

**Cour de cassation**  
**Assemblée plénière, 6 novembre 1998**  
**N° de pourvoi: 94-17709**  
Publié au bulletin **Cassation**.

Sur le premier moyen du pourvoi principal et du pourvoi provoqué :

Vu l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 873, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile;

Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; qu'il en résulte que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation ;

Attendu que M. X..., pépiniériste, imputant les dommages affectant ses plantations à un vice caché de la tourbe qu'il avait achetée à la société Norsk hydro azote (NHA), et dont le distributeur était la société Bord Na Mona (BNM), a obtenu en référé, sur le fondement de l'article 873, second paragraphe, du Code de procédure civile, l'attribution d'une provision ; que par un premier arrêt prononcé le 18 avril 1991 la cour d'appel a confirmé l'ordonnance de référé ; que M. X... a ensuite engagé une action au fond et que la même cour d'appel, statuant dans une formation composée d'un magistrat qui avait siégé lors de l'appel de l'ordonnance de référé a, le 9 mars 1994, confirmé le jugement du tribunal de commerce condamnant la société NHA et son assureur, le groupement d'intérêt économique Uni Europe (GIE), à réparer les dommages subis par M. X... du fait du vice de la tourbe livrée, la société BNM étant de son côté condamnée à garantir la société NHA et son assureur ; que, pour rejeter le moyen de la société BNM suivant lequel la chambre de la cour d'appel ne pouvait connaître de l'appel du jugement sur le fond dès lors qu'elle avait précédemment connu de l'appel de l'ordonnance de référé attribuant une provision à M. X... et porté à cette occasion des appréciations sur des points qui étaient de nouveau en litige au fond, la cour d'appel a énoncé que, bien qu'elle ait déjà statué sur des moyens de droit à nouveau soumis à son examen, elle n'avait pas à se dessaisir dès lors que les deux instances n'étaient pas de même nature s'agissant, d'une part, d'un appel contre une ordonnance de référé qui n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée, d'autre part, d'une instance au fond, de sorte qu'en se prononçant sur l'appel du référé la Cour ne pouvait être considérée comme s'étant déjà prononcée sur le litige au fond et que la distinction des deux actions concernées ne permettait pas à la société BNM d'exciper utilement de l'article 6.1 susvisé pour solliciter le dessaisissement de la troisième chambre de la Cour ;

Attendu qu'en statuant ainsi , la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 mars 1994, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rennes.

**Cour de cassation**  
**chambre civile 1**  
**Audience publique du mercredi 17 juin 2009**  
**N° de pourvoi: 07-21796**  
**Publié au bulletin Cassation**

**M. Bargue, président**

Mme Trapero, conseiller rapporteur

M. Sarcelet, avocat général

SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Defrenois et Levis, avocat(s)

Sur le moyen unique :

Vu les articles 259 et 259-1 du code civil ;

Attendu qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens ; que le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude ;

Attendu qu'un jugement du 12 janvier 2006 a prononcé à leurs torts partagés le divorce des époux X... - Y..., mariés en 1995 ; que, devant la cour d'appel, Mme Y... a produit, pour démontrer le grief d'adultère reproché à M. X..., des minimessages, dits "SMS", reçus sur le téléphone portable professionnel de son conjoint, dont la teneur était rapportée dans un procès-verbal dressé à sa demande par un huissier de justice ;

Attendu que, pour débouter Mme Y... de sa demande reconventionnelle et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, la cour d'appel énonce que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de courts messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

**PAR CES MOTIFS :**

**CASSE ET ANNULE**, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 mars 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon, autrement composée ;

# LE DROIT A LA PREUVE \*

Gilles GOUBEAUX

Université de Nancy II

1. Il est classique de traiter la preuve comme une charge. En effet, prouver est faire reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain<sup>(1)</sup> et, en matière juridique, c'est par le juge qu'il s'agit de faire reconnaître la véracité de ses allégations, puisque la preuve est toujours envisagée, directement ou par référence, comme celle qui est administrée en justice. Or, le principe, en matière judiciaire, est que tout fait allégué à l'appui d'une prétention, s'il est contesté par l'adversaire, doit être prouvé. A défaut, la simple dénégation de l'adversaire suffit à interdire au juge de prendre ce fait en considération, ce qui signifie pratiquement le rejet de la prétention. Amasser des éléments de preuve et les présenter au juge en vue d'entraîner sa conviction est donc une condition nécessaire au triomphe du droit.

