



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

FASC. 600-40 : EXCEPTIONS DILATOIRES

JULIEN THÉRON

Référence de publication : JurisClasseur Procédure civile Fasc. 600-40 : EXCEPTIONS DILATOIRES

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

Points-clés

1. L'exception dilatoire constitue un moyen de défense par lequel le défendeur critique le moment auquel la demande est formée et en conséquence sollicite du juge qu'il suspende l'instance (V. n° 1 à 4).
2. La loi en ses articles 108 à 111 énumère un certain nombre d'exceptions dilatoires : le délai pour opter de l'héritier ; le bénéfice de discussion ou de division pour la caution ; l'appel en garantie ; et le cas dans lequel une partie invoque une décision objet d'une voie de recours extraordinaire (V. n° 6 à 11).
3. L'article 108 du Code procédure civile laisse cependant place à des exceptions dilatoires qu'elle n'énonce pas directement. Il s'agit de tous les cas dans lesquels le juge doit suspendre l'instance parce qu'une partie bénéficie d'un délai d'attente en vertu de la loi. La jurisprudence assimile comme telles, la question préjudicielle en vue de saisir la juridiction administrative et la règle « le criminel tient le civil en l'état ». D'autres hypothèses doivent se voir dénier une telle qualification : il en va ainsi de l'interdiction des poursuites contre les garants ou coobligés d'une entreprise faisant l'objet d'une sauvegarde judiciaire ; de la clause de conciliation ou de médiation préalable ou encore de la procédure d'inscription de faux (V. n° 12 à 22).
4. L'exception dilatoire constituant un moyen de défense, en principe seul un moyen soulevé par le défendeur devrait pouvoir être qualifié comme tel (V. n° 23 à 26).
5. Le juge n'a aucune obligation de soulever une exception dilatoire (V. n° 27).
6. Conformément à l'article 74 du Code de procédure civile, les exceptions dilatoires doivent être soulevées in limine litis, simultanément et avant toute demande au fond ou fin de non-recevoir (V. n° 27 à 36).
7. La juridiction saisie du principal reste juge de l'exception. En cas de désignation d'un juge de la mise en état, lui seul est compétent pour connaître des exceptions dilatoires (V. n° 37 à 38).
8. Selon les cas le juge peut avoir une compétence liée et être tenu de prononcer la suspension d'instance si les conditions en sont réunies, ou bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire (V. n° 39 à 42).

9. Les décisions prises dans ce cadre, bien qu'elles aient autorité de chose jugée, ne peuvent en principe être contestées qu'avec le fond du litige (V. n° 43 et s.).

I. - Moyen de défense

1. **Exception de procédure** – Les exceptions dilatoires constituent des exceptions de procédure, à ce titre, elles peuvent être appréhendées de manière négative et de manière positive. De manière négative, par opposition aux défenses au fond et les fins de non-recevoir : il ne s'agit pas pour le défendeur d'avancer un argument combattant le demandeur au fond, ni de faire rejeter sa prétention pour défaut de droit d'action. De manière positive, comme toutes les exceptions de procédure et à la différence des autres moyens de défense (*JCl. Procédure civile, fasc. 600-30, n° 58*), les exceptions dilatoires ont pour objet le lien d'instance. Les exceptions de procédure portent en effet toutes sur le lien d'instance. Les exceptions d'incompétences, de litispendance et de connexité jouent sur le lien d'instance entendu comme le lien unissant les parties au juge. Les exceptions de nullité portent sur le lien d'instance en tant qu'ensemble d'actes permettant au juge de trancher l'affaire au fond. Et enfin, l'instance, c'est aussi un temps accordé à la préparation de la décision finale. Les exceptions dilatoires ont alors vocation à en suspendre le cours.
2. **Caractères** – L'article 73 du Code de procédure civile définit les moyens de défense comme : *“tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours”*. Les exceptions dilatoires entrent dans cette dernière catégorie, elles n'ont qu'une finalité : suspendre l'instance. On peut se demander en quoi invoquer un moyen visant à suspendre une instance constitue une modalité de défense. Souvent, le recours à l'histoire permet de déceler l'essence d'un concept ou d'une notion. On pourrait alors y chercher les raisons pour lesquelles l'exception de procédure est classiquement présentée comme un moyen de défense. Cela est pourtant vain en la matière. Le Code de procédure civile a emprunté cette expression à l'ancien droit qui le tenait lui-même du droit canonique, lequel l'avait trouvé en droit romain. Et, passant d'une législation à une autre les exceptions dilatoires ont changé de contenu et de sens (sur ce thème, V. E. Deroy, *Des exceptions dilatoires : éd. A. Rousseau, 1898*), si bien qu'il n'est pas possible de trouver l'ADN des exceptions dilatoires par ce biais. Pour comprendre ce qui caractérise les exceptions dilatoires, il peut être intéressant de rappeler la présentation qui en était faite par Bonnacase et Laborde-Lacoste (*Procédure civile et voie d'exécution : Sirey, 1932, n° 47*) : il s'agit de critiquer le moment auquel la demande est formée. Cette approche simple

permet d'éclairer sous bien des aspects à la fois la nature et le régime des exceptions dilatoires. Elle permet de redonner de l'âme à un moyen de défense qui pourrait par bien des aspects paraître abscons. Les exceptions dilatoires se caractérisent alors à la fois :

par leur finalité directe : obtenir une suspension d'instance ;

par leur raison d'être : si le défendeur excipe une telle exception c'est que pour une raison ou une autre, il estime que le demandeur a formé sa demande trop tôt.

3. Lien avec le sursis à statuer – Invoquer une exception dilatoire revient à demander un sursis à statuer (*N. Lesourd et H. Croze, Exceptions de procédure, Exceptions dilatoires : JCl. Procédures Formulaire, fasc. 50, n° 3*). Pour autant toute demande de sursis à statuer ne constitue pas une exception dilatoire. D'abord le sursis ne résulte pas nécessairement d'une exception puisqu'il peut être soulevé d'office ou être sollicité par le demandeur. Ensuite, quand bien même il résulterait d'un moyen invoqué par le défendeur, encore faudra-t-il vérifier que la suspension d'instance constitue la finalité principale de l'exception et manifeste le fait que le défendeur trouve que le demandeur a formulé sa demande trop tôt. Or, cela est loin d'être systématique.

4. Une catégorie ouverte – Les articles 108 à 111 du Code de procédure civile régissent les exceptions dilatoires :

l'article 108 indique que "*le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit soit d'un délai pour faire inventaire et délibérer, soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi*";

l'article 109 ajoute que "*le juge peut accorder un délai au défendeur pour appeler un garant*";

l'article 110 énonce quant à lui que "*le juge peut également suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision, frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation*".

En somme, il y a recours à une exception dilatoire en matière : de délai d'option successorale ; de bénéfice de discussions ou de division ; de délai pour appeler un garant ; d'invocation d'une décision, frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation. Mais l'article 108 du Code de procédure *in fine* indique qu'il y a place pour d'autres hypothèses

puisqu'il se réfère aux hypothèses dans lesquelles le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit de "*quelque autre délai d'attente en vertu de la loi*". Le régime de exceptions de procédure étant extrêmement stricte, il est impérieux d'identifier ce qui caractérise les exceptions dilatoires pour distinguer les moyens qui ne relèvent pas de cette catégorie de ceux qui invoqués par les parties devront être qualifiés comme tels **(I)** . Eux seuls devront en emprunter le régime **(II)** .

