de non-recevoir sont souvent présentées comme conduisant définitivement à l'échec de la demande. Et encore, il est parfois souligné que cette différence d'effets n'est pas absolue (*S. Amrani-Mekki, Y. Strickler, Procédure civile : PUF 2014, n° 88*). Si les fins de non-recevoir que constituent l'autorité de la chose jugée, la forclusion ou la prescription mettent définitivement fin au procès ; tel n'est pas le cas du défaut d'intérêt. On peut imaginer que l'intérêt à agir d'une partie inexistante dans un premier temps naisse par la suite. L'action sera alors recevable. La fin de non-recevoir n'aura alors eu qu'un effet temporaire. Cette nature hybride des fins de non-recevoir a conduit le législateur à hésiter quant à son régime. Un décret-loi du 30 octobre 1935 alignait les fins de non-recevoir sur les exceptions de procédure en exigeant qu'elles soient soulevées in limine litis. Simplement ce régime paraissait d'une sévérité excessive pour la jurisprudence, aussi elle admit que certaines fins de non-recevoir puissent être invoquées en cours d'instance (sur ce point voir not. *H. Solus, et R. Perrot, Droit judiciaire privé, T. I : Sirey 1961, n° 318 et s.*). Finalement le Code de procédure civile dispose aujourd'hui aux termes de l'article 123 que "les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause". Elles sont donc traitées aujourd'hui comme des défenses au fond. Ce caractère

mixte est source de porosité entre les catégories de moyens de défense. Il en résulte selon une partie de la doctrine (*J. Héron, T. Le Bars, op. cit.*, n° 148. – *S. Amrani-Mekki, Y. Strickler, op. cit.*, n° 89) des « fausses » fins de non-recevoir, c'est à dire des moyens de défense qualifiés à tort de « fin de non-recevoir ». À titre d'illustration, il en irait ainsi de l'absence de mise en œuvre d'une clause de conciliation obligatoire préalablement à la saisine du juge (*Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, n° 00-19.424 : JurisData n° 2003-017812 ; Bull. ch. mixte, n° 1 ; Contr. conc. consomm. 2013, comm. 84, obs. L. Leveneur ; JCP E 2003, 707, obs. H. Croze et D. Gautier ; Procédures 2003, comm. 96, obs. H. Croze*) ; ou encore de la réconciliation des époux dans le divorce pour faute. En outre, il importe de relativiser la distinction tripartite des moyens de défenses dans la mesure où le régime des moyens de défense ne reflète qu'imparfaitement cette répartition (*Cornu et Foyer, op. cit. p. 373*). Celui-ci semble impliquer une répartition bipartite des moyens de défense opposant ceux soumis à un régime très restrictif (nullités pour vice de forme et exception d'incompétence) à ceux bénéficiant de règles plus libérales (défense au fond, fin de non-recevoir, nullités pour vice de fond).

13. Problématiques – La présente étude ne vise pas l'exhaustivité quant à la réglementation de chacun des moyens de défenses – chacun faisant l'objet d'un fascicule spécifiquement dédié. L'objectif poursuivi est ici double. Il s'agit face aux difficultés pratiques de qualification des moyens de défenses (*V. n° 11 et 12*) de dessiner et de préciser les caractères de chacun d'eux de manière à éviter toute erreur qui serait préjudiciable tant aux justiciables que plus largement aux finalités poursuivies par le Code de procédure civile. Mais il s'agit également de dresser les grands traits du régime de chacun des moyens de défenses de manière à mettre le justiciable en mesure de saisir la portée de chacune des qualifications.

14. Plan – La nature d'une notion commandant son régime, chaque moyen de défense sera étudié l'un après l'autre quant à sa nature et quant à son régime. Les fins de non-recevoir étant souvent présentées comme mêlant des aspects de défenses au fond et d'exceptions de procédure, elles seront présentées en dernier lieu.

I. - Défenses au fond

15. Textes – Les défenses au fond sont l'objet des articles 72 et 73 du Code de procédure civile. Le premier permet de cerner leur nature tandis que le second dévoile leur régime.

A. - Nature

16. Définition – Aux termes de l'article 71 du Code de procédure civile, la défense au fond a pour objet de *“faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit la prétention de l'adversaire”*.

Note de la rédaction – Mise à jour du 24/05/2018

16 . - Notion de défense au fond. Une défense au fond, au sens de l'article 71 du Code de procédure civile, échappe à la prescription. Constitue une telle défense le moyen tiré de l'article L. 332-1 du Code de la consommation, selon lequel l'engagement de caution d'une personne physique manifestement disproportionné à ses biens et revenus se trouve privé d'effet à l'égard du créancier professionnel. Il s'ensuit que la banque ne pouvait opposer aux cautions la prescription du moyen tiré de la disproportion de leur engagement (*Cass. Ire civ., 31 janv. 2018, 16-24.092 : JurisData n° 2018-000976*). Ainsi que l'indique le professeur Yves-Marie Serinet (*JCP G 2018, 275*) « la caution ne peut agir pour faire déclarer que la sûreté est inefficace à son égard. Elle est seulement en droit de s'opposer à la demande de paiement du créancier. Ce faisant, elle ne forme pas une demande par laquelle, en tant que défendeur originaire, elle prétendrait «obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire» (*CPC, art. 64*) mais soulève une défense au fond c'est-à-dire un «moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire» (*CPC, art. 71*). En d'autres termes la caution personne physique se contente de saper le présupposé de la demande en exécution adverse qui consiste, pour le créancier professionnel, à «se prévaloir» du contrat de cautionnement. Elle contredit alors directement la prétention initiale et conclut à ce qu'elle soit dite mal fondée. Sa parade s'analyse comme une pure défense au fond qui, comme l'a jugé la Cour de cassation, échappe par nature à la prescription ».

17. Objectif : rejet définitif ou temporaire de la demande – Le moyen de défense n'implique pas par nature des effets définitifs. S'il y a là une conséquence généralement constatée, elle n'est pas systématique. Comme l'a souligné Isabelle Pétel-Teyssié (*Rép. Dalloz Procédure civile, V° « Défense, exceptions, fins de non-recevoir »*) dès lors que l'objectif d'un moyen est de dénier au demandeur son droit il s'agit d'un moyen de défense au fond, quand bien même le rejet ne serait pas définitif. Tel est le cas lorsqu'un débiteur assigné en paiement invoque un terme suspensif. Même si l'effet recherché n'est pas définitif, il s'agit bien d'échapper après examen au fond à la demande du créancier. Il s'agit alors d'une défense au fond, et il faut (*I. Pétel Teyssié, op. cit.*)

admettre qu'il ne peut s'agir d'une exception dilatoire (contra *Cass. req.*, 11 juill. 1921 : *DP* 1925, I, 40 ; *S.* 1922, I. 354).

18. Caractères – La défense au fond tire donc sa nature de sa finalité : elle tend à faire rejeter comme non justifiée la demande adverse avec examen au fond. Mais cette précision ne suffit pas pour la singulariser des demandes reconventionnelles invoquées pour faire échec à la demande principale. À cette fin il faut ajouter qu'il y a là sa seule aptitude. Elle ne peut servir qu'à rejeter la demande adverse. En somme la défense au fond se caractérise par deux éléments :

sa vocation : faire rejeter la demande adverse (1°) ;

son aptitude limitée : elle ne peut servir qu'à rejeter la demande adverse (2°).

1° Rejet de la prétention adverse comme finalité propre

19. Dénégation – Par la défense au fond il s'agit de nier le droit invoqué par le demandeur. Ce moyen pouvant être invoqué en toute matière (litigieuse, gracieuse et même en droit des entreprises en difficulté) (a) a pour finalité propre de faire en sorte que la prétention du demandeur soit considérée comme non fondée en fait et/ou en droit. Seuls les moyens poursuivant cet objectif devraient être qualifiés comme tels (b). Tout argument avancé par le défendeur qui ne poursuit pas cet objectif doit se voir dénier cette qualification (c). Pourtant la jurisprudence qualifie parfois certains moyens de défense au fond en violation de ce critère (d).

a) Moyen invoqué en toute matière.

20. Litige – En matière de litige le défendeur après examen du fond avance des moyens destinés à faire échec à la demande. Le demandeur affirme subir une brèche dans ses droits subjectifs et réclame au défendeur le moyen d'y remédier. En somme, si le droit a vocation à s'assurer que chacun a son dû (jus suum cuique tribuere) le demandeur affirme qu'il a moins que sa part et la réclame au défendeur. Ce dernier va alors se défendre en soutenant soit que le déséquilibre dans la répartition de ce qui est dû à chacun n'existe pas, soit qu'il n'est pas celui qui en est à l'origine et par conséquent n'a pas à contribuer à son effacement (*J. Théron, Le glaive et la balance, symboles universels de la fonction de juger, in Les figures du procès au-delà des frontières ss dir.*

W. Mastor et L. Miniato : Dalloz 2013, p. 7 et s.). À cette fin il peut contester les faits. Ainsi, en cas de dommages et intérêts réclamés en raison de l'inexécution d'un contrat le défendeur peut tout d'abord contester la mauvaise exécution de la convention et affirmer qu'il a parfaitement rempli ses engagements. Le demandeur a donc reçu son dû. Mais il peut aussi contester la règle de droit invoquée en soutenant qu'elle n'existe pas ou qu'elle n'est pas applicable en l'espèce. Ainsi, en cas par exemple de dommages et intérêts réclamés sur le fondement d'une responsabilité du fait des choses au sens de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil, le défendeur peut répondre qu'il ne s'agit pas en l'espèce de responsabilité délictuelle mais contractuelle et que l'article invoqué ne s'applique pas. Dans le même sens le moyen de défense peut chercher à démontrer que le fondement de la demande ne permet pas d'atteindre le but recherché par le demandeur (*Cass. 3e civ., 24 janv. 1990, n° 88-15.554 : JurisData n° 1990-700098*).

21. Matière gracieuse – Aux termes de l'article 25 du Code de procédure civile *“le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige, il est saisi d'un acte dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle”*. De prime abord, la demande n'étant dirigée contre personne en particulier, il est difficile d'envisager qu'il soit possible de formuler une défense au fond. Pourtant, il faut rappeler que derrière toute procédure gracieuse il existe un contentieux latent. Comme le souligne Yves Strickler « le contentieux latent met en évidence, alors qu'il n'y a pas de conflit actuel, une opposition d'intérêts qui forme un germe possible de contentieux. Le différend est virtuel » (*Y. Strickler, JCL. Procédure civile, Fasc. 116, n° 43*). Les procédures gracieuses ont ainsi vocation à protéger soit un intérêt tiers au demandeur (intérêt d'un incapable, intérêt de la famille, intérêt de l'enfant, intérêt de l'indivision...) soit à protéger l'intérêt du requérant parce qu'en raison du contexte il n'est peut-être pas à même de défendre parfaitement ses intérêts (c'est le cas de l'époux en matière de divorce sur consentement mutuel). Dans ce contexte, il appartiendra au juge de vérifier la légalité de la demande mais également l'opportunité de la mesure sollicitée eût égard aux intérêts susceptibles d'être atteints par la mesure sollicitée. On peut alors affirmer que « le juge saisi d'une demande qu'il doit contrôler... est le premier défendeur des intérêts de la personne qui est potentiellement l'adversaire du requérant ou, du moins, la personne dont la situation pourrait être affectée par la mesure sollicitée » (*Y. Strickler, op. cit., n° 105*). Aussi, le cas échéant il soulèvera d'office les moyens de défense destinés à faire échec à la demande. Le fait que ce moyen soit soulevé par le juge et non par un défendeur ne remet pas en cause la qualification de « moyen de défense ». Conformément à la définition de ce dernier, il s'agit bien d'un moyen relevé pour faire échec à la demande après examen au fond. Il importe d'ailleurs de souligner que cette défense au fond pourrait tout aussi bien être soulevée par le ministère public.

22. Procédures collectives – Tout comme en matière gracieuse, on pourrait de prime abord considérer qu'il n'y a pas lieu d'évoquer les défenses au fond en droit des entreprises en difficulté. Ce serait là une erreur. Pour le comprendre, il importe de rappeler que derrière l'expression procédures collectives il existe une multitude d'hypothèses dans lesquelles le juge est saisi. Or, dans chacune d'entre elles des moyens de défenses peuvent ou vont être avancés. Pour ne prendre que deux exemples parmi d'autres : si un créancier assigne son débiteur en ouverture d'un redressement judiciaire ce dernier excipera alors d'une défense au fond en démontrant qu'il n'est pas en cessation de paiement. Il avance en effet un moyen permettant après examen du fond de rejeter la demande du créancier comme non fondée puisque la cessation de paiement est une condition d'ouverture du redressement judiciaire. Dans le cadre de la procédure d'admission ou de rejet des créances, lorsqu'un créancier déclare sa créance et que le débiteur la conteste, ce dernier avance ici encore un moyen de défense au fond. En déclarant sa créance le créancier réclame à ce que sa créance soit comptabilisée dans le passif du débiteur. En contestant par exemple en affirmant que la créance est prescrite – ce dernier réclame à ce qu'après examen au fond la demande soit rejetée et que la créance ne soit pas prise en compte dans son passif.

b) Moyens assimilables à une défense au fond

23. S'en rapporter à la justice – Puisque la défense au fond est celle par laquelle le défendeur nie la prétention du demandeur, comment qualifier l'hypothèse dans laquelle il indique « s'en rapporter à la justice » ? Ici en effet, il n'y a pas d'opposition formelle aussi on pourrait s'attendre à ce que la Cour de cassation considère qu'il n'y ait pas là une défense au fond. Tel n'est pourtant pas le cas (*Cass. Ire civ., 27 oct. 1993, n° 91-15.611 : JurisData n° 1993-002612 ; Bull. civ., I, n° 301 ; Gaz. Pal. 1991, 1, pan. 44, obs. R. Perrot ; RTD civ. 1994, p. 676. – Cass. com., 22 avr. 1986, Bull. civ. IV, n° 69, p. 61. – Cass. com., 26 juin 1990 : Gaz. Pal. 1991, 1, pan. p. 85*). Pour reprendre les termes de Roger Perrot (*préc.*), pour la Cour de cassation ceux qui s'en rapportent à la justice, « ne sont en réalité que des adversaires qui ne veulent pas dire non ».

24. Recevabilité de la preuve – Le défendeur invoque une défense au fond dès lors qu'il conteste la recevabilité d'un moyen de preuve, qu'il invoque sa non admissibilité, ou son caractère illégal (en ce sens *I. Pétel-Teyssié, V. n° 18*). Il s'agit de faire échouer la demande en affirmant que le demandeur n'apporte pas au soutien de sa prétention une preuve pouvant être prise en compte par le juge. Ainsi, le moyen relatif au caractère confidentiel de lettres, dont le défendeur demande qu'elles soient écartées des débats, constitue une défense au fond et non une exception de

procédure. Il peut en conséquence être soulevé pour la première fois en appel (*Cass. Ire civ., 8 juin 1999, n° 96-18.908 : Bull. civ., I, n° 195*).

25. Incident de faux – L'incident de faux constitue une défense au fond dès lors qu'il s'agit de contester une preuve littérale invoquée au soutien de la prétention du demandeur (*Cass. Ire civ., 9 déc. 2015, n° 14-28.216 : JurisData n° 2015-027486 ; Procédures 2016, comm. 43, obs. Y. Strickler*. – *Cass. Ire civ., 24 oct. 2006, n° 05-21.282, F-P+B : JurisData n° 2006-035515 ; Bull. civ., I, n° 434 ; D. 2007, p. 192, note D. Cholet ; D. 2007, p. 2431, obs. N. Fricero*). L'objectif est en effet de démontrer que la preuve rapportée par le demandeur doit être écartée et que sa demande ne peut par conséquent aboutir. Lorsque le défendeur remet en cause la validité d'un écrit invoqué, il conteste sa valeur probante et porte donc le débat sur le fond du droit. Pour un auteur cependant (*D. Cholet, préc.*) lorsque l'incident de faux est exercé devant une juridiction d'exception et vise un acte authentique il s'agit d'une exception de procédure. Le tribunal de grande instance ayant compétence exclusive pour statuer, le défendeur doit en effet solliciter un sursis. Mais tel n'est pour autant pas l'objectif premier d'un tel moyen de défense (*Y. Strickler, op. cit.*).

26. Nullité d'une expertise – Toujours dans cet esprit lorsqu'un plaideur remet en cause une expertise il excipe d'une défense au fond et non d'une exception de procédure, quand bien même il invoque la nullité de l'expertise pour violation du contradictoire (*Cass. Ire civ., 30 avr. 2014, n° 12-21.484 : JurisData n° 2014-008549 ; Procédures 2014, comm. 164, obs. R. Perrot*. – *Cass. 2e civ., 31 janv. 2013, n° 10-16.910 : JurisData n° 2013-001108 ; Bull. civ., II, n° 20 ; Procédures 2013, comm. 98, obs. R. Perrot*). Sans doute est-ce parce qu'un tel moyen a pour but d'influer sur l'appréciation par le juge du fond du litige (*X. Vuitton, JCP G 2013, 263, p. 476*).

27. Bénéfice de discussion et de division – L'article 108 du Code de procédure civile semble faire du bénéfice de discussion ou de division une exception dilatoire. Cet article indique en effet que *“le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit d'un bénéfice de discussion ou de division”*. La réalité est plus complexe. En tant que tels le bénéfice de discussion et de division sont des défenses au fond. Mais pour pouvoir en bénéficier il faut que le défendeur sollicite une suspension de l'instance qui constitue une exception dilatoire. Le bénéfice de discussion et le bénéfice de division constituent des moyens de défenses au fond. Lorsqu'une caution invoque le bénéfice de discussion elle remet en cause le droit du demandeur. Elle affirme que tant qu'il n'a pas poursuivi la vente des biens du débiteur, le créancier-demandeur ne peut lui demander le montant cautionné. Elle demande au juge de constater que le droit d'exiger l'exécution de l'acte de cautionnement n'existe pas encore. Il n'existera qu'une fois qu'il aura été constaté que le créancier n'a pas été désintéressé par le débiteur. C'est un moyen qui tend à faire rejeter la

demande, à titre définitif (si le créancier est désintéressé par les voies d'exécution exercées contre le débiteur principal) ou temporaire (ce caractère temporaire n'ayant aucune incidence sur la qualification de moyen de défense au fond, *V. n° 17*). Dans le même sens le bénéfice de division tend à faire écarter une partie de la demande après examen du fond (en ce sens *I. Pétel-Teyssié, op. cit., n° 12*), puisqu'il s'agit de démontrer que le demandeur ne peut demander au défendeur la totalité de la somme réclamée. Pour autant, il ne faut pas en déduire que ces moyens peuvent être invoqués à tout moment. D'abord, en ce qui concerne le bénéfice de discussion, il faut rappeler que le droit substantiel (*C. civ., art. 2299*) impose à la caution de l'invoquer dès "les premières poursuites dirigées contre elle". Ensuite, et surtout l'efficacité de ces défenses au fond dépend de la mise en œuvre d'exceptions dilatoires. Le défendeur doit en effet solliciter une suspension de l'instance, le temps que le créancier agisse en exécution forcée contre le débiteur, ou que les autres cofidésseurs soient mis en causes (*V. n° 123*). Or, ces exceptions doivent être soulevées in limine litis en application de l'article 74 du Code de procédure civile.

c) Moyens non assimilables à une défense au fond

28. Défense au fond et simple évocation de faits – La défense au fond se définit comme la remise en cause en fait ou en droit de la prétention du demandeur. Aussi, le défendeur ne développe pas une défense au fond s'il se contente de rappeler les faits sans en tirer de conséquences pratiques quant au rejet de la demande, et ce quand bien même il évoquerait dans ses conclusions la mauvaise foi du demandeur. (*Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 07-17.788 : JurisData n° 2010-012397 ; Bull. civ., I, n° 161 ; Procédures 2010, comm. 337, obs. R. Perrot*).