C'est assurément une tâche difficile. Les expressions employées : charge de la preuve, on dit aussi parfois : fardeau de la preuve, sont révélatrices. Il ne faut pas beaucoup d'efforts pour évoquer l'image du malheureux plaideur s'effondrant sous le fardeau trop lourd pour ses épaules, tandis que ricane son adversaire de mauvaise foi, le juge assistant à la scène, navré mais impuissant...

La réalité est assez différente. Elle l'est déjà parce que l'attribution de la charge de la preuve à l'une ou l'autre des parties à un procès est souvent délicate. Les critères doctrinaux ne sont clairs qu'appliqués à des hypothèses simples : très vite, il faut nuancer, compliquer, et il n'est pas étonnant que les solutions de la jurisprudence réservent parfois quelques surprises. Cette relative incertitude n'a pas que des inconvénients. Elle incite, en effet, chacun des adversaires à s'activer pour

\* Exposé fait le 2 février 1980 au C.N.R.L.

(1) ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Vis Preuve et Prouver. — GOUBEAUX et BHR, *Encycl. Dalloz. Répert. Dr. civ.* 2e éd., V° Preuve, n° 1.

proposer ses propres preuves relativement au même fait, pour le plus grand profit de la découverte de la vérité.

Il reste cependant que si personne ne réussit à produire des preuves suffisantes, dans un sens ou dans l'autre, il faudra bien que le juge tranche le litige. C'est alors que celui des plaideurs à qui incombait la charge de la preuve et qui n'a pu y satisfaire perdra son procès. Tel est le véritable «risque» de la preuve<sup>(2)</sup>. Il serait donc dangereux de trop compter sur les diligences spontanées de l'adversaire pour faire éclater la vérité. Prouver demeure une charge et l'échec en ce domaine est lourd de conséquences.

Mais la tâche imposée au plaideur qui doit soutenir ses alléguations n'est pas impossible. Les circonstances peuvent le mettre dans l'embaras, les obstacles divers ne manquent pas. Mais il n'est pas juridiquement désarmé. Au contraire, la charge de la preuve s'accompagne de prérogatives. Certains moyens sont accordés au plaideur pour obtenir les preuves qu'il doit rassembler et il a, en principe, la certitude que les éléments de conviction qu'il pourra réunir seront effectivement soumis à l'appréciation du juge. En un mot, il existe un droit à la preuve.

2. Ni l'idée ni l'expression qui la désigne ne sont nouvelles, mais, en dépit de l'adhésion de la doctrine dominante<sup>(3)</sup>, on a l'impression qu'elles ont longtemps suscité assez peu d'intérêt chez la majorité des juristes français qui n'y voyaient sans doute guère plus qu'une habileté de forme didactique sans grande portée pratique. C'est qu'en effet, les manifestations du droit à la preuve ont pu paraître longtemps pour le moins limitées. A vrai dire, c'est plutôt l'inverse qui caractérisait le droit positif, avec des restrictions ou des entraves diverses venant compliquer la tâche de celui qui devait assumer la charge de prouver. Or, si l'on peut interpréter ces contraintes comme une consécration *a contrario* d'un droit à la preuve, on pouvait tout autant mettre en doute l'existence d'un principe si peu clairement exprimé par les règles positives.

Mais, depuis peu, les choses ont considérablement changé. Il est

(2) LEGÈNS, *Les règles de preuve en droit civil*, thèse Poitiers 1954, éd. L.G.D.J. 1955, préf. R. SAVATIER, p. 101 et s., 169 et s. - V. aussi : MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse Lyon 1947, N° 117. - F. BOULANGER, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, *Rev. trim. dr. civ.* 1966, p. 736, n° 5. - GOUBEAUX et BHR, *op. cit.*, n° 106 et s.