II. - Domaine des exceptions dilatoires

5. **Plan** – La section III du chapitre II du titre V du livre 1er vise comme exceptions dilatoires le délai d'option successorale, le bénéfice de discussions ou de division, le délai pour appeler un garant, l'invocation d'une décision, frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation **(A)** . L'article 108 du Code de procédure indique plus généralement qu'il y a exception dilatoire dès que le juge est tenu de suspendre l'instance parce qu'une partie se prévaut de "*quelque autre délai d'attente en vertu de la loi*"**(B)** .

A. - Exceptions dilatoires prévues par la loi

1° Délai d'option successorale

6. **Délai reconnu à l'héritier pour faire inventaire et délibérer** – L'article 108 indique que "*le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit d'un délai pour faire inventaire*". Il s'agit ni plus ni moins que du délai pour opter dont bénéficie un héritier en application des articles 768 et suivants du Code civil. Pour mémoire, en application de l'article 771 du Code civil, l'héritier ne peut être contraint à opter avant l'expiration d'un délai de 4 mois à compter de l'ouverture de la succession. À l'issue de ces 4 mois, aux termes de l'article 772 du Code civil, en cas de sommation l'héritier dispose d'un délai de 2 mois pour prendre parti, ou solliciter un délai supplémentaire auprès du juge lorsqu'il n'a pas été en mesure de clôturer l'inventaire ou lorsqu'il justifie de motifs sérieux et légitimes. Il faut entendre par là que si un héritier est sommé d'opter pendant la période de 4 mois qui suit l'ouverture de la succession, il pourra exciper d'une exception dilatoire et le juge devra suspendre l'instance l'opposant par exemple à un créancier du *de cuius*. Il en ira de même, si une demande est formulée pendant le

délat supplémentaire visé par l'article 772 du Code civil. En somme, pour reprendre le critère évoqué plus haut (V. [n° 2](#)), il y a exception dilatoire parce que l'héritier reproche au demandeur de porter sa demande trop tôt. Ce dernier bénéficie d'un droit d'agir contre lui pour le sommer d'opter, simplement il doit attendre l'expiration d'un délai pour y procéder.

2° Bénéfice de discussion ou de division.

- 7. Des exceptions dilatoires liées à des moyens de défense au fond** – Le bénéfice de discussion concerne la caution simple qui exige que le créancier agisse d'abord vainement contre le débiteur avant de se retourner contre elle. Le bénéfice de division est relatif à l'hypothèse dans laquelle une créance est garantie par plusieurs cautions sans qu'il y ait de solidarité entre elles. L'article 2302 du Code civil autorise dans ce cas le créancier à réclamer la totalité du paiement à une seule des cautions. Mais l'article 2303 du Code civil autorise la caution poursuivie à exiger du créancier qu'il divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution. Étonnamment, l'article 108 du Code de procédure civile semble faire du bénéfice de discussion et de division des exceptions dilatoires. La doctrine les analyse d'ailleurs parfois comme telles (M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés : LexisNexis, 10e éd., 2015, n° 394*). 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. Il y a dans le bénéfice de discussion comme dans le bénéfice de division deux moyens de défenses distincts : une défense au fond et une exception dilatoire. Intrinsèquement le bénéfice de discussion et de divisions sont des défenses au fond. Mais pour que ce moyen soit efficace, il faut que le défendeur sollicite une suspension de l'instance et donc 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. *JCl. Procédure civile, fasc. 600-30, 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, Rép. pr. civile, Dalloz, Moyens de défenses, n° 12*), puisqu'il s'agit de démontrer que le demandeur ne peut demander au défendeur la totalité de la somme réclamée. Pour autant, 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 cofidélus soient mis en causes. En outre, en sollicitant ces défenses, il critique bien le moment auquel le créancier a agi (*V. n° 2*). Il y a donc bien ici les deux stigmates des exceptions dilatoires : la finalité (obtenir la suspension de l'instance) et l'objet (la critique du moment auquel le demandeur a agi). En synthèse, il y a dans le bénéfice de division ou de discussion simultanément deux moyens qui sont soulevés : une défense au fond qui vise à faire rejeter partiellement ou totalement la demande, et une exception dilatoire qui vise à suspendre l'instance.

3° Délai pour appeler un garant

8. **Exception dilatoire liée à une défense au fond** – Aux termes de l'article 109 du Code de procédure civile, "*le juge peut accorder un délai au défendeur pour appeler un garant*". Ici encore, *a priori* il faudrait en tirer la conséquence que l'appel en garantie constitue une exception dilatoire. Pourtant, il n'en est rien. Intrinsèquement, comme le souligne régulièrement la jurisprudence, l'appel en garantie constitue une défense au fond (*Cass. 2e civ., 12 déc. 1973, n° 72-13.899 : Bull. civ. II, n° 333 ; D. 1974, IR p. 61. – Cass. 2e civ., 6 mai 1999, n° 96-22.143 : JurisData n° 1999-001950 ; Bull. civ. II, n° 82. – Cass. com., 6 juin 2000 : Bull. civ. IV, n° 120. – Cass. 2e civ., 12 juin 2003, n° 01-11.824 : JurisData n° 2003-019458 ; Bull. civ. II, n° 190 ; D. 2003, p. 1806. – Cass. 2e civ., 10 avr. 2014, n° 13-14.623, D : JurisData n° 2014-007395 ; Procédures 2014, comm. 167, obs. R. Perrot. – V. déjà, Cass. 2e civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.741 : JurisData n° 2012-007012 ; Bull. civ. II, n° 75. – Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-13.658 : JurisData n° 2012-023274 ; Bull. civ. IV, n° 188*). Pour s'en convaincre, il importe de rappeler que l'expression appel en garantie est polysémique. Il peut s'agir d'une garantie simple ou d'une garantie formelle.
9. **Garantie simple** – Dans la garantie simple, le garant ne fait qu'indemniser le garanti dans l'hypothèse dans laquelle il succomberait. Ainsi en matière de cautionnement, lorsque la caution est actionnée par le créancier. Sauf bénéfice de discussion (*supra*), il lui appartiendra de régler. Mais, elle peut appeler en garantie le débiteur principal pour lui réclamer le remboursement de ce qu'elle est amenée à verser, et obtenir sinon une condamnation à un remboursement anticipé ou

une indemnisation (*C. civ., art. 2309*), mais du moins la mise en œuvre de mesures conservatoires ou de sûretés judiciaires (*JCl. Civil Code, Art. 2288 à 2320, fasc. 50, n° 88, par P. Simler*). La finalité essentielle de cet appel en garantie réside donc dans une question de fond et non une question procédurale : obtenir remboursement de ce qui aura été réglé. En tant que tel il apparaît très nettement que l'appel en garantie n'est donc pas une exception de procédure. Néanmoins, pour former sa demande incidemment et mettre en cause le garant, il faut du temps à la caution défenderesse, et c'est à ce titre qu'elle peut solliciter une exception dilatoire en application de l'article 109 du Code de procédure civile.

