

Gazette du Palais

TRIHEBDOMADAIRE

DIMANCHE 20 AU MARDI 22 JANVIER 2013

133^e ANNÉE

N° 20 à 22

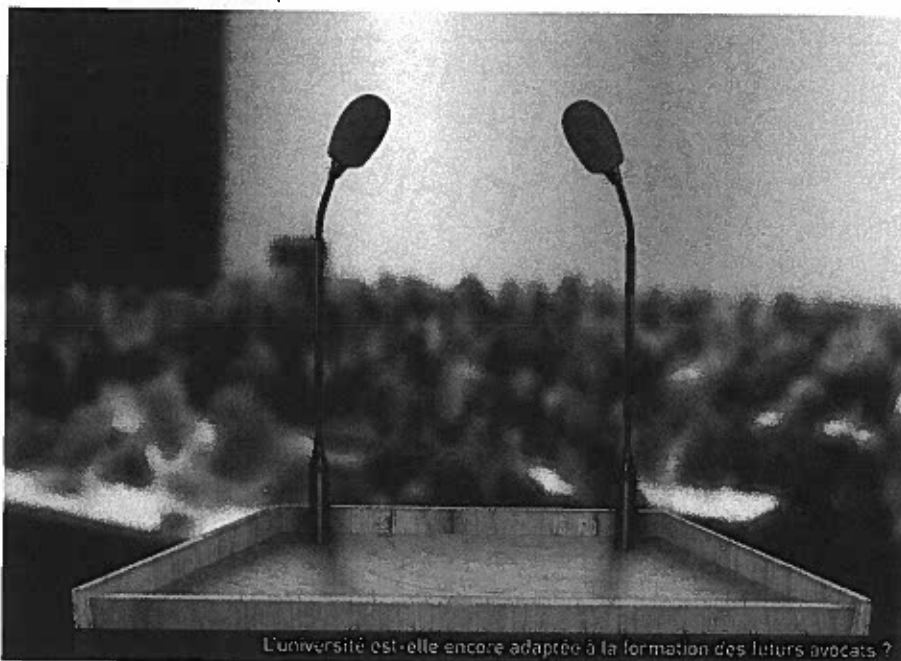
PROFESSIONNELLE

GÉNÉRALISTE

SPÉCIALISÉE

Actualité

- **Christian Charrière-Bournazel confirmé à la présidence du CNB**
- **« Les règles selon lesquelles la justice classique juge ne sont pas celles en fonctions desquelles on vit »**
Entretien avec Thierry Garby, spécialiste de la médiation
- **La formation d'un jeune juriste au XXI^e siècle**
Entretien entre Thierry Wickers, ancien président du CNB, et Pierre-Yves Gautier, professeur à l'université Panthéon-Assas



L'université est-elle encore adaptée à la formation des futurs avocats ?

Doctrine

- **L'estoppel ou l'accrétion d'une loyauté processuelle consacrée**
par Emmanuel RASKIN

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 24 RÉDACTION : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / COURRIEL redactiongp@lextenso-editions.fr
ABONNEMENTS : 33 RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL 01 56 54 42 10 / FAX 01 56 54 42 11 / COURRIEL abonnementgp@lextenso-editions.fr

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.jss.fr>

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] 12, PLACE DU DAUPHINE 75001 PARIS STANDARD : 01 44 32 01 50
INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

PROCÉDURE CIVILE

L'estoppel ou l'accrétion d'une loyauté processuelle consacrée ^{114v1}

L'essentiel

Le droit processuel français se serait-il enrichi d'un nouveau cas de fin de non-recevoir, ou plus généralement d'un nouveau cas d'irrecevabilité ? Dans le respect de la loyauté du contradictoire, il serait désormais interdit de se contredire au détriment d'autrui. Ce serait également le principe directeur de loyauté procédurale qui fonderait la contradiction fautive, comme vient de le rappeler un arrêt du 19 décembre 2012 de la Cour de cassation. L'emploi du conditionnel souligne la réserve qu'il convient de conserver, à la lecture des décisions françaises rendues, quant à l'accueil de l'estoppel comme principe de droit consacré.