(3) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7 par ESMÉIN, RADOULANT et GABOLDE, n° 1411 et s. - BEUDANT et LEREBOURS-DIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. 9, vol. 2 par PERRROT, n° 1167 et s. - MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Introduction générale*, n° 217 et s.

permis de voir un tournant décisif de l'évolution dans les textes qui, de 1971 à 1975, se sont succédés pour mettre en place un nouveau Code de procédure civile<sup>(4)</sup>. En atténuant le type accusatoire de la procédure devant les juridictions civiles, en cherchant à redéfinir les rôles respectifs du juge et des parties, la place du fait et du droit, ces textes ont non seulement introduit des modifications non négligeables dans les règles applicables, mais ont surtout imposé une vision renouvelée de l'ensemble de la matière<sup>(5)</sup>. On s'est alors aperçu de la convergence de certaines positions apparemment nouvelles avec des analyses précédemment dégagées en jurisprudence. Bref, depuis les textes réformant la procédure civile, le centre de gravité du système s'est déplacé. Un classement quelque peu différent de solutions parfois anciennes est devenu naturel, de sorte que l'éclairage sous lequel on les observe désormais a changé. Ainsi, le droit à la preuve, qui pouvait faire figure d'exercice de l'esprit à l'usage de théoriciens, a pris, en droit positif, un consistance certaine, qui impose à tous de le prendre au sérieux.

3. Cela ne signifie certes pas que cette notion soit accueillie sans réticences. La qualification même de «droit», utilisée par les uns, suscite la méfiance des autres. Il est vrai que le terme est employé à tort et à travers, de telle sorte qu'il n'a plus toujours de signification précise : droit à la vie, droit au bonheur, droit au travail, droit à la qualité de la vie, droit à la liberté de conception... l'inflation, déjà dénoncée vigoureusement il y a une vingtaine d'années<sup>(6)</sup> ne s'est pas ralentie. Dans cette accumulation de «droits» il devient difficile de distinguer ce qui n'est que commodité de langage de ce qui désigne une véritable catégorie juridique.

Est-il permis de voir dans le «droit à la preuve» un droit subjectif suffisamment caractérisé ? Une telle question est redoutable, car l'accord unanime est loin d'être fait sur une définition du droit subjectif<sup>(7)</sup>. Ce

(4) Décrets du 9 septembre 1971, du 20 juillet 1972, du 28 août 1972, du 17 décembre 1973, du 5 décembre 1975, auxquels on doit ajouter des dispositions législatives ayant un autre objet mais procédant d'une inspiration analogue, telle la loi du 5 juillet 1972.

(5) MOTULSKY, *Protégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D., 1972, chron.* p. 91 ; *Cours de droit processuel*, publié, après décès de l'auteur, par Mme CAPEL (1973). - PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile*, préf. Cornu, avant propos P. FRANCON, éd. Répert. Défrénois, 1976.

(6) ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, éd. Dalloz, 1963, notamment n° 6, 18.

(7) V. le résumé des principaux aspects de la controverse et notre propre tentative de présentation in *Traité de droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, *Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, L.G.D.J. 1977, n° 163 et s.

n'est pas une raison d'esquiver le problème, mais une justification de l'impossibilité de proposer une réponse parfaitement convaincante.

Le Nouveau Code de procédure civile français, issu du décret du 5 décembre 1975, fournit à ce sujet un argument assez important. Ce texte n'a pas hésité, en effet, à énoncer des propositions d'ordre théorique, pour situer et coordonner quelques éléments essentiels. C'est ainsi que, s'inspirant des analyses de Motulsky<sup>(8)</sup>, l'article 30 définit ainsi l'action en justice :

«L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention».

Ainsi, le texte accueille la notion de droit processuel, droit subjectif né du rapport d'instance noué entre les parties et le juge et conférant aux plaideurs le pouvoir d'exiger du juge qu'il examine au fond leurs prétentions. Pouvoir qui est d'ailleurs sanctionné pénalement (déni de justice) et civilement (responsabilité de l'Etat et responsabilité personnelle)<sup>(9)</sup>. Cette faculté pour un individu de déclencher en sa faveur l'impératif d'une norme juridique correspond à la technique du droit subjectif.