29. Demande de renvoi – Dans le même sens, les moyens qui ne tendent qu'à suspendre constituent des exceptions de procédures et ne peuvent être assimilés à un moyen de défense au fond. Aussi la simple demande de renvoi à une audience ultérieure ne constitue pas une défense au fond (*Cass. 2e civ., 27 janv. 1993, n° 91-14.395 : JurisData n° 1993-000263 ; Bull. civ., II, n° 29*).

d) Qualifications contestables

30. Appel en garantie – Lorsqu'un défendeur appelle en garantie un tiers, il souhaite transférer sur l'appelé en cause les condamnations qui pourraient être prononcées contre lui. Parce qu'il entend échapper ainsi à la charge de la condamnation, un tel moyen se rapproche d'une défense au fond. La jurisprudence qualifie d'ailleurs ce moyen de défense au fond (*Cass. 2e civ., 12 déc. 1973, n° 13.899 : Bull. civ., II, n° 333 ; D. 1974, inf. rap. p. 61. – Cass. 2e civ., 6 mai 1999, n° 96-22.143 : Bull. civ., II, n° 82, JCP G 2000, II, 10291, note N. Auclair ; RTD civ. 1999, p. 700, obs. R. Perrot. – Cass. 2e civ., 12 juin 2003, n° 01-11.824 : Bull. civ., II, n° 190. – Cass. 2e civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.741 : Bull. civ., II, n° 75 ; Dr. et proc. 2012, p. 165 ; RLDC juill-août, n° 95, p. 70, obs. C. Bléry. – Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-13.658 : Bull. civ., IV, n° 188 ; Procédures 2012, comm. 345, obs. R. Perrot. – Cass. 2e civ., 10 avr. 2014, n° 13-14.623, F-D : JurisData n° 2014-007395 ; Procédures 2014, comm. 167, obs. R. Perrot, n° 6*). Il importe pourtant de souligner que le défendeur ne remet pas ici en cause la prétention du demandeur. Aussi, la qualification de défense au fond devrait être rejetée. Parce qu'il s'agit d'une forme d'intervention forcée le Code de procédure civile classe d'ailleurs l'appel en garantie dans la catégorie des demandes incidentes (*CPC, art. 63 et 66*). Il y a cependant un intérêt à qualifier ce moyen de défense au fond. Il devient possible d'opposer l'article 74 du Code de procédure au défendeur qui soulève une exception de compétence après avoir appelé un tiers en garantie. Une fois la demande d'intervention forcée qualifiée de moyen de défense au fond il n'est en effet plus possible de soulever une exception de procédure puisqu'elle aurait dû être soulevée in limine litis. Cette solution peut se comprendre sur le plan de l'opportunité. Il faut éviter que le défendeur utilise tous les moyens possibles pour retarder le procès. D'autant qu'il y a une contradiction certaine à demander l'intervention forcée d'un tiers devant une juridiction pour ensuite en critiquer la compétence. Pour autant qualifier à tort l'appel en garantie de défense au fond est critiquable sur le plan des principes. Elle conduit à une dilution des notions et à une confusion des concepts. Sans doute vaudrait-il mieux considérer qu'en sollicitant l'intervention d'un tiers devant une juridiction, le défendeur renonce implicitement au déclinatoire de compétence (en ce sens *R. Perrot : RTD civ. 2004, p. 138, ss. Cass. 2e civ. 16 oct. 2003, n° 01-13.036 : Juris-Data n° 2003-020557 ; Procédures 2003, comm. 248*).

2° Rejet de la prétention adverse comme seule aptitude

31. Défenses au fond et demandes reconventionnelles, risque de confusions – Il est parfois délicat de distinguer les défenses au fond des demandes reconventionnelles. Les dommages et intérêts réclamés par la caution au créancier demandeur, destinés à être compensés avec la demande, relèvent-ils d'une défense au fond ou d'une demande reconventionnelle ? Dans le même sens le défendeur qui pour échapper à l'exécution d'un contrat avance que celui-ci est nul ou en demande la résolution, avance-t-il une défense au fond ou formule-t-il une demande reconventionnelle ? Dans toutes ces hypothèses ces moyens sont invoqués pour échapper à la demande. Il importe de mettre en exergue le critère de distinction entre défenses au fond et demandes reconventionnelles – l'aptitude limitée des défenses au fond – (a) avant de voir sa mise en œuvre (b).

a) Aptitude limitée de la défense au fond, critère de distinction entre défenses au fond et demandes reconventionnelles

32. Défense au fond ne sert qu'à rejeter la demande adverse – Si la défense au fond a pour vocation de faire rejeter la demande adverse, il importe de souligner qu'il y a là sa seule aptitude. Elle ne peut servir qu'à rejeter la demande adverse. En cela, elle se distingue de la demande reconventionnelle (V. par ex. P. Théry, *obs. ss. Cass. ass. plén., 22 avr. 2011 : RTD civ. 2011, p. 795*). Cette dernière est définie par l'article 64 du Code de procédure civile comme celle par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de l'adversaire.

33. Défense au fond ne modifie pas l'objet du litige – Il en découle que la demande reconventionnelle à la différence du simple moyen de défense modifie l'objet du litige. L'article 4 du Code de procédure civile énonce en effet que l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties et peut être modifié par des demandes incidentes. La demande reconventionnelle modifie donc l'objet du litige.

34. Défense au fond ne peut être invoquée de manière autonome dans un procès – Comme l'a souligné P. Théry (*op. cit.*), par opposition au moyen de défense, la demande reconventionnelle aurait pu faire l'objet d'un procès à elle toute seule. Elle aurait pu être invoquée à titre autonome. Tel n'est pas le cas du moyen de défense. Ce dernier est indissociable de la prétention du demandeur puisqu'il ne vise qu'à l'écarter. Il ne peut par conséquent être admis seul faute d'intérêt

à agir. Ce n'est que par exception dans le cadre des rares actions déclaratoires aujourd'hui admises qu'un moyen de défense peut être admis seul dans le cadre d'un procès autonome (*Cass. Ire civ., 9 juin 2011, n° 10-10.348, F-P-B+I, CRCAM de la Corse c/ Y. : JurisData n° 2011-010935 ; Procédures 2011, comm. 225 ; D. 2011, p. 2140, obs. C. Creton ; D. 2011, p. 2311, note S. Grayot-Dirx ; Dr. et proc. 2011, p. 260, obs. C. Lefort*).

b) Mise en œuvre du critère de distinction entre défense au fond et demandes reconventionnelles

35. Défense de la caution – Lorsque la caution invoque l'extinction de son cautionnement à titre principal ou à titre accessoire, il ne fait aucun doute qu'il s'agit de simples moyens de défense (*J. Théron, La défense de la caution limitée par le principe de concentration des moyens : RDBF, sept.-oct. 2012, p. 72*). Ainsi, la caution peut affirmer qu'elle ne doit rien parce que l'obligation principale est éteinte : que la dette principale ait été réglée, qu'il y ait eu novation, dation, compensation... Dans toutes ces hypothèses la caution ne fait que lever un bouclier. Il ne s'agit que de défenses au fond. Ils répondent aux deux critères établis : ils permettent à la caution d'éviter de payer et ne permettent que cela. La caution ne pourrait pas agir en justice avant toute demande de paiement de la part du créancier pour qu'il soit reconnu que la dette principale a été novée ou compensée. Il en va de même à propos de la stratégie de défense consistant pour la caution à invoquer le bénéfice de subrogation. Comme l'a souligné une partie de la doctrine : il n'y a pas ici une action en responsabilité contractuelle (*D. Houtcieff, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution : RTD civ. 2006, p. 191 et s.*). Il faut rappeler avec elle que le bénéfice de subrogation n'a qu'un seul effet : la déchéance. En outre, il n'est invoqué que par exception. Ne pouvant être invoqué à titre principal dans le cadre d'une action autonome, il s'agit indéniablement d'un moyen de défense au fond. En revanche, on est en présence d'une demande reconventionnelle, lorsque la caution réclame des dommages intérêts à l'encontre du créancier pour que ceux-ci soient compensés avec le montant dont elle est redevable. Parce que ce faisant elle cherche à ne pas payer, on pourrait pourtant de prime abord considérer qu'il s'agit d'une défense au fond. Mais il n'y a là qu'une apparence. La caution ne se contente pas de dire qu'elle ne doit pas payer. En demandant la compensation, elle reconnaît au contraire qu'elle est débitrice. Surtout, ces dommages et intérêts ne sont pas réclamés en application du contrat de cautionnement mais en vertu d'une faute du créancier qui lui a causé un préjudice. Une telle demande aurait pu faire l'objet d'un procès autonome. La caution aurait pu agir en réparation contre

le créancier avant que celui-ci ne l'actionne. La distinction entre moyens de défense et demande est particulièrement importante au regard du principe de concentration des moyens (*Cass. ass. plén.*, 7 juill. 2006, n° 04-10.672 : *JurisData* n° 2006-034519 ; *Bull. civ. ass. plén.* n° 8 ; *JCP G* 2006, I, 183, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2006, p. 825 obs. R. Perrot ; *D.* 2006, p. 2135 ; *D.* 2006, p. 2135, note L. Weiler ; *JCP G* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *Procédures* 2006, comm. 201, note R. Perrot). Ce dernier ne peut s'imposer qu'à l'égard des moyens de défense et non à l'égard de ce qui aurait pu être invoqué à titre de demande. C'est la raison pour laquelle lorsqu'après condamnation définitive la caution agit en réparation pour faute à l'encontre du créancier, l'autorité de chose ne devrait pas lui être opposée, quand bien même *in fine* le montant de la réparation octroyé se compensera avec le montant dû par la caution (en ce sens *Cass. 2e civ.*, 23 sept. 2010, n° 09-69.730 : *JurisData* n° 2010-016627 ; *JCP G* 2010, 1052, note E. Jeuland ; *RTD civ.* 2011, p. 586, obs. Ph. Théry. – *contra* une jurisprudence fort contestable assimilant ces véritables demandes à des moyens de défense *Cass. 1re civ.*, 1er juill. 2010, n° 09-10.364 : *JurisData* n° 2010-010670 ; *JCP G* 2010, 1052, note E. Jeuland ; *RTD civ.* 2010, p. 586, obs. P. Théry ; *D.* 2010, p. 406, obs. P. Croq. – *Cass. com.*, 25 oct. 2011, n° 10-21.383 : *JurisData* n° 2011-023406 ; *JCP G* 2011, p. 1397, obs. Y.-M. Serinet ; *BJED*, 2012, n° 2, p. 95, note O. Staes ; *D.* 2011, p. 2735, obs. V. Avena-Robardet ; *RDBF* 2012, comm. 14, obs. D. Legeais). En revanche, il est normal qu'une fois condamnée à payer la caution ne puisse opposer au créancier qu'elle bénéficiait d'une remise de dette qu'elle avait omis d'opposer pendant le premier procès. Il s'agissait là d'une défense au fond. Dans le même sens, une fois définitivement condamnée la caution ne peut plus agir en nullité contre l'acte de cautionnement (*Cass. com.*, 12 nov. 2008, n° 08-10.138, inédit. – *Cass. com.*, 20 oct. 2009, n° 08-15.891, inédit). Il est vrai que l'action en nullité se départit apparemment du simple moyen de défense dans la mesure où elle peut faire l'objet d'une demande autonome. Pour autant, il faut rappeler (*V. n° 36 et s.*) que l'assemblée plénière a considéré que la nullité constitue un simple moyen de défense dès lors que le défendeur ne réclame pas les restitutions (*Cass. ass. plén.*, 22 avr. 2011, n° 09-16.008 : *JurisData* n° 2011-007275 ; *RTD civ.* 2011, p. 795, obs. P. Théry ; *D.* 2011, p. 18770, note O. Deshayes et Y.-M. Laithier). Dans ce cas en effet, il s'agit de demander le rejet pur et simple de la demande d'exécution. Dans le même sens le principe de concentration des moyens a opportunément été opposé par la chambre commerciale dans un arrêt du 6 juillet 2010 (*Cass. com.*, 6 juill. 2010, n° 09-15.671 : *JurisData* n° 2010-011290 ; *RDBF* 2010, comm. 170, obs. D. Legeais ; *RLDC* oct. 2010, p. 38, obs. J.-J. Ansault). Dans cette espèce un dirigeant s'était porté caution de sa société à l'égard du prêteur. Simplement il avait été stipulé dans l'acte de cautionnement qu'il ne serait engagé qu'à hauteur des revenus versés par la société. Une fois celle-ci en liquidation judiciaire le

créancier actionna la caution. Celle-ci fut condamnée à payer sans avoir invoqué qu'elle ne percevait plus de rémunération de la part de la société et par conséquent que compte tenu de l'assiette de la sûreté elle ne devait rien. Ce ne fût qu'après coup, une fois la condamnation définitive qu'elle demanda à faire reconnaître cet élément pour ne pas payer. Ne s'agissant que d'un moyen de défense, l'autorité de chose jugée lui fût alors justement opposée.

36. Demande de nullité – Lorsque le défendeur pour échapper à l'exécution d'un contrat invoque sa nullité, il formule une demande reconventionnelle. Nul ne doute que cette action aurait pu être intentée à titre principal. De plus, le défendeur demande au juge plus que le simple rejet de la prétention de l'adversaire puisqu'elle demande qu'il constate la nullité de l'acte. Pourtant, l'assemblée plénière de la Cour de cassation (*Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, op. cit. n° 35*) a opéré une distinction selon que le défendeur sollicite ou non des restitutions. Il y a demande reconventionnelle en cas de restitution et simple moyen de défense à défaut. En somme tout dépendra du point de savoir si le contrat en cause a connu un début d'exécution ou non. Cette solution peine à convaincre dans la mesure où l'exécution ou l'absence d'exécution sont contingentes et ne devraient pas avoir d'influence sur la qualification de moyen. Dans tous les cas, cette nullité aurait pu faire l'objet d'une action autonome.

37. Exception de nullité – La situation est différente lorsque la nullité est invoquée en application de l'adage *quae temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Ici comme l'a démontré un auteur (*R. Libchaber, Une exception de nullité qui peine à trouver un régime satisfaisant ! : Rev. sociétés 2010, p. 99*), il ne s'agit pas de demander au juge d'anéantir le contrat. L'adage *quae temporalia* doit être détaché de la théorie des nullités. Il s'agit d'un mécanisme à part servant à bloquer l'exécution du contrat. Le défendeur sollicite le « débouté du demandeur sur le constat de l'existence d'une cause de nullité qu'il n'a pas exploitée judiciairement et qu'il ne peut plus invoquer au fond » (id.). Le contrat reste valable. En revanche le défendeur demande le maintien de son état d'inexécution. On comprend alors pourquoi l'exception de nullité ne peut être admise qu'à la condition que l'acte n'ait jamais été exécuté (*Cass. Ire civ., 17 juin 2010, n° 09-14.470, P+B+I, Société Polyclinique La Pergola c/ Dejardin et Crosmary : JurisData n° 2010-009360 ; Dr. sociétés 2010, comm. 181, obs. M. Roussille ; RDC 2010, p. 1208, note Y.-M. Laithier. – Cass. Ire civ., 4 mai 2012, n° 10-25.558 : JCP G 2012, I, 821, Y.-M. Serinet ; Gaz. Pal. 5 juill. 2012, p. 15, note D. Houtcieff ; Gaz. Pal. 8 sept. 2012, n° 252, p. 26, note S. Amrani-Mekki et J. Théron. – Cass. com., 13 mai 2014, n° 12-28.013 : RDC 2014, n° 4, p. 627, obs. M. Latina. – Cass. Ire civ., 22 janv. 2014, n° 12-19.911. – Cass. Ire civ., 15 janv. 2015, n° 13-25.512 et 13-25.513 : JurisData : 2015-000267 ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 18, note L. Lauvergnat ; RLDC, mars 2015,*

n° 5749, p. 12, note M. Delsolneux. – Cass. Ire civ., 10 sept. 2015, n° 14-24.291 : *JurisData* n° 2015-020223). Et parce qu'il s'agit simplement pour le défendeur de demander à ce que la prétention du créancier soit paralysée, elle peut être qualifiée de défense au fond. Il importe de souligner qu'il ne peut y avoir application de l'adage *quae temporalia qu'une fois l'action en nullité prescrite* (Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-14.431 : *Bull. civ.*, IV, n° 95 ; *JCP G* 2010 I, p. 1857, note E. Richard. – Cass. Ire civ., 4 mai 2012, *op. cit.* – Cass. Ire civ., 12 nov. 2015, n° 14-21.725 : *JurisData* n° 2015-025103 ; *Dr. bancaire et fin.* 2016, comm. 13, obs. D. Legeais). Elle n'a vocation à exister en tant que telle qu'après prescription. Il résulte de tout cela que la nullité opposée par le défendeur ne constitue une défense au fond que lorsqu'elle est invoquée après prescription.

38. Résolution, résiliation – La résiliation ou résolution d'un contrat peut faire l'objet d'une demande autonome. Aussi, lorsque pour se défendre une partie à un contrat demande à ce que soit constatée la résolution ou la résiliation d'un contrat, il faut nécessairement admettre qu'il s'agit d'une demande reconventionnelle. Ici, le défendeur demande plus que le simple rejet de la demande. À moins que la Cour de cassation ne transpose sa jurisprudence appliquée aux nullités (*V. n° 35*, *Cass. ass. plén.*, 22 avr. 2011, *op. cit.*) on ne devrait pas distinguer selon qu'il s'agit d'une demande de résolution (avec restitution) ou de résiliation (ne jouant que pour l'avenir et donc sans restitution).

B. - Régime

39. Simplicité – Le régime des défenses au fond est simple à saisir. La défense au fond n'étant que l'aspect négatif de la demande. Il faut en déduire deux conséquences. D'abord lorsque le juge apprécie une défense au fond il tranche une partie du principal. Aussi sa décision a naturellement autorité de chose jugée (sur ce point *M. Douchy-Oudot*, *JCl. Procédure civile*, Fasc. 554, n° 55 et s.) et peut être immédiatement frappée d'appel (*CPC*, art. 544) ou de pourvoi en cassation si la décision a été rendue en dernier ressort (*CPC*, art. 606). Ensuite, il faut en tirer la conséquence que le juge compétent pour la demande est apte à juger de la défense au fond. Cela est exprimé par l'adage "*le juge de l'action est juge de l'exception*"(1). Enfin parce que le défendeur doit toujours être en mesure de protéger sa situation et de dénier la prétention du demandeur les défenses au fond sont très largement admises (2).