Étude par
Emmanuel RASKIN
Avocat Associé au
barreau de Paris (cabinet
SEFJ), président de la
Commission nationale
procédure de l'association
des Avocats conseils
d'entreprises (ACE),
chargé d'enseignement –
université Paris V

L'estoppel est une notion qui « s'insinue dans le contentieux civil avec la puissance de pénétration des concepts flous mais unanimes, au même titre que l'exigence de loyauté ou le droit à un procès équitable » ⁽¹⁾ selon Monsieur le professeur Croze.

De l'étope à l'estoppel ⁽²⁾, il n'y avait pas grand chemin pour que cette théorie multiséculaire ⁽³⁾ à multiples facettes ⁽⁴⁾, originaire du droit anglais, se voie en réalité accrétée par le principe directeur de loyauté.

La place de ce dernier dans notre droit positif (I) et l'accueil jurisprudentiel français

de l'estoppel (II) semblent effectivement montrer que le second répond tout simplement au caractère général du premier, sans vraiment constituer un cas d'irrecevabilité distinct de celui de la violation de la loyauté en droit processuel.

I. LA PLACE DE LA LOYAUTÉ

A. Dans le droit substantiel

Notion difficile à cerner parce que le plus fréquemment définie par la négative, la loyauté n'en demeure pas moins le corollaire de la notion de « bonne foi ». La directive du 11 mai 2005 prévoit que la déloyauté s'entend de ce qui est contraire au principe général de bonne foi ⁽⁵⁾.

« La directive du 11 mai 2005 prévoit que la déloyauté s'entend de ce qui est contraire au principe général de bonne foi »

La Cour de cassation a affirmé, sous la notion de « bonne foi », l'importance de ce principe en droit civil : « La bonne foi largement entendue (loyauté, solidarité, proportionnalité et souci de l'équilibre contractuel) s'imposent dans toutes les phases de la vie du contrat : négociation, information, conclusion, exécution, interprétation, modification, renégociation, inexécution, rupture et ses conséquences » ⁽⁶⁾. Il est textuellement exprimé en droit des contrats à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.

Son rayonnement va au-delà : « Ainsi le concept de « bonne foi » [qui est sans doute le principe directeur majeur sur lequel il sera revenu] a vocation à irriguer non seulement le droit des contrats *stricto sensu*, dont il est une condition implicite, mais également le droit des quasi-contrats [plusieurs articles du projet concernant ces derniers font d'ailleurs expressément référence à la bonne ou mauvaise foi] et celui de la responsabilité civile : le devoir de la victime, lorsqu'elle en a la possibilité, de réduire l'étendue de son préjudice (minimisation du dommage) ou d'en éviter l'aggravation prévu par l'article 1373 [qui est fort opportunément proposé par le projet *Catala*] n'est rien d'autre

(1) H. Croze, « La Cour de cassation refuse de céder aux sirènes de l'estoppel » : Procédures avr. 2009, n° 4, repère 4.

(2) J. Dargent, *La doctrine de l'estoppel. Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve*, Thèse Grenoble, 1943, p. 3 : « (...) de même qu'on utilise un tampon d'étope pour obstruer une voie d'eau qui, malencontreusement s'est produite dans une paroi, ainsi un plaideur emploie-t-il le moyen de l'estoppel au cours du procès judiciaire, comme il mettrait un bâillon aux lèvres de son adversaire, pour lui interdire péremptoirement d'alléguer telle prétention qui serait en contradiction flagrante avec certains faits auxquels s'attache un caractère de vérité incontestable : et ceci a pour résultat de simplifier singulièrement les procédures ».

(3) F. Girard, « Estoppel : faut-il acclimater le Poison Tree ? » : RLDA 2012, 69.

(4) L'estoppel présente de nombreuses formes dans les droits de *Common Law*, E. Cooke, *The Modern Law of Estoppel*, OUP, Oxford, 2000, à l'aune des multiples facettes de la « confiance légitime » : *Electronic Journal of Comparative Law*, déc. 2007, vol. 11.3, <http://www.ejcl.org> ; B. Fauvarque-Cosson, « La confiance légitime et l'estoppel ».