Or, si l'action en justice, le «droit d'action» est ainsi rangé par le texte lui-même parmi les droits subjectifs, la même nature juridique doit être reconnue au «droit à la preuve».

Tout comme l'action est un droit des parties à l'égard du juge (droit d'exiger l'examen de la prétention), le droit à la preuve est un droit qui astreint le juge à examiner les éléments de conviction proposés par le plaideur. Le droit à la preuve est, en effet, au moins le droit de produire les preuves que l'on détient. Ainsi compris, le droit à la preuve fait partie de cette prérogative plus générale accordée par la loi à toute personne, prérogative ressentie comme si nécessaire que l'on pourrait y voir une émergence du droit naturel : le droit de se faire écouter de son juge.

Il y a plus. Le droit à la preuve, tel qu'il se dessine aujourd'hui en droit français, assujettit d'autres personnes. Avec le secours du juge, le plaideur peut contraindre des tiers et son adversaire lui-même à collaborer à la recherche des preuves, notamment en exhibant les documents qu'ils détiennent. La charge de la preuve impose une tâche difficile, mais

(8) Le droit subjectif et l'action en justice, *Arch. philosophie du droit* 1964, p. 215 et s.

(9) L. 5 juillet 1972

certaines moyens sont attribués afin de l'accomplir. Le droit d'obtenir des preuves se traduit par des obligations à la charge d'autrui.

4. Tels sont, en effet, actuellement, les deux aspects que présente le droit à la preuve dans le système juridique positif français : c'est un droit d'obtenir des éléments de preuve, qui s'exerce à l'égard de l'adversaire ou des tiers ; c'est un droit de produire les preuves, qui s'adresse, cette fois, au juge. Dans les deux cas, la structure même du droit est identique. C'est un pouvoir d'exiger une certaine activité d'autrui. La technique est celle du droit de créance, que la personne obligée en raison du droit à la preuve invoqué soit un individu quelconque ou le juge.

Encore faut-il prendre la mesure de ces prérogatives. Comme on peut sans peine l'imaginer, les solutions sont assez nuancées. De nombreux obstacles subsistent, qui entravent la recherche ou la production des preuves. Il s'agit donc de tendre à un équilibre satisfaisant. Ces nuances, qui paraissent bien nécessaires, rendent assez difficile l'entreprise de dresser un tableau de l'état actuel du droit à la preuve dans le système juridique français. Ce tableau, de toutes façons, ne peut être qu'un diptyque :

- d'une part, le droit d'obtenir des preuves
- d'autre part, le droit de produire ses preuves.

## I. LE DROIT D'OBTENIR DES PREUVES

5. Souvent, la recherche des preuves par une partie serait une tâche impossible sans l'assistance ou la collaboration d'autrui. Admettre l'existence d'un droit à la preuve conduit à permettre d'obliger, donc de contraindre certaines personnes à se prêter à l'entreprise. Qu'on le veuille ou non, c'est donc porter atteinte à la liberté individuelle. Aussi, les manifestations positives du droit à la preuve demeurent-elles fragmentaires et peuvent-elles parfois rencontrer des obstacles insurmontables.

### A. Manifestations positives du droit à la preuve

6. Depuis fort longtemps, des dispositions législatives ont contribué à assister le plaideur dans ses efforts tendant à démontrer la vérité de ses allégations.

Ainsi en est-il de la répression du faux témoignage<sup>(10)</sup>. Le délit

(10) C. Pén., art. 361 et s. (art. 363 sur le faux témoignage en matière civile).

sanctionne sans doute une certaine atteinte à la dignité de la justice, mais il vise surtout à garantir aux plaideurs une recherche loyale de la vérité ; d'ailleurs, l'existence d'un préjudice causé ou susceptible d'être causé par la déposition mensongère est une condition de l'incrimination<sup>(11)</sup>... Il en est de même du faux en écriture publique ou privée, dont la sanction constitue une protection contre des manoeuvres qui tendent à empêcher le jeu normal des règles de preuve.