10. Appel en garantie formelle – Dans le cadre de la garantie formelle, le garant est tenu différemment. Il doit défendre le garanti contre le préjudice qui le menace, et il doit l'indemniser en cas de réalisation de ce préjudice. Le vendeur dans la mise en œuvre de la garantie légale contre l'éviction du fait d'autrui est à titre d'exemple à ranger dans ce cadre. Ici encore il apparaît que la finalité essentielle de l'appel en garantie n'est pas celle d'une exception de procédure. Il n'a pas pour objet l'instance (*V. n° 1*). Il s'agit d'éviter la condamnation et donc d'un moyen relevant du fond. En revanche, le garanti peut avoir besoin de temps pour contraindre le garant à intervenir dans l'instance originaire. C'est à ce titre que le défendeur peut opposer au demandeur une exception dilatoire.

4° Délai en cas d'exercice d'une voie de recours extraordinaire frappant une décision invoquée par une des parties

11. Voies de recours non suspensives – L'article 110 énonce 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". Une partie peut au cours d'une instance invoquer une décision de justice rendue dans un autre cadre. Il s'agit pour elle de faire jouer l'effet positif de l'autorité de chose jugée attachée à ce dernier jugement. Pour mémoire, cet effet positif – non consacré expressément ni par la loi ni par la jurisprudence – consiste à tenir pour acquis un point précédemment débattu dans le cadre d'une autre instance alors que la nouvelle demande ne présente pas la même cause ou le même objet (*C. Bouty, Chose jugée : Rép. pr. civ. Dalloz, n° 439 et 602 et s.*). Dès lors que la décision invoquée est frappée d'une tierce opposition, d'un recours en révision ou d'un pourvoi en cassation, il existe un risque que cette décision soit par la suite modifiée. Si la juridiction la tient cependant pour vraie, il pourrait en découler une contrariété de décisions. En somme, il se pourrait qu'a posteriori ce qui était présenté comme vrai parce que

découlant d'une décision de justice ne l'était pas, puisque cette décision a été modifiée... On comprend alors tout l'intérêt de cette exception dilatoire qui va consister pour le défendeur à ce que l'on suspende l'instance le temps que la juridiction de recours ait statué. Sans doute, espère-t-il que la décision invoquée contre lui soit remise en cause.

B. - Exceptions dilatoires non énumérées par la loi

12. Plan – À côté des hypothèses énumérées directement énumérées par le Code de procédure civile.

L'article 108 du Code de procédure civile indique que le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit de "*quelque autre délai d'attente en vertu de la loi*". Mais quelles sont donc ces hypothèses ? La jurisprudence y a classé le cas de la question préjudicielle en vue de saisir le juge administratif (**1°**), ou encore la règle du « criminel tient le civil en l'état » (**2°**), mais il y a d'autres hypothèses qui ont pu être sujettes à interrogations et qui doivent être rejetées de cette catégorie (**3°**).

1° Question préjudicielle en vue de saisir le juge administratif

13. Qualification contestable – Aux termes de l'article 49, alinéa 2 du Code de procédure civile "lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente... Elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle". Ainsi, lorsque la question présente un caractère sérieux et qu'elle porte sur une question dont la solution est nécessaire au règlement du litige, alors, la juridiction n'a pas le choix. Elle doit surseoir à statuer et transmettre à la juridiction idoine de l'ordre administratif. La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises qu'il y avait là une exception de procédure (Cass. 2e civ., 1er oct. 2009, n° 08-14.135. – Cass. 2e civ., 18 déc. 2008, n° 08-11.438 : D. 2009, p. 157, obs. J.-M. Sommer et C. Nicoletis. – Cass. avis, 29 sept. 2008, n° 08-00.007) et par conséquent qu'elle devait être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Si cette qualification n'a pas été débattue en doctrine, il est pourtant permis de douter de sa pertinence. La question préjudicielle n'est pas en elle-même une exception de procédure. Son objet n'est pas le lien d'instance (V. [n° 1](#)). Il y a bien plus un moyen étroitement lié avec le fond puisque de la solution qui sera donnée par la juridiction administrative influencera directement la solution du

litige dont il est saisi (CPC, art. 49, al. 2). Il n'est même pas certain qu'il s'agisse là d'un moyen de défense dans la mesure où la question préjudicielle peut être posée tant par le demandeur que par le défendeur. Le sursis à statuer quant à lui n'est qu'une conséquence de la question préjudicielle. Comme la solution du litige dépend de la décision de la juridiction administrative, le juge doit surseoir à statuer. Il n'a pas le choix. Il est donc difficile de voir dans la question préjudicielle une exception dilatoire. En la sollicitant le plaideur ne demande pas directement à ce que l'instance soit suspendue. Simplement si sa demande est acceptée, alors il y aura un sursis à statuer. La Cour de cassation procède donc à une inversion du raisonnement en faisant de la question préjudicielle une exception dilatoire. Surtout en imposant de soulever les questions préjudicielles *in limine litis*, cela nuit au fond. Car quand bien même la solution du litige dépendrait de cette question préjudicielle si elle n'est pas soulevée à temps elle sera écartée... Enfin, réduire une question préjudicielle au statut d'exception dilatoire, c'est faire bien peu cas du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire dont il est cependant vrai qu'il n'a pas valeur constitutionnelle :

Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle (Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC).

S'il s'agit d'appliquer le régime des exceptions de procédure à la question préjudicielle par pure opportunité, pour éviter que de manière dilatoire les parties ne soulèvent des questions préjudicielles, un tel détour n'est pas nécessaire. Il suffit pour écarter de telles questions de souligner qu'elles ne répondent pas aux strictes conditions de l'article 49 du Code de procédure civile : soit que la difficulté ne soit pas sérieuse, soit que la solution du litige n'en dépend pas. Il est vrai cependant que cela obligera le juge à une analyse à laquelle il échappe lorsqu'il excipe de l'irrecevabilité des exceptions de procédures non présentées *in limine litis*.

14. Question préjudicielle en droit de l'Union – La question préjudicielle n'étant pas une exception dilatoire – et ce quand bien même elle emporte un sursis à statuer – on comprend alors pourquoi la question préjudicielle devant être soumise à la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas qualifiée comme telle par la jurisprudence et « peut être présentée en tout état de cause et même à titre subsidiaire » (Cass. 2e civ., 18 déc. 2008, préc. n° 13. – Cass. 2e civ., 15 avr. 2010, n° 08-21.758). Il semblerait cependant que ce soit pour des motifs d'opportunité que les hauts conseillers aient choisis d'écarter la qualification d'exception de procédure (J.-M. Sommer et C. Nicoletis, préc. n° 13). Sans doute craignaient-ils qu'il n'y ait atteinte au principe d'effectivité du droit de l'Union en imposant aux plaideurs d'invoquer les questions préjudicielles *in limine litis*.

2° « Le criminel tient le civil en l'état »

15. Dévoiement de la règle à des fins dilatoires – La règle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état » (sur ce point V. L. Boré, *Action publique et action : JCl. Procédure pénale, Art. 4 à 5-1, fasc. 20*) avait été étendue par la jurisprudence à toutes les hypothèses dans lesquelles la décision rendue par le juge pénal était susceptible d'exercer une influence sur le juge civil, quelle que soit l'action dont ce dernier était saisi (Cass. com., 5 déc. 1961 : Bull. civ. IV, n° 461. – Cass. Ire civ., 4 déc. 1974, n° 73-12.540 : Bull. civ. I, n° 325. – Cass. com., 14 mai 1985, n° 84-11.055 : Bull. civ. IV, n° 152. – Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-11.969 : « Attendu que l'identité d'objet et de cause n'est pas une condition d'application du second alinéa de ce texte, qui exige seulement que la décision à intervenir sur l'action publique soit susceptible d'influer sur celle qui doit être rendue par la juridiction civile ». – Cass. 2e civ., 24 juin 1998, n° 96-18.942). Elle considérait en effet qu'il y avait là une conséquence de l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil. Le respect de l'autorité de la chose jugée au pénal impliquait effectivement que le juge civil sursoit à statuer le temps que la décision pénale soit rendue (L. Boré, préc. n° 10). Cette jurisprudence fut très critiquée car pour la doctrine l'action civile visée par le code était exclusivement l'action en réparation du dommage causé par une infraction pénale (Y. Mayaud, *L'action civile sauvegardée, Mél. Chavanne : Litec, 1990, p. 135*). Or en étendant la règle à toutes les hypothèses dans lesquelles le juge civil était saisi d'une action sur laquelle le jugement pénal était susceptible d'exercer une influence la jurisprudence favorisait les manœuvres dilatoires (M. Pralus, *Observations sur l'application de la règle Le criminel tient le civil en l'état : Rev. sc. crim. 1972, p. 31*). Pour bloquer une instance civile, il suffisait en effet de déposer une plainte avec constitution de partie civile contre son adversaire en soutenant, par exemple, que l'une des

pièces produites constituait un faux (*L. Boré, préc. n° 11*). La juridiction civile n'avait alors d'autre choix que de surseoir à statuer dans l'attente du jugement rendu au pénal. Pour éviter de tels comportements, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale n'impose la suspension d'instance au juge civil que dans le cas où c'est une action civile au sens strict du terme dont il est saisi. Dès lors qu'il s'agit d'une autre action, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire de suspendre.

16. Article 4, alinéa 2 du CPP – Aux termes de l'article 4 du Code de procédure pénale :

L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique.

Toutefois, il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement.

L'alinéa 2 de cet article exprime le principe suivant lequel "*le criminel tient le civil en l'état*". Il y a là une hypothèse qui correspond parfaitement à la physionomie des exceptions dilatoires. Il s'agit en effet pour le défendeur de critiquer le moment auquel la demande est formulée. Il estime qu'il aurait dû attendre que la juridiction pénale se prononce. Il réclame alors du juge qu'il sursoie à statuer le temps que la juridiction pénale se prononce. La finalité première de la demande est donc bien une suspension d'instance.

17. Article 4, alinéa 3 du CPP – Aux termes de l'alinéa 3 :

La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil.

Sont ici visées les hypothèses dans lesquelles une demande de sursis est sollicitée alors que ce n'est pas une action en réparation qui est exercée devant le juge civil (*Cass. Ire civ., 28 avr. 1982, n° 80-16.546. – Cass. soc., 4 oct. 1989, n° 86-43.750 : Bull. civ. V, n° 565. – Cass. 2e civ., 19 mars 2009, n° 05-18.484. – Cass. 2e civ., 15 oct. 2009, n° 08-14.380. – Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, n° 11-16.361 : D. 2013, p. 599, obs. L. Leroy-Gissinger et F. Renault-Malignac*). Il peut par exemple s'agir d'une demande de nullité pour dol. Dans ces cas, la suspension ne s'impose pas.

Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire (*Cass. 2e civ., 17 juin 2010, n° 09-13.583*). À ce titre il est vrai que la qualification d'exception dilatoire pourrait être critiquée. On ne rentre plus tout à fait dans le cadre de l'article 108 du Code de procédure civile puisque ce dernier n'envisage que les hypothèses dans lesquelles la demande de suspension s'impose au juge. Autre élément perturbant, il faut relever que la jurisprudence qualifie cette hypothèse d'exception dilatoire alors même qu'elle émane du demandeur (*Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-13.112. – Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, préc.*). Cela est très étonnant car sauf à se défendre face à une demande reconventionnelle, un moyen invoqué par le demandeur ne devrait pas pouvoir être qualifié de moyen de défense. Pour autant on comprend l'utilité de cette qualification puisque cela permet de purger ce type de demande *in limine litis*.

3° Hypothèses non assimilables à des exceptions dilatoires.

18. Hypothèses – Trois hypothèses peuvent ici être abordées : la suspension des poursuites contre les coobligés et garants personnes physiques en droit des entreprises en difficulté **(a)** , la clause de conciliation ou de médiation préalable **(b)** et la procédure d'inscription de faux **(c)** .

a) Suspension des poursuites contre les coobligés et garants personnes physiques en droit des entreprises en difficulté

19. Fin de non-recevoir et non exception dilatoire – 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*". Il s'agit d'une règle ayant vocation à protéger les personnes physiques garantes ou coobligées de l'entreprise en difficulté. Sa raison d'être est simple. Plus une procédure collective s'ouvre tôt, c'est-à-dire dès l'apparition des difficultés, plus elle a de chance d'être efficace. Or, il se trouve que dans la majorité des hypothèses les personnes physiques garantes de l'entreprise sont le dirigeant ou son conjoint. L'idée du législateur est alors d'inciter les dirigeants à solliciter l'ouverture d'une procédure collective pour bénéficier personnellement de cette suspension des poursuites. Mais s'agit-il d'une exception dilatoire ou d'une fin de non-recevoir ? En faveur de la qualification d'exception dilatoire, il faut relever qu'ici le garant qui s'en prévaut reproche au

créancier d'avoir agi trop tôt (avant la clôture de la procédure) et sollicite à ce titre une suspension qui s'impose au tribunal saisi. Toutes les caractéristiques des exceptions dilatoires semblent ainsi réunies. Pourtant, la jurisprudence qualifie ce moyen de fin de non-recevoir (*Cass. ch. 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*). Il faut reconnaître qu'une telle qualification est convaincante dans la mesure où c'est bien ici l'action qui est atteinte, et non seulement le lien d'instance. Les créanciers n'ont pas le droit d'agir contre le coobligé pendant cette période. Il est à ce titre notable que l'article L. 622-28 du Code de commerce précise que "*le jugement d'ouverture suspend... toute action contre...*". Il s'agit donc bien de faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen du fond du droit (*CPC, art. 122*).

b) Clause de conciliation ou de médiation

20. Une fin de non-recevoir selon la jurisprudence – 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 : JurisData n° 2003-017812 ; Procédures 2003, comm. 96, obs. H. Croze ; RTD civ. 2003, p. 349 obs. R. Perrot ; RDC 2003, n° 1, p. 182, obs. L. Cadet : « 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. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403*. – *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*).

21. Une exception dilatoire pour une partie de la doctrine – 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, Procédure civile : PUF, 2015, n° 89*). Il a même été soutenu que la qualification d'exception dilatoire serait préférable (*X. Lagarde, Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation : RDC 2003, p. 189*. – *P. Théry, obs. ss Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 : RTD civ. 2015, p. 187*). Leur réflexion part du constat selon

lequel le régime des fins de non-recevoir est dangereux en ce qu'elles peuvent être soulevées en tout état de cause (*CPC, art. 123*). Il faut reconnaître avec eux qu'il en découle qu'une des parties qui ne s'est jamais plainte du non-respect de la clause de conciliation ou de médiation préalable peut alors invoquer celle-ci à tout stade du procès. La qualification d'exception dilatoire emporterait au contraire l'obligation pour le défendeur d'invoquer l'existence d'une clause de conciliation ou de médiation préalable *in limine litis*. C'est ainsi au regard du seul régime attendu que la qualification est opérée. Si l'on considère plus classiquement que c'est une fois une notion qualifiée que l'on en déduit le régime, il est alors difficile de souscrire cette démonstration. À l'instar de L. Cadiet (*RDC 2003, préc. – N. Cayrol, Action en justice : Rép. pr. civil, Dalloz, n° 306*) il est bien plus 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. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403. – 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 jurispr. 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*).

c) Incident de faux

22. 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. 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 ? 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, préc.). Le raisonnement est le même que celui emprunté à propos de la question préjudicielle (V. n° 12), la finalité immédiate de l'incident de faux n'est pas d'obtenir une suspension d'instance, c'est une question de fond qui est ici soulevée. Ce n'est qu'incidemment, pour permettre à la procédure d'inscription de faux de se tenir, qu'il y a un sursis.

III. - Régime des exceptions dilatoires

23. Plan – Après avoir abordé la qualité pour soulever l'exception (A), il convient de déterminer ses conditions de recevabilité (B), puis la décision rendue à son propos (C).

A. - Qualité pour soulever l'exception

24. Le défendeur seulement – S'agissant d'un moyen de défense seul le défendeur devrait pouvoir soulever une exception dilatoire (1°). Le juge quant à lui n'a aucune obligation de soulever ce moyen (2°).

1° Le défendeur

25. Moyen de défense – Étant classées parmi les moyens de défense, les exceptions dilatoires sont nécessairement invoquées par le défendeur. Il ne s'agit pas seulement du défendeur initial. Le demandeur initial peut en effet se trouver en situation de défense dès lors qu'il doit se défendre d'une demande reconventionnelle. Mais dans les autres cas, les demandes de sursis à statuer présentées par le demandeur ne devraient pas être assimilables à des exceptions dilatoires et ne devraient en conséquent pas en subir le régime (elles n'ont pas à être invoquées *in limine litis*).

26. Écarts jurisprudentiels – 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 »). Cette dérogation découle peut-être du fait qu'intrinsèquement la question préjudicielle ne constitue pas une exception dilatoire, et que l'on peut même douter de ce qu'il puisse y avoir là un moyen de défense (*V. n° 12*). Mais, vraisemblablement la Cour de cassation opte-t-elle pour une telle qualification par opportunité pour éviter que des questions préjudicielles de ce type ne ralentissent trop le procès. Aussi, elle impose au demandeur comme au défendeur de soulever ces questions *in limine litis*. La Cour de cassation procède de manière identique à propos de l'alinéa article 4 du Code de procédure pénale (*Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, préc.*) : « 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 ». Mais ici encore, il s'agit sans doute d'une question d'opportunité (*V. n° 15*).

2° Office du juge

27. Absence d'obligation de les relever d'office – Le juge n'est pas tenu de relever d'office les exceptions dilatoires (pour une application à propos de l'article 4 du Code de procédure pénale : *Cass. soc., 6 févr. 1996, n° 92-44.964*. – *Cass. soc., 4 oct. 1989, n° 86-43.750* : « Mais attendu que la règle invoquée n'est pas une fin de non-recevoir que le juge serait tenu de relever d'office en raison de son caractère d'ordre public, mais une exception tendant à suspendre le cours de l'action ; que la Cour d'appel n'était donc pas tenue de surseoir à statuer dès lors que ... aucune demande en ce sens ne lui avait été présentée »).

B. - Recevabilité de l'exception

28. Au seuil du procès et concomitamment aux autres exceptions de procédure – L'exception dilatoire étant une exception de procédure, elle doit être soulevée *in limine litis*(1^o) et simultanément aux autres exceptions de procédure (2^o) sous peine d'irrecevabilité (3^o).

1^o In limine litis

a) Principe

29. Avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir – En principe et en application de l'article 74 du Code de procédure civile applicable à toutes les exceptions de procédure (qu'elles soient ou non d'ordre public) l'exception dilatoire doit être soulevée au seuil du procès.

30. Raison d'être – C'est une question d'efficacité de la procédure. Les exceptions dilatoires ont pour finalité d'obtenir un délai pour fournir des éléments supplémentaires au juge pour qu'il statue (option de l'héritier ; division des recours du créancier garantie avant de condamner la caution ; discussion des biens du débiteur avant de condamner la caution, intervention du garant dans l'appel en garantie ; décision frappée d'une voie de recours extraordinaire ; décision rendue par la juridiction pénale). Or, cela ne sert à rien que la juridiction entame un travail sur le fond ou sur le droit d'action, alors qu'elle ne dispose pas de tous les éléments pour prendre sa décision. En outre, puisque l'exception dilatoire revient pour le défendeur à critiquer le moment où la demande a été présentée (V. n^o 2), et donc à affirmer qu'elle a été présentée trop tôt, il est naturel qu'il le dise d'emblée. Si la gêne occasionnée est réelle, il doit pouvoir l'exprimer immédiatement. Enfin, 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.

31. 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, IR p. 389, P. Julien.* – Pour les fins de non-recevoir : *Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n^o 02-19.694 : JurisData n^o 2004-024578 ; Procédures 2004, comm. 199 ; Dr. & patr. 2005, n^o 144, p. 100, S. Amrani-Mekki ; D. 2004, p. 2610, note B. Beignier.* – *Cass. com., 3 déc. 1994, n^o 92-15.091*). Il importe cependant de souligner que la 1re chambre civile de la Cour de cassation a pu

décider au contraire que l'ordre utilisé dans les conclusions importe peu (*Cass. 1re civ., 18 nov. 1986, n° 85-11.324 : Gaz. Pal. Rec. 1987, som., p. 336, obs. S. Guinchard et T. Moussa. – Cass. 1re civ., 27 janv. 1993, n° 91-13.217*).

32. Par conclusion séparée ? – La 2e chambre civile de la Cour de cassation a par plusieurs décisions consacré le principe selon lequel, à peine d'irrecevabilité, les exceptions de procédure devaient être présentées au juge de la mise en état, spécifiquement, c'est-à-dire par conclusions séparées de celles développant des moyens de défense au fond ou fin de non-recevoir (*Cass. 2e civ., 12 mai 2016, n° 14-25.054 et 14-28.086. – Cass. 2e civ., 8 juin 2017, n° 15-24.827* : « Mais attendu que le conseiller de la mise en état n'est saisi des demandes relevant de sa compétence que par les conclusions qui lui sont spécialement adressées »). Doit-il en aller de même pour les exceptions dilatoires ? Ces arrêts ne visant que les exceptions de compétence, il n'est pas certain que cette règle affecte toutes les exceptions de compétence. Néanmoins il importe de souligner qu'une partie de la doctrine, bien que dénonçant le caractère *extra legem* de cette règle la généralise (*S. Guinchard, Droit et pratique de la procédure civile, préc. n° 31, spéc. n° 192.63*).

33. 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., 1er oct. 2009, n° 08-14.135 : RTD civ. 2010, obs. R. Perrot. – 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, Droit judiciaire privé : 10e éd., n° 278*).

b) Exception

34. Connaissance du fait générateur de l'exception – De manière générale, à propos des exceptions de procédure il est enseigné que si le défendeur n'était pas en mesure de connaître sa faculté de soulever une telle exception, il serait inique de lui opposer l'article 74 du Code de procédure civile. Tel sera le cas si le défendeur ne connaissait pas le moyen invoqué par le demandeur lui permettant d'exciper une exception de procédure. Un tel raisonnement doit naturellement être étendu aux exceptions dilatoires.

35. Débiteur défaillant en première instance – Par extension de la jurisprudence rendue en matière d'exception de procédure, il est possible de considérer qu'en matière d'exception dilatoire aussi,

lorsque le défendeur était défaillant en première instance, il pourra invoquer pour la première fois l'exception dans le cadre d'une opposition si le jugement a été rendu par défaut (*CPC, art. 572, al. 1er*) ou d'un appel si le jugement est réputé contradictoire (*Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-20.548 : JCP G 1992, IV, 3087 ; D. 1993, somm. p. 184, obs. P. Julien : « Attendu que le défendeur défaillant en première instance, et qui n'a donc pu exciper, à ce stade de la procédure, de l'incompétence de la juridiction saisie, conserve la faculté d'instituer en appel un débat sur la compétence, dès lors qu'il soulève l'exception avant toute défense au fond ». – Dans le même sens : Cass. com., 10 juin 1986 : JCP G 1986, IV, 244*). En revanche s'il a été représenté il ne le pourra pas (*Cass. Ire civ., 14 avr. 2010, n° 09-12.477 : D. 2010, p. 1152 : « 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 cause d'appel »*).

2° Simultanément

36. Principe – En application de l'article 74 du Code de procédure civile, les exceptions dilatoires doivent être soulevées en même temps que toutes les exceptions de procédures *in limine litis*. 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.

37. Tempérament en matière d'option successorale – Aux termes de l'article 111 du Code de procédure civile : "*le bénéficiaire d'un délai pour faire inventaire et délibérer peut ne proposer ses autres exceptions qu'après l'expiration de ce délai*". En somme, si l'héritier doit *in limine litis* se prévaloir de l'article 108 du Code de procédure civile, il n'est pas tenu d'invoquer simultanément toutes les autres exceptions de procédure. Pour ces dernières il pourra attendre l'expiration du délai d'option.

3° Sanction

38. Irrecevabilité devant être soulevée d'office – Les exceptions de procédures présentées en violation de l'article 74 du Code de procédure civiles sont irrecevables. Cette irrecevabilité doit être soulevée d'office par le juge (*Cass. 2e civ., 19 mars 2009, préc. : « Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 73, 74 et 108 du code de procédure civile que l'exception de sursis*

à statuer fondée sur les dispositions de l'article 4 du code de procédure pénale tendant à faire suspendre le cours de l'instance, doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée avant toute défense au fond, et qu'une telle irrecevabilité doit être relevée d'office alors même que la partie à laquelle est opposée l'exception n'invoquerait pas sa tardiveté ». – *Cass. 2e civ., 27 sept. 2012, n° 11-16.361*).

C. - *Décision*

1° Compétence

39. Le juge de l'action est juge de l'exception – En soulevant une exception dilatoire le défendeur soumet au juge une question autre que celle qui lui était soumise par le demandeur. C'est alors une problématique de compétence qui se pose : quelle est la juridiction qui aura compétence relativement à ce contentieux incident ? La règle selon laquelle le juge du principal est juge de l'exception – énoncée par l'article 49 du Code de procédure civile – résout naturellement la question. C'est ainsi la juridiction saisie du principal qui aura compétence.

40. Compétence du juge de la mise en état – Devant le tribunal de grande instance l'exception dilatoire c'est le juge de la mise en état qui a compétence s'il en a été désigné un (*CPC, art. 771, 1°*). Lui seul a compétence jusqu'à son dessaisissement (sur ce point, V. : *D. Karsenty, L'apparition de nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état : JCP G 2007, I, 160*). 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 (*CPC, art. 779*). Pour autant, en principe les parties ne sont plus recevables à soulever une exception après dessaisissement du juge de la mise en état. Sauf à ce que la cause ne soit apparue postérieurement (*CPC, art. 771*). Devant la cour d'appel, ce sont des règles identiques qui désignent et dirigent la compétence du conseiller de la mise en état. La question a pu se poser de déterminer si le conseiller de la mise en état a la faculté de statuer sur une exception de procédure qui n'avait pas pu être soulevée en première instance, faute de comparution de la partie concernée. Par avis du 2 avril 2007 (n° 0070007) la Cour de cassation a répondu par la négative : « le conseiller de la mise en état, dont les attributions ne concernent que les exceptions de procédure et les incidents relatifs à l'instance d'appel, n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance » (repris par *Cass. 2e civ., 7 mai 2008, n° 07-14.784*).

2° Pouvoirs du juge

41. Compétence liée ou pouvoir discrétionnaire – L'article 108 du Code de procédure civile prévoit des hypothèses dans lesquelles le juge n'aura d'autre choix que prononcer la suspension de l'instance si les conditions sont réunies **(a)** . Les autres cas laissent au juge un pouvoir discrétionnaire d'appréciation **(b)**.

a) Compétence liée

42. Exceptions dilatoires énumérées par la loi – En premier lieu, les hypothèses dans lesquelles le juge n'aura d'autre choix que d'octroyer la suspension de l'instance sont celles énumérées par la loi dans le cadre de l'article 108 du Code de procédure civile : en présence d'un délai pour faire inventaire, en cas de bénéfice de discussion et de division. Ici, dès lors que les conditions sont réunies, il a compétence liée. Il ne lui appartient donc que de vérifier si les conditions propres à ces exceptions sont ou non réunies. Une fois ce constat opéré, il ne dispose d'aucune marge d'appréciation et devra surseoir à statuer pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine.

43. Exceptions dilatoires non énumérées par la loi – L'article 108 du Code de procédure civile fait place à des exceptions dilatoires qu'il ne vise pas expressément. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles le juge doit surseoir parce qu'une partie se prévaut d'un délai d'attente en vertu de la loi. À lire ce texte, dans ces cas le juge a une compétence liée. Il en va ainsi – même si la qualification d'exception dilatoire est sujette à critique, *supra* n° 13 – à propos de la question préjudicielle en vue de saisir le juge administratif. Ici dès lors que les conditions sont réunies il doit surseoir à statuer le temps que la question soit tranchée par la juridiction administrative. Mais il n'y sera tenu qu'à la condition, non seulement que l'illégalité de l'acte administratif présente un caractère sérieux, mais en plus qu'il y ait là une question dont la solution est indispensable à la résolution du litige (*Cass. Ire civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.279*). À propos de la règle selon laquelle « le criminel tient le civil en état », qui a été qualifiée d'exception dilatoire (*V. n° 15*) il importe de distinguer selon que l'on se trouve dans l'hypothèse visée par l'alinéa 2 ou 3 du Code de procédure pénale. Dans le premier cas, dès lors que l'action publique a été mise en mouvement, lorsque l'action intentée devant le juge civil est une action en réparation du préjudice causé par une infraction, le juge civil est tenu de surseoir à statuer en attendant que la juridiction pénale se prononce. Dans le second cas, visé par l'alinéa 3 du Code de procédure pénale, lorsque ce n'est

pas une action en réparation qui est exercée devant le juge civil, la suspension ne s'impose pas au juge. Il dispose d'un pouvoir discrétionnaire (*CPP, art. 4, al. 3. – Cass. 2e civ., 17 juin 2010, n° 09-13.583. – Cass. Ire civ., 31 oct. 2012, n° 11-26.476* : « Mais attendu que, selon l'article 4, alinéa 3, du code de procédure pénale, dans la rédaction issue de la loi 2007-291 du 5 mars 2007, la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil »). À ce titre il est vrai que l'on ne rentre plus tout à fait dans le cadre de l'article 108 du Code de procédure civile puisque ce dernier n'envisage que les hypothèses dans lesquelles la demande de suspension s'impose au juge.

b) Pouvoir discrétionnaire

44. Une simple faculté pour le juge – Dans les autres cas énumérés par la loi aux articles 109 et 110 du Code de procédure civile, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Il s'agit de l'hypothèse de l'appel en garantie et de celle dans laquelle une partie invoque une décision frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation. S'agissant d'un pouvoir discrétionnaire il n'est pas soumis au contrôle de la Cour de cassation (à propos de l'article 110 du Code de procédure civile, *Cass. 2e civ., 4 oct. 2001, n° 99-15.576* : « Mais attendu qu'en décidant qu'il n'y avait pas lieu de suspendre l'instance, la cour d'appel n'a fait qu'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'article 110 du [nouveau] Code de procédure civile ». – À propos de l'article 109 du Code de procédure civile : *Cass. 2e civ., 22 avr. 1976, n° 74-14.606* : « Mais attendu que les juges...ont usé de leur pouvoir discrétionnaire d'apprécier l'opportunité d'accorder en vertu de l'article 48 du décret du 20 juillet 1972, applicable en la cause un délai pour permettre un appel en garantie »). Pour la mise en œuvre de l'article 110 du Code de procédure civile (*N. Lesourd et H. Croze, Exceptions de procédure, Exceptions dilatoires : JCl. Procédures Formulaire, fasc. 50, n° 23*), le critère retenu par la jurisprudence réside dans le risque de contrariété de jugement (*N. par ex. TGI Paris, Ire ch., 19 nov. 1997 : JurisData n° 1997-049419. – CA Pau, 10 déc. 2001 : JurisData n° 2001-162038*).

3° Régime de la décision

a) *Décision avant dire droit*

- 45. Avant de dire droit ou mixte** – La décision par laquelle le juge statue sur l'exception dilatoire est une décision avant dire droit. À moins que le juge ne tranche en même temps tout ou partie du principal. Le cas échéant la décision est mixte.
- 46. Sursis à statuer** – L'article 378 du Code de procédure civile définit le sursis à statuer comme la décision qui "*suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine*". Il faut alors en tirer comme conséquence que lorsque le juge accueille l'exception dilatoire, la décision qu'il prononce est une décision de sursis à statuer (*N. Lesourd et H. Croze, Exceptions de procédure, Exceptions dilatoires : JCl. Procédures Formulaire, fasc. 50, n° 31*).
- 47. Vrais et faux sursis** – Comme le souligne une partie de la doctrine (*V. par. ex. S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, préc., n° 248*), les décisions de sursis à statuer sont extrêmement diverses. Généralement elles sont qualifiées de mesures d'administration judiciaire. Il est vrai que de manière générale ces décisions correspondent parfaitement à la qualification de mesure d'administration judiciaire (*J. Théron, Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification : D. 2010, p. 2246*). Les mesures d'administration judiciaire sont les actes pris par le juge dans le cadre de l'Administration du service public de la justice. À l'inverse des jugements, la mesure d'administration judiciaire n'est pas rendue pour la satisfaction d'un des intérêts dont l'atteinte a suscité sa saisine. Le juge ne vient pas ordonner la mesure apte à réparer un intérêt dont l'atteinte lui a été dénoncée (comme en matière contentieuse), ni même pour la prévenir (comme en matière gracieuse). Il agit dans l'intérêt du service qu'il administre. Dans ce cadre, il importe que chaque procès ne prenne pas trop de temps et n'encombre pas inutilement le rôle des juridictions. Parce que la gestion du temps de l'instance par les parties ou leurs représentants est naturellement égoïste, il est nécessaire d'impliquer le juge pour qu'il veille à ce que les procès ne prennent pas plus de temps qu'ils ne doivent (*J. Normand, Le juge et le litige : LGDJ, 1964, n° 28*). C'est au juge qu'il appartient d'« imprimer son rythme » à la procédure. Il est administrateur de ce temps. C'est à lui d'apprécier le temps qu'il convient d'attribuer aux parties. Toutes les décisions qui marquent la gestion du temps par le juge constituent par conséquent des mesures d'administration judiciaire, à l'instar des décisions par lesquelles il sursoie à statuer. La

difficulté en la matière vient de ce que les jugements rendus en matière d'exception dilatoire ne sont pas assimilables à des mesures d'administration judiciaire. D'une part ils ne sont rendus qu'au regard de l'intérêt des parties en cause et non au regard de l'intérêt du service public. D'autres part, ils sont susceptibles de faire l'objet d'un recours. Or, en matière de mesures d'administrations les parties sont en principe dépourvues de toute voie de recours. Aux termes de l'article 537 du Code de procédure civile en effet : *“Les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours”*. Enfin, dans certaines hypothèses (*V. n° 42 et s.*) le sursis s'impose au juge. Or, cela est incompatible avec l'idée selon laquelle il appartient au juge seulement d'imprimer le rythme qu'il souhaite à la procédure en accordant ou pas le sursis. Dans ces cas-là en effet il n'a pas le choix. Comme le rappellent S. Amrani-Mekki et Y. Strickler (*préc.*), cela avait conduit le Doyen Héron (*Droit judiciaire privé : Montchrestien, Ire éd., 1991*), à qualifier les sursis obligatoires de « faux sursis » et les sursis facultatifs de « vrais sursis ». En somme, en matière d'exception de compétence, le juge rendrait des « faux sursis » dans certains cas, de « vrais sursis » dans d'autres (en cas de pouvoir discrétionnaire du juge *n° 44*).

48. Importance de la décision de sursis – Qu'il s'agisse de vrai ou de faux sursis, cette qualification est importante en ce qu'elle déclenche les effets attachés à cette décision par les articles 378 et suivants du Code de procédure civile, à l'instar notamment de l'interruption du délai de péremption. Il est important de le souligner car il semblerait qu'en pratique certains juges préfèrent renvoyer à une audience ultérieure plutôt que de prononcer un sursis à statuer. Or, ce faisant il n'y a pas d'interruption du délai de péremption (*Cass. 2e civ., 21 janv. 1987, n° 85-12.689. – Cass. 2e civ., 7 oct. 1987, n° 85-12.787. – Cass. 2e civ., 27 mai 2004, n° 02-16.745*). Surtout, les décisions rendues sur exception de procédure sont de véritables jugements (*V. n° 50*). Or, les décisions de renvoi sont des mesures d'administration judiciaires insusceptibles de voie de recours (*Cass. 2e civ., 3 févr. 2017, n° 16-10.474 : « Attendu, d'une part, que les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours, fût-ce pour excès de pouvoir ; que, d'autre part, en l'absence de dispositions spéciales de la loi, le pourvoi, dirigé contre un jugement qui n'a pas statué au fond, n'a pas mis fin à l'instance et n'est pas entaché d'excès de pouvoir, n'est pas recevable ».* – *Cass. 2e civ., 7 juin 2012, n° 11-19.118. – Cass. 2e civ., 10 mars 2011, n° 10-14.111. – Cass. 3e civ., 31 oct. 2000, n° 99-10.614*).

b) Effets

49. Instance suspendue – L’exception dilatoire accueillie produit une simple suspension d’instance et n’a aucun effet sur le fond de l’affaire. Cette suspension prendra fin conformément à l’article 378 du Code de procédure civile à l’expiration du délai, ou à la survenance de l’événement indiqué dans le jugement faisant droit à l’exception. Aux termes de l’article 379 du Code de procédure civile, l’instance se poursuivra donc à ce moment, soit à l’initiative des parties soit à l’initiative du juge.

50. Autorité de chose jugée – Les jugements statuant sur des exceptions de procédures ont dès leur prononcé, autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’ils tranchent (*CPC, art. 480*). Cette règle est reprise pour les décisions prises par le juge de la mise état, puisqu’aux termes de l’article 775 du Code de procédure civile : “*Les ordonnances du juge de la mise en état n’ont pas, au principal, l’autorité de la chose jugée à l’exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l’instance*”.

51. Interruption – Si l’instance est suspendue, les délais de procédure et notamment le délai de péremption est interrompu. À l’expiration du délai, ou à l’événement indiqué par le jugement accueillant l’exception c’est donc un nouveau délai de péremption qui naîtra (*Cass. soc., 18 déc. 2002, n° 00-46.519*. – Au jour où l’événement qui a motivé le sursis se produit, et non pas au jour où les intéressés en ont connaissance *Cass. 2e civ., 3 sept. 2015, n° 14-11.091 : JCP G 2015, 1304, n° 10, obs. Y.-M. Serinet ; Procédures 2015, comm. 318, note Y. Strickler*).

c) Voie de recours

52. Rejet de l’exception dilatoire. Jugement avant dire droit – Lorsque le juge n’accueille pas l’exception dilatoire, dans la mesure où il s’est contenté de statuer sur une exception de procédure sans mettre fin l’instance, sa décision est insusceptible d’appel ou de pourvoi immédiat. Le recours ne pourra s’exercer à leur encontre que concomitamment au jugement principal (*CPC, art. 544, 545 606 et 608*).

53. Rejet de l’exception dilatoire. Jugement mixte – En revanche si le jugement a statué sur l’exception et sur tout ou partie du fond, alors le jugement est « mixte » et peut-être frappé d’appel immédiat.

54. Accueil de la prétention – Sauf à ce que la décision soit mixte et puisse faire l'objet d'un recours immédiat, la décision qui accueille l'exception est soumise aux règles du sursis à statuer (*V. n° 45 et s.*). Par conséquent aux termes de l'article 380 du Code de procédure civile :

La décision de sursis peut être frappée d'appel sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime.

La partie qui veut faire appel saisit le premier président, qui statue dans la forme des référés. L'assignation doit être délivrée dans le mois de la décision.

S'il fait droit à la demande, le premier président fixe le jour où l'affaire sera examinée par la cour, laquelle est saisie et statue comme en matière de procédure à jour fixe ou, comme il est dit à l'article 948, selon le cas.

Si la décision de sursis est rendue en dernier ressort, elle peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation, mais uniquement pour violation de la règle de droit (*CPC, art. 380-1*).

55. Particularité des ordonnances du juge de la mise en état – Lorsque c'est le juge de la mise en état qui s'est prononcé sur l'exception, il est possible d'hésiter quant à la manière d'exercer une voie de recours. L'article 776 du Code de procédure civile indique en effet que les ordonnances du juge de la mise en état sont susceptibles d'appel :

dans les cas et condition prévues en matière... de sursis à statuer.

dans les 15 jours de leur signification, lorsque :...elles statuent sur une exception de procédure

Aussi faut-il ici encore solliciter une autorisation du premier président de la cour d'appel (*V. [n° 53](#)*) ou peut-on directement faire appel ? Dans la mesure où les exceptions dilatoires sont des exceptions de procédure, tout indique qu'il est possible de faire appel sans obtenir au préalable une autorisation du premier président de la cour d'appel (*V. N. Lesourd, et H. Croze, Exceptions de procédure, Exceptions dilatoires : JCl. Procédures Formulaire, fasc. 50,, n° 34*).

56. Ordonnance du conseiller de la mise en état – Aux termes de l'article 916, alinéa 2 du Code de procédure civile, les ordonnances du conseiller de la mise en état peuvent être déférées par simple requête à la cour d'appel dans les 15 jours de leur date.

56 . - Recours contre les ordonnances de mise en état. Procédure de déféré

La deuxième chambre civile la Cour de cassation (*Cass. 2e civ., 19 nov. 2020, n° 19-16.055 : JurisData n° 2020-019067*) considère qu'en application des articles 4, 462 et 916 du Code de procédure civile, la cour saisie d'un déféré contre une ordonnance du conseiller de la mise en état ayant statué dans les cas prévus aux alinéas 2 et 3 de l'article 916 du Code de procédure civile, doit examiner, si la demande lui en est faite, les autres demandes soumises au conseiller de la mise en état dans les conclusions qui lui ont été soumises, mais non tranchées par lui (y compris en cas d'omission de statuer). Il est fait exception lorsque le conseiller s'est réservé ces demandes.

Bibliographie

Ouvrages

- S. Amrani-Mekki et Y. Strickler
Procédure civile : 2015
- L. Cadiet et E. Jeuland
Droit Judiciaire Privé : LexisNexis, 2016
- G. Cornu et J. Foyer
Procédure civile : PUF, 1996
- E. Deroy
Des exception dilatoires : éd. A. Rousseau, 1898
- S. Guinchard
Droit et pratique de la procédure civile : Dalloz, 2017/2018
- J. Héron
Droit judiciaire privé : Montchrestien, 1991
- J. Héron et T. Le Bars
Droit judiciaire privé : Montchréstien, coll. Domat, 6 éd., 2015
- J. Normand
Le juge et le litige : LGDJ, 1964

H. Solus et R. Perrot

Droit judiciaire privé, t. 1 : Sirey, 1961

Reuves

L. Boré

Action publique et action : JCl. Procédure pénale, Art. 4 à 5-1, fasc. 20

C. Bouty

Chose jugée : Rép. pr. civ. Dalloz

N. Cayrol

Action en justice : Rép. pr. civ. Dalloz

D. Karsenty

L'apparition de nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état : JCP G
2007, I, 160

X. Lagarde

Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation : RDC 2003, p. 189

Y. Mayaud

L'action civile sauvegardée, Mél. Chavanne : Litec, 1990

I. Pétel-Teyssié

Moyens de défenses : Rép. pr. civ. Dalloz

M. Pralus

Observations sur l'application de la règle Le criminel tient le civil en l'état : Rev. sc. crim. 1972,
p. 31

P. Simler

Art. 2288 à 2320, fasc. 50 : JCl. Civil Code

P. Théry et obs. ss.

Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 : RTD civ. 2015, p. 187