(5) Dir. n° 2005/29/CE, 11 mai 2005 modifiant la dir. n° 84/450/CEE du Conseil et les dir. n° 97/71/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le Régl. CE n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »).

(6) Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007.

en dernière analyse que la mise en œuvre d'une exigence de bonne foi »⁽⁷⁾.

N'est-il pas solidement ancré par la négative sous la notion de « déloyauté » ou de « prohibition des pratiques déloyales » dans les droits commercial, financier et de la consommation⁽⁸⁾ ? Assurément.

La bonne foi, qui se relie au concept de confiance, et en particulier de confiance légitime, est un principe général du droit communautaire⁽⁹⁾.

Le récent colloque organisé par l'école de formation du barreau de Paris, sous la direction de Georges Teboul, a rappelé qu'« en droit des affaires, si la confiance ne paraît pas être une évidence, pourtant elle est le ciment des obligations »⁽¹⁰⁾.

La Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne) y a consacré la bonne foi⁽¹¹⁾.

L'article 1-7 des principes Unidroit et l'article 1 : 201 des Principes du droit européen des contrats disposent que : « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent limiter cette obligation ni en limiter la portée » (Unidroit) et que « Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter »⁽¹²⁾.

“ Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter ”

Les commentaires Unidroit sous l'article 1.7 soulignent « la bonne foi » comme idée fondamentale à la base des « principes »⁽¹³⁾.

Plusieurs domaines du droit public français, notamment en droit administratif⁽¹⁴⁾ et en contentieux fiscal⁽¹⁵⁾, connaissent de nouvelles règles juridiques se référant à la loyauté.

Ces textes et jurisprudences, faisant expressément référence à la loyauté ou à la bonne foi dans les différentes branches du droit français, confirment l'existence d'un principe général en phase avec ce que le droit international privé a d'ores et déjà consacré.

B. Dans notre droit processuel

Incrémentée au droit processuel, la loyauté s'y est amplement étendue. Ce droit ne pouvait d'ailleurs s'en dispenser.

La procédure apparaît en effet comme l'auxiliaire du droit substantiel, puisqu'elle contient les règles destinées à mettre en œuvre la sanction des règles du droit ordinaire.

Le juriste allemand Ihering écrivait « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »⁽¹⁶⁾.

La forme apporte effectivement la sécurité à celui qui s'y soumet et permet de garantir le respect de principes fondamentaux (droit d'accès au juge, droit de la défense, ne pas être jugé sans avoir été entendu ou appelé, droit au recours, contradictoire...).

Si le droit substantiel contient les règles de droit ordinaire régissant l'activité des personnes, l'application du droit n'est certes pas nécessairement contentieuse.

La procédure civile constitue une technique de garantie des droits fondamentaux : il s'agit d'une procéduralisation du droit traduisant un mouvement vers une démocratie procédurale⁽¹⁷⁾.

En cas de besoin, le droit judiciaire privé vient prêter main forte pour que la prescription du droit substantiel ne soit pas impunément bafouée.

L'un et l'autre devaient donc se réunir autour du principe de loyauté.

Le principe de la contradiction en est l'illustration puisqu'il est l'expression d'un principe plus large, un principe directeur de « loyauté des débats », pourtant non énoncé dans le Code de procédure civile, mais consacré par la Cour de cassation⁽¹⁸⁾, reprenant pour l'affirmer les termes de son article 16.

Le juge de la mise en état doit veiller au déroulement loyal de la procédure devant le tribunal de grande instance. L'article 763 du Code de procédure civile édicte expressément cette règle.

L'arrêt *Cesareo* a clairement posé le principe de la concentration des moyens⁽¹⁹⁾.

Ce principe résulte d'une lutte jurisprudentielle contre la déloyauté dans le procès, lutte que menait déjà la Cour de cassation en matière de preuve : l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue⁽²⁰⁾.

La loyauté doit être respectée dans la communication des pièces⁽²¹⁾.

Assise comme principe transversal de droit processuel, la loyauté pose pourtant la question de sa propre limite : le droit au contradictoire.

(7) Cf. note 4 *supra*.

(8) E. Jouffin « Pratiques commerciales déloyales : point d'actualité (partie I) » : *Journal des sociétés* janv. 2012, n° 94.