De telles incriminations donnent déjà un début de consistance au droit à la preuve. La menace de sanctions pénales a un rôle dissuasif. Il ne s'agit pas encore de faciliter la tâche de celui qui doit fournir des preuves ; du moins, la loi se préoccupe-t-elle d'empêcher les actes qui risqueraient de rendre cette tâche impossible. En matière de preuves, chacun a donc, et ce n'est pas une nouveauté, droit à la loyauté et à la sincérité d'autrui.

7. Mais ce genre de manifestations indirectes du droit à la preuve demeure bien timide. Aujourd'hui, il ne serait plus question de s'en contenter. On a, semble-t-il, pris conscience des difficultés de la recherche de la vérité. La Justice ne sort, en effet, pas mieux servie de l'échec de l'individu qui n'a pas réussi à obtenir les preuves dont il avait besoin pour faire reconnaître son bon droit. Le juge a cessé d'être un spectateur passif. Il peut désormais s'engager lui-même, avec tout le poids de son autorité, dans la recherche de la vérité. L'article 10 du Nouveau Code de procédure civile lui confère «le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles»... Le juge a aussi le moyen de soutenir les efforts des plaideurs en donnant vie à leur droit à la preuve.

Consécration solennelle d'un nouvel état d'esprit, la loi du 5 juillet 1972 a inséré au Code civil un article 10 ainsi libellé :

«Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende, sans préjudice de dommages intérêts.»

Ce texte constitue aujourd'hui un des principaux supports du droit à l'obtention des preuves<sup>(12)</sup>.

(11) Cass. crim. 19 juin 1857, *D.P.* 1857. 1. 372. - 6 janvier 1859, *D.P.* 1860. 1. 377

(12) Cf. LOBIN, «L'astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juillet 1972» *Etudes offertes à P. Kayser*, t. 2, p. 131 et s.

A ce principe peuvent se rattacher plusieurs dispositions figurant actuellement au Nouveau Code de procédure civile.

8. Il faut notamment signaler l'article 145, qui énonce :

«S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.»

Cette disposition établit un véritable droit à la préconstitution de la preuve.

La pratique n'avait pas attendu le Nouveau Code de procédure civile pour opérer cette recherche des preuves préalable à tout litige, en particulier à l'occasion d'opérations de construction<sup>(13)</sup> : avant d'ouvrir un chantier important, qui risque de causer des désordres aux immeubles voisins, le futur constructeur obtient du juge des référés la désignation d'un expert avec mission de constater l'état des bâtiments voisins. De la sorte, il sera aisé d'établir ultérieurement l'existence et l'importance des dégâts que les travaux auront pu causer. Une telle procédure n'était pas facile à justifier sans le secours d'un texte et l'on comprend que des magistrats aient pu hésiter à intervenir en dehors de tout litige, à seule fin de permettre une préconstitution des preuves. Ce n'est donc pas sans courage, voire une certaine audace, que certaines juridictions notamment le Tribunal de grande instance de Paris, avaient admis le référé dit «préventif».

Désormais, la légalité du procédé ne fait plus de doute, en présence du texte formel de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile.

On retiendra donc cette illustration particulière du droit au collationnement des preuves : avec le secours du juge qui ordonne la mesure, une personne peut contraindre des tiers à se prêter à une recherche d'éléments de preuve préalable à tout litige.

9. Du moins, les tiers qui se trouvent ainsi bon gré mal gré conduits à faciliter la tâche de celui qui amasse ses preuves ne sont-ils pas, en tout cas pas encore, des adversaires. Or, il est aujourd'hui admis que le droit à la preuve peut être invoqué même à l'encontre de celui qui a le plus grand intérêt à voir échouer les efforts de recherche des preuves : le

(13) M. PEISSE, «Le référé préventif en matière de construction immobilière», *Gaz. Pal.* 1975. 2. docif. 436.

plaideur adverse. Celui-ci, comme les tiers, peuvent en effet se voir contraints d'exhiber des éléments de preuve détenus par eux.

Le cas est tout à fait remarquable et constitue sans doute la plus éclatante consécration du droit à la preuve<sup>(14)</sup>. Il mérite que l'on s'y arrête un moment.