1° Juge de l'action, juge de l'exception

40. Compétence et pouvoir – L'expression selon laquelle le juge de l'action est juge de l'exception emporte deux significations. Elle implique d'une part que la juridiction saisie de la demande est compétente pour juger du moyen de défense au fond (*a*) et d'autre part qu'elle en a le pouvoir (*b*).

a) Compétence

41. Principe – L'article 49 du Code de procédure civile indique que « toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît...de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction ». Ce texte permet à la juridiction saisie de traiter du moyen de défenses alors même qu'il n'aurait pas été compétent si la défense avait fait l'objet d'une demande principale (par ex. *Cass. 3e civ., 29 mai 2002, n° 01-02.332 : JurisData n° 2002-014497 ; Procédures 2002, comm. 136, obs. R. Perrot, n° 7*). Il s'applique autant à propos de la compétence d'attribution que de la compétence territoriale et permet de régler un dilemme opposant le principe d'unicité du procès aux règles de compétence. Comme le soulignent L. Cadiet et E. Jeuland (*L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé, op. cit. n° 236*), d'un côté le principe d'unicité du procès nécessite de ne pas morceler ce dernier pour permettre au juge d'appréhender l'ensemble du litige et donc de mieux le traiter. Mais d'un autre il faut éviter que cette extension de compétence permette à n'importe quelle juridiction de statuer sur n'importe quelle question qui lui serait posée accessoirement à la demande principale. En ce qui concerne les moyens de défense au fond l'unicité du procès doit l'emporter. Cette véritable « prorogation légale de compétence » (*L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé, op. cit. n° 236*) est particulièrement bienvenue. Puisque la défense n'est que l'aspect négatif de la demande il n'y a pas a priori de raison que le juge compétent pour la demande ne le soit pas pour les défenses. En outre, pour une question d'efficacité, pour trancher quant au litige il doit à la fois pouvoir connaître de la demande et de l'ensemble des défenses au fond.

42. Exception : questions relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction – L'article 49 du Code de procédure civile indique que par exception la juridiction saisie de la demande n'est pas compétente pour connaître du moyen de défense dès lors qu'il relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Le cas échéant, la juridiction initialement saisie reste compétente pour trancher sur la demande. Simplement elle doit surseoir à statuer jusqu'à ce que

la question soulevée par le moyen de défense soit tranchée par la juridiction exclusivement compétente. Une fois la décision rendue par cette dernière le premier juge –tenu de suivre ce qui a été décidé par la juridiction exclusivement compétente– reprend le procès. Il faut distinguer ici les questions préjudicielles générales des questions préjudicielles spéciales.

43. Questions préjudicielles générales – Les questions préjudicielles générales sont celles qui ne relèvent de la compétence d'aucune juridiction civile. Classiquement sont incluses dans cette catégorie les questions préjudicielles de droit pénal, de droit administratif ou encore de droit communautaire. Aujourd'hui la question prioritaire de constitutionnalité y est assimilée. Il y a lieu de renvoyer aux fascicules idoines en ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité (*JCl. Procédure civile, Fasc. 156*), et les questions préjudicielles administratives (*JCl. Procédure civile, Fasc. 204*). Concernant les questions préjudicielles de droit communautaire il importe de préciser que l'article 267 TFUE donne compétence exclusive à la Cour de justice de l'Union européenne pour interpréter tant le traité que les actes pris par les institutions de l'Union que pour vérifier la validité de ces derniers. Encore faut-il que la disposition en cause ne soit ni claire ni précise et que la Cour de justice de l'Union n'ait pas déjà interprété le texte en cause. Ces questions préjudicielles ne sont toutefois obligatoires que lorsque la juridiction interne saisie n'est pas susceptible de recours juridictionnel de droit interne. Concrètement, en droit judiciaire privé seule la Cour de cassation est concernée. Pour toutes les autres juridictions le renvoi n'est que facultatif. Enfin il importe de signaler qu'il n'existe pas à proprement parlé de question préjudicielle en matière pénale. Cette question ne se rencontre pas en pratique (*L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 244*). Il faudrait que le défendeur oppose au civil une défense de nature purement pénale... Ce qui est peu vraisemblable. En revanche, il arrive que soit en cause l'article 4, alinéa 2, du Code de procédure pénale. Selon ce texte la juridiction civile doit surseoir statuer sur la demande en réparation causée par une infraction tant que la juridiction pénale déjà saisie d'une action publique ne s'est pas prononcée. Mais dans cette hypothèse il s'agit de l'application de l'adage selon lequel « le criminel tient le civil en l'état » non assimilable à une question préjudicielle (*J. Héron et T. Le Bars, op. cit., n° 1005*).

44. Questions préjudicielles spéciales – On est en présence d'une question préjudicielle spéciale lorsque la compétence exclusive matérielle ou territoriale pour la traiter appartient à une autre juridiction civile. Ces hypothèses sont très rares en pratique car il faut non seulement que le moyen de défense soulevé ne relève pas de la compétence de la juridiction saisie mais en outre qu'elle relève de la compétence exclusive d'une autre. Cela pourrait être le cas lorsqu'en défense devant le tribunal d'instance le défendeur fonde son moyen sur une question de nature pétitoire ou

possessoire. Ces questions relèvent en effet de la compétence exclusive du tribunal de grande instance. Cependant, l'article R. 221-40 du Code de l'organisation judiciaire indique que dans cette hypothèse le tribunal d'instance doit se prononcer à charge d'appel. Le juge de l'action reste donc juge de l'exception.

b) Pouvoir

45. Compétence et pouvoir juridictionnel – En principe la juridiction compétente pour se prononcer sur le moyen de défense a également le pouvoir juridictionnel d'y procéder. Pour mémoire, il importe de rappeler la distinction qui existe entre compétence et pouvoir juridictionnel. Selon L. Cadiet et E. Jeuland (*op. cit.*, n° 106) : « La compétence peut être définie comme l'aptitude d'une juridiction à exercer son pouvoir de juger un litige de préférence à une autre... Le pouvoir juridictionnel est l'aptitude d'une juridiction, considérée en elle-même à trancher un litige par application des règles de droit ». La question de l'existence du pouvoir juridictionnel se pose au stade des demandes en matières de référés. Ainsi le juge des référés ne peut prendre de mesure lorsqu'il existe une contestation sérieuse. En droit des entreprises en difficulté, dans le cadre de la procédure d'admission des créances c'est au stade des moyens de défenses au fond que la question du pouvoir juridictionnel se pose.

46. Procédure d'admission des créances – L'ordonnance du 12 mars 2014 (*Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014* portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives) entérine opportunément une jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation considérant que le juge-commissaire ne dispose que d'un pouvoir juridictionnel restreint lorsqu'il statue en matière d'admission ou de rejet des créances (*Cass. com.*, 5 nov. 2003, n° 00-17773. – *Cass. com.*, 19 mai 2004, n° 01-15.741 : *JurisData* n° 2004-023860. – *Cass. com.*, 19 oct. 2010, n° 09-12.879 et n° 09-14.699, inédit. – *Cass. com.*, 7 févr. 2006, n° 04-19.087, *F P+B*, *Sté Frahuil c/ Sté Banco Atlantico* : *Juris-Data* n° 2006-032087. – *Cass. com.*, 22 mars 2011, n° 09-17.356 : *LEDEN* mai 2011, p. 4, n° 88, obs. G. Berthelot. – *Cass. com.*, 18 sept. 2012, n° 11-18.353 : *Rev. proc. coll.* 2009, étude n° 23, P. Cagnoli. – J. Vallansan, *La fin de non-recevoir résultant de l'absence de pouvoir juridictionnel du juge-commissaire en procédure de vérification peut être soulevée d'office* : *Act. proc. coll.* 2011, alerte 133. – J. Théron, *Eclaircissement quant aux contours du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire statuant en matière d'admission des créances* : *BJE* 2013, n° 1, p. 30). L'ordonnance subordonne en effet la

compétence du juge-commissaire à l'absence de contestation sérieuse. Dans le cadre de la procédure d'admission un créancier demande au juge-commissaire à ce qu'il constate que sa créance existe et doit être comptabilisée dans le passif du débiteur. Dans ce cadre, le débiteur, ou le représentant des créanciers peuvent contester cette demande. Ce faisant ils opposent un véritable moyen de défense au fond (*V. n° 22*). Or, l'article L. 624-5 du Code de commerce indique que le juge-commissaire ayant compétence ne peut statuer qu'en l'absence de contestation sérieuse. Cela signifie que dès lors qu'un moyen de défense fait naître une contestation sérieuse le juge-commissaire ne peut plus statuer. L'article R. 624-5 du Code de commerce indique alors qu'il doit par ordonnance spécialement motivée renvoyer les parties à saisir la juridiction idoine dans le délai d'un mois, et ce à peine de forclusion. Pour des raisons de célérité il serait certes préférable que le juge-commissaire puisse statuer sur toutes les contestations relatives à la créance. Mais d'un point de vue concret, il est plus que douteux d'admettre qu'il dispose du temps, des compétences et des moyens adéquats pour trancher une question quant au fond de la créance.

47. Comment déterminer les limites de ce « pouvoir juridictionnel » ? – Il peut être difficile pour le juge-commissaire de déterminer s'il bénéficie ou non du pouvoir juridictionnel pour étudier le moyen soulevé. Comment savoir si le moyen de défense soulevé fait ou non naître une contestation sérieuse ? Pour le déterminer il faut s'arrêter sur le rôle du juge-commissaire et déterminer ce que signifie « admettre » une créance. Il n'a qu'un rôle purement déclaratif. Il s'agit de constater que d'un point de vue passif la créance déclarée grève le patrimoine du débiteur au moment du jugement d'ouverture qu'elle existe dans toutes ses composantes avant son intervention. Or, tel n'est le cas que si la créance déclarée est certaine dans son principe et dans son montant. Le créancier demande donc à ce que le juge constate que sa créance est déjà constituée dans tous ses éléments, oblige déjà le débiteur. Si le débiteur était in bonis il obtiendrait l'exécution de sa créance sans avoir besoin de recourir à la justice. Le juge-commissaire dans sa mission ne rend donc pas la créance plus efficace qu'elle ne l'était avant sa saisine. Au contraire, si la créance est incertaine dans son principe ou dans son montant le créancier ne demande pas seulement à ce que le juge constate que la créance existe déjà. Il demande à ce que la créance soit consacrée. Il veut que la justice lève le voile sur cette incertitude et lui permette par la même d'obtenir son exécution forcée. Mais il n'y a pas là une mission qui relève de son pouvoir juridictionnel. Ce n'est pas à lui de conférer à la créance un de ses caractères essentiels : sa force contraignante. Le cas échéant son jugement serait constitutif. C'est sa décision qui ferait entrer la dette au passif du débiteur. Le seul constat que peut opérer le juge commissaire dans sa mission d'admission en présence d'un tel doute quant à l'existence de la créance, c'est qu'en l'état elle ne grève pas le patrimoine du débiteur. Pour qu'il puisse admettre ou rejeter la créance, il faut que ce doute soit levé. Partant de ce constat, en

présence d'une contestation, plusieurs situations sont alors à distinguer. Tout d'abord, il se peut que la contestation ne soit pas sérieuse. Cela signifie qu'il ne fait nul doute que la créance est certaine. Tel sera le cas par exemple dès lors qu'un jugement a déjà tranché quant au principe et au montant de cette dernière. Le juge-commissaire devra alors admettre la créance. Ensuite, il se peut que l'inexistence de la créance ne fasse pas de doute. La créance est par exemple prescrite, ou encore le créancier n'apporte strictement aucune preuve de l'existence de sa créance. Le juge devra alors rejeter la créance. Dans ces cas en effet, il constate que la dette n'existe pas au jour où il est saisi et qu'elle n'est pas susceptible d'exister. Enfin, il y a toutes les situations intermédiaires, celles dans lesquelles il existe un véritable doute quant à la certitude de la créance. La créance existe peut-être. Mais au moment où il est saisi, l'absence de certitude empêche de considérer qu'elle est déjà obligatoire. Le juge doit alors surseoir à statuer et renvoyer les parties à saisir le juge compétent. Ce n'est que par la suite lorsque ce point aura été tranché qu'il pourra s'admettre ou rejeter la créance. Il sera en effet à ce moment-là à même de constater ou non l'existence de la créance.

2° Moyen largement admis

48. Sans qualité, en tout état de cause – Dénier les prétentions du demandeur est un droit tellement élémentaire que les défenses au fond sont largement admises. Il en découle, non seulement que pour exprimer un moyen de défense au fond, on ne peut exiger du défendeur une qualité particulière (a), mais aussi que le moyen de défense au fond peut être invoqué en tout état de cause (b).

a) Condition de qualité non exigée

49. Qualité d'opposer un moyen de défense au fond ? – Le défendeur a toujours intérêt au rejet de la prétention du demandeur. Mais doit-il revêtir une qualité particulière pour opposer les défenses au fond (pour une étude exhaustive de la question V. Y-M. Serinet, *La qualité de défendeur* : RTD civ. 2003, p. 203) ? Après tout, la défense au fond n'étant que l'antithèse de la demande en justice (H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 305), la qualité pourrait être exigée dans la même mesure que pour cette dernière. Un auteur (M.-L. Niboyet-Hoegy, *L'action en justice dans les rapports*

internationaux de droit privé, th. Paris II, préface de B. Goldman : Economica, 1986, p. 103) a d'ailleurs soutenu que le tribunal devait vérifier la qualité du défendeur pour invoquer certaines défenses au fond. Tel serait par exemple le cas lorsque le défendeur met en œuvre l'exception de nullité. Il faudrait alors s'assurer qu'il est bien titulaire de cette action, particulièrement lorsque la nullité est relative.

50. Absence d'exigence de qualité active – Comme l'a démontré Y.-M. Serinet (*op. cit., spéc. n° 30 et s.*) la recevabilité du moyen de défense ne peut cependant être remise en cause pour une question de qualité. Un défendeur doit pouvoir invoquer tout ce qu'il souhaite sous peine de porter gravement atteinte à ses droits de la défense, et au respect du contradictoire. Pour reprendre les termes de l'auteur, on ne peut exiger une qualité « active » du défendeur pour vérifier son aptitude à soumettre des défenses au fond. En revanche, il est toujours possible de vérifier la pertinence du moyen avancé. Pour reprendre l'exemple évoqué, si le défendeur n'est pas titulaire de l'action en nullité relative le juge ne rejettera pas le moyen de défense pour défaut de qualité sans examen au fond, il constatera simplement que ce moyen ne peut utilement être invoqué pour empêcher la demande de prospérer. Mais avec cet auteur, il faut admettre que si la qualité n'est pas exigée pour pouvoir opposer un moyen de défense au fond, la solution sera différente en matière de demande reconventionnelle.

51. Qualité passive – Le concept de qualité du défendeur n'est pour autant pas inopérant. Lorsqu'il est affirmé que le défendeur n'a pas qualité cela renvoie à une autre problématique. Pour reprendre la distinction opérée par Y.-M. Sérinet, est alors en cause la qualité « passive » du défendeur. C'est à dire son aptitude à être attiré en justice par le demandeur. Il ne s'agit pas d'une qualité « active » c'est à dire d'une qualité à invoquer des moyens de défense au fond. En somme lorsque le défendeur n'a pas qualité, cela signifie que le demandeur n'a pas agi contre la bonne personne. Comme le soulignent J. Héron et T. Le Bars (*op. cit., n° 131*) le défaut de qualité affecte alors la demande et non la personne du défendeur. Il y a alors une fin de recevoir qui pourra être soulevée par le défendeur pour faire déclarer la demande irrecevable (V. par ex. *Cass. Ire civ., 9 mai 2009, n° 98-19.145 : RTD civ. 2001, p. 653, obs. R. Perrot : espèce dans laquelle le demandeur avait agi contre le courtier et non l'assureur*).

b) Moyen admis en tout état de cause

52. Principe – L'article 72 du Code de procédure civile énonce que les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause. Cela implique deux conséquences. D'une part au sein de l'instance la défense peut être invoquée à tout instant. Ensuite cela signifie que le moyen de défense peut être soulevé à tous les stades du procès et même pour la première fois en appel ou devant la Cour de cassation à condition dans ce dernier cas qu'il s'agisse d'un moyen de pur droit ou d'un moyen né de la décision attaqué (*CPC, art. 619*).

53. Possibilité de se contredire en appel – Tout nouveau moyen de défense au fond peut être invoqué en appel quand bien même il serait en totale contradiction avec un moyen de défense développé en première instance, et ce en dépit de l'obligation de ne pas se contredire. Ainsi, la société qui affirme dans un premier temps que le photographe avec lequel elle travaille est indépendant peut valablement en appel soutenir qu'il est son salarié (*Cass. Ire civ., 28 oct. 2015, n° 14-22.207, FS-P+B+I : JurisData n° 2015-023938 ; Procédures 2016, comm. 7, obs. Y. Strickler ; JCP G 2016, 80, note D. Cholet ; Gaz. Pal. 20-22 déc. 2015, n° 354 à 356, note S. Amrani-Mekki*) ou encore une partie qui a nommé un contrat avant le procès et qui s'est prévalu de la même qualification en première instance peut contester cette qualification en cause d'appel (*Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28.262, FS P+B : JurisData n° 2015-002261 ; Procédures 2015, comm. 108, H. Croze ; JCP G 2015, 470, note N. Fricero ; JCP E 2015, 1189, note N. Dupont ; Gaz. Pal. 16 juin 2015, n° 167, p. 29, note E. Piwnica*). Cela résulte du respect de l'article 563 du Code de procédure civile et de l'effet dévolutif de l'appel : il n'existe aucune restriction à la présentation de nouveaux moyens de droit et de fait ou de nouveaux éléments de preuve. Cette solution n'est par ailleurs nullement en contradiction avec l'arrêt d'assemblée plénière du 27 février 2009 ayant admis le principe selon lequel il n'est pas possible de se contredire au détriment d'autrui (*Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841 : JurisData n° 2009-047173 ; Bull. civ., ass. plén., n° 1 ; JCP G 2009, 10073, note P. Callé ; D. 2009, p. 1245, note. D. Houtcieff ; Gaz. Pal. 19 mars 2009, p. 10 s., note. T. Janville ; D. 2009, p. 723, obs. X. Delpech*). La sanction de ce principe étant la fin de non-recevoir (*V. n° 143*), celle-ci ne peut ne peut être opposée qu'aux demandes et non aux simples moyens de défenses. Les fins de non-recevoir sont en effet la sanction du défaut de droit d'agir. Or, lorsqu'il exprime un moyen de défense au fond le défendeur n'exerce pas une action.

54. Limites – Au sein de l'instance le moyen de défense ne peut être proposé que tant qu'il est possible de conclure, c'est à dire avant la clôture des débats en procédure orale ou l'ordonnance de clôture dans les procédures écrites et sous réserve que les conclusions ne soient pas considérées comme

tardives (L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 900. – S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, Dalloz 32e éd. 2014, n° 1872. – J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.* n° 625).

II. - Exceptions de procédure

55. Définies par leurs effets – Le Code de procédure civile ne définit pas la notion d'exception de procédure. Il ne les envisage que par leurs effets. L'article 73 indique en effet que "*constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours*". Sans doute y a-t-il dans cette absence de définition une scorie contribuant à la difficile distinction entre exception de procédure et fin de non-recevoir. En n'indiquant pas la nature des exceptions de procédure et en ne les abordant que par leurs effets, il est laissé la liberté à la jurisprudence de qualifier tel ou tel moyen d'exception de procédure ou de fin de non-recevoir en fonction du régime qu'elle souhaite voir appliquer. La sécurité juridique implique pourtant que les concepts soient clairement définis indépendamment de leurs effets. Les effets doivent être tirés de la nature d'un concept ou d'une institution. Le juge ne doit pas être libre de qualifier en fonction du régime qu'il souhaite voir appliquer.