(9) TPICE, 17 janv. 2007, aff. T-231/04, Grèce c/ Commission.

(10) G. Teboul (dir.), « La confiance en droit des affaires », *Gazette du Palais*, 2013.

(11) Art. 7.1. Convention de Vienne, 11 avr. 1980.

(12) « Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », Rome, 2004, p. 17.

(13) Cf. note 8 *supra*.

(14) CE, 8 déc. 2009 : *AJDA* 2010, 142, chron. S.-J. Liéber et D. Bottegghi ; le Conseil d'État a pour la première fois consacré explicitement un principe de « loyauté des relations contractuelles ».

(15) Le Conseil d'État a expressément fait référence au « devoir de loyauté » qui pèse sur l'administration fiscale (CE, 26 mai 2006 : *RJF* 8-9/10, n° 767 ; concl. J. Boucher, *BDCF* 8-9/10, n° 83).

(16) R. von Ihering, *L'esprit du droit romain*, Paris, 1886-88, 3^e éd.

(17) S. Guinchard et a., *Procédure Civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2010, 30^e éd., n° 67 et s.

(18) Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2005 : *RTD civ.* 2006, p. 151, obs. R. Perrot.

(19) Cass. ass. plén., 7 juill. 2006 : *JCP G* 2007, II, 10070.

(20) Cass. 2^e civ., 7 oct. 2004, n° 03-12653.

(21) Cass. 3^e civ., 6 juin 2007 : *D.* 2007, 242 – Cass. 3^e civ., 27 sept. 2006 : *Procédures* 2007, n° 16.

La question est, en effet, délicate entre, d'une part, le légitime souci de protéger ceux qui se sont fiés à des actes ou à des attitudes et, d'autre part, la nécessité de ne pas entraver le principe général du droit au contradictoire, en essorant les initiatives et la flexibilité de l'action du plaideur.

Ce principe essentiel des droits de la défense semble donc devoir être lui-même limité par la loyauté qui l'inspire : la contradiction dans le contradictoire est-elle alors blâmable ?

Le nécessaire équilibre entre ces deux piliers de la procédure devait nécessairement amener la jurisprudence, faute pour le législateur de l'avoir clairement consacré, à construire un garde-fou qui n'est, ni plus ni moins, que la construction d'un régime procédural directeur de loyauté destiné à concilier l'efficacité du contradictoire et les principes de confiance et de cohérence indispensables à tout système juridique.

II. L'ESTOPPEL FRANÇAIS

La jurisprudence a-t-elle réellement accueilli un nouveau principe de droit en France en condamnant la contradiction au détriment d'autrui ? La notion et la sanction processuelles construites depuis plusieurs années plaident plutôt pour la reconnaissance d'une construction jurisprudentielle d'un régime juridique de la loyauté procédurale, garante d'une loyale contradiction.

A. La notion

Depuis l'arrêt de l'assemblée plénière du 27 février 2009^[22], dont la froideur de l'accueil du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui qu'avait d'égal que le flou de la notion qu'il laissait ainsi entendre et restreindre aux procédures d'arbitrage international et d'arbitrage interne, l'impression est à la consécration d'un nouveau principe, voire d'un nouveau cas de fin de non-recevoir.

Le 3 février 2010, la première chambre civile semblait, bien que l'affaire ressortît là encore d'un problème d'arbitrage international, préciser l'estoppel en l'écartant et en censurant ainsi les juges du fond de l'avoir accueilli : elle ne voyait effectivement pas motif à estoppel qu'elle définit comme « un changement de position, en droit, de nature à induire en erreur sur ses intentions »^[23].

Conjuguée au précédent arrêt de 2009, la solution ainsi précisée amenait une construction fondée sur un changement de position mais aussi un effet préjudiciable sur l'autre partie, pourvu que les actions entreprises par les parties soient de même nature, fondées sur les mêmes conventions et concernent les mêmes parties.

Ceci n'est pas sans rappeler le triptyque de l'autorité de la chose jugée, justifiant ici que l'on interdise de remettre en cause une situation clairement établie ayant de ce fait autorité entre les parties.