Il faut supposer que le demandeur connaît l'existence de documents propres à fonder sa prétention, mais ne les a pas en mains. Il s'agit pour lui d'obtenir de celui qui détient ces pièces qu'il les présente au juge. On conçoit qu'une telle prétention puisse se heurter à certaines réticences, notamment lorsque les éléments de preuve en question sont aux mains de l'autre partie qui ne tient évidemment pas à favoriser l'entreprise de son adversaire.

Pendant longtemps, aucun texte de portée générale ne prévoyait la possibilité d'imposer à un plaideur ou à un tiers la production des preuves qu'il détenait. Un tel mécanisme figurait cependant aux articles 14 à 17 du Code de commerce pour obtenir de la part d'un commerçant la communication de ses livres de commerce. Mais le cas paraissait relever de la spécificité de la preuve en matière commerciale, de sorte qu'en dehors d'une telle hypothèse, le problème demeurait entier.

En doctrine, les adversaires de la généralisation d'une telle action *ad exhibendum* se retranchaient derrière l'analyse classique de la charge de la preuve, s'agissant particulièrement des documents détenus par l'adversaire: «*actori incumbit probatio*», que celui à qui incombe la charge de la preuve fasse sa recherche, son adversaire peut rester passif en attendant; il n'a pas à fournir des armes contre lui-même: *nemo tenetur edere contra se*.<sup>(15)</sup>

Pendant, un fort courant contraire s'était formé<sup>(16)</sup>. D'assez nom-

(14) A tel point que l'on peut, dans une conception restrictive de la matière, ramener le droit à la preuve à cette seule hypothèse: C. MARRAUD, «Le droit à la preuve: la production forcée des preuves en justice», *J.C.P.* 1973.I.2572. — Pour une étude complète de la question, cf. DAIGRE, *La production forcée des preuves dans le procès civil*, préf. Lombois (coll. public Fac. dr. et sc. soc. de Poitiers, t. VIII).

(15) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 29, n° 209. — PLANIOL et RIPERT, *op cit.*, t. 7 par GABOULDE, n° 1412. — SOLUS, «Rôle du juge dans l'administration de la preuve», *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. 5, p. 129 et s.

(16) DEMONTES, *L'action ad exhibendum en droit moderne*, thèse Paris 1922. — DEMOGUE, *Traité des obligations*, n° 211. — DECUIGS, «L'évolution des preuves en droit comparé», *Bull. soc. Législ. comp.* 1939, 77 et s. — MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd. 1949, n° 479. — BEUDANT et LEBEBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, t. 9 par Perrot, n° 1175. — LEGEAIS, *thèse précitée*, p. 197. — E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés; remarques sur l'adage nemo tenetur edere contra se*, thèse dactyl. Paris 1967.

breux auteurs faisaient valoir l'intérêt pour tous de découvrir la vérité, plusieurs d'entre eux invoquant le droit à la preuve...

10. Il faut observer que le débat s'est très souvent trouvé faussé par suite d'une certaine confusion sur le sens de l'expression: charge de la preuve. Une parenthèse doit être ici ouverte afin de tenter de dissiper cette confusion.

La charge de la preuve est volontiers conçue comme la détermination d'un ordre chronologique dans l'administration de la preuve: le demandeur allègue un fait à l'appui de sa prétention. Si le défendeur le conteste par une simple dénégation, il appartient au demandeur de faire la preuve de son allégation. Lorsque le demandeur a rapporté la preuve qui était exigée de lui, le défendeur peut opposer une exception. Si celle-ci est déniée par le demandeur, il incombe au défendeur de prouver les faits sur lesquels il fonde l'exception qu'il allègue... Ainsi, au cours du procès, la charge de la preuve pèse alternativement sur chacune des parties, au fur et à mesure qu'elles avancent de nouveaux faits.

Il est bien certain que contraindre un des plaideurs à fournir à son adversaire les éléments de preuve dont celui-ci a besoin pour accomplir la tâche qui lui incombe est perturber cet ordre de production des preuves. Ce serait, si l'on ose utiliser cette image, méconnaître la «règle du jeu probatoire» en donnant à l'un des plaideurs le moyen de «passer son tour».