56. Histoire – Il faut reconnaître qu'il est difficile de trouver dans l'histoire des éléments à même de clarifier la notion d'exception de procédure. Généralement remonter aux origines d'un concept permet d'en saisir l'essence. Tel n'est pas le cas ici. Il semble qu'à Rome l'opposition entre défenses au fond et exceptions de procédures ne reposait sur aucune base logique, et ne mettait pas en balance des catégories dotées d'une homogénéité fonctionnelle (J.-P. Béguet, *Etude critique de fin de non-recevoir en droit privé* : *RTD civ.* 1947, p. 133 et s. spéc. n° 3. – C. Accarias, *Précis de droit romain*, T. II. Ed. : Cotillon et Cie, 1879-1982, spéc. n° 890). Ainsi, assigné en paiement, le défendeur était considéré comme avançant une défense au fond lorsqu'il affirmait avoir déjà payé et comme excipant d'une exception lorsqu'il remettait en cause la validité de l'acte juridique à l'origine de la créance. Ce n'est qu'à partir Bas-Empire (*op. cit.*) que la catégorie d'exception s'est appauvrie des moyens consistant à critiquer la validité des actes à l'origine des créances et s'est enrichie des vices de procédures et des exceptions d'incompétence. En outre il faut relever qu'au XVIIIème siècle la prescription constituait une exception alors qu'elle constitue aujourd'hui une fin de non-recevoir. Il y a une raison à cela : les fins de non-recevoir étaient alors assimilées aux exceptions (l'expression fin de non-recevoir était d'ailleurs employée dans un sens large comme

synonyme d'exception V. *Pothier, Traité de procédure civile, Œuvres complètes Nouvelle éd. : Siffrein, 1821, T. XIV, p. 16*) ou du moins étaient considérées comme une catégorie d'exception (*Pothier, op. cit., p. 18*). Aussi les exceptions faisaient l'objet d'une définition suffisamment large pour englober ces différents moyens (exceptions de procédure et fins de non-recevoir). Elles étaient entendues comme tous les moyens qui sans attaquer le fond de la demande tendent à prouver que le demandeur ne doit pas être écouté à la proposer. Au début du XX^{ème} siècle le jour n'avait vraisemblablement pas été levé puisque Japiot écrivait : « Sans doute, la notion générale de l'exception peut être citée comme l'un des objets sur lesquels la doctrine de la procédure présente le maximum d'obscurité et de fragilité » (*R. Japiot, La théorie des exceptions de procédure : Recueil période de procédure civile 1916, p. 113*).

57. Disparité – Aujourd'hui encore à lire la doctrine (*J. Héron et T. Le Bars, op. cit., n° 153*) les exceptions de procédure sont caractérisées par leur disparité. Sont assimilées à des exceptions de procédure les exceptions dilatoires, les exceptions de nullité, les exceptions d'incompétence et les exceptions de litispendance et de connexité. Or, il est vrai qu'outre leur régime, il est difficile de trouver un point commun entre ces différents moyens. Et encore faut-il souligner que la règle selon laquelle les exceptions de procédure doivent être soulevées in limine litis (*CPC, art. 74*) connaît de nombreuses dérogations (pour les exceptions dilatoires, selon l'article 111 du Code de procédure civile ; l'exception de connexité selon l'article 103 CPC ; les exceptions de nullité en application de l'article 118 du Code de procédure civile).

58. Insuffisance d'un critère par défaut – Compte tenu de cette disparité, il est difficile d'identifier un critère de qualification des exceptions de procédures. Il est alors tentant de les définir par opposition aux autres moyens de défenses (en ce sens *H. Solus et R. Perrot, op. cit. T. I, n° 308, p. 287*). Il s'agirait alors des moyens qui n'ont ni vocation à combattre la prétention de l'adversaire au fond, ni vocation à la faire rejeter pour défaut de droit d'action. Il est difficile de se résigner à une telle approche. Elle implique que les exceptions de procédures n'ont pas de nature qui leur soit propre. Il n'y aurait là qu'une catégorie « fourre-tout » regroupant l'ensemble des moyens ne pouvant être classés nul part ailleurs.

59. Instance, comme objet – Si l'on veut admettre une véritable autonomie des exceptions de procédure il faut admettre avec d'autres auteurs (not. *L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 481*) qu'elles ont un objet qui leur est propre : l'instance. « Le défendeur entend simplement paralyser l'instance en excipant du fait que : 1°) le juge saisi n'est pas le bon : exception d'incompétence, exception de litispendance et exception de connexité, 2°) que le procédure suivie est irrégulière : exception de nullité, ou 3°) qu'elle doit être suspendue : exception dilatoire » (*L. Cadiet et*

E. Jeuland, op. cit.). Les exceptions de procédure portent alors toutes sur le lien d'instance, que celui-ci soit entendu :

comme le lien unissant les parties au juge (exceptions d'incompétence, litispendance et connexité) ;

comme l'ensemble des actes permettant au juge de trancher l'affaire au fond (exceptions de nullité) ;

comme le temps accordé à la préparation de la décision finale (exceptions dilatoire).

60. Relativité de l'article 74 – La place de l'article 74 du Code de procédure civile dans le code pourrait laisser penser qu'il y a là une règle applicable à toutes les exceptions de procédure. Cet article énonçant que les exceptions de procédure doivent être soulevées in limine litis est en effet situé après l'article 73 énonçant les différentes formes d'exceptions de procédure et avant les sous-sections envisageant tour à tour chacun des régimes spécifiques aux différentes catégories d'exception de procédure. Pour autant, il n'y a là qu'un principe relatif qui connaît nombres d'exceptions. Il ne s'agit que d'une règle d'opportunité qui n'imprime nullement la nature des exceptions de procédure. Elle vise simplement à empêcher qu'une des parties ne parasite le traitement de l'affaire au fond par des chicanes d'ordre secondaire. Aussi cette obligation de soulever les exceptions avant toute défense ou fin de non-recevoir sera écartée dès lors que l'application de ce principe perd son sens : parce que la règle procédurale est importante (irrégularités de fond par exemple) ; parce qu'elle est inappropriée (il est nécessaire par exemple de pouvoir invoquer les exceptions de nullité au fur et à mesure de l'établissement des actes de procédure mais à condition dans ce cas de les invoquer également avant d'éventuelles autres défenses au fond ou fin de non-recevoir).

61. Plan – Les exceptions de procédure ne connaissant pas toutes le même régime, il est nécessaire de les aborder tour à tour de manière synthétique (pour une étude plus approfondie, se rapporter aux fascicules idoines : Exceptions d'incompétences, JCl. Procédure civile, Fasc. 213-1 ; exception de litispendance et connexité JCl. Procédure civile, Fasc. 213-2 ; Exceptions de nullité, JCl. Procédure civile, Fasc. 136, 137 et 138 ; Exceptions dilatoires, JCl. Procédure civile, Fasc. 134).

A. - Exception d'incompétence

1° Notion

62. Incompétence – En soulevant une exception d'incompétence, le défendeur paralyse l'instance en affirmant que la juridiction saisie ne peut statuer au fond, faute pour elle d'avoir la compétence d'attribution ou territoriale nécessaire. Il réclame à ce qu'elle soit poursuivie devant la juridiction idoine.

63. Incompétence/défaut de pouvoir juridictionnel – Il faut distinguer l'exception d'incompétence du défaut de pouvoir juridictionnel (sur cette distinction, *V. n° 44*). Dans ce cas en effet, la jurisprudence considère qu'il ne s'agit pas d'une exception de procédure mais d'une fin de non-recevoir (*P. Théry, Pouvoir juridictionnel et compétence, étude de droit international privé : thèse Paris II, 1981. – G. Block, Les fins de non-recevoir, préf. N. Fricero et R. Martin, Bruylant 2002, spéc. n° 82 et s. – E. Jeuland, Droit processuel général : Lextenso, 2e éd. 2012, n° 363 et s.*). Cette dernière situation se rencontre à propos des pouvoirs du juge des référés (*Cass. 3e civ., 19 mars 1986, n° 84-16688 ; JCP G 1986, IV, 153 ; Gaz. Pal. 1987, somm. p. 55, S. Guinchard et T. Moussa. – Cass. 1re civ., 27 févr. 1996, n° 93-21.436 : Procédures 1996, comm. 107, obs. R. Perrot. – Cass. 1re civ., 7 janv. 1997 : Procédures 1997, comm. 57, obs. R. Perrot. – V. sur ces points C. Tirvaudey-Bourdin, JCl. Procédure civile, Fasc. 213-1, Compétence, n° 7*), du juge-commissaire statuant en matière d'admission de créances, des immunités de juridiction, de la clause compromissoire, ou encore à propos de la compétence exclusive de certaines juridiction en matière de pratiques restrictives (*Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-25693 : JurisData n° 2012-0013334. – Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089 : RDC 2014, n° 1, p. 84. – Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-15.851, FS-P+B, Sté Gifi Mag c/ Sté Rocade : JurisData n° 2015-023448 ; Contrats conc. consomm. 2016, comm. 8, obs. N. Mathey*) ou encore en matière de pratiques anticoncurrentielles (*Cass. 2e civ., 9 juill. 2009, n° 06-46.220, 08-40.541 et 04-41.465 : Bull. civ., II, n° 186 à 188. – Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-13.276, P+B, SAS Toyota France c/ SA Valence automobiles : JurisData n° 2012-002929*).

64. Critique – Cette jurisprudence est critiquée. Il est vrai qu'*a priori* la distinction entre compétence et pouvoir est sibylline. Il est même possible de se demander s'il n'y a pas confusion à qualifier les défauts de pouvoir juridictionnel en « fins de non-recevoir ». Lorsque le défendeur invoque le

défaut de pouvoir juridictionnel, cela n'implique pas que nulle juridiction ne peut trancher le litige. Simplement il est affirmé que le demandeur a saisi le mauvais juge. Le demandeur pouvant agir devant une autre juridiction, on peut avoir le sentiment qu'il n'est pas dépourvu du droit d'agir, mais s'est simplement égaré dans le choix de la juridiction. Aussi une partie de la doctrine considère qu'il s'agit ici bien plus d'exceptions de procédures que de fins de non-recevoir (en ce sens, *H. Motulsky, ss. Cass. civ., Ire 27 janv. 1969 : Rev. crit. DIP 1969, p. 538.* – *G. Couchez, note ss. Cass. Ire civ., 15 avr. 1986, n° 84-13.422 : Rev. crit. DIP 1986, p. 723*). L'analyse fait cependant apparaître qu'il y a des défauts de pouvoir qui constituent de véritables fins de non-recevoir alors que d'autres devraient être assimilés à de véritables exceptions de procédure.

65. Les vrais défauts de pouvoirs, véritables fins de non-recevoir – Il y a fin de non-recevoir dès lors que le défendeur critique le droit d'agir du demandeur. Or, dans la majorité des hypothèses c'est bien l'action qui est critiquée lorsqu'un défaut de pouvoir est invoqué. L'expression « défaut de pouvoir juridictionnel » est trompeuse car elle tend à se focaliser sur le défaut d'aptitude du juge en cause à trancher. Cela fait alors songer à une forme d'incompétence matérielle. Pourtant dans la plupart des cas, c'est l'action du demandeur qui n'est pas recevable, il ne s'agit pas de remettre en cause l'aptitude du juge à trancher.

66. Référé – Ainsi, il y a défaut de pouvoir en matière de référé, lorsqu'il n'y a pas d'urgence ou encore en l'absence de contestation sérieuse. La pratique énonce fréquemment que « le juge des référés n'est pas compétent ». Mais il y a là un abus de langage dans la mesure où il ne s'agit pas d'une exception de compétence. Le juge des référés n'est pas critiqué en raison de sa compétence territoriale ou matérielle. Pour s'en convaincre, il faut rappeler qu'il y a une difficulté de compétence dès lors que le juge saisi est en concurrence avec un autre juge pour traiter d'une question. Or, en matière de référé il serait fallacieux de considérer que le juge des référés est en concurrence avec le juge du principal. La demande portée devant le juge des référés et devant le juge du principal ne sont pas les mêmes. Il est demandé au premier d'ordonner une mesure et au second de trancher le principal. Pour preuve de l'absence de concurrence entre ces deux juges, il faut souligner que rien n'interdit d'agir à la fois au principal et en référé. L'action en référé et au principal n'est pas la même. Le défaut de pouvoir du juge des référés, loin d'être une difficulté de compétence constitue une fin de non-recevoir. L'action en référé est subordonnée à une condition d'urgence et à une condition d'absence de contestation sérieuse. Si une de ces conditions fait défaut, l'action n'est pas recevable (*J. Héron, T. Le Bars, op. cit., n° 405*). La compétence du juge des référés n'étant pas en cause, il ne peut s'agir d'une exception de compétence.

67. Admission de créances – Aux termes de l'article L. 624-2 du Code de commerce, le juge-commissaire n'a pas « compétence » pour admettre ou rejeter une créance en présence d'une contestation sérieuse. Il ne s'agit pour autant pas d'une difficulté de compétence mais de pouvoir juridictionnel (*V. n° 45 et s.*). La procédure d'admission (*V. n° 46*) n'a pour objet que de faire constater l'existence d'une créance certaine dans son montant et dans son principe. Aussi, si la créance est incertaine dans son principe ou dans son montant, le créancier ne demande pas seulement à ce que le juge constate que la créance existe déjà. Il demande à ce que la créance soit consacrée dans tous ces éléments. Il veut que la justice lève le voile sur cette incertitude et lui permette par la même d'obtenir son exécution forcée. Alors que dans l'action en admission, il est demandé au juge de « constater » l'existant, en présence d'une contestation sérieuse, il lui est demandé un jugement en quelque sorte constitutif. Dans ce dernier cas l'action en admission de créance est donc irrecevable car les conditions ne sont pas réunies. C'est la raison pour laquelle il doit alors agir devant la juridiction idoine pour faire reconnaître l'existence de sa créance. Il importe cependant de souligner que cette action n'est pas concurrente de la procédure d'admission. Pour preuve une fois que la créance aura été reconnue comme fondée, la procédure d'admission devra reprendre son cours. Il y a là la preuve que les deux juridictions ne se prononcent pas sur la même action.

68. Autres véritables défauts de pouvoir – Dans le même sens l'immunité de juridiction constitue une véritable fin de non-recevoir (en ce sens : *Cass. Ire civ., 9 mars 2011, n° 10-10.044, FS P+B+I : JurisData n° 2011-003256 ; RTD civ. 2011, p. 382, obs. P. Théry. – P. Théry, Pouvoir juridictionnel et compétence, op. cit., n° 259. – S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand, op. cit., n° 1472. – contra, J. Héron et T. Le Bars, op. cit., n° 147*). Pour mémoire, selon un principe de droit international public, un État ne peut être attiré devant les tribunaux d'un autre État à raison de ses actes de souveraineté. Il y a ici littéralement la marque de l'interdiction d'agir contre l'État. C'est l'action en justice qui est en cause et non l'instance. Il ne peut donc s'agir d'une exception d'incompétence. À l'instar d'autres auteurs, il faut également relever que le moyen de défense par lequel une partie invoque l'existence d'une convention d'arbitrage constitue une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence (*Motulsky, JCP G 1954, I, 1194 et 1957, I, 1383. – P. Théry, Pouvoir juridictionnel et compétence, op. cit., n° 10. – S. Guinchard, C. Chainais, et F. Ferrand, op. cit., n° 2269. – S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, op. cit., n° 118*). Il s'agit en effet ici de critiquer l'action du demandeur devant le juge étatique. En acceptant la clause compromissoire, les parties ont renoncé à agir devant les juridictions étatiques pour les litiges relatifs au contrat en cause. Elles ne sont donc pas recevables à agir devant ces dernières. La première chambre civile avait d'ailleurs souligné qu'il n'y avait pas là un problème de compétence :

la clause compromissoire « ne concerne pas la répartition de la compétence entre les tribunaux étatiques des différents pays, mais tend à retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger les différends relatifs à ce contrat ». Il s'agit donc d'un défaut de pouvoir relevant du régime des fins de non-recevoir et non d'une incompétence. Pourtant, la jurisprudence assimile de manière critiquable ce moyen à une exception d'incompétence (*Cass. 2e civ., 22 nov. 2001, n° 99-21.662 : D. 2002, p. 42 ; RTD com. 2002, p. 46, obs. E. Loquin. – Cass. Ire civ., 3 févr. 2010, n° 09-13.618, F-P+B, SCI Les Terres Froides et a. c/ Porcher et a. : JurisData n° 2010-051400 ; Procédures 2010, comm. 110, obs. R. Perrot*).

69. Les faux défauts de pouvoirs, véritables exceptions – Inversement, la jurisprudence qualifie parfois certains moyens de défaut de pouvoir alors que semblent être en cause des problèmes de compétence (en ce sens *P. Théry, Le désordre des moyens de défense : exception d'incompétence et fin de non-recevoir : RTD civ. 2012, p. 566*). Il en va ainsi à propos de la compétence exclusive de certaines juridictions en matière de pratiques restrictives ou encore en matière de pratiques anticoncurrentielles (*V. n° 62*). La situation est ici fort distincte de celle qui existe en matière de défauts de pouvoirs. Ceux-ci ont été caractérisés par deux éléments. D'abord il s'agit de fin de non-recevoir en ce que dans chacune des situations, c'est l'action qui est critiquée. Ainsi en matière de référé ou d'admission de créances (*V. n° 66 et s.*) le juge commissaire et le juge des référés ne peuvent statuer car les conditions de l'action (action en référé, et en admission de créance) dont ils sont saisis ne sont pas réunies. Ensuite, il n'existe pas de concurrence de juridiction comme en matière d'exception de compétence. Faute d'avoir gain de cause en référé ou de voir sa créance admise le demandeur doit former une action d'une autre nature (action au fond) devant une autre juridiction. Le juge des référés comme le juge-commissaire ne sont pas en concurrence avec la juridiction du fond. À propos de la compétence exclusive en matière de pratiques restrictives ou encore en matière de pratiques anticoncurrentielles la situation est distincte. D'une part l'action des demandeurs n'est pas en cause. Si le demandeur fait erreur dans la juridiction, il ne lui est pas opposé que les conditions de son action ne sont pas réunies, mais simplement que la juridiction saisie n'est pas la bonne. À ce titre il ne peut s'agir d'une fin de non-recevoir. D'autre part on se trouve en présence d'une concurrence de juridictions susceptibles de statuer. Les articles L. 420-7 et L. 442-6, III du Code de commerce attribuent alors la compétence à certaines d'entre elles seulement. Il y a là la caractéristique des exceptions de compétence. La qualification de fin de non-recevoir n'a aucune raison d'être. Sans doute ces qualifications ont-elles été opérées par la jurisprudence pour éviter le jeu de l'article 74 du Code de procédure civile, et permettre au juge de relever l'incompétence d'office plus facilement que dans le stricte régime des exceptions d'incompétence (en ce sens *J. Héron, T. Le Bars, op. cit., n° 155*).

2° Régime

70. Invoqué par le défendeur – Les exceptions de procédures ne peuvent être invoquées par le défendeur. Le demandeur ne peut être recevable à invoquer l'incompétence de la juridiction qu'il a lui-même saisi (*Cass. 2e civ., 7 déc. 2000, n° 99-14.902 : JurisData n° 2000-007216*). Mais il peut évidemment invoquer une telle exception à l'encontre d'une demande reconventionnelle, puisque le cas échéant il se trouve en position de défendeur (*Cass. 1re civ., 6 janv. 2010, n° 08-20.827, inédit*).

71. Exception étroitement admise – Les exceptions d'incompétence sont étroitement admises. Non seulement parce que les parties doivent les invoquer *in limine litis* (a) mais aussi parce que la faculté de relever d'office ces exceptions est limitée (b).

a) Soulevée *in limine litis*

72. Principe et tempérament – Aux termes de l'article 74 du Code de procédure civile les exceptions d'incompétence doivent 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. Cependant, lorsque le défendeur était défaillant en première instance, il pourra invoquer pour la première fois l'incompétence dans le cadre d'une opposition si le jugement a été rendu par défaut (*CPC, 572 al. 1er*) ou d'un appel si le jugement est réputé contradictoire (*Cass. com., 20 oct. 1992, JCP G 1992, IV, 3087 ; D. 1993, somm. 184, obs. P. Julien. – Cass. com., 10 juin 1986 : JCP G 1986, IV, 244*).

73. Simultanément et avant toute défense au fond – Les exceptions d'incompétence doivent être soulevées en même temps que toutes les exceptions de procédures, et avant toute défense au fond. Il faut éviter que le défendeur ne fasse durer le procès en invoquant des exceptions qui retarderaient sans réel motif la solution sur le fond. En matière d'exception d'incompétence, il s'agit aussi bien entendu d'éviter que la juridiction initialement saisie n'ait à connaître du fond de l'affaire si elle ne s'avère pas compétente en définitive. En cas d'exception soulevée tardivement la sanction est l'irrecevabilité.

- 74. Dans les procédures écrites** – Dans les procédures écrites, les exceptions peuvent être soulevées dans les mêmes conclusions que celles contenant les défenses au fond ou fin de non-recevoir, mais à la condition de figurer avant celles-ci (pour les défenses au fond : *Cass. 3e civ., 8 mars 1977 : D. 1977, inf. rap. p. 389, P. Julien.* – pour les fins de non-recevoir : *Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 02-19.694 : JurisData n° 2004024578 ; Procédures 2004, comm. 199 ; Dr. et patrimoine 2005, n° 144, p. 100, S. Amrani-Mekki ; D. 2004, p. 2610, note B. Beignier*).
- 75. Dans les procédures orales** – Les exceptions doivent être présentées dès l'ouverture des débats dans les procédures orales. La jurisprudence considère que l'exception d'incompétence peut être soulevée valablement lors des débats alors même que des conclusions écrites comprenant des défenses au fond ou fins de non-recevoir avaient été remises (*Cass. 2e civ., 16 oct. 2003, n° 01-13.036 : Procédures 2003, comm. 248, obs. R. Perrot.* – pour une critique de cette jurisprudence *V. L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 278*).
- 76. Dans les procédures avec conciliation obligatoire** – Dans les procédures avec conciliation préliminaire obligatoire il est possible de soulever l'exception d'incompétence après échec de la conciliation (*Cass. soc., 22 janv. 1975 : Bull. civ., V. n° 28 ; RTD civ. 1976, p. 192, obs. J. Normand*).
- 77. Peu importe le caractère d'ordre public de la compétence** – Il importe de signaler que le fait que la compétence en cause soit considérée comme exclusive ou d'ordre public importe nullement. L'article 74 du Code de procédure civile précise en effet en son 1er alinéa qu'il importe peu pour son application que la règle invoquée au titre de l'exception soit d'ordre public (par ex. : *Cass. com., 26 mai 1992, n° 90-13.008 : Bull. civ., IV, n° 205, p. 142 ; Rev. proc. coll. 1993-1, p. 59, n° 1, obs. Dureuil.* – V. également, *S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, Procédure civile, PUF 2014, n° 116*). Il en découle que cette règle s'impose en toute matière y compris dans des contentieux spécifiques comme en droit des entreprises en difficulté (*A. Martin-Serf, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, Règles générales de compétences : JCl. Procédures collectives Fasc. 2200, n° 42.* – *J. Vincent, Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles : Mél. P. Hébraud, Univ. sciences sociales Toulouse, 1981, p. 917, n° 30*). De même cette règle s'impose alors même que la juridiction prétendument compétente est administrative ou étrangère (*Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : JCP G 1975, I, 2743, F.-C. Jeantet ; D. 1975, p. 497.* – *Cass. soc., 8 déc. 1983 : JCP G 1984, IV, 537.* – *Cass. soc., 13 déc. 1984 : Bull. civ., V. n° 492*). Le tribunal pourrait toutefois dans ces hypothèses soulever d'office son incompétence en application de l'article 92 du Code de procédure civile.

78. Irrecevabilité en appel et en cassation – Les exceptions ne peuvent être invoquées pour la première fois en appel (sur ce point déjà *H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, op. cit. T.II, n° 661*). Un arrêt rendu par la 1ère chambre civile de la Cour de cassation le 14 avril 2010 (*Cass. Ire civ., 14 avr. 2010, n° 09-12.477 : JurisData n° 2010-004059 ; D. 2010, p. 1152 ; Dr. et proc. 2011, p. 14, note Lafourcade*) énonce en effet au visa de l'article 74 du Code de procédure civile, qu'« attendu que le défendeur représenté en première instance, qui aurait pu invoquer, à ce stade de la procédure, l'incompétence de la juridiction saisie et qui ne l'a pas valablement fait, est irrecevable à soulever une telle exception pour la première fois en appel » (la seule exception à ce principe réside dans l'hypothèse du jugement réputé contradictoire. *V. n° 70*). Dans le même sens, l'alinéa 1er interdit de soulever pour la première fois l'incompétence du tribunal ayant statué au fond pour la première fois devant la Cour de cassation (*Cass. ass. plén., 26 mai 1967 : RTD civ. 1967, p. 697, obs. P. Hébraud. – Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, D. 1975, p. 479, concl. Touffait. – Cass. com., 19 déc. 1983 : Gaz. Pal. 1984, pan. 150, obs. S. Guinchard*).

b) Relevé d'office

79. Hypothèses rares – Il n'y a que peu de cas dans lesquels le juge peut relever d'office son incompétence et encore moins dans lesquels il doit relever son incompétence.

80. Faculté de relever d'office – Il faut ici distinguer selon que l'on se situe en matière de compétence matérielle ou territoriale.

81. Compétence matérielle – L'article 92 du Code de procédure civile indique que l'incompétence peut être relevée d'office lorsque la matière est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Il est précisé qu'elle ne peut l'être que dans ces cas. Il faut alors comprendre que cette faculté disparaît dans toute autre hypothèse, sauf texte spécial (*CPC, art. 847-5 par ex.*). L'incompétence ne peut être relevée que par le juge du premier degré. La cour d'appel est nécessairement compétente puisque c'est la seule juridiction du second degré. Du moins n'est-ce vrai qu'en matière judiciaire non répressive. Aussi lorsque la matière relève normalement de l'ordre administratif ou pénal, la cour d'appel, comme la Cour de cassation peuvent relever d'office leur incompétence. Il en va de même lorsque la compétence échappe à la compétence des juridictions françaises. Ici encore il ne s'agit que d'une faculté et non d'une obligation.

82. Compétence territoriale – La faculté de relever d'office l'incompétence est ici aussi limitée. Aux termes de l'article 92 du Code de procédure civile, elle existe en matière gracieuse, et également en matière contentieuse mais uniquement dans ce dernier cas dans les litiges relatifs à l'état des personnes, ou si le défendeur ne comparait pas ou dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction. Le Code de procédure civile, pas plus que la jurisprudence, ne définit la notion de compétence exclusive. Il y a très peu d'études relatives à la notion de compétence exclusive et toutes sont assez anciennes (*J. Vincent, Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles, Mél. P. Hébraud : Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, p. 918, spéc. n° 39.* – *H. Sinay, La compétence exclusive : JCP G 1958, I, 1451.* – *H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, T. II, op. cit.*). Un seul auteur a posé une définition (*J. Vincent, op. cit.*) : « la compétence exclusive peut se définir comme celle qui impose, que pour une affaire déterminée, une seule juridiction connaisse et soit seule à pouvoir connaître d'une demande initiale, d'une demande incidente, d'une défense ou même d'un incident de procès ». Dans la mesure où la compétence exclusive constitue l'exception au principe selon lequel les juridictions ne peuvent soulever d'office leur incompétence territoriale, il importe comme le veut l'adage de les interpréter de manière stricte. Pour les identifier, il faut procéder en plusieurs temps. D'abord, il faut énoncer que la compétence exclusive n'est pas synonyme de compétence d'ordre public. Si toute compétence exclusive est d'ordre public, toute compétence d'ordre public n'est pas exclusive (*J. Vincent, op. cit.* – en ce sens également par ex. *J. Héron et T. Le Bars, op. cit., n° 1029*). La distinction est d'ailleurs faite expressément par l'article 92 du Code de procédure civile qui envisage seulement la compétence d'ordre public, tandis que l'article 93 vise seulement la compétence exclusive. Ainsi, la compétence territoriale du conseil des prud'hommes est d'ordre public mais n'est pas exclusive. Aussi un conseil territorialement incompétent ne peut se déclarer incompétent d'office. Ensuite, s'il n'y a pas de difficulté pour identifier une compétence exclusive lorsque le législateur la qualifie comme tel, en indiquant qu'une juridiction est « seule » compétente (*par ex. CPC, art. 44 : "en matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente"*), il en va différemment lorsqu'il n'indique rien. Il faut alors être extrêmement prudent et, faute de certitude, s'abstenir de qualifier la compétence territoriale en cause d'exclusive. Sans doute est-ce la raison pour laquelle les compétences exclusives sont extrêmement rares. La jurisprudence tend d'ailleurs à en réduire le nombre. Ainsi, si jusqu'à peu la compétence territoriale attribuée au lieu de la situation de l'immeuble en matière de bail commercial pour la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé était traditionnellement considérée comme exclusive, une jurisprudence récente se prononce en sens inverse (*CA Paris, 4 juin 2009 : RG n° 08/18149 : Loyers et copr. 2009, comm. 237, note*

Chavance). La doctrine (*H. Solus et R. Perrot, op. cit., t. II, n° 611*) a attribué un tel caractère à la compétence territoriale en matière de faillite. Il s'agissait d'affirmer que, compte tenu du caractère collectif de la question tranchée, le tribunal saisi d'une procédure collective était exclusivement compétent pour traiter de tout ce qui a un lien avec elle. Il a alors exclusivement compétence pour traiter de toute demande, de tout incident, ou de tout litige qui pourrait avoir un lien avec la procédure. Toute autre juridiction même ayant compétence d'attribution doit alors relever son incompétence au bénéfice de la juridiction déjà saisie. Cette règle, parfois dénommée "*bloc de compétence*" est aujourd'hui énoncée par l'article R. 662-3 du Code de commerce. En revanche, la compétence territoriale en matière d'ouverture d'une procédure collective n'est pas qualifiée d'exclusive. Aussi, le tribunal auquel il est demandé d'ouvrir une procédure ne peut relever d'office son incompétence territoriale.

B. - Exceptions de litispendance et de connexité

83. Litispendance, connexité et incompétence – Les exceptions de litispendance, de connexité et d'incompétence se ressemblent en ce que dans tous les cas il s'agit de demander à une juridiction de se dessaisir au profit d'une autre. La différence tient en ce que dans l'exception de connexité et de litispendance deux juridictions compétentes ont été saisies. Tandis que dans l'exception d'incompétence une juridiction a été saisie et le défendeur prétend qu'elle n'est pas compétente. Il ne s'agit donc pas ici de soulever l'incompétence d'une juridiction mais de demander à ce qu'une des deux juridictions se dessaisisse en raison du risque d'inconciliabilité des décisions que ces deux juridictions sont amenées à prendre.

1° Litispendance

a) Notion

84. Définition – Il y a litispendance si un même litige est porté devant deux juridictions distinctes (*CPC, art. 100*).

85. Identité du litige – La litispendance a le même fondement que l'autorité de la chose jugée. Il ne faut pas que deux juridictions puissent se prononcer sur le même litige. Aussi, il importe que le litige porté devant les deux juridictions soit strictement identique dans leur cause, leur objet et leurs parties. Encore faut-il se demander si depuis la redéfinition de l'autorité de chose jugée (*Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672 : JurisData n° 2006-034519 ; Bull. civ., ass. plén. n° 8 ; Bull. inf. C. cass. 15 oct. 2006, p. 37, rapp. M. Charruault, avis M. Benmakhlouf ; Dr. et proc. 2006, p. 348, N. Fricero*) il ne suffit pas qu'il y ait identité des faits ayant donné lieu à une demande identique (en ce sens *L. Cadiet, Litispendance : Rép. Dalloz Procédure civile, n° 7*). À défaut l'exception de litispendance doit être rejetée. Ainsi, il n'y a par exemple pas litispendance entre une demande en exécution d'un contrat et une demande en résolution de ce même contrat (*CA Paris, 27 mai 1992 : JurisData n° 1992-021284*), ni entre la demande en garantie d'un employeur contre son assureur et son assignation en déclaration de jugement commun devant la juridiction de sécurité sociale saisie par son salarié (*Cass. 2e civ., 16 déc. 2011, n° 10-26.704, F-P+B, SARL Pierre Mouhica c/ D. et a. : JurisData n° 2011-028138 ; JCP S 2012, 1143, obs. D. Asquinazi-Bailieux ; RTD civ. 2012, p. 371, obs. Ph. Théry*).

86. Instance en cours devant deux juridictions compétentes – Il ne peut y avoir exception de litispendance que lorsque les deux juridictions saisies sont également compétentes (par ex. *Cass. Ire civ., 1 déc. 2010, n° 09-70.132 : JurisData n° 2010-022725*). Il faut également que l'instance soit en cours devant les deux juridictions. L'affaire doit par conséquent avoir été enrôlée (*Cass. 3e civ., 10 déc. 1985 : Bull. civ., III, n° 167 ; RTD civ. 1986, p. 634, obs. R. Perrot*). Il ne faut pas non plus que l'une des deux instances ait pris fin au moment où l'autre juridiction statue sur l'exception (*Cass. 3e civ., 4 avr. 2002, n° 00-20.167. – Cass. Ire civ., 23 juin 2010, n° 09-14.807 : JurisData n° 2010-010706*).

b) Régime

87. In limine litis ou d'office – L'exception de litispendance doit être soulevée in limine litis, avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir et simultanément aux autres exceptions de procédure

en application de l'article 74 du Code de procédure civile. Elle ne peut donc être soulevée pour la première fois en appel ou en cassation. Si elle n'est pas invoquée par les parties l'exception de litispendance peut être soulevée par la juridiction qui doit se dessaisir.

88. Mise en œuvre – L'article 100 du Code de procédure civile indique que si deux juridictions de même degré sont saisies, c'est alors à la juridiction saisie en second de se dessaisir. En application de l'article 102, si les juridictions ne sont pas du même degré c'est alors à celle de degré inférieur de se dessaisir.

89. Décision – La juridiction peut se dessaisir ou rejeter l'exception de litispendance. Le cas échéant, elle peut : soit surseoir à statuer sur le fond le temps de que le délai de recours contre sa décision sur la litispendance expire ; soit statuer immédiatement sur le fond par une décision distincte du jugement. Aux termes de l'article 105 du Code de procédure civile, la décision rendue sur l'exception s'impose tant à la juridiction qui la prononce qu'à la juridiction de renvoi.

2° Connexité

a) Notion

90. Définition – Il y a connexité dès lors qu'« 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 » (*CPC, art. 101*). Alors qu'en matière de litispendance il y avait un seul et même litige, il y avait deux juridictions saisies d'un même litige, ici ce sont deux juridictions saisies de deux litiges distincts.

91. Deux juridictions distinctes effectivement saisies – L'exception de connexité ne peut être soulevée lorsque les deux litiges sont portés devant la même juridiction. S'ils sont portés devant une même juridiction, le président de la juridiction réglera l'incident par une mesure d'administration judiciaire si les affaires ont été distribuées à deux formations différentes (*CPC, art. 107*). Si elles ont été distribuées à une seule et même formation, il appartient au magistrat chargé d'instruire l'affaire de prononcer la jonction de d'instance (*CPC, art. 766*). Par ailleurs, en

matière de connexité comme en matière de litispendance il importe que les juridictions aient été valablement saisies (*L. Cadiet, Connexité : Rép. Procédure civile Dalloz, n° 49*).

b) Régime

92. Exception soulevée par les parties – L'exception de connexité ne peut être soulevée que par les parties et non d'office par le juge. Elle doit être motivée et indiquer la juridiction au profit de laquelle le dessaisissement est demandé.

93. Demandée à l'une ou l'autre juridiction – L'exception de connexité peut être soulevée devant l'une ou l'autre des juridictions saisies. Il n'y a pas comme en matière de litispendance (*CPC, art. 100*) de priorité en faveur de la première juridiction saisie. Cela résulte du fait que la prorogation de compétence entraînée par la connexité peut ne pas profiter à la première juridiction saisie (*J. Héron, T. Le Bars, op. cit., n° 1060*). Tel sera par exemple le cas si la première juridiction est le tribunal de commerce et la seconde le tribunal de grande instance (*id.*). Mais même dans l'hypothèse où les deux juridictions seraient également compétentes pour connaître de la prorogation de compétence, l'exception de connexité peut librement être portée devant la première ou la deuxième juridiction saisie. Cette liberté disparaît lorsque les juridictions ne relèvent pas du même degré. L'article 102 du Code de procédure civile indique en effet dans ce cas que l'exception ne peut être soulevée que devant la juridiction du degré inférieur. Dans le même sens, si une des deux juridictions a une compétence exclusive, l'autre doit se dessaisir à son profit (*Cass. 2e civ., 12 oct., 1978 : Bull. civ., II, n° 162. – Cass. soc., 11 mars 2003, n° 00-45.855, n° 00-45.856 : Bull. civ., V, n° 91*).

94. CPC, art. 74 écarté – Parce que la connexité peut apparaître au fur et à mesure que le litige évolue la règle énoncée par l'article 74 du Code de procédure civile est écartée. Il en résulte qu'aux termes de l'article 103 de ce même code les parties peuvent l'invoquer à tout moment. Pour autant, il ne faudrait pas qu'il y ait là une manœuvre dilatoire d'une des parties. Aussi, l'exception de connexité doit être présentée le plus rapidement possible. À défaut la juridiction pourrait l'écarter pour présentation tardive dans une intention dilatoire (*V. par ex. : Cass. 2e civ., 2 avr. 1974 : Bull. civ., II, n° 127 ; RTD civ. 1975, p. 359, obs. J. Normand*).

95. Décision – Tout comme en matière de litispendance la juridiction peut rendre une décision de dessaisissement ou rejeter l'exception. Dans ce cas, elle peut : soit surseoir à statuer sur le fond le

temps de que le délai de recours contre sa décision sur la litispendance expire ; soit statuer immédiatement sur le fond par une décision distincte du jugement. Aux termes de l'article 105 du Code de procédure civile, la décision rendue s'impose tant à la juridiction qui la prononce qu'à la juridiction de renvoi. Et s'il advenait que l'exception fût opposée aux deux juridictions et que les deux se soient dessaisies, alors l'article 106 du Code de procédure civile indique que la dernière intervenue est considérée comme non avenue.

C. - Exceptions de nullité

1° Notion

- 96. Fond et forme** – Il existe deux catégories de nullités de procédure pour lesquelles il est renvoyé aux fascicules idoines pour une étude approfondie (*JCl. Procédure civile, Fasc. n° 136, n° 137 et n° 138*). Les deux ont pour point commun d'affecter la validité des actes participant à l'instance. Elles se distinguent en cela des nullités de jugement, des fins de non-recevoir.
- 97. Nullité des jugements** – Les nullités des jugements sont distinctes et par leur nature et par leur régime des nullités des actes de procédures. Le jugement ne constitue à l'évidence pas en effet un acte de procédure. Ainsi, il n'est pas possible de régulariser un jugement comme cela peut être fait pour les actes de procédures (*Cass. 2e civ., 10 nov. 2010, n° 09-67.483 : JurisData n° 2010-020909. – Cass. 2e civ., 2 avr. 1990, n° 89-11.516 : JurisData n° 1990-000914 ; Bull. civ., II, n° 70*).
- 98. Nullités et fins de non-recevoir** – La nullité des actes de procédures et les fins de non-recevoir ne devraient pas pouvoir être objets de confusion. La fin de non-recevoir est la sanction d'un défaut de droit d'agir, alors que la nullité n'est relative qu'à la validité d'un acte de procédure. Pourtant, en pratique il est souvent difficile de distinguer les exceptions de nullités des fins de non-recevoir. Nombres d'hypothèses paraissent pouvoir être sanctionnées par des fins de non-recevoir ou des exceptions de nullité qu'elles soient de fond (a) ou de forme (b).

a) Nullité de fond et fin de non-recevoir

99. Définition nullité de fond – Dans le cadre des nullités de fond (régies par les articles 117 à 121 du Code de procédure civile) l'acte est critiqué en raison d'un vice affectant la volonté à l'origine de l'acte. Les causes de nullité sont (CPC, art. 117) :

le défaut de capacité d'ester en justice ;

le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant, soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ;

le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice.

100. Hypothèses sujettes à hésitations – Dans un certain nombre d'hypothèses la jurisprudence a pu être critiquée en ce qu'elle qualifie une demande formée au nom d'une personne mineure mais émancipée par mariage –donc dotée de la pleine capacité d'exercice– de vice de fond (Cass. 2e civ., 23 oct. 1985 : JCP G. 1986. IV. 13). Une partie de la doctrine considère en effet que dans cette hypothèse il y avait une absence totale de droit d'agir et donc fin de non-recevoir (S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *op. cit.* n° 954). La même critique, fondée sur le même motif est adressée à la jurisprudence considérant qu'il y a vice de fond dans le cas où une demande est formée au nom du personne décédée (Cass. 2e civ., 12 juin 1991, n° 90-12.594. – Cass. 2e civ., 13 janv. 1993 : D. 1993, somm. p. 181, obs. P. Julien. – Cass. 2e civ., 27 juin 2002 : D. 2003, p. 1402, obs. P. Julien). Ici en effet il s'agirait d'une cause d'irrecevabilité sanctionnée par une fin de non-recevoir (S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*).

101. Validité des actes pourtant affectée – Au-delà de la critique ces qualifications de vices de fond paraissent pouvoir être justifiées. Pour le comprendre, il faut rappeler qu'à la différence de la fin de non-recevoir, la nullité pour vice de fond n'affecte que l'acte de procédure. Or, dans chacune des illustrations relevées, l'acte juridique était nécessairement entaché dans sa validité. Un acte passé par une personne au nom d'une autre alors qu'elle n'en dispose pas du pouvoir constitue une cause de nullité (Cass. 2e civ., 23 oct. 1985, *op. cit.*). Il en va de même pour une demande passée au nom d'une personne décédée (Cass. 2e civ., 12 juin 1991, *op. cit.* n° 101 – Cass. 2e civ., 13 janv. 1993, *op. cit.* n° 101. – Cass. 2e civ., 27 juin 2002, *préc.* n° 101). La volonté nécessaire à la validité de l'acte fait en effet défaut. Pourquoi dès lors critiquer la qualification de nullité ? La

doctrine (tout particulièrement *P. Julien, différentes obs. op. cit.*) estime qu'il s'agit là bien plus de fins de non-recevoir. Il importe pourtant de souligner que l'un n'est pas exclusif de l'autre, l'acte de procédure est distinct de l'action. L'action se définit comme le droit d'être entendu sur le fond de sa prétention par le juge. Or, pour reprendre l'exemple d'une personne décédée, par définition celle-ci n'a plus de droit. Il ne peut donc y avoir d'action en justice en son nom. Un même vice peut ainsi affecter à la fois l'acte et l'action (la jurisprudence se réfère d'ailleurs parfois au deux fondements : *Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-19.827 : JurisData n° 2009-049224 ; BJS 2009, p. 1058, comm. O. Staes. – Cass. com., 13 mars 2007, n° 05-21.594, F-D, Colin c/ SA CETELEM :Juris-Data n° 2007-037978*). La chambre commerciale, se fondant sur les articles 32 et 117 énonce que « le défaut de capacité d'agir d'une personne morale, qui n'a plus d'existence par suite d'une absorption suivie de sa radiation du registre du commerce et des sociétés, constitue une irrégularité de fond qui ne peut être couverte par l'intervention en cours d'instance de la société qui l'a absorbée »). Pour autant, il arrive dans la majorité des cas que le vice de fond n'affecte que la validité de l'acte et non l'action. Ainsi, contrairement à ce qui peut être soutenu (*V. n° 100*), pour ce qui est de l'action intentée par le représentant d'un mineur devenu capable par émancipation, seule la nullité de l'acte pouvait être invoquée et non une fin de non-recevoir (*Cass. 2e civ., 23 oct. 1985, op. cit.*). L'action du mineur n'est pas critiquée. Nul n'affirme qu'il n'a pas le droit d'être entendu. C'est l'absence de pouvoir du représentant qui l'est. Par conséquent, seuls les actes passés en son nom sont affectés de nullités. Dans le même sens, (la jurisprudence considère à juste titre que le syndic agissant en justice sans pouvoir pour le compte du syndicat des copropriétaires devait être sanctionné par une nullité de fond (*Cass. 3e civ., 9 avr. 2008, n° 07-13.236 : JurisData n° 2008-043516 ; Bull. civ., III, n° 67 ; JCP G 2008, II, 10146, obs. J.-M. Roux*). Ici encore, ce n'est pas l'action du syndicat de copropriétaire qui est critiquée, mais l'absence de pouvoir du syndic. L'action en tant que telle n'est pas affectée, seuls les actes passés par le syndic sans pouvoirs le sont.

102. Enjeu de la qualification – Le régime des nullités pour vice de fond étant quasiment similaire à celui des fins de non-recevoir, on pourrait de prime abord considérer qu'il importe peu que l'on opte pour l'une ou l'autre qualification. La qualification de fin de non-recevoir est pourtant dangereuse pour la partie à qui on l'oppose dans la mesure où la fin de non-recevoir remet en cause l'effet interruptif de la prescription (*C. civ., art. 2243*) à la différence des exceptions de nullités (*C. civ., art. 2241 ; V. n° 106*).

b) Nullité de forme et fins de non-recevoir

103. Définition nullité de forme – La loi ne définit pas les nullités de forme. Elle indique seulement à l'article 114 du Code de procédure civile qu'“*aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'observation d'une formalité substantielle ou d'ordre public*”. On peut néanmoins considérer qu'il y a vice de forme en cas d'omission, ou de non-respect d'une formalité qui s'imposait pour l'établissement d'un acte. Par opposition aux nullités pour vice de fond, ce n'est pas ici l'acte en tant que manifestation de volonté –c'est à dire en tant que *negotium*– qui est affecté mais l'*instrumentum*.

104. Hypothèses sujettes à hésitations – Dans un certain nombre d'hypothèses, la jurisprudence qualifie de fin de non-recevoir ce qui apparaît de prime abord relever des vices de forme (*V. J. Normand, Les excroissances des fins de non-recevoir : RTD civ. 1981, p. 684, spéc. p. 686 et s.*). Ainsi, la Cour de cassation considère que dans le cadre d'actions en insuffisance d'actif, faillite personnelle et interdiction de gérer, l'omission de convocation préalable du dirigeant par le tribunal en vue d'une comparution personnelle constitue une fin de non-recevoir alors même que ce dernier s'est défendu et a pu conclure (*Cass. com., 12 janv. 2016, n° 13-24.211, 13-24.212, 13-24.287, 13-26.461 et 13-27.108, F-D : Gaz. Pal. 17 mai 2016, p. 61, obs. J. Théron. – Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-13.133, FS-P+B, Barbier c/ Chavane de Dalmasis, ès qual. : JurisData n° 2008-045589 ; JCP E 2009, 1141, obs. J.-P. Legros*). Il est difficile de souscrire à cette qualification de fin non-recevoir. En quoi l'absence de convocation atteint-elle le droit d'action ? Conformément à l'article 73 du Code de procédure civile et à la définition des exceptions de procédures il semble bien plus qu'ici, ce soit la procédure qui soit irrégulière. Dans le même sens, est considérée comme affectée d'une fin de non-recevoir l'assignation en résiliation de bail non précédée de sa notification au préfet (*Cass. 3e civ., 16 avr. 2008, n° 07-12.264, FS-P+B+R+I, Garcia Paredes c/ Sté Auvergne Habitat : JurisData n° 2008-043658 ; Loyers et copr. 2008, comm. 126, obs. B. Vial-Pedroletti*). Cette qualification est d'autant plus contestable que, comme cela a pu être souligné (*S Guinchard et ali, Droit et pratique de la procédure civile, 2014/2015, n° 162-15*) le fait pour un salarié demandeur contre la CPAM ou la CAF de ne pas mettre en cause le préfet – comme le texte l'impose – constitue un simple vice de forme. Encore, il importe de noter un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation sanctionne par une irrecevabilité le non-respect du processus de saisine de la juridiction (*S. Guinchard et ali, Droit et pratique de la procédure civile, op. cit. – Cass. 2e civ., 4 déc. 2008, n° 07-19.775. – considérant qu'un acte d'appel sans signature est irrecevable, contra : Cass. com., 12 mai 2009, n° 07-20.462.*

– Cass. 2e civ., 25 mars 2010, n° 09-14.910, pour une déclaration de saisine par voie postale et non une déclaration au greffe. – Cass. 2e civ., 6 mai 2010, n° 09-66.523, FS-P+B, de Cambourg c/ Hinard : *JurisData* n° 2010-005400 ; *Procédures 2010*, comm. 258, obs. R. Perrot, pour un appel fait par télécopie, Cass. 2e civ., 6 mai 2010, n° 09-10.974, saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe alors que compte tenu du taux de ressort il aurait dû être fait par citation). Mais parfois, c'est le législateur lui-même qui sème le trouble (*J. Héron et T. Le Bars, op. cit.* n° 145). Ainsi, en application de l'article 257-2 du Code civil, une demande introductive de divorce doit comprendre à peine d'irrecevabilité la proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux (cette fin de non-recevoir tout comme les nullités de formes doit toutefois être soulevée avant toute défense au fond en application de l'article 1115, alinéa 3, du Code de procédure civile). De manière plus troublante encore l'article 56 du Code de procédure civile énonce les mentions qui doivent figurer au sein d'une assignation à peine de nullité alors que l'article 57 prescrit ces mêmes mentions à peine d'irrecevabilité pour la requête conjointe.

105. Pourquoi disqualifier des vices de formes en fin de non-recevoir ? – Devant toutes ces hypothèses, il est légitime de s'interroger sur les raisons qui poussent législateur et jurisprudence à qualifier ce qui semble être un vice de forme en fin de non-recevoir. Le premier réflexe est sans doute de considérer que ce faisant ils cherchent à éviter le régime strict des exceptions de procédure pour vice de forme. Soumise au régime des fins de non-recevoir, la défaillance formelle peut alors être invoquée en tout état de cause sans qu'il y ait lieu de démontrer l'existence d'un grief. Pour autant une telle justification n'est pas satisfaisante. C'est se résoudre à considérer qu'il n'y a pas de différence de nature entre fin de non-recevoir et exception de procédure. Il faudrait alors admettre que lorsque le législateur ne souffle pas la qualification (en indiquant qu'une formalité est prévue sous peine d'irrecevabilité) il appartient à la jurisprudence de la déterminer en fonction du seul régime qu'elle veut appliquer à l'espèce. Il y a là une forme d'arbitraire peu attrayante. Le deuxième réflexe est alors de rechercher ailleurs le motif pour lequel certaines formes sont imposées sous peine d'irrecevabilité. Peut-être faut-il considérer que dans certaines hypothèses, la loi ou la jurisprudence soumet le droit d'agir à des conditions de formes ? Le cas échéant, il n'y a pas de confusion entre les notions de vices de forme et de fin de non-recevoir. Lorsqu'une action est soumise à une condition de forme et que celle-ci n'est pas respectée c'est bien le droit d'agir qui est en cause et non l'acte de procédure. Aussi, conformément à l'article 122 du Code de procédure civile, la fin de non-recevoir constitue le moyen de défense idoine à mettre en œuvre pour le relever. Une telle analyse est séduisante en ce qu'elle préserve en apparence l'autonomie des concepts de fins de non-recevoir et de vice de forme. Mais elle doit cependant être rejetée. Elle porte atteinte à la notion d'action. En effet, en soumettant l'action à une condition

de forme, on soumet son existence à sa mise en œuvre. L'action n'existerait pas indépendamment de l'acte de procédure. Or, il a été démontré que l'action en justice existe indépendamment de sa mise en œuvre procédurale (*H. Motulsky, Le droit subjectif et l'action en justice, in Ecrits : Dalloz 1973, p. 85 et s.* – Pour une synthèse : *S. Amrani-Mekki, Y. Strickler, Procédure civile, op. cit., n° 31 et s.* – *L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 331 ; contra J. Héron et T. Le Bars, op. cit., n° 49*). Aussi, sauf à dénier l'autonomie de l'action par rapport à l'instance (en ce sens, *J. Héron et T. Le Bars, op. cit.*), le défaut d'accomplissement d'une formalité ne devrait pas être sanctionné par une fin de non-recevoir. En toute orthodoxie, seule la nullité pour vice de forme devrait pouvoir être invoquée. Il en découle, que faute de grief une telle sanction est exclue (*CPC, art. 114, al. 2*). Les actes affectés de vices de formes ne causant pas de grief devraient alors survivre quelle que soit l'importance de la formalité non respectée (même en présence d'une formalité substantielle ou d'ordre public selon l'article 114, alinéa 2, du Code de procédure civile). Si cela paraît excessif, peut-être faudrait-il songer à une évolution réglementaire et faire admettre que certaines nullités pour vices de forme puissent être invoquées sans démonstration de l'existence d'un grief. Mais en attendant, il y a fort à parier que la jurisprudence continuera à détourner les qualifications et à qualifier des vices de forme en fin de non-recevoir lorsque, en l'absence de grief, elle souhaite sanctionner le non-respect de formalités qu'elle estime importantes. Une telle qualification est pourtant dangereuse pour la partie qui en est victime dans la mesure où la fin de non-recevoir remet en cause l'effet interruptif de la prescription (*C. civ., art. 2243.* – *O. Staes, op. cit.*) à la différence des exceptions de nullités (*C. civ., art. 2241.* – *V. [n° 106](#)*).

2° Régime

106. Points communs – Le régime de la nullité diffère selon qu'il s'agit d'une nullité de forme ou d'une nullité de fond. Mais il existe des points communs. Tout d'abord, en matière procédurale et à la différence de la matière contractuelle (*C. civ., art. 1178* : après entrée en vigueur au 1er octobre 2016 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) la nullité des actes de procédure doit nécessairement être prononcée par le juge. Ensuite en matière de prescription, aux termes de l'article 2241 du Code de procédure civile, ni la nullité pour vice de forme, ni celle pour vice de fond ne remettent en cause l'effet interruptif de la demande en justice (*Cass. 2e civ., 11 mars 2015,*

n° 14-15.198, FS-P+B : *JurisData* n° 2015-004885 ; *Procédures 2015, comm. 151, obs. Y. Strickler* : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'article 2241 du Code civil ne distinguant pas dans son alinéa 2 entre le vice de forme et l'irrégularité de fond, l'assignation même affectée d'un vice de fond a un effet interruptif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». La jurisprudence fait ici prévaloir une interprétation de l'article 2241 du Code civil largement admise par la doctrine : *S. Amrani-Mekki, Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 : JCP G 2008, I, 160.* – *F. Ancel, La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : Gaz. Pal. 12 juill. 2008, doctr., n° 194, p. 2.* – *Ph. Malaurie, La réforme de la prescription civile : JCP G 2009, I, 134.* – *C. Brenner et H. Lécuyer, La réforme de la prescription : JCP E 2009, I, 1197.* – Contra considérant que les nullités de fond remettent en cause l'effet interruptif : *M. Bandrac, La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile : RDC 2008, p. 1420, n° 17, note 13*). Il y a là une différence de régime importante avec les défenses au fond et les fins de non-recevoir qui remettent en cause l'effet interruptif si elles aboutissent (*C. civ., art. 2243*).

107. Différences – Au-delà de ces éléments, le régime de la nullité diffère selon qu'il s'agit d'une nullité de forme (a) ou d'une nullité de fond (b).

a) Nullité de forme

108. Nullité relative – La nullité des actes pour vice de forme est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par le destinataire de l'acte. Par exception, cette nullité peut être invoquée par une autre partie en cas d'indivisibilité, par les héritiers en cas de décès de la partie, ou encore par les créanciers usant de l'action oblique lorsque leur débiteur renonce ou s'abstient d'exercer l'action en nullité (sur tous ces points *JCl. Procédure civile, Fasc. 137, Nullité des actes de procédure. – Vices de forme*).

109. Pas de nullité sans texte – Aux termes de l'article 114 du Code de procédure civile, aucun acte ne peut être déclaré nul pour vice de forme, si la nullité n'est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public. La question se pose alors de déterminer ce qui constitue une formalité substantielle ou d'ordre public. La Cour de cassation considère qu'est substantiel dans un acte « ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet » (*Cass. civ., 3 mars 1955 : JCP G 1955, II, 8654.* – Pour

des illustrations voir sur tous ces points *V. JCl. Procédure civile, Fasc. 137, Nullité des actes de procédure. – Vices de forme, spéc. n° 59 et s.*).

110. In limine litis – L'article 74 du Code de procédure civile s'applique ici. Il en découle que les exceptions de nullité de forme doivent être invoquées simultanément avant toute fin de non-recevoir et toute défense au fond. Pour autant, il faut combiner ce principe avec le bon sens. On ne peut invoquer la nullité d'un acte qu'après qu'il ait été accompli. Aussi, l'article 112 du Code de procédure civile indique 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 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”*.

111. Pas de nullité sans grief – L'acte affecté seulement d'un vice de forme ne peut être annulé que si le défaut en cause est source d'un grief pour la partie qui l'invoque. Il appartient donc à cette dernière d'apporter cette preuve (*Cass. Ire civ., 6 janv. 2004, n° 01-15.668 : JurisData n° 2004-021913 : Procédures 2004, comm. 70, obs. R. Perrot*) qui sera appréciée in concreto par le juge qui disposent en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation (*Cass. Ire civ., 19 nov. 2014, n° 13-18.902 : JurisData n° 2014-028213. – Cass. 2e civ., 17 juill. 1978 : Bull. civ., II, n° 195*). La partie demandant la nullité de l'acte doit prouver que l'irrégularité a porté atteinte à ses droits de la défense : soit que le cours du procès ait été perturbé, soit qu'il lui ait manqué des informations ou du temps pour agir. Il importe de démontrer le lien de causalité entre la cause de nullité et le grief (*Cass. 2e civ., 16 mars 2004, n° 02-30.834 : Bull. civ., II, n° 122 ; RTD civ. 2004, p. 766, obs. Ph. Théry*). A contrario, si la partie demandant la nullité a pu organiser malgré tout sa défense et comparaître, ou encore exercer son recours, celle-ci ne pourra être prononcée (*Cass. 2e civ., 9 janv. 1985 : Bull. civ., II, n° 285*). Il est à noter que l'existence d'un grief est rarement retenue. À titre d'illustration, le dirigeant d'une entreprise ne subit pas de grief pour le fait d'avoir été convoqué par voie de notification et non par acte d'huissier de justice dès lors qu'il avait été préalablement été assigné en paiement des dettes sociales (*Cass. com., 24 avr. 2007, n° 06-10.273, FS-P+B+R+I, Fermé c/ Briand, ès qualités et a. : Juris-Data n° 2007-038520 ; Bull. civ., IV, n° 112 ; Procédures 2007, comm. 195, note H. Croze ; D. 2007, p. 1267, obs. A. Lienhard*).

112. Régularisation – Le vice de forme peut être régularisé tant que le juge n'a pas statué, si aucune forclusion n'est intervenue, et s'il n'y aucun grief ne subsiste (*CPC, art. 115*).

b) Nullités de fond

113. Plus largement admises – Les nullités des actes pour vice de fond sont plus facilement admises que celles pour vice de forme. Leurs conditions de mise en œuvre se rapprochent d'ailleurs de celle des fins de non-recevoir. La proximité est telle entre les deux régimes que certains soulignent l'absence de tout intérêt pratique aux discussions relatives à la différence de nature entre les deux types de défense (*J. Héron, T. Lebars, op. cit., n° 161* ; allant jusqu'à souhaiter une unification des fins de non-recevoir et des vices de fond : *C. Chainais, Les sanctions en procédure civile. A la recherche d'un clavier bien tempéré, Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 : La sanction, entre technique et politique, dir. C. Chainais et D. Fenouillet*).

114. Nullité sans texte ni grief – Le fond étant plus important que la forme, il n'est nul besoin d'invoquer un texte et un grief pour pouvoir obtenir une nullité pour un vice de fond. L'article 119 du Code de procédure civile énonce en effet que *“les exceptions de nullité fondées sur l'observation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que la nullité ne résulterait d'aucune disposition expresse”*. Est-ce à dire que la liste des causes de nullités de fond évoquée par l'article 117 du Code de procédure civile n'est pas limitative ? La chambre mixte de la Cour de cassation a répondu par la négative (*Cass. ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20.026, P+B+R+I, Sté Hollandais Kinetics Technology International BV (KTI) et a. c/ Sté Schenker BTL et a. : JurisData n° 2006-034521 ; Procédures 2006, comm. 200, obs. R. Perrot ; JCP G 2006, II, 10146, note E. Putman : « Attendu que, quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure, soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du [...] Code de procédure civile »*. – *Cass. 3e civ., 24 oct. 2007, n° 06-19.379 : Procédures 2007, comm. 272, obs. R. Perrot*. – *Cass. Ire civ., 17 janv. 2008, n° 06-14.380*. – *Cass. com., 30 sept. 2009, n° 08-13.756 : RTD com. 2004, p. 691, obs. J. Monéger*. – *contra Cass. Ire civ., 31 mai 2007, n° 06-12.173 : Dr. et proc. 2008, p. 22, obs. E. Putman*. – *Cass. 2e civ., 5 mai 2011, n° 10-14.066, F-P+B, SA Crédit foncier et communal d'Alsace et de Lorraine banque c/ Dubost : JurisData n° 2011-007723 ; Procédures 2011, comm. 223, obs. R. Perrot ; RTD civ. 2011, p. 585, obs. P. Théry*. Pour une critique de cette jurisprudence, *V. L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 452*. – *L. Mayer, Actes du procès et théorie et théorie de l'acte juridique, op. cit., n° 69*). Cette jurisprudence semble difficilement compatible avec l'article 119 du Code de procédure civile en ce qu'il indique la nullité de fond doit être accueillie *“alors même que la nullité ne résulterait d'aucune disposition expresse”*. Pour tenter de trouver une logique, *J. Héron et T. Lebars (op. cit., n° 223)* affirment alors à propos de

l'article 119 que : « son sens est probablement le suivant : une irrégularité visée par l'article 117 constitue une cause de nullité pour tout acte dans quelque procédure que ce soit, même si aucune disposition spéciale n'en prévoit la nullité ».

115. Office du juge – Les nullités pour vice de formes étant soumises à la démonstration d'un grief pour celui qui l'invoque, elles ne peuvent être soulevées d'office par le juge (*Cass. 2e civ., 21 juill. 1986, n° 84-16.110 : JurisData n° 1986-001506*). Il en va différemment en matière d'irrégularités de fond. Ici, aux termes de l'article 120 du Code de procédure il faut distinguer selon que la nullité est ou non d'ordre public. Si la règle de fond violée est d'ordre public, alors le juge doit la soulever d'office. Il ne s'agit pas d'une faculté mais d'une obligation. Pour autant les cas de règles d'ordre public semblent rares (sur ce point *V. JCl. Procédure civile, Fasc. 138, spéc. n° 39 et s.*). Ainsi, n'a pas été assimilé à une nullité de fond devant être soulevé d'office le fait pour un avocat d'avoir interjeté appel sans que le client en ait connaissance (*Cass. Ire civ., 19 sept. 2007, n° 06-17.408 : Bull. civ., I, n° 274 ; JCP G 2007, I, 138, n° 9, obs. S. Amrani-Mekki*). Si la règle violée n'est pas d'ordre public, alors la nullité ne peut être demandée que par la partie destinataire de l'acte. À moins qu'il s'agisse d'un défaut de capacité. Dans ce cas-là en effet, le juge a la faculté de relever d'office la nullité (*CPC, art. 120*).

116. Recevable en tout état de cause – Enfin aux termes de l'article 118 du Code de procédure civile les irrégularités de fond peuvent être soulevées en tout état de cause. Elle peut même être invoquée devant la cour d'appel. Si elle est invoquée de manière tardive l'exception reste recevable (*Cass. 2e civ., 27 juin 2002, n° 00-22.694 : Bull. civ., I, n° 149 ; D. 2003, p. 1402, obs. P. Julien*). Mais le juge pourra condamner la partie qui s'est abstenue de soulever plus tôt la nullité (*CPC, art. 118*). Encore faut-il à cette fin d'une part démontrer l'existence d'une intention dilatoire. La condamnation n'aura alors pour but que d'indemniser l'autre partie du préjudice subi du fait du retard.

D. - Exceptions dilatoires

117. Les exceptions dilatoires constituent des moyens par lesquels le défendeur fait suspendre l'instance. La finalité de ce moyen de défense est ainsi d'obtenir un délai.

1° Notion

118. Invoquées par le défendeur – Étant classées parmi les moyens de défense, les exceptions dilatoires sont nécessairement invoquées par le défendeur. Il en découle que les demandes de sursis à statuer présentées par le demandeur ne devraient pas être assimilables à des exceptions dilatoires et ne devraient en conséquence pas en subir le régime (elles n'ont pas à être invoquées in limine litis) (*V. JCl. Procédure civile Fasc. 134, Exceptions dilatoires, n° 14 et s.*). Pourtant la jurisprudence a pu considérer le contraire. Ainsi, à propos d'un sursis à statuer demandé pour poser une question préjudicielle à la juridiction administrative quant à l'appréciation de la légalité d'un texte (*Cass. 2e civ., 20 déc. 2012, n° 11-18.095, inédit*) : « en application des articles 73 et 74 du code de procédure civile, la demande tendant à faire suspendre le cours de l'instance, qu'elle émane du demandeur ou d'un défendeur, est une exception de procédure qui doit être présentée, à peine d'irrecevabilité, avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir de son auteur ». Ou encore à propos de l'article 4 du code de procédure pénale (*Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, n° 11-16.361, FS-P+B, Sté El Khalifa Bank :JurisData n° 2012-021781*) : « en application des articles 73 et 74 du Code de procédure civile, la demande tendant à faire suspendre le cours de l'instance, qu'elle émane du demandeur ou d'un défendeur, est une exception de procédure qui doit être présentée, à peine d'irrecevabilité, avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir de son auteur ».

119. Distinction exception dilatoire/fin de non-recevoir – La distinction entre exceptions dilatoires et fins de non-recevoir est parfois source de difficulté. Ainsi en matière de sauvegarde judiciaire, en application de l'article L. 622-28 du Code de commerce : “*Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie*”. On peut à cet égard se demander si le coobligé excipant de cette suspension de l'instance fait valoir une exception de procédure ou une fin de non-recevoir. La jurisprudence qualifie ce moyen de fin de non-recevoir (*Cass. mixte, 16 nov. 2007, n° 03-14.409 : JurisData n° 2007-041458 ; Bull. civ., ch. mixte, n° 11 ; Procédures 2008, comm. 17, obs. B. Rolland ; JCP G 2008, II, 10019 ; D. 2007, p. 3009, obs. A. Lienhard*). Une telle qualification est convaincante dans la mesure où c'est bien ici l'action qui est atteinte. Les créanciers n'ont pas le droit d'agir contre le coobligé pendant cette période. Il s'agit donc bien de faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen du fond du droit (*CPC, art. 122*).

120. Distinction exception dilatoire/défense au fond – L'exception dilatoire a pour finalité d'obtenir un délai et non le rejet définitif de la demande au fond. Aussi, ce type de moyen semble

difficilement pouvoir être confondu avec une défense au fond. Et pourtant l'hésitation est permise dès lors que l'exercice d'une défense au fond nécessite un sursis à statuer. Il en est ainsi à propos de l'incident de faux. Aux termes de l'article 313 du Code de procédure civile : “*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 ...*”. S'agit-il d'une exception dilatoire (V. [n° 25](#)) ? La jurisprudence répond par la négative en qualifiant l'incident de faux de défense au fond (Cass. Ire civ., 9 déc. 2015, n° 14-28.216 : *JurisData* n° 2015-027486 ; *Procédures* 2016, comm. 43, obs. Y. Strickler. – Cass. Ire civ., 24 oct. 2006, n° 05-21.282 : *JurisData* n° 2006-035515 ; *Bull. civ.*, I, n° 434 ; *D.* 2007, p. 192, note D. Cholet). Il est vrai que l'objet premier d'une telle demande n'est pas l'obtention d'un délai mais bien la contestation d'une preuve (en ce sens Y. Strickler, *ss. Cass. Ire civ.*, 9 déc. 2015, *op. cit.*).

2° Hypothèses

- 121. Cas légaux non limitatifs** – Le Code de procédure civile énonce plusieurs cas d'exceptions de procédure. Mais cette liste n'est pas limitative il existe des cas jurisprudentiels.
- 122. Délai pour faire inventaire et délibérer** – Aux termes de l'article 108 du Code de procédure civile le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui demande le sursis jouit d'un délai pour faire inventaire et délibérer. Pour appréhender cette exception, il faut rappeler que dans le cadre d'une succession les héritiers disposent d'un délai de 4 mois pour opter entre l'acceptation pure et simple, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la renonciation (*C. civ.*, art. 771). À l'expiration de ce délai l'héritier peut être sommé de prendre parti. Il dispose alors à compter de cette date de 2 mois pour opter ou pour demander prorogation (*C. civ.*, art. 772). L'exception dilatoire lui permet ainsi d'obtenir une suspension de la procédure s'il est mis en demeure de se prononcer pendant ces périodes.
- 123. Bénéfice de discussion ou de division** – L'article 108 du Code de procédure indique que “*le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit (...) d'un bénéfice de discussion ou de division*”. Il s'agit là d'une exception dilatoire à la disposition de la caution simple appelée à régler le créancier. Cette suspension permet au garant d'imposer au créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur –pour le bénéfice de discussion– ou qu'il fractionne entre les différentes cautions le montant de sa demande. Il importe de rappeler qu'en tant que telle le

bénéfice de discussion ou de division constitue une défense au fond (*V. n° 27*). L'exception dilatoire a simplement pour finalité de suspendre l'instance pour qu'il y soit procédé.

124. Délai pour appeler un garant – Lorsqu'une personne bénéficie d'une garantie, une fois assignée en paiement elle dispose d'une option. Soit elle se défend seule puis se retourne contre le garant. Soit elle mettra en cause immédiatement le garant en mettant en œuvre la garantie incidente. Elle appelle donc le garant dans le procès pour qu'il exécute directement son obligation vis à vis du créancier. En tant que tel, cet appel en garantie constitue une défense au fond puisqu'il s'agit pour le défendeur garanti de faire rejeter à son encontre la prétention de son adversaire. Il en découle que l'appel en garantie peut être exercé à tout niveau de la procédure. Mais si le défendeur l'exerce in limine litis il peut demander au juge un délai pour faire comparaître le garant (*CPC, art. 109*).

125. Délai d'attente en vertu de la loi – Plus généralement, l'article 108 du Code de procédure civile indique que le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit d'un "*délai d'attente en vertu de la loi*". Il est ainsi possible d'englober toutes les hypothèses dans lesquelles le défendeur a droit à un délai.

126. Délai en cas d'exercice de voie de recours extraordinaire – L'article 110 du Code de procédure civile indique que "*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*". Il s'agit ici de demander un sursis lorsqu'est invoquée une décision frappée par ces recours extraordinaires non suspensifs. Le juge pourra alors statuer en connaissant ce qui a été décidé par la juridiction qui connaît le recours.

127. Autres cas – La jurisprudence considère que l'article 4 du Code de procédure pénale selon lequel "*le criminel tient le civil en l'état*" constitue une exception dilatoire et non un fin de non-recevoir (*Cass. soc., 4 oct. 1989, n° 86-43.750 : Bull. civ., V, n° 565. – Cass. 2e civ., 17 juin 2010, n° 09-13.583. – Cass. 2e civ., 19 mars 2009, n° 05-18.484. – Cass. 2e civ., 15 oct. 2009, n° 08-14.380*). Il est parfois indiqué qu'il s'agirait ici d'une suspension au bénéfice d'une partie jouissant d'un "*délai d'attente en vertu de la loi*" issue de l'article 108 du Code de procédure civile (*S. Guinchard et a., Droit et pratique de la procédure civile, op. cit. n° 192-24*). Il est pourtant permis d'hésiter. Il s'agit peut-être d'un cas purement jurisprudentiel au régime autonome. En application de l'article 108 du Code de procédure civile le juge est lié et n'a d'autres choix que de prononcer le sursis. Or, en application de l'article 4 du Code de procédure civile, le sursis n'est obligatoire que dans la mesure où l'action devant le juge civil a pour fin la réparation

du préjudice causé par une infraction. Dans tous les autres cas, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire (V. par ex. *Cass. 2e civ., 17 juin 2010, n° 09-13.583*) ce qui n'est pas compatible avec l'article 108 du Code de procédure civile. Dans le même sens, la Cour de cassation considère que la question préjudicielle en vue de saisir le juge administratif constitue une exception dilatoire (*Cass. 2e civ., 1er oct. 2009, n° 08-14.135 : JurisData n° 2009-049671. – Cass. 2e civ., 20 déc. 2012 : n° 11-18.095, inédit*).

3° Régime

128. Application de l'article 74 du Code de procédure civile – Les exceptions dilatoires sont soumises à l'article 74 du Code de procédure civile et doivent donc être soulevées in limine litis et simultanément avant toute fin de non-recevoir et défense au fond. Par exception, l'article 111 du Code de procédure civile indique que *“le bénéficiaire d'un délai pour faire inventaire et délibérer ne peut proposer ses autres exceptions de procédure qu'après l'expiration de ce délai”*.

129. Pouvoirs du juge – Lorsque les exceptions dilatoires relèvent de l'article 108 du Code de procédure civile le juge n'a d'autre choix que d'ordonner le sursis. Dans les autres hypothèses il dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Lorsque le sursis est demandé en application de l'article 4 du Code de procédure pénale, le sursis n'est obligatoire que dans la mesure où l'action devant le juge civil a pour fin la réparation du préjudice causé par une infraction. Dans tous les autres cas, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire (V. [n° 125](#)).

130. Compétence – Devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel l'exception dilatoire doit être soulevée devant le juge ou le conseiller de la mise en état s'il en a été désigné un. Il n'y a que si l'exception est soulevée entre l'ordonnance de clôture et l'ouverture des débats que ce dernier ne sera plus compétent.

III. - Fins de non-recevoir

131. Autonomie de la notion en question – La notion de fin de non-recevoir paraît difficile à appréhender. Sa nature est présentée comme « hybride » : entre défense au fond et exception de procédure. Sa nature serait ainsi fuyante (V. [n° 12](#)). Il est vrai qu'elle se rapproche de la défense

au fond en ce qu'elle tend au rejet définitif de la demande. Mais elle ressemble également aux exceptions de procédure en ce qu'elle tend au rejet de la demande sans examen au fond (une partie de la doctrine qualifiant d'ailleurs les fins de non-recevoir de « défenses procédurales » : notamment *J. Héron et T. Lebars, op. cit., n° 144*). Les fins de non-recevoir n'auraient ainsi aucune autonomie et seraient la marque de la porosité des moyens de défense. Il y aurait là une catégorie intermédiaire entre défense au fond et exception de procédure, sans caractéristique qui lui soit propre. Une telle analyse n'est cependant pas inéluctable. Il est possible de proposer une notion autonome de fins de non-recevoir. Encore faut-il à cette fin admettre que la notion d'action est distincte à la fois du droit substantiel et de la demande en justice. Ce n'est qu'une fois la notion abordée (A), qu'il est possible d'en dresser les hypothèses (B), puis d'en aborder le régime (C).

A. - Notion

132. Action et fins de non-recevoir – La fin de non-recevoir est définie par l'article 122 du Code de procédure civile comme *“tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir”*. Il s'agit donc du moyen sanctionnant le défaut de droit d'action. Aussi, cette catégorie ne peut être considérée comme autonome qu'à la condition de considérer que l'action est autonome à la fois du droit substantiel et de la demande.

133. Doctrine rejetant l'autonomie du moyen – Inéluctablement, pour la doctrine considérant que l'action n'est pas autonome par rapport aux demandes et aux défenses, les fins de non-recevoir ne peuvent être autre chose que des défenses procédurales. Exceptions de procédure et fins de non-recevoir relèvent alors de la même nature (*J. Héron et T. Lebars, op. cit., n° 147*. – *R. Martin, Un virus dans le système des défenses du nouveau Code de procédure civile : le droit d'action : RGP 1998, p. 420*). Cette doctrine considère par conséquent qu'il n'y a qu'une différence d'effets entre les deux catégories de moyen. La qualification de fin de non-recevoir dépend alors seulement de la volonté de l'auteur du texte (indiquant par exemple qu'une formalité doit être accomplie à peine d'irrecevabilité), ou du juge et du régime qu'il souhaite voir appliquer. Il est vrai à ce titre que la jurisprudence tend à attester de la porosité des catégories d'exception de procédure et de fin de non-recevoir (*V. [n° 104 et s.](#)*).

134. Autonomie de la catégorie – Dès que l'on considère que l'action est une notion autonome, indépendante de la demande, la fin de non-recevoir peut être assimilée à un moyen de défense

distinct des exceptions de procédures. Reprenant la définition d'action donnée par l'article 30 du Code de procédure civile il suffit de considérer qu'il y a fin de non-recevoir dès lors que l'on nie 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. En somme il n'a pas le droit de demander au juge de trancher la contestation qu'il lui soumet. L'ambivalence des fins de non-recevoir est alors comme le soulignent L. Cadiet et E. Jeuland (*op. cit.*, n° 487) : « la rançon inévitable de la nature même de l'action en justice ».

B. - Hypothèses de fins de non-recevoir

135. Critère – Dès lors que l'on accède à l'idée selon laquelle l'action existe indépendamment du fond et indépendamment de la demande il devient possible de circonscrire les moyens qui relèvent de la catégorie des fins de non-recevoir de ceux qui n'en relèvent pas. Il y aura fin de non-recevoir dès lors que l'on dénie au demandeur son droit de demander au juge à ce qu'il tranche la contestation en cause.

1° Les « vraies » fins de non-recevoir

136. Hypothèses de l'article 122 du Code de procédure civile – Aux termes de l'article 122 du Code de procédure civile, constituent des fins de non-recevoir : le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. Dans chacune de ces hypothèses c'est bien le droit d'agir et lui seul qui est critiqué.

137. Défaut de qualité ou d'intérêt – Lorsqu'un défaut de qualité est avancé, il s'agit d'affirmer que le demandeur n'est pas le titulaire de l'action. Il est dépourvu du droit de saisir le juge pour qu'il dise si sa prétention est bien ou mal fondée. Le défendeur invoquant l'absence d'intérêt du demandeur argue également du défaut d'action du demandeur. La mission du juge est de trancher une contestation, pour apaiser la situation. Lorsque l'on affirme que le demandeur n'a aucun intérêt, cela signifie qu'il n'est pas susceptible d'être lésé dans ces droits par la situation soumise au juge. N'étant pas partie à la contestation il ne peut naturellement demander au juge de la trancher (*J. Théron, Ordre et désordre dans la notion de partie : RTD civ. 2014, p. 231*).

138. Prescription – Lorsque la prescription est avancée, la qualification de fin de non-recevoir pourrait paraître plus délicate. Aux termes de l'article 2219 du Code civil, la prescription est un mode d'extinction du droit. Il est alors tentant de considérer qu'il y a là une défense au fond. Pourtant, les articles 2224, 2225, 2226, 2227, 2235 du code civil énoncent bien que c'est l'action qui est prescrite. Il en va de même en cas de délai préfix.

139. Autorité de chose jugée – Lorsque l'autorité de chose jugée est avancée, il s'agit de souligner que l'action a déjà été exercée et s'est épuisée. Ici encore, c'est bien le défaut d'action qui est sanctionné. Elle n'existe plus.

140. Au-delà de l'article 122 du Code de procédure civile – L'article 122 du Code de procédure civile énonce un certain nombre d'hypothèses mais la liste n'est pas limitative. La loi ou la jurisprudence ont ainsi pu qualifier d'autres hypothèses de fins de non-recevoir. Certaines de ces qualifications ont pu être critiquées en ce qu'elles seraient erronées. Pourtant pour un certain nombre d'entre elles, c'est bien le droit d'agir qui est seul critiqué. La fin de non-recevoir est ainsi le moyen de défense idoine. Tel est le cas lorsqu'est invoqué le défaut de pouvoir juridictionnel du juge des référés ou encore du juge-commissaire (*V. n° 65*). Dans le même sens il y a également fin de non-recevoir lorsque le défendeur avance l'existence d'une clause de conciliation ou de médiation qui n'a pas été mise en œuvre ou lorsque dans le cadre d'un divorce pour faute le défendeur invoque la réconciliation qui a eu lieu.

141. Clause de conciliation ou de médiation – Lorsqu'une partie à un contrat comprenant une clause de conciliation préalable obligatoire agit directement en justice sans avoir tenté la conciliation la chambre mixte de la Cour de cassation considère qu'une fin de non-recevoir peut lui être opposée (*Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 : Juris-Data n° 2003-017812 ; Procédures 2003, comm. 96, obs. H. Croze ; RTD civ. 2003, p. 349 obs. R. Perrot ; RDC n° 1 2003, p. 182, obs. L. Cadiet : « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent »*. – *Cass. 3e civ., 19 mai 2016, n° 15-14.464, FS-P+B, Sté Thales Architecture c/ Sté Copvial : JurisData n° 2016-009404 ; Constr. urb. 2016, comm. 103, obs. Ch. Sizaire – En matière de médiation, Cass. Ire civ., 8 avr. 2009, n° 08-10.866, F-P+B, SA MGC International c/ SA LCF Production : JurisData n° 2009-047864 ; JCP G 2009, 43, obs. O. Cuperlier ; RTD civ. 2009, p. 774, obs. P. Théry*). Encore faut-il préciser que le non-respect d'une clause de conciliation n'entraîne pas inéluctablement une fin de non-recevoir. La chambre commerciale (*Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, F P+B : JurisData n° 2014-008854 : JCP G 2014, 607, obs. H. Croze ; D. 2014,*

p. 2541, obs. Th. Clay ; RTD civ. 2014, p. 655, obs. H. Barbier ; Gaz. Pal. 7-9 sept. 2014, p. 15, obs. S. Amrani-Mekki ; RDC 2014, p. 704, obs. N. Cayrol) a eu l'occasion de préciser que « la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celle-ci ». Il faut donc que la clause de conciliation prévoit que le règlement amiable soit préalable et soumis à des conditions précises de mise en œuvre pour que la fin de non-recevoir soit encourue en cas de violation (revenant peut-être sur la deuxième condition Cass. 3e civ., 19 mai 2016 : Dalloz. act. 3 juin 2016, obs. Mehdi Kebir). Selon une partie de la doctrine cette qualification de fin de non-recevoir serait erronée. Il s'agirait de « fausses » fins de non-recevoir (V. par ex. S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, op. cit., n° 89. – Pour la qualification d'exception dilatoire : P. Théry, obs. ss. Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 : RTD civ. 2015, p. 187). À l'instar de L. Cadiet (RDC 2003, op. cit. ; N. Cayrol, Action en justice : Rép. Dalloz procédure civile, n° 306. – M. Kebir, op. cit.) il est pourtant tentant de considérer que l'on est bien ici en présence d'une fin de non-recevoir. En acceptant une clause de conciliation ou de médiation préalable les parties soumettent leur action à la condition d'échec préalable de la conciliation ou de la médiation. Aussi, lorsqu'ils agissent directement sans avoir rempli cette condition c'est bien leur action qui est critiquable. Ils ont suspendu leur droit d'agir à une condition de fond qui n'est pas remplie. Il est même possible de considérer que si les parties ont agi sans recourir à la conciliation préalable, cette condition est définitivement défaillie. Il y a ici une fin de non-recevoir qui ne peut plus être régularisée (Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, P+B+R+I : JurisData n° 2014-030449 ; Procédures 2015, comm. 30, obs. H. Croze ; JCP G 2014, act. 1328, obs. G. Deharo ; JCP G 2015, 115, N. Dissaux ; D. 2015, p. 298, note Ch. Boillot. – H. Kenfack, La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance : D. 2015, p. 384. – Contra jurisprudence antérieure, Cass. 2e civ., 16 déc. 2010, n° 09-71.575 : Bull. civ., II, n° 212 ; RTD civ. 2011, p. 170, obs. R. Perrot ; RDC 2011, p. 916, obs. C. Pelletier. – Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-12.187 : JurisData n° 2011-007885 ; RDC 2012, p. 884, obs. C. Pelletier).

142. Réconciliation entre époux – Aux termes de l'article 244 du Code civil, dans le cadre d'un divorce pour faute : “La réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce”. Le juge doit alors dans cette hypothèse déclarer la demande irrecevable. Pour J. Héron et T. Lebars (op. cit., n° 148) il ne s'agirait pas ici d'une fin de non-recevoir mais d'une défense au fond. Le divorce pour faute doit être prononcé lorsque les faits invoqués rendent intolérable le maintien de la vie commune. Aussi, selon eux, la réconciliation manifeste un pardon qui « ôte aux actes de l'époux coupable leur aspect fautif ».

Pour autant, ce n'est pas parce qu'une personne est pardonnée que l'on dénie le caractère fautif de ses actes. On entend simplement ne plus les lui reprocher. Aussi, en cas de réconciliation, on pourrait tout aussi bien considérer qu'en pardonnant, l'époux demandeur a renoncé à agir en justice pour demander le divorce sur ce fondement. Le cas échéant, c'est bien d'une fin de non-recevoir dont il s'agit puisque le défendeur souligne que le demandeur avait renoncé à son action pour ces faits-là.

143. Clause compromissoire – V. n° 68.

144. Interdiction de se contredire au détriment d'autrui – L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (*V. Dupont, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française : RTD civ. 2010, p. 459. – G. Bolard, Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? : JCP G 2015, p. 146*) – qui est souvent ramenée à l'estoppel (contra *D. Houtcieff, La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui : D. 2009, p. 1245*) – est sanctionnée par une fin de non-recevoir (*Cass. Ire civ., 6 juill. 2005, n° 01-15.912 : JurisData n° 2005-029326 ; JDI 2006, 608, note Béhar-Touchais ; D. 2006, p. 1424, note E. Agostini*). Il y a là la sanction idoine (*S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, op. cit. n° 331. – D. Houtcieff, L'importance d'être constant : vers une consécration du principe de cohérence : D. 2009, p. 2008*). Grâce à elle, on annihile le comportement incohérent. Il n'est pas possible de chercher à remettre en cause devant les tribunaux une situation que l'on a soit même provoquée (*S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, op. cit.*). En outre, la qualification de « fin de non-recevoir » est tout à fait justifiée. C'est bien l'action qui est en cause. Le demandeur se contredisant au détriment d'autrui n'a pas le droit de demander au juge à ce qu'il soit statué sur le bien-fondé de sa prétention. La fin de non-recevoir sanctionnant l'action, on comprend alors pourquoi ce moyen de défense ne peut être opposé qu'à des prétentions contradictoires. Comme l'indique N. Cayrol (*Rép. Dalloz procédure civile, V° Action en justice, n° 244*), ce principe ne peut être invoqué lorsqu'il y a contradictions entre différentes allégations d'un plaideur au cours d'un même procès (*V. n° 53*), ou encore lorsqu'une allégation est en contradiction avec une prétention (*Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28.262, FS P+B : JurisData n° 2015-002261 ; JCP G 2016, 470, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2015, p. 452, obs. N. Cayrol*). Comme l'a énoncé la Cour de cassation, « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir » (*Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, P+B+R+I, Sté Sédéa électronique c/ Sté Pace Europe et a. : JurisData n° 2009-047173 ; JCP G 2009, II, 10073, note Callé ; D. 2009, p. 1245, note D. Houtcieff ; D. 2010, p. 169, obs. N. Fricero ; RJ com. 2010. 383, obs. Lagarde*).

2° Les « fausses » fins de non-recevoir

145. Les « fausses » fins de non-recevoir, véritables exceptions de procédure – Il y a « fausse » fin de non-recevoir dès lors que le moyen de défense ne consiste pas à critiquer le droit d'agir du demandeur. Comme cela a pu être souligné tel est le cas dans les hypothèses au sein desquelles le législateur ou la jurisprudence impose le respect de certaines formes à peine d'irrecevabilité. Dans ces cas sauf à nier l'autonomie de l'action par rapport à la demande, il faut reconnaître que la qualification de fin de non-recevoir n'est pas adéquate (*V. n° 104*).

146. Les « fausses » fins de non-recevoir, véritables défenses au fond – Parfois ce sont des véritables moyens de défense au fond qui sont assimilées à des fins de non-recevoir. Ainsi en matière de surendettement, la demande du consommateur est recevable à la condition qu'il soit dans l'impossibilité manifeste de faire à l'ensemble de ses dettes non professionnelles et qu'il soit de bonne foi (*C. cons., art. L. 331-3 et L. 330-1*). Or, ces conditions n'affectent pas le droit d'agir du consommateur, mais bien le fond. Il s'agit ici de vérifier s'il a droit à une mesure de surendettement. On est donc en présence d'un moyen de défense au fond (en ce sens *J. Héron, T. Le Bars, op. cit., n° 148*), puisqu'il s'agit de rejeter comme non justifiée la demande du débiteur. Comme le soulignent *S. Amrani-Mekki et Y. Strickler (op. cit., n° 89)*, le recours erroné à cette qualification a un intérêt : permettre d'évacuer plus rapidement une demande sans avoir à entrer dans l'analyse de l'ensemble du dossier. Ici le législateur isole l'un des aspects du dossier, et s'il fait défaut il rejette l'ensemble sans aller au-delà.

C. - Régime

147. Très largement admises – À l'instar des exceptions de nullité de fond (*V. n° 112 et s.*) les fins de non-recevoir sont très largement admises. Elles peuvent être présentées en tout état de cause (*CPC, art. 123*), y compris en cause d'appel (*Cass. com., 22 déc. 2005, n° 02-11.519 : Procédures 2005, comm. 120, obs. R. Perrot ; RTD civ. 2005, p. 450, obs. R. Perrot. –, Cass. com., 22 oct. 2012, n° 11-23.864, F-D, Société d'exploitation de chauffage (SEC) : JurisData n° 2012-023963 ; Procédures 2013, comm. 3, obs. R. Perrot*). Dans le cadre de procédures orales, elles peuvent être

invoquées en cours d'audience (*Cass. com. 10 oct. 1989, n° 87-20.141 : JurisData n° 1989-703269*). En outre, tout comme les défenses au fond et les nullités de fond (*V. n° 113*), le défendeur n'a pas à exciper d'un grief (*CPC, art. 124*).

148. Fin de non-recevoir soulevée de manière dilatoire – À l'instar des défenses au fond, les fins de non-recevoir peuvent être invoquées en tout état de cause. Le juge ne peut donc écarter ce moyen en raison de la tardiveté de sa présentation. En revanche, tout comme les nullités de fond (*V. n° 115*) le juge peut condamner à des dommages et intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt (*ex. Cass. 2e civ., 27 févr. 2003, n° 01-11.975 : Juris-Data n° 2003-017904 ; Procédures 2003, comm. 111, obs. R. Perrot*).

149. Office du juge – Tout comme pour les nullités de fond (*V. n° 114*), les fins de non-recevoir doivent être soulevées d'office par le juge lorsqu'elles sont d'ordre public (*CPC, art. 125*). Le Code de procédure civile donne des exemples de fin de non-recevoir pouvant être soulevées d'office : l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours (*ex. Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-16.526 : dépassement du délai de 10 jours pour faire appel en application de C. com., art. R. 661-3*) ou encore l'absence de voie de recours. La jurisprudence a pu identifier d'autres fins de non-recevoir devant être soulevées d'office. Il en va ainsi en matière d'état des personnes (*Cass. 1re civ., 19 mai 1976 : Bull. civ., I, n° 184 ; RTD civ. 1976, p. 820, obs. J. Normand*) ; de la forclusion édictée par le Code de la consommation [C. consom., art. L. 312-52] (*Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 07-19.288 : JCP G 2009, I, 142, n° 8, obs. Y.-M. Serinet. – De l'expiration du délai pour agir en désaveu de paternité légitime, Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, n° 98-22.824 : JurisData n° 2002-013138*). Le juge a aussi la faculté de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, de qualité ou de chose jugée (*CPC, art. 125, al. 2*). Toutes les autres fins de non-recevoir ne peuvent par conséquent pas être relevées d'office par le juge.

Note de la rédaction – Mise à jour du 24/05/2018

149 . - Fin de non-recevoir. Date d'appréciation des conditions d'application

Il résulte de l'article 126 du Code de procédure civile que le juge doit apprécier les conditions d'application de la fin de non-recevoir au moment où il statue (*Cass. 1re civ., 28 févr. 2018, n° 17-14.239, P+B : JurisData n° 2018-002701*).

150. Régularisation – Aux termes de l'article 126 du Code de procédure civile : “Dans les cas où la situation donnant lieu à une fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue”. L'alinéa 2 donne une illustration

de régularisation : l'hypothèse dans laquelle la fin de non-recevoir repose sur l'absence de qualité d'une partie. Dans ce cas, l'irrecevabilité sera écartée si la personne ayant qualité devient partie à l'instance.

151. Moment de la régularisation – L'article 126 du Code de procédure civile indique que la régularisation peut intervenir jusqu'au moment où le juge statue. En réalité, il a pu être souligné (J. Héron, T. Le Bars, op. cit. n° 150. – S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, op. cit., n° 342) que la régularisation ne pouvait intervenir jusqu'au moment où le juge statue. L'affaire est en effet en délibéré et il n'est plus possible de conclure ou de communiquer de nouvelles pièces. Aussi, la régularisation doit intervenir avant la clôture des débats dans les procédures orales, et avant l'ordonnance de clôture dans les autres procédures (Cass. 2e civ., 3 juin 1998, n° 96-21.173 : RTD civ. 1998, p. 740, obs. R. Perrot). Elle doit également intervenir avant toute « forclusion ». Si la jurisprudence a dans un premier temps entendu ce terme au sens strict et procédural du terme (comme l'expiration d'un délai de procédure) elle l'entend désormais au sens large et y assimile les prescriptions et délais préfix de droit substantiel. Il ne faut donc pas que l'action ait été prescrite avant la régularisation (Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-11.010. – Cass. 2e civ., 16 oct. 2008, n° 07-19.273).

152. Régularisations impossibles – Outre le fait que nombre de fins de non-recevoir ne peuvent être régularisées (autorité de chose jugée, prescription...), la Cour de cassation s'oppose parfois à la régularisation. Ainsi, la chambre mixte rompant avec certains arrêts (Cass. 2e civ., 16 déc. 2010, n° 09-71.575 : JurisData n° 2010-023887 ; Bull. civ. II, n° 212 ; D. 2011, p. 172 ; RTD civ. 2011, p. 170, obs. R. Perrot ; RDC 2011. 916, obs. C. Pelletier. – Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-12.187 : JurisData n° 2011-007885 ; RDC 2011. 884) a pu décider que : « 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 » (Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, P+B+R+I : JurisData n° 2014-030449 ; Procédures 2015, comm. 30, obs. H. Croze ; JCP G 2015, 115, note N. Dissaux ; D. 2015, p. 298, note Ch. Boillot). Dans le même sens la Cour de cassation considère que la fin de non-recevoir tirée de l'absence de personnalité juridique ne peut être régularisée (Cass. com., 20 juin 2006, n° 03-15.957 : JCP G 2007, 107, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker ; Bull. Joly 2006, § 291, p. 1419, note J.-J. Barbiéri ; D. 2006, p. 1820, obs. A. Lienhard ; Rev. Soc. 2007. 65, note J.-F. Barbiéri. – Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-60.341, FS-P+B : JurisData n° 2010-010026 ; Procédures 2010, comm. 347, obs. A. Bugada ; D. 2010, p. 1798 ; Dr. soc. 2010, p. 1129,

obs. F. Petit. – Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, n° 11-22.278 : JurisData n° 2012-021792 ; Bull. Joly soc., févr. 2013, p. 120, obs. O. Staes). Ou encore, elle a pu affirmer que n'est pas régularisable l'hypothèse dans laquelle un créancier a poursuivi l'associé d'une société civile sans avoir au préalable agi en vain contre la personne morale (Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.390 F P+B, Fabre c/ SA CEPME et a. : JurisData n° 2005-029928 ; Dr. sociétés 2006, comm. 38, obs. J.-P. Legros ; D. 2005, p. 2526, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2006, p. 616, obs. C. Champaud et D. Danet). Enfin, il importe de noter que ce sont parfois les textes qui s'opposent à une régularisation ultérieure. La Cour de cassation a pu relever qu'il en allait ainsi à propos de l'article 712-15 du Code de la propriété intellectuelle (Cass. com., 30 mai 2007, n° 05-21.134, F-P+B : Juris-Data n° 2007-039231 ; Procédures 2007, comm. 179, note R. Perrot ; D. 2007, p. 1795), ou encore de l'article R. 411-21 du Code de la propriété intellectuelle (Cass. com., 17 juin 2003, n° 01-15.747 : JurisData n° 2003-019477 ; Bull. civ. IV, n° 102 ; D. 2003, p. 2633, obs. S. Durrande).