La formule parut ainsi préfigurer un principe général de cohérence dont l'application semblait concerner le domaine des contrats, dans le cadre de la procédure d'arbitrage.

L'année 2011 fut plus marquante : la chambre commerciale de la Cour de cassation y rendit le 20 septembre un arrêt visant expressément le principe selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui », avec la singularité que cette décision mit en scène le droit des brevets et que c'est une question procédurale qui s'octroyât le rôle principal^[24].

Pour autant, est-ce la première fois qu'un plaideur voit sa prétention jugée irrecevable parce qu'il tendait à remettre en cause ce qu'il avait lui-même soutenu ou créé au détriment d'autrui ?

Avant même les arrêts rappelés *supra*, ainsi que le remarquait Madame le professeur Horacia Muir-Watt dans son article « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français »^[25], la Cour de cassation avait adopté des solutions qui ne pouvaient s'expliquer sans une référence à la doctrine de l'estoppel.

La Cour de cassation a, il y a déjà 30 ans, jugé qu'un plaideur « n'est pas recevable à invoquer l'inopposabilité en France de la décision étrangère qui a prononcé le divorce sur sa propre demande », ce qu'elle réitérait en 1996^[26].

La même sorte de contradiction a été sanctionnée en 1987 dans une espèce soumise à la cour d'appel de Paris qui a jugé « irrecevable pour défaut d'intérêt à agir l'appel diligenté par une partie contre l'ordonnance d'exequatur qu'elle avait elle-même sollicitée »^[27]. Fallait-il voir ici un défaut d'intérêt légitime.

Le 14 novembre 2001, la 1^{re} chambre civile a jugé que « l'emprunteur, qui détermine l'établissement de crédit à verser les fonds au vendeur au vu de la signature par lui du certificat de livraison du bien, n'est pas recevable à soutenir ensuite, au détriment du prêteur, que le bien ne lui avait pas été livré »^[28].

“ La Cour de cassation avait adopté des solutions qui ne pouvaient s'expliquer sans une référence à la doctrine de l'estoppel ”

Cette formule illustre déjà l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, en des termes relativement clairs.

Le 6 juillet 2005, la 1^{re} chambre civile cita « l'estoppel » pour juger irrecevable le moyen d'un plaideur à une procédure d'arbitrage selon lequel, alors qu'il était l'auteur de la demande d'arbitrage devant le tribunal des différends irano-américains, cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable^[29].

[24] Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22888 : D. 2012, p. 167.

[25] Mélanges en l'honneur de Y. Loussouam, D. 1994, p. 303 et s.

[26] Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1983, n° 81-16159 : l'épouse divorcée demandait au juge d'ignorer le divorce afin que soit reconnue sa qualité de veuve dont dépendait sa vocation successorale – Cass. crim., 11 juin 1996 : D. 1997, 576 : l'épouse divorcée, qui venait de voler son ex-mari, entendait bénéficier de l'immunité familiale.

[27] CA Paris, 10 nov. 1987 : Rev. arb. 1989, 670.

[28] Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2001 : JCP 2002, II, 10078.

[29] Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, n° 01-15912 : D. 2006, p. 1424.

[22] Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19841.

[23] Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2010, n° 08-21288 : Juris-Data n° 2010-051391.

Le 12 mars 2008, la chambre sociale jugeait irrecevable le moyen à elle proposé parce qu'il était incompatible avec la thèse développée par son auteur devant les juges du fond⁽³⁰⁾.

Cette même solution vient d'être tout récemment donnée par la 2^e chambre civile : « Mais attendu que, dans ses conclusions d'appel, la société soutenait que les indemnités en cause avaient été versées afin d'éviter des licenciements, ce qui impliquait, pour les salariés concernés, le maintien des contrats de travail en cours. Qu'ainsi le moyen est incompatible avec la position adoptée par la société devant les juges du fond, et dès lors, irrecevable »⁽³¹⁾.

La chambre commerciale a toutefois laissé planer un bémol face à cette envolée puisqu'elle laissait entendre que la passivité initiale du concédant vis-à-vis des impayés de son cocontractant et de la clause de résiliation unilatérale qui les visait ne lui interdisait pas ultérieurement de changer d'attitude et d'adopter une attitude de fermeté⁽³²⁾.