Mais la charge de la preuve a une autre signification, que nous avons déjà évoquée: il s'agit de déterminer à qui le juge devra donner satisfaction lorsqu'aucune preuve suffisante, d'où qu'elle vienne, n'aura pu être produite. Peu importe alors l'origine des éléments de conviction, sur lesquels le juge peut fonder sa décision. Lorsque la vérité est connue, il est indifférent de savoir qui était spécialement chargé de la dévoiler. Mais quand aucune preuve n'est suffisante, quand l'incertitude subsiste, le juge ne peut pas refuser de statuer. Obligé de trancher le litige, il fera à l'encontre du plaideur sur qui pesait le fardeau de la preuve et qui n'a pas réussi à entraîner la conviction.

Ainsi comprise, l'attribution de la charge de la preuve à l'une des parties n'est pas un obstacle à la communication forcée de pièces par son adversaire. En réclamant à l'autre partie un élément de preuve qui lui est nécessaire, le demandeur ne nie pas que le risque de la preuve pèse sur lui au cas où, malgré la production du document, il ne parviendrait pas à convaincre le juge; il cherche seulement à obtenir de son adversaire un moyen de faire la preuve qui lui incombe. Il n'y a pas renversement de la

charge de la preuve, dès lors que l'on ne s'attache plus à un ordre successif d'administration de la preuve.

Revenons cette parenthèse pour revenir plus directement au droit à la preuve.

11. La jurisprudence s'était montrée assez hésitante sur la question de la communication de pièces détenues par l'adversaire. Un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, en date du 17 juin 1879 en avait admis le principe, toutefois en l'assortissant de précautions :

« Si, énonçait la Cour, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les tribunaux peuvent ordonner la communication de certaines pièces qui ne sont ni signifiées ni employées, ils ne doivent user de ce moyen d'instruction qu'avec réserve et lorsqu'il leur paraît autorisé par des motifs sérieux »<sup>(17)</sup>.

Cette affirmation était courageuse, mais n'entraîna pas l'ensemble des tribunaux. De sorte que, pendant une longue période, le droit à la preuve fut refoulé par la maxime, alors triomphante : *nemo tenetur edere contra se*.

Cette éclipse du droit à la preuve dura jusqu'à une époque récente. Puis, dans les années 1960, la tendance s'est renversée.

Un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 1962 a pris en considération la difficulté que pouvait éprouver la victime d'un accident à exercer l'action directe dont elle bénéficiait contre la compagnie d'assurances du responsable : demanderesse, la victime doit prouver ses allégations. En l'occurrence, il lui faut établir qu'un contrat d'assurance oblige la compagnie à couvrir la responsabilité de l'auteur du dommage. Comment la victime, qui est un tiers à ce contrat, pourrait-elle en produire un exemplaire sans le secours soit de l'assuré soit de l'assureur ? La Cour de cassation qui, à l'époque, ne pouvait fonder une solution sur un texte, admit que le tribunal pouvait commettre des experts avec la mission de se transporter au siège social de la compagnie et de compulsier les archives de celle-ci, afin de rechercher si, à la date de l'accident, le responsable était assuré<sup>(18)</sup>. Ce n'était pas encore la communication forcée de pièces, mais ce que certains ont appelé « l'expertise-perquisition », dont les résultats ne sont pas très éloignés.

Un peu plus tard, la Cour de cassation parut revenir à une attitude

(17) Cass. req. 17 juin 1879, S., 1881. I. 116

(18) Cass. civ. 2e, 22 mars 1962, *Bull. civ.* II, n° 332

moins favorable au droit à la preuve. Un plaideur demandait à l'Etat réparation des dommages qu'il prétendait avoir été causés à son immeuble par le survol d'avions militaires supersoniques. Les juges du fond, constatant la difficulté qu'éprouvait le demandeur à prouver le lien de cause à effet entre le passage du mur du son et les dégâts subis par sa maison, avaient ordonné à l'agent judiciaire du Trésor de prendre toutes les initiatives opportunes pour qu'il soit procédé à un ou plusieurs essais en vol par un avion à vitesse supersonique, afin de faire les constatations utiles. La Cour de cassation a cassé cette décision<sup>(19)</sup>. Il faut reconnaître qu'en l'espèce, les exigences du droit à la preuve admises par les juges du fond dépassaient de loin la simple production d'un document d'archive ! Les diligences requises de l'adversaire étaient excessivement coûteuses et compliquées...

Toujours est-il que, dans des affaires moins originales, la Cour de cassation approuva des décisions ayant ordonné la communication de pièces détenues par une des parties<sup>(20)</sup> ou par un tiers<sup>(21)</sup>.

Ainsi, sans le secours d'un texte, la jurisprudence avait-elle dégagé le principe d'un abandon de l'ancienne maxime *nemo tenetur edere contra se*.

12. Ces solutions trouvent aujourd'hui une justification textuelle dans le Nouveau Code de procédure civile. Reprenant une formule déjà énoncée antérieurement par le décret du 9 septembre 1971, l'article 11 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile énonce :

« Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

Sans qu'il y ait lieu de se livrer ici à l'exégèse de ce texte, quelques expressions méritent d'être soulignées, car elles permettent de mieux saisir ce mécanisme.

— L'initiative appartient à une des parties, qui adresse à cette fin une requête au juge. Il s'agit donc bien de mettre en oeuvre le droit à la preuve, de fournir à un plaideur le moyen d'accomplir la tâche probatoire qui lui incombe.

(19) Cass. civ. 2e, 1er juillet 1966, *J.C.P.* 1966. II. 15305, note de Juglart et du Pontavice.

(20) Cass. civ. 2e, 23 décembre 1969, *Bull. civ.* II, n° 366

(21) Cass. civ. 3e, 15 décembre 1971, *Gaz. Pal.* 1972. I. 285, concl. Paucof

— Mais le plaideur seul n'a pas le pouvoir d'imposer à son adversaire ou à un tiers de collaborer. C'est le juge qui apprécie s'il y a lieu ou non d'ordonner une telle mesure. Le droit à la preuve est donc étroitement contrôlé. La communication forcée de documents est une atteinte à la liberté individuelle. Il faut que les nécessités de la recherche de la vérité soient assez pressantes pour que l'on s'y résigne. Cela suppose une appréciation du juge. Il n'est jamais obligé de donner suite à la requête. C'est pour lui une simple faculté, qu'il exerce souverainement<sup>(22)</sup>.

Cela signifie que le plaideur qui invoque son droit à la preuve n'est pas du tout dispensé de faire de son côté des efforts sérieux. Il lui appartient notamment d'indiquer avec précision quels sont les éléments de preuve détenus par autrui dont il sollicite la communication, afin que puisse être portée une appréciation de leur utilité pour la solution du litige. Il ne s'agit pas de faire remettre un ensemble d'archives ou toute une comptabilité pour que le plaideur effectue lui-même un tri dans l'espoir hypothétique d'y trouver un indice<sup>(23)</sup>...

— Lorsqu'il l'estime opportun, le juge ordonne la communication du document, au besoin à peine d'astreinte<sup>(24)</sup>. C'est lui qui détermine l'étendue de la communication. A cet égard, d'ailleurs, les limites de son pouvoir ne sont pas très claires. L'article 10 du Nouveau Code de procédure civile fait partie d'une série de textes composant un chapitre intitulé : « les principes directeurs du procès ». Ces généralités sont mises en oeuvre par d'autres textes. C'est ainsi que « l'obtention des pièces détenues par un tiers » ou « par une partie » est réglée aux articles 138 et suivants. Or, l'article 138 emploie une formule qui paraît plus restrictive que celle de l'article 10 :

« Si dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie, ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ».

« Un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie »... La formule invite à l'interprétation *a contrario* : un plaideur ne pourrait pas obtenir l'assistance du juge pour faire exhiber par autrui un

(22) Cass. civ. I<sup>re</sup>, 4 décembre 1973, *Bull. civ. I*, n° 336, — 29 mai 1975, *Bull. civ. II*, n° 156, — 22 