

LA SEMAINE DE LA DOCTRINE LA CHRONIQUE

1397

Droit judiciaire privé

sous la direction de

Loïc Cadiet, membre de l'Institut universitaire de France, professeur à l'École de droit de la Sorbonne - Paris I, directeur du Département de Recherche sur la Justice et le Procès,

par le **Département de Recherche sur la Justice et le Procès** (Institut de recherche juridique de la Sorbonne - Andre Tunc)

avec

Soraya Amrani-Mekki, professeure à l'université Paris Ouest Nanterre - La Defense

Thomas Clay, professeur à l'université de Versailles - Saint Quentin, doyen de la faculté de droit et de science politique

Emmanuel Jeuland, professeur à l'École de droit de la Sorbonne - université Paris I

Yves-Marie Serinet, professeur à l'université Paris Sud 11 Jean Monnet

Cette chronique couvre l'actualité juridique allant de fin avril à fin novembre 2011. Pour une fois, la législation ne l'emporte pas, à défaut de textes vraiment marquants, sauf à signaler la fiscalisation, très discutée, des actes du procès et la réglementation de la procédure en la forme des référés. La jurisprudence retient davantage l'attention, avec la consolidation du régime des clauses de différend ; la clarification de la force exécutoire de la transaction extrajudiciaire, des règles de compétence dans les procédures sur requête et de la qualification procédurale de l'exception de nullité contractuelle ; une nouvelle contribution à l'admission de l'estoppel en procédure civile ; les questions que soulève toujours le principe de concentration des moyens et quelques curiosités, sinon nouveautés, comme la cessibilité de l'astreinte, l'intérêt pour agir dans les procédures préventives et la limitation de la question préjudicielle à la juridiction administrative.

1. La justice civile

A. - Institutions

1° Accès à la justice

1 - Défenseur des droits : le dispositif se précise. - Complétant la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 et la loi n° 2011-334, 29 mars 2011 relatives au Défenseur des droits (V cette chronique JCP G 2011, doctr 666, n° 1, obs L. Cadiet), plusieurs textes réglementaires ont été publiés au Journal officiel le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits et le décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits (JO 30 juill 2011, p 13020, p 13023, JCP G 2011, act 906, D 2011, p 2120, Procédures 2011, alerte 47, Procédures 2011, comm 311, obs J. Busson, V aussi F. Creux-Thomas, Des droits, un défenseur JCP G 2011, act 947), modifié par le décret n° 2011-1555 du 17 novembre 2011 relatif à l'organisation

et au fonctionnement des services du Défenseur des droits (JO 18 nov 2011, p 19372)

2 - Aide juridique : mauvaises nouvelles pour l'accès au juge. - La loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificatives pour 2011 (art 54) (JO 30 juill 2011, p 12969, JCP G 2011, act 918), a introduit à l'article 1635 bis Q CGI une contribution pour l'aide juridique de 35 € due, à compter du 1^{er} octobre 2011, par la partie qui introduit une instance civile ou administrative, sauf disposition contraire. Cette loi a été complétée par le décret n° 2011-1202 du 28 septembre 2011 relatif au droit affecté au fonds d'indemnisation de la profession d'avoue près les cours d'appel et à la contribution pour l'aide juridique (V JO 29 sept 2011, p 16383, Procédures 2011, alerte 53) par la circulaire CIV/04/11 du 30 septembre 2011 de présentation de l'instauration d'une contribution pour l'aide juridique due pour les instances soumises aux juridictions de l'ordre judiciaire, complétée par l'instruction au greffe du 30 septembre 2011 pour la mise en œuvre de la contribution

pour l'aide juridique (D 2011, act p 2409 - H. Croze, 35 € - L'apport du droit fiscal à la théorie de l'instance civile JCP G 2011, act 1145, Aperçu rapide). La disposition a suscité une très vive réaction car elle écorne, parmi d'autres mesures, le principe de gratuité de la justice, du libre accès au juge et de l'égalité des citoyens devant les charges publiques (V T. Monnerais, La taxe sur les actes judiciaires crée la polémique Le Monde 2-3 oct 2011, p 11, cf N. Gerbay, Une réforme épicée - A propos du décret du 28 septembre 2011 JCP G 2011, act 1107, Aperçu rapide, K. Yahmi, Le prix de la justice sociale Gaz Pal 2-4 oct 2011, p 13, Adde E. Boccara Gaz Pal 25-27 sept 2011, p 3, D 2011, p 2347, note C. Fleuriot, Gaz Pal 30 oct - 3 nov 2011, p 3, note F. Fortin, JCP G 2011, doctr 1098, n° 14, obs F. G'ssell, Gaz Pal 9-11 oct 2011, p 7, note H. Herman). La FNUJA a du reste déposé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cette contribution (FNUJA, communication 10 nov 2011 JCP G 2011, p 2225) que, de son côté, la Commission des finances du Sénat a supprimée en première lecture du

projet de loi de finances pour 2012 (*Senat, communique 16 nov 2011*)

LOIC CADIEP

2° Institution judiciaire

()

3° Professions judiciaires

()

4° Modes alternatifs de règlement des conflits

3 - Circulation de la clause de conciliation. - C'est un véritable droit des clauses relatives aux litiges que la jurisprudence bâtit sous nos yeux. Après avoir créé une irrecevabilité de l'action intentée en violation d'une clause de conciliation (*Cass ch mixte, 14 fevr 2003 Bull civ 2003, ch mixte, n° 1, JCP G 2003, I, 128, n° 54, obs L. Cadiet*), après avoir consacré le principe d'autonomie des clauses attributives de juridiction comme pour les clauses compromissoires (*Cass 1^{re} civ, 8 juill 2010 Bull civ 2010, I, n° 161, JCP G 2010, doctr 1191, n° 7, obs T. Clay*), voilà que la Cour de cassation admet la circulation de la clause de conciliation dans un rapport juridique tripartite (*Cass. 3^e civ., 28 avr. 2011, n° 10-30.721 JurisData n° 2011-007195, D 2011, act p 1282, JCP G 2011, doctr 1030, n° 8, obs G. Loiseau, Procédures 2011, comm 220, note R. Perrot*). Comme pour la clause compromissoire, la clause de conciliation est opposable au subrogé, même s'il n'a pas personnellement connaissance de la subrogation, précise l'arrêt. C'est logique car ces clauses concernent les litiges susceptibles de naître du contrat qui les contient, et non pas les obligations substantielles de celui-ci. Elles doivent suivre le contrat dans ses péripéties et non pas être victimes de sa circulation.

4 - Médiation à l'heure européenne. - Les pratiques y étant diverses, la médiation reste un domaine aux contours mal définis, alors même que la volonté d'en favoriser l'extension pour résoudre les litiges de consommation se constate tant au plan communautaire que national. C'est ainsi qu'a été installée une Commission de la médiation de la consommation, laquelle vient de faire connaître sa **Charte des bonnes pratiques de médiation en matière de consommation** (*D 2011, p 2397, obs X. Delpech*). Outre qu'elle définit la médiation comme

« un processus structure dans lequel le médiateur a pour mission de faciliter la résolution d'un différend entre deux parties dont l'une est un professionnel et l'autre un consommateur », cette charte veut encadrer les règles applicables aux médiateurs et aux « médies » professionnels que sont en l'espèce les entreprises et les administrations. Gageons que ce type de guide de bonnes conduites sera de nature à rassurer les consommateurs et à développer le recours à la médiation. Cette charte s'inscrit dans le droit fil de la directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (V. L. Cadiet, E. Jeuland, S. Amrani Mekki [dir], *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis, 2011, n° 842-870), qui vient enfin d'être transposée en droit français par l'**ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011** (*JO 17 nov 2011, p 19286*) qui fera l'objet d'une présentation détaillée dans cette revue (*N. Nevejans, étude à paraître*).

5 - Clause compromissoire. - Renouant avec ses anciennes amours, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt en matière d'arbitrage (*Cass. 2^e civ., 16 juin 2011, n° 10-22.780 JurisData n° 2011-011680*), retrouvant ainsi une discipline qu'elle a eue à traiter jusqu'au 31 août 2004, date à laquelle l'intégralité du contentieux sur l'arbitrage, interne et international, a été concentrée à la première chambre civile. En réalité, il s'agissait en l'espèce d'une affaire qui se situait aux frontières de l'arbitrage, et n'en avait d'ailleurs même pas le nom puisque la clause de litige était dénommée « clause de conciliation ». Il s'agissait d'un type très particulier d'arbitre, l'« arbitre médecin », appelé à statuer sur une question relative à l'évaluation d'une invalidité. La cour d'appel avait estimé que la clause compromissoire contenue dans le contrat d'assurance qui avait pour objet de couvrir le risque d'invalidité n'était pas valable. L'arrêt est cassé pour violation de l'article 2061 du Code civil qui valide la clause compromissoire conclue « à raison d'une activité professionnelle », ce qui était le cas en l'espèce selon la Haute juridiction. Cela soulève deux questions : était-ce bien un contrat professionnel ? La clause compromissoire avait-elle été librement consentie ? Sur le premier point, il semble en effet que, bien qu'il s'agisse d'un contrat d'assurance médicale, celui-ci couvrirait les risques professionnels et pouvait

donc être considéré comme ayant été conclu à raison d'une activité professionnelle. Mais, sur le second point, l'arrêt ne convainc pas car il n'y a d'arbitrage que si les parties l'ont réellement voulu. Or ici la volonté de l'assuré semble avoir été triplement forcée : d'abord parce que c'est sa mutuelle qui s'est engagée en son nom et non lui-même, ensuite parce qu'il s'agit manifestement d'un contrat d'adhésion, enfin parce que la clause qualifiée d'arbitrage s'intitulait « clause de conciliation ». Faut-il rappeler que, même conclu à raison d'une activité professionnelle, l'arbitrage doit avoir été réellement voulu pour être valable ? C'est même son seul véritable fondement.

6 - Force exécutoire d'une transaction extrajudiciaire. - On sait que le décret du 28 décembre 1998 a inséré, dans le Code de procédure civile, un article 1441-4 destiné à permettre une homologation judiciaire des transactions pour leur conférer force exécutoire, les transformant ainsi en véritables contrats judiciaires. Si l'on s'est longtemps interrogé sur la nature juridique de cette homologation, donc des recours ouverts contre la décision d'homologation, jusqu'à ce que la Cour de cassation énonce qu'il s'agissait d'une ordonnance sur requête susceptible d'appel (*Cass. 2^e civ., 24 mai 2007 Bull civ 2007, II, n° 133, JCP G 2007, I, 200, n° 10, obs T. Clay*), une question restait en suspens : celle de l'étendue du contrôle par le juge saisi de la requête d'homologation. Suivant une opinion doctrinale (*JCP G 1999, I, 130, n° 18, obs L. Cadiet*), la Cour de cassation vient de préciser que ce contrôle ne pouvait porter que sur la nature de la convention (s'agit-il ou non d'une transaction ?) et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs (*Cass. 2^e civ., 26 mai 2011, n° 06-19.527 RTD civ 2011, p 559, obs P-Y. Gautier et p 593, obs R. Perrot, D 2011, act p 1494, D 2011, p 2153, J-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger, Dr et proc 2011, p 215, obs O. Salati*). À l'instar du juge de l'exequatur pour les sentences arbitrales, le juge chargé de l'homologation opère donc un contrôle très léger, qui doit être distingué d'une décision sur la validité de l'acte. La dissociation du litige sur la validité et sur la force exécutoire a pour but d'empêcher que les contestations sur la validité n'aient d'autre objet que d'empêcher ou retarder l'exécution. C'est l'efficacité de ces contrats judiciaires qui est ici renforcée.

THOMAS CLAY

B. - Compétence

1° Critères

7 - **Contentieux du surendettement.** - A signaler, à la suite de la réforme du droit du surendettement des particuliers (V cette chronique *JCP G 2011, doctr 666, n° 26, obs S Amram Mekki*) le **décret n° 2011-741 du 28 juin 2011** (*JO 29 juin 2011, p 10959, Procédures 2011, alerte 45, D 2011, p 1772, JCP G 2011, act 807, C Blery, Aperçu rapide*, organisant une période transitoire de six mois à compter du 1^{er} septembre 2011 pour organiser le transfert des compétences du juge de l'exécution au tribunal d'instance, et le **décret n° 2011-981 du 23 août 2011**, relatif à la spécialisation de tribunaux d'instance dans le ressort de certains tribunaux de grande instance pour connaître des situations de surendettement des particuliers et des procédures de retablisement personnel (*JO 24 août 2011, p 14296, D 2011, act p 2030*)

LOIC CADIET

8 - **Juge des requêtes.** - La compétence territoriale dans une procédure visant à obtenir sur requête des mesures d'instruction *in futurum* n'étant régie par aucun texte, la jurisprudence l'a fixée au lieu d'exécution des mesures requises des lors qu'aucun juge du fond n'est encore saisi. Cela revient en pratique à désigner le lieu où demeurent les personnes visées par la requête (*Cass. 2^e civ, 18 nov 1992 Bull. civ 1992, II, n° 266, D 1993, jurispr p 91, note Y Chartier, RTD civ 1993, p 648, obs R Perrot, Rev sociétés 1993, p 418, obs J-F Barbieri, JCP G 1993, I, 3678, n° 10, obs L Cadiet*). En cas de pluralité de personnes concernées, la question se pose de la possibilité de rassembler la procédure devant un seul juge. La Cour de cassation l'admet heureusement pour éviter un éclatement du contentieux latent, mais elle prend soin de relever la présence d'une requête unique comportant des demandes connexes concernant un même litige (*Cass. 2^e civ., 5 mai 2011, n° 10-20.435 JurisData n° 2011-007743, Procédures 2011, comm 221, note R Perrot, D act 8 juin 2011, C Tahri - V déjà, Cass. 2^e civ, 30 avr 2009 Procédures, 2009, comm 224, note R Perrot, D 2009, p 2321, obs S Pierre-Maurice*). Il s'agit d'une sorte d'anticipation de l'option de compétence de l'article 42 alinéa 2 du Code de procédure civile qui ne peut s'appliquer tel quel, faute de défendeur à la procédure, sinon en germe

2° Régime

9 - **Litispendance, connexité et retractation d'une ordonnance sur requête.** - Les exceptions de litispendance et de connexité concernent deux procédures sur requête menées parallèlement doivent être soulevées dans le seul cadre d'un référé en retractation. La Cour de cassation protège ainsi la compétence exclusive du juge des requêtes pour retracter sa propre ordonnance d'un détournement (*Cass. 2^e civ., 23 juin 2011, n° 10-23.189 JurisData n° 2011-012961, Procédures 2011, comm 296, note R Perrot, D act 22 sept 2011, C Tahri*), même si elle impose ainsi une lourdeur procédurale

10 - **Question préjudicielle au juge administratif : Septfonds à l'heure européenne (également).** - Alors qu'il est constant depuis la fameuse jurisprudence *Septfonds* que le juge judiciaire doit surseoir à statuer et poser une question préjudicielle à la juridiction administrative lorsqu'un acte administratif est en cause (*T. confl, 16 juin 1923, n° 0732 Rec. CE 1923, p 498, GAJA Dalloz, 18^e ed, 2011, n° 39 - Adde S Simon, La fin d'un tabou l'arrêt Septfonds ébranle par les contraintes du droit de l'Union Europe 2011, repere 10*), le Tribunal des conflits vient d'y apporter un tempérament notable, des lors qu'est en cause une norme européenne, dans le souci de respecter le délai raisonnable des procédures (*T. confl., 17 oct. 2011, n° 3828 et n° 3808, SCEA du Cheneau JCP A 2011, act 682, obs J-G Sorbara, JCP G 2011, note B Plesix a paraître, AJDA 2011, p 2041, obs R Grand*). Revenant sur sa jurisprudence antérieure (*T. confl, 19 janv 1998, n° 3084, Union française de l'Express et a c/ La Poste et a Rec. CE 1998, p 534, D 1998, p 329, concl J Arrighi de Casanova; RFDA 1999, p 189, note B Seiller, AJDA 1998, p 497, note J-T Cherot*), il admet désormais que le juge judiciaire est compétent pour poser directement une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ou pour appliquer l'acte s'il s'estime en état de le faire alors même qu'un acte administratif serait incidemment en cause. Le respect du principe de primauté et d'effectivité du droit de l'Union européenne le justifie, même s'il perturbe les ordres établis, et laisse deviner des compétences à géométrie variable du juge judiciaire en présence d'un acte administratif selon la nature des méconnaissances alléguées

2. Le procès civil

A. - Droit commun

1° L'action

11 - **L'intérêt à agir dans l'action préventive.** - La notion d'intérêt ne et actuel est appréciée concrètement. C'est ainsi qu'alors même qu'une banque ne demandait pas à être payée du prêt qu'elle avait consenti, l'épouse du défunt emprunteur avait bien un intérêt ne et actuel à agir pour voir déclarer la créance de la banque prescrite pour « connaître la consistance exacte du patrimoine dont elle avait hérité et l'étendue des droits dont elle pouvait disposer compte tenu des hypothèques garantissant cette créance » (*Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2011, n° 10-10.348 JurisData n° 2011-010935, D 2011, act p 1695, D 2011, p 2144, note C Creton, D 2011, p 2311, note S Grayot-Dix, Procédures 2011, comm 255, note R Perrot, RTD civ 2011, p 535, obs B Fages, Dr et proc 2011, p 260, obs Ch Lefort*). Véritable action déclaratoire pour être informée sur la consistance de ses droits (*contra, J Heron et T Le Bars, Droit judiciaire privé Montchrestien, 4^e ed, 2010, spec n° 67*, pour lesquels l'action n'est pas déclaratoire lorsqu'elle est intentée par celui qui conteste un droit car il a alors un intérêt autre que la seule déclaration), la dérogation se justifie par la singularité de l'espèce. Elle ne pose donc pas de principe général, même si on voit encore poindre l'idée que la notion d'intérêt laisse parfois place à celle d'utilité de l'action (V *contra*, à propos d'une action en déclaration d'incompétence pourtant utile, *CA Paris, 6 mars 2008, n° 06/15786 D 2008 p 852, obs I Gallmeister, D 2008, p 1452, note P Courbe, D 2008, p 1507, obs F Jault-Seske - TGI Nanterre 27 août 2009 et CA Paris, 28 avr 2010 Gaz. Pal 2010, I, doctr p 1348, note B Audit et M-L Niboyet*)

12 - **Action en représentation conjointe des associations de consommateurs.** - Alors qu'on continue à réfléchir au moyen d'introduire une action de groupe en droit européen et français (V en dernier lieu, *C Prieto [dir.], Coherence européenne des recours collectifs - Réponse à la consultation publique de la Commission européenne Société de législation comparée, coll TEE, 2011*), la Cour de cassation rappelle que l'action en représentation conjointe n'en est pas une pour la faire rentrer dans son lit (*Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2011, n° 10-15.676 JurisData n° 2011-009653*,

D. 2011, p. 1548, obs. X. Delpech ; D. 2011, p. 1884, note N. Dupont ; Rev. Lamy dr. civ. 2011, n° 84, p. 63, obs. L. Raschel ; RD bancaire et fin. 2011, comm. 156, note X. Lagarde ; Comm. com. électr. 2011, comm. 201, obs. G. Raymond ; Comm. com. électr. 2011, comm. 77, obs. A. Debet). En l'espèce, l'association UFC Que choisir avait décidé d'encourager les consommateurs à lui fournir des mandats par la voie de l'internet, allant jusqu'à s'engager à « supporter toute la procédure et la conduire ». La Cour de cassation y a vu une atteinte au régime de l'action en représentation conjointe qui interdit tout appel public (C. consom., art. L. 422-1), même si à l'époque l'internet n'était pas visé, pour préserver la réputation des professionnels mis en cause. Certes, en l'espèce, la société ayant déjà été condamnée, le risque n'existait pas. Cependant, la lecture du texte n'invite pas à cette distinction qui serait en pratique délicate. Cette solution orthodoxe interroge cependant sur le mécanisme de l'action en représentation conjointe, dite mort-née car intrinsèquement inefficace. L'arrêt de la Cour de cassation, par sa rigueur, ne peut-il alors être lu comme une invitation à oser enfin passer le cap de l'adoption d'une véritable action de groupe ? Il souligne en effet que l'association a été au-delà des textes car elle « savait ne pouvoir agir en introduisant l'instance et (...) très rapidement avait pris conscience du caractère très limité du préjudice individuel de chaque abonné ».

13 - Fin de non-recevoir et « Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ». - L'obligation de ne pas se contredire est réaffirmée au visa d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 septembre 2011 (Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : JurisData n° 2011-019424 ; D. 2011, act. p. 2345 ; JCP G 2011, note 1250, D. Houtcieff). Déjà présent dans l'arrêt d'Assemblée plénière du 27 février 2009 (n° 07-19.841 : JurisData n° 2009-047173 ; D. 2009, p. 723, obs. X. Delpech ; D. 2009, p. 1245, note D. Houtcieff ; JCP G 2009, II, 10073, note P. Callé. - Cass. I^{re} civ., 8 juill. 2010 : Bull. civ. 2010, I, n° 157 ; D. 2010, act. p. 1886, obs. X. Delpech ; D. 2010, p. 2933, obs. T. Clay), il n'avait cependant pas été appliqué à l'espèce, mais il permettait d'en préciser la sanction, à savoir la fin de non-recevoir. Dans l'arrêt de la chambre commerciale, le principe nettement posé dans un attendu de principe, permet de déclarer irrecevables des demandes d'une société se disant dépourvue de personnalité morale

alors même qu'elle avait intenté un pourvoi en cassation et obtenu préalablement partiellement gain de cause (rappr. Cass. I^{re} civ. 26 oct. 2011, n° 10-17.708 : JurisData n° 2011-023348) fondant l'irrecevabilité du moyen soulevé au soutien du pourvoi, sur le fait que la société demanderesse au pourvoi s'est « contredite au détriment d'autrui par des comportements procéduraux qui sont incompatibles ».

SORAYA AMRANI MEKKI

2° L'instance

14 - Concentration des moyens et des demandes : le principe est conforté, sa portée discutée. - L'application immédiate du principe de concentration des moyens n'est pas jugée contraire à l'article 6, § 1 de la Convention EDH, dès lors que le revirement de jurisprudence qui l'a imposée était connu des parties et survenu avant la formation du pourvoi dans une affaire de responsabilité pour infection nosocomiale (CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, LeGrand c/ France : Procédures 2011, comm. 229 ; Dr. et proc. 2011, p. 236, obs. N. Fricero). Un jugement du tribunal correctionnel ayant relaxé le médecin poursuivi au pénal, la victime avait préféré se désister de son appel avant de réintroduire une action en responsabilité contractuelle devant le juge civil. Pour écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, la cour d'appel de Rouen avait retenu que la juridiction pénale ne s'était prononcée que sur la seule responsabilité délictuelle du médecin. Elle fut censurée par la Cour de cassation au motif qu'il incombait au demandeur de présenter, dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens relatifs à l'indemnisation des préjudices résultant de l'intervention médicale. Sur le terrain de l'article 6, § 1, la CEDH estime que si la prévisibilité de la jurisprudence garantit l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, il n'existe pourtant aucun droit acquis à une jurisprudence constante. Elle observe par ailleurs que, faute de décision irrévocable, le revirement de jurisprudence pouvait être immédiatement appliqué. Enfin, elle relève qu'au moment où la Cour de cassation a statué, il n'existait aucune incertitude sur l'état du droit consécutif à la jurisprudence *Cesareo*. Ce à quoi on objectera tout de même que, lors du désistement, qualifié par la CEDH de « choix procédural personnel », l'obligation de concentration des moyens était dans les limbes !

Le moins que l'on puisse dire, c'est que les différentes chambres de la Cour de cassation n'ont pas la même idée de la portée de cette charge (E. Jeuland, *Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation* : JCP G 2010, note 1052). En 2010, plusieurs décisions s'étaient contredites sur le point de savoir si l'obligation de concentration des moyens allait dériver vers une obligation de concentration des demandes (comp. Cass. I^{re} civ., 1^{er} juill. 2010 : Bull. civ. 2010, I, n° 150. - Cass. 2^e civ., 23 sept. 2010 : Bull. civ. 2010, II, n° 157). Depuis, la contrariété a gagné en intensité. Adoptant un parti strict, la deuxième chambre civile pose en règle que « s'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits » (Cass. 2^e civ., 26 mai 2011, n° 10-16.735 : JurisData n° 2011-009999 ; JCP G 2011, note 861, Y.-M. Serinet ; D. 2011, p. 1566, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2011, p. 593, obs. R. Perrot). Le bénéficiaire d'un pacte de préférence ayant, lors d'une première instance, fait reconnaître judiciairement l'exercice de son droit et la perfection de la vente, avait ensuite réclamé le remboursement des loyers de l'immeuble perçus depuis la date où il était considéré comme acquis. La décision d'irrecevabilité fondée sur l'obligation de concentration est censurée au motif que « la demande en paiement des loyers n'avait pas le même objet que la demande tendant à faire juger que la vente de l'immeuble était parfaite ». De son côté, la chambre commerciale vient de reprendre la position de la première chambre civile qui, en matière de cautionnement, interdit à la caution d'invoquer dans une nouvelle instance la perte du bénéfice de subrogation par la faute de la banque pour faire compenser sa condamnation au paiement avec la créance de réparation (Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383 : JurisData n° 2011-023406 ; D. 2011, p. 2735, obs. V. Avena-Robardet). Il appartenait selon elle à la caution « de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elle estimait de nature à justifier le rejet total ou partiel de la demande », d'autant qu'elle aurait pu ici faire valoir ses droits auprès du juge-commissaire statuant sur l'admission de la créance ou à l'occasion d'un recours. Implicitement mais nécessairement, la chambre commerciale impose donc, au-delà de la seule concentration des moyens de défense, d'invoquer dès la pre-

mière instance les demandes (reconventionnelles) qui auraient pu aboutir à remettre en cause, fut ce indirectement, le résultat de la condamnation prononcée. Ou l'on voit que l'obligation de concentrer les demandes reste une question toujours ouverte

15 - Qualification procedurale de l'exception de nullite contractuelle. - Sur la distinction des moyens et des demandes, la Cour de cassation vient de rendre un arrêt de principe à propos de la nullité contractuelle soulevée par le défendeur (*Cass. ass. plen., 22 avr. 2011, n° 09-16.008* *JurisData n° 2011-007275*, *JCP G 2011, note 715*, *Y-M Sermet*, *D 2011, p 1870, obs O Deshayes et Y-M Lauthier*, *Rev Lamy dr civ 2011, n° 84, p 61, obs L Raschel*, *Dr et proc 2011, p 210, obs E Putman*, *Rev Soc 2011, p 547, note J Moury*) Depuis longtemps, la qualification de ce que l'on désigne sous l'expression d'« exception de nullité » suscite la discussion. Faut-il y voir un simple moyen de défense, relevant alors nécessairement de la catégorie des défenses au fond (*Cass. 3^e civ, 16 mars 2010 Bull civ 2010, III, n° 63*) ou bien une véritable demande reconventionnelle ? Le choix a des conséquences importantes : application de l'adage *Quae tempora ha*, portée de la règle de concentration et de l'autorité de la chose jugée, formalisme de la demande reconventionnelle lorsqu'elle est élevée à l'encontre d'une partie défaillante ou d'un tiers (*CPC, art 68, al 2*) Tel était l'enjeu du débat dans l'affaire rapportée. Après une cession d'actions conclue avec un actionnaire majoritaire agissant, tant en son nom personnel qu'en qualité de porteur fort de cinq autres, l'un des cessionnaires assigné en paiement par plusieurs cedants avait soulevé la nullité pour dol et sollicité la condamnation des demanderesse à restituer le prix des actions déjà versé. Sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Lyon avait jugé qu'il s'agissait d'une demande incidente irrecevable faute d'avoir été faite à l'encontre des autres parties à l'acte, tiers à l'instance, dans les formes prévues par l'article 68, alinéa 2 du CPC. En formation plénière, la Cour de cassation s'est finalement rangée à cette conclusion en retenant que « constitue une demande reconventionnelle, en vertu de l'article 64 du CPC, la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ». En l'espèce, la qualification de défense au fond devait être écartée des lors que le cessionnaire des parts ne se bornait pas

à invoquer la nullité du protocole mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité en sollicitant le retour au *statu quo ante*

16 - Nullité de l'expertise devenue sans objet. - La première chambre civile a récemment jugé, au visa des articles 175 à 178 du CPC, que « la nullité d'une expertise peut être demandée par les parties, peu important que l'action en considération de laquelle la mesure a été ordonnée n'ait plus d'objet » (*Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2011, n° 10-22.826* *JurisData n° 2011-013614*, *D 2011, act p 1911*, *JCP G 2011, note 852*, *G Deharo*) Se trouve ainsi censurée la décision d'appel qui, pour écarter la demande d'annulation d'un rapport médico-psychologique, avait considéré que, s'agissant d'un litige entre ex-époux relatif à l'organisation de la résidence alternée et à la prise en charge de l'éducation et l'entretien de l'enfant, la demande était devenue sans objet à la suite de sa majorité, l'autorité parentale s'éteignant alors de plein droit (*C civ, art 371-1*) On aurait pu considérer qu'incidente, la mesure d'instruction devait suivre le sort de l'action dans l'instance. Mais il faut croire que la Cour de cassation a estimé que le père pouvait conserver un intérêt à agir en nullité – est-ce le risque d'une utilisation des éléments du rapport à l'occasion d'une autre instance ?

17 - La procédure en la forme des référés accueillie par le Code de procédure civile. - Plusieurs textes législatifs ou réglementaires énoncent que certains litiges seront jugés « en la forme prévue pour les référés » ou « comme en matière de référé » l'article 1843-4 du Code civil, relatif à l'expertise de la valeur des droits sociaux en cas de cession ou de rachat impose, l'article 1460, alinéa 2 du CPC, sur la saisine du juge d'appui en matière d'arbitrage. Cette procédure, jusqu'à alors seulement nommée, vient de recevoir un embryon de régime juridique (*D. n° 2011-1043, 1^{er} sept. 2011* *JO 2 sept 2011, p 14884*, *C Blery*, *Le référé procedural entre au CPC un texte bienvenu mais encore insuffisant* *JCP G 2011, act 1006*, *Aperçu rapide*, *M Foulon et Y Strickler*, *Le décret n° 2011-1043 du 1^{er} septembre 2011 et la procédure en la forme des référés* *D 2011, p 2668*) Comme par le passé, elle n'empruntera au référé que les formes procédurales, l'article 492 1 du CPC renvoyant aux articles 485 à 487 et 490 dudit code. En revanche, les règles relatives à l'ordonnance de référé ne lui sont pas transposées. Le juge exerce en effet les

pouvoirs dont dispose la juridiction au fond (pas de condition d'urgence et d'absence de contestation sérieuse) et rend une décision définitive (et non provisoire) qui a autorité de chose jugée au principal, hormis dans l'hypothèse où on lui demande de retracter son ordonnance sur requête (*CPC, art 496*) Contrairement à ce qui était admis, le texte nouveau prévoit que « l'ordonnance est exécutoire à titre provisoire, à moins que le juge en décide autrement ». Par ailleurs, les voies de recours, si elles sont ouvertes, obéissent désormais au régime prévu pour les véritables ordonnances de référé (renvoi à *CPC, art 490*)

YVES MARIE SERINET

18 - Effet de fait des jugements. - Lorsqu'un divorce étranger n'a pas d'effet normatif en France car il n'a pas été reconnu en France et transcrit sur les registres de l'état civil, il peut néanmoins être pris en considération pour constater la séparation des époux et l'absence de disparité dans le cadre d'une demande en divorce et de prestation compensatoire formulée devant un juge français (*Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 10-14.142* *JurisData n° 2011-007952*, *JCP G 2011, act 578*, *D 2011, act p 1347*, *Gaz Pal 12-13 août 2011, p 33, obs M Eppler*) La notion d'effet de fait laisse souvent un sentiment d'insatisfaction (par ex *Cass com, 4 oct 2005 Rev crit DIP 2006, p 405, note H Muir-Watt*) Elle apparaît parfois, comme c'est le cas ici, comme un effet normatif atténué ou comme la prise en compte d'un droit acquis à l'étranger. On peut en effet se demander si la séparation des époux n'est pas un effet de droit du jugement étranger plus qu'un état de fait. Plus généralement, l'effet de fait paraît renvoyer à l'état du rapport de droit entre les parties.

19 - Prétentions nouvelles en appel. - Deux décisions peuvent être signalées concernant la question des prétentions nouvelles en appel. En vertu de l'article 566 du CPC, une partie n'est pas recevable à présenter pour la première fois en appel des prétentions qui seraient le prolongement ou l'accessoire des demandes formées en première instance par une autre partie (*Cass. 2^e civ., 30 juin 2011, n° 10-23.537* *JurisData n° 2011-012769*, *a paraître au Bull*) Par ailleurs, la demande de résolution qui vise à mettre à néant un contrat ne tend pas aux mêmes fins que la demande d'exécution sous astreinte formulée en première instance qui le laisse subsister. Par conséquent, il s'agit d'une demande

nouvelle irrecevable en appel qui devrait donc pouvoir donner lieu a une nouvelle demande en premiere instance (*Cass. 2^e civ., 8 sept. 2011, n° 09-13.086* *JurisData n° 2011 018146, D 2011, act p 2211, Procédures 2011, comm 326, note R Perrot*)

3° L'exécution

20 - **Cessibilité de l'astreinte.** - Lorsqu'une société bénéficiaire d'une astreinte est absorbée, la société absorbante peut en demander la liquidation. Quoique l'action en concurrence déloyale n'a pas fait l'objet de la cession, car elle n'est pas un accessoire du titre cédé (il s'agissait d'un magazine), les parties peuvent convenir de la cession de la créance assortie d'astreinte. En effet, « aucune disposition légale n'a pour effet de rendre incessible l'astreinte ». L'astreinte ne paraît cependant cessible qu'avec la cession de l'obligation de ne pas utiliser un titre de magazine. Par ailleurs, la société absorbante ne peut se prévaloir de l'astreinte qu'à compter de la notification de la cession de créance en vertu de l'article 1690 du Code civil. Cet aspect de l'arrêt est critiquable dans la mesure où les conditions de l'article 1690 sont généralement considérées comme des conditions d'opposabilité aux tiers et non, comme le laisse entendre la Cour de cassation, des conditions nécessaires à la naissance de la créance. Quoi qu'il en soit cet arrêt important ajoute une pierre à l'approche procédurale des opérations juridiques à trois personnes (*Cass. 2^e civ., 7 juill. 2011, n° 10-20.296* *JurisData n° 2011-013616, D 2011, act p 1912, JCP G 2011, doctr 1030, n° 6, obs M Bilhau, Procédures 2011, comm 293, note R Perrot, Dr et proc 2011, p 244, obs E Putman, E Jeuland, Jalons pour une approche procédurale des opérations juridiques à trois personnes, in Melanges Jacques Heron LGDJ, 2008, p 259*)

EMMANUEL JEULAND

B. - Droit spécial

1° Juridictions particulières

21 - **Conseils de prud'hommes.** - La règle de l'unicité de l'instance, dont le régime a été profondément renouvelé depuis un revirement récent, n'en finit plus de nécessiter des précisions jurisprudentielles (*Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-70.404* *JCP G 2010, act 1153, JCP S 2010, 1517, note I Petel-Teyssie, D 2011, p 227, note V Orif, Procédures 2011,*

comm 15, obs A Bugada et comm 51, obs R Perrot, Gaz Pal 22 mars 2011, p 11, obs S Amrani Mekki - Rappr Cass soc., 9 mars 2011, n° 09-65.213 *D 2011, act p 888*) Ainsi, de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 4 octobre 2011 par lequel la chambre sociale de la Cour de cassation précise que si l'acquiescement à la demande du salarié n'empêche pas ce dernier d'introduire une nouvelle instance pour formuler de nouvelles demandes, il empêche que celles-ci soient formulées dans la même instance éteinte par acquiescement (*Cass. soc., 4 oct. 2011, n° 10-15.249* *JurisData n° 2011-021012, D 2011, act p 2546*) La règle de l'unicité de l'instance est donc sans application après acquiescement car, la encore, il n'y a pas eu jugement au fond de la juridiction. Même s'il aurait été opportun de poursuivre la même instance plutôt que d'en réintroduire une nouvelle, techniquement l'instance est éteinte par acquiescement, ce qui empêche sa continuation. Tel n'est pas le cas lorsque, à la suite d'une caducité pour défaut de notification du jugement dans le délai de six mois, l'instance est reprise en vertu de l'article 478 du CPC (*Cass. soc., 4 oct. 2011, n° 10-23.322* *JurisData n° 2011 021007, D 2011, act p 2546*) En effet, l'instance n'est pas alors éteinte, mais reprend en conservant les effets de la demande originaire introductive d'instance.

2° Matières particulières

22 - **Contentieux de la filiation.** - Si l'expertise est la reine des preuves, elle ne saurait être utilisée pour contredire une possession d'état. C'est ce que rappelle un arrêt de la première chambre civile du 16 juin 2011 (*Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, n° 08-20.475* *JurisData n° 2011 011609, Procédures 2011, comm 270, note M Douchy-Oudot, Dr famille 2011, comm 150, note C Neirinck, D 2011, p 1757, obs C Siffrein-Blanc, RTD civ 2011, p 524, obs J Hauser, Gaz Pal 16-17 nov 2011, p 13, obs J Massip*) Même si le principe dispositif n'est pas visé en l'espèce, il pourrait suffire à justifier que le juge ne peut aller au-delà des prétentions des parties en ordonnant une mesure d'instruction en décalage avec les prétentions formulées. La partie aurait du agir en contestation de paternité pour justifier une expertise biologique, ce qui, en l'espèce, lui était impossible du fait du délai de prescription. Si l'expertise est de droit en matière de filiation (*Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000* *Bull. civ 2000, I, n° 103*), tel n'est donc pas le cas lorsqu'il est question

de possession d'état ce qui justifie la publication de la précision au rapport annuel de la Cour de cassation

SORAYA AMRANI MEKKI

23 - Droit judiciaire intracommunautaire.

- Une proposition de règlement européen du 25 juillet 2011 (COM(2011) 445) porte création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire (OESC), destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale (*Comm. UE, communiqué IP/11/923, 25 juill 2011, Gaz Pal 3-4 août 2011, p 5, JCP G 2011, doctr 1064, n° 9, obs C Nourissat* V aussi O Fradin et C Nourissat, *Recouvrement des créances en Europe - Une future ordonnance européenne de saisie conservatoire* *JCP G 2011, act 1146, Aperçu rapide*) Son champ d'application territoriale paraît large (art 3) car il concerne toute matière ayant une incidence transfrontière dans le sens où la juridiction saisie de l'ordonnance, les comptes bancaires et les parties ne sont pas situés dans le même Etat membre. L'OESC peut être obtenue avant l'obtention d'un titre exécutoire (art 6) si elle apparaît nécessaire en montrant que la créance semble bien fondée. Elle peut aussi être demandée après avoir obtenu un titre exécutoire. La procédure est non contradictoire et l'*exequatur* est supprimé. Un réexamen peut être demandé par la personne visée et une coordination a été prévue avec le juge compétent au fond (art 20) Il s'agirait, en somme, d'une nouvelle procédure uniforme de procédure civile européenne et de la première procédure en droit processuel européen de l'exécution. Une fois la phase conservatoire réalisée, commencerait la phase exécutoire qui dans le projet actuel relève des droits internes.

24 - **Droit judiciaire international.** - On peut noter également l'approbation de la Convention de La Haye sur le recouvrement des aliments par l'Union européenne (*Cons. UE, dec. 2011/432/UE, 9 juin 2011* *JOUE 22 juill 2011, p 39, D 2011, act p 2037*), ainsi que le décret n° 2011-1572 du 18 novembre 2011 portant publication de la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, signée à La Haye le 19 octobre 1996 (*JO 20 nov 2011, p 19503*)

EMMANUEL JEULAND

ACTUALITÉ BIBLIOGRAPHIQUE

Ouvrages généraux

Code de procédure civile LexisNexis, 2012 R Cabrillac, M A Frison Roche T Revet (dir), *Libertes et droits fondamentaux* Dalloz, 11^e ed , 2011 – L Cadet, E Jeuland, *Droit judiciaire prive* LexisNexis, 7^e ed , 2011 - L Cadet, E Jeuland, S Amrani Mekki (dir) *Droit processuel civil de l'Union européenne* LexisNexis, 2011 M Collet *Procedures fiscales* PUF 2011 – A de La Oliva Santos (dir) *Derecho procesal civil europeo*, Cizur Menor, Aran zadi – Thomson Reuters, 2011, 3 vol – N Fricero *L'essentiel de la procedure civile* Gualino, 8^e ed 2011 *L'essentiel de l'Espace judiciaire europeen en matieres civile et commerciale* Gualino, 2011 – S Guinchard, F Ferrand, C Chamaïs *Procedure civile* Dalloz, 2^e ed , 2011 – S Guinchard, G Montagnier, A Varnard et T Debard, *Institutions juridictionnelles* Dalloz, 11^e ed , 2011 M Taruffo, V Varano (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, G Giappichelli editore, 2011

Thèses

E Botrel, *Les conventions relatives a l'execution forcee* (dir Y Desdevises), these Nantes 2011 – C Debourg, *Les contrarietes de decisions dans l'arbitrage international* (dir F X Train), these Paris X, 2011 M de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage* (dir T Clay), these Versailles – Saint Quentin-en-Yvelines, 2011 M Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs* avant-propos J P Karaquillo, pref M Degoffe et L Richer LGDJ, 2011 S Monjean Decaudin, *La traduction du droit dans la procedure judiciaire – Contribution a l'etude de la linguistique juridique* (dir S Robin Olivier et I Gimenez Sanchez) these Paris Ouest Nanterre La Defense et Malaga, 2010

Divers

R Berzonce (coord), *Los principios procesales* La Plata, Libreria Editora

Platenese, 2011 L Cadet et D Lorfenne (dir) *La reforme de la procedure d'appel*, Paris IRJS Ed 2011 B N Cardozo, *La nature de la decision judiciaire*, traduit et presente par G Calves Dalloz 2011 – CEPEJ, *Rapport sur la realisation d'enquetes de satisfaction aupres des usagers des tribunaux des Etats membres du Conseil de l'Europe* Strasbourg Ed du Conseil de l'Europe 2011 – T Clay (dir), *Le nouveau droit français de l'arbitrage* Lextenso 2011 T Clay (dir), *L'arbitrage . principes et pratiques* Fd du CNB, 2011 P Darbyshire *Sitting in Judgment – The working live of Judges*, Oxford Hart Publishing, 2011 J M Demeul *Petit traite de l'ecrit judiciaire* Dalloz 9^e ed , 2011 – N Dion, *De la mediation – Essai pour une approche creatrice et pacifree du conflit*, avant dire de J L Sourieux, Paris [Mare]et Martin, 2011 J Djogbenou, *L'execution forcee - Droit OHADA*, Cotonou Ed CREDIJ, 2^e ed 2011 A H El Ahdab et J El-Ahdab *Arbitration with the Arab Countries* Wolters Kluwer, 2^e ed , 2011 - B Frydman et E Jeuland (dir), *Le nouveau management de la justice et l'indpendance des juges* Dalloz, 2011 Ph et N Gerbay, *Guide du proces civil en appel* LexisNexis, 2011 C Guery, *Les avocats au cinema* PUF, 2011 – J Hautebert et S Soleil (dir), *La procedure et la construction de l'Etat en Europe (XVI^e et XIX^e siecle)* Recueil de textes, presentes et commentes, Rennes PUR, 2011 International Encyclopedia of Comparative Law, Vol XVI – Civil Procedure chapter 7 *Evidence*, by M Taruffo Mohr Siebeck and Martinus Nijhoff Publishers, 2010 D Jensen, *Cabinets d'avocats* Dalloz, 2011 2012 *Liber amicorum en l'honneur de Serge Lazareff* Pedone 2011 F Martineau *Petit traite d'argumentation judiciaire* Dalloz, 4^e ed , 2011 2012 – M Mekki, *La feminisation des metiers de la justice* Economica, 2011 P Murray & R Sturner, *The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation – A com-*

parative Study on Preventative Justice in Modern Societies, Munchen, Beck, 2010 – W Newman et B H Sheppard Jr (dir), *Take the Witness . Cross-Examination in International Arbitration* Juris Net 2010 - E Oteiza (coord) *Cortes supremas – Funciones y recursos extraordinarios*, Buenos-Aires Rubinzal – Culzoni Editores 2011 – V Pereira (dir) *Projeto de reforma do NovoCodigo de processo civil, aprovado no Senado Federal* Brasilia DF 2011 C Prieto (dir), *Coherence europeenne des recours collectifs – Reponse a la consultation publique de la Commission europeenne* Societe de legislation comparee, coll Trans Europe Experts, 2011 C Rasia *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna University Press, 2010 – U Romagnoli et a , *La disponibilita della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, n° speciale suppl al n° 1 D Salas *Les 100 mots de la justice* PUF, 2011 – N Trocker *La formazione del diritto processuale europeo*, Turin G Giappichelli editore, 2011 N Trocker A de Luca (a cura di) *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Florence Firenze University Press, 2011 J-F Weber, *La Cour de cassation : La Documentation française*, 2010 A signaler la naissance de deux nouvelles revues *Revue d'arbitrage et de mediation / Journal of Arbitration and Mediation* Ed Yvon Blais et Carswell, 2010 2011 vol 1, n° 1 *Revue internationale de droit processuel / International Journal of Procedural Law* (vol I / 2011 / 01), Intersentia (www.intersentia.com), a raison de deux numeros par an Et la publication, en Italie, du volume 2011 de l'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* (Edizioni Scientifiche Italiane) dont la premiere partie est consacree au nouveau role institutionnel et politique des cours supremes