Tolérance, renonciation et contradiction sont à peser avec particulière habileté.

Cette prudence se retrouve dans la jurisprudence rendue en matière de baux commerciaux, et plus précisément dans le contentieux de l'acquisition de la clause résolutoire : invoquée de mauvaise foi par le bailleur, elle peut-être privée d'effet, même si les conditions requises pour son acquisition sont remplies⁽³³⁾ ; le preneur peut opposer au bailleur sa renonciation à se prévaloir de la clause résolutoire à condition que celle-ci soit non équivoque⁽³⁴⁾, la renonciation pouvant être tacite⁽³⁵⁾, mais le seul écoulement du temps ne pouvant caractériser un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir de cette clause⁽³⁶⁾.

L'attitude contradictoire reste encadrée par le caractère non équivoque de la renonciation, mais la contradiction par rapport à une situation que le temps aurait pu laisser espérer dans l'esprit du cocontractant n'est pas pour autant blâmable, quoique ce fût au détriment de ce dernier.

Ainsi que l'ont rappelé Jean-Georges Betto et Alexandre Job « parce qu'il tend à protéger la confiance légitime de la partie victime des contradictions de la partie adverse, l'estoppel nécessite l'analyse du comportement des deux parties »⁽³⁷⁾.

C'est bien ce que l'assemblée plénière a posé dans son arrêt de février 2009, contrairement aux apparences de généralisation que les visas des arrêts postérieurs ont pu donner : une construction fondée sur un changement de position mais aussi un effet préjudiciable sur l'autre partie, pourvu que les actions entreprises par les parties soient de même nature, fondées sur les mêmes actes et concernent les mêmes parties.

Ces paramètres permettent alors de déterminer si le comportement à examiner est ou non loyal, selon les circonstances : il s'agit d'examiner au cas par cas la loyauté du droit de se contredire dans le procès.

La contradiction au détriment d'autrui n'est donc pas un principe d'application systématique.

Il s'agit de sanctionner une attitude procédurale portant atteinte à la cohérence et/ou à la confiance que l'autre partie a pu légitimement et raisonnablement construire, illustrant la mauvaise foi de son auteur et portant préjudice à l'autre partie, l'ensemble relevant d'un examen *in concreto*.

C'est donc bien le principe directeur de loyauté procédurale qui fonde la contradiction fautive.

Un arrêt récent rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation confirme que c'est effectivement ce fondement qui sert à la sanction du comportement procédural tardif et contradictoire du plaideur : « Que la société (...) en excipant tardivement de griefs dont elle n'établissait pas qu'elle n'en aurait pas eu ou pu avoir connaissance antérieurement, avait manqué à son obligation de loyauté procédurale, de sorte qu'elle était irrecevable à critiquer la sentence en reprochant aux arbitres un manquement à leur obligation de révélation »⁽³⁸⁾.

Faire appel à la notion de loyauté procédurale paraît effectivement plus approprié : ainsi que le relevait un auteur⁽³⁹⁾, « la remise en cause d'une procédure longue et coûteuse par un moyen totalement discordant semble évidemment contraire à la loyauté qui encadre implicitement l'application du principe de la contradiction ».

Cette notion justifiera par ailleurs le choix d'une sanction procédurale appropriée.

B. La sanction

Le comportement procédural déloyal peut générer une sanction réparatrice en dommages et intérêts, comme le prévoit l'article 123 du Code de procédure civile, dans le cas des fins de non-recevoir tardives.

En amont, le support procédural ayant servi le comportement incriminé est affecté.

N'a-t-il donc pas vocation à être anéanti afin de ne pas produire ses effets néfastes ?

Il est difficile d'entrer dans le champ des nullités : les cas de nullité de fond sont limitativement énumérés⁽⁴⁰⁾ et les nullités de formes présentent indiscutablement un régime non approprié de par la matérialité des vices retenus, l'existence d'un grief étant au surplus exigée, quoique fût concevable l'existence d'une présomption de grief en cas de procédé procédural déloyal.

La déloyauté n'est pas légitime.

Or, l'illégitime affecte la base même de l'action : l'intérêt. Sanctionnant un comportement procédural discordant, c'est pour le rattachement à la notion de défaut d'intérêt que la cour d'appel a opté il y a près de 25 ans lorsqu'elle jugea « irrecevable pour défaut d'intérêt à agir l'appel

(30) Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-44870 : JCP S 2008, n° 49, 1639.

(31) Cass. 2^e civ., 15 mars 2012, n° 10-17853.

(32) Cass. com., 17 juill. 2001 : RTD civ. 2002, n° 1, p. 93, J. Mestre et B. Farges.

(33) Cass. 3^e civ., 4 nov. 2003 : Gaz. Pal. 21 févr. 2004, p. 30, F3120.

(34) J.-Cl. Bail à loyer, Fasc. 1284, n° 29.

(35) CA Paris, 16^e ch. A, 20 nov. 2002 : Juris-Data n° 2002-197166

(36) Cass. 3^e civ., 19 mars 2008 : Loyers et copr. 2008, com. 108.

(37) « Enfin la définition de l'estoppel en droit français » : Option droit & affaires avr. 2010, p. 8-9.

(38) Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2012, n° 10-27474.

(39) « La liberté du plaideur limitée par une interdiction générale de se contredire » : JCP E 2012, n° 4, 1075.

(40) Cass. ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20026.

diligenté par une partie contre l'ordonnance d'exequatur qu'elle avait elle-même sollicitée »⁽⁴¹⁾.

L'irrecevabilité attachée aux fins de non-recevoir avait donc vocation à constituer cette sanction : les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées⁽⁴²⁾.

Pourtant, à la lecture du texte de l'article 122 du Code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande.

Il apparaît donc que l'irrecevabilité ne s'arrête pas comme sanction aux seuls cas de fin de non-recevoir, puisqu'elle peut affecter des moyens et des preuves, outils procéduraux que l'on doit distinguer de la demande, acte juridique par lequel une personne soumet au juge une prétention ou encore acte unilatéral de manifestation de volonté qui permet au juge de connaître la prétention du demandeur⁽⁴³⁾, participant à la définition de l'objet du litige et créateur du lien d'instance.

Si l'on s'en tient à une acception littérale de l'article 122, la déloyauté ne constituera une fin de non-recevoir que si elle affecte la demande, et sera dans les autres cas, un nouveau moyen d'irrecevabilité, notion plus large de sanction sans régime processuel spécifiquement consacré, affectant ainsi tout autre outil procédural que la demande,

dès lors que la loi le prévoit ou que la jurisprudence y voit la nécessité de sanctionner, en dehors des cas de nullité connus, la violation d'un principe général directeur.

L'irrecevabilité de la preuve obtenue de manière déloyale fût effectivement la sanction consacrée par la jurisprudence⁽⁴⁴⁾.

La jurisprudence, rappelée au 2.1 *supra*, sanctionne le moyen déloyal également par l'irrecevabilité.

Partant de là, on pourrait très bien imaginer l'irrecevabilité d'observations formulées dans le cadre du déroulement d'opérations d'expertise judiciaire lorsqu'elle sont déloyales, car empruntées de contradiction au détriment d'autrui, sauf à considérer qu'elles participent à la construction des futurs moyens qui seront utilisés après ouverture du rapport d'expertise, auquel cas, selon l'importance de l'observation considérée dans la portée du moyen utilisé, ce dernier serait ou non irrecevable.

Posé et sérieusement ancré dans notre droit processuel, « nouveau principe directeur du procès civil »⁽⁴⁵⁾, le principe de loyauté sanctionne par l'irrecevabilité du support procédural de leur expression les comportements déloyaux. La contradiction au détriment d'autrui en est une illustration.

(41) CA Paris, 10 nov. 1987 : Rev. arb. 1989, 670.

(42) Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19423.

(43) S. Guinchard et a., *op. cit.*, n° 290.

(44) Cass. 2^e civ., 7 oct. 2004, arrêt préc. note 19 *supra*.

(45) A. S. Algadi, « La concentration des moyens en droit processuel – De la bonne administration de la justice à l'administration de l'injustice » : Les Annonces de la Seine 8 févr. 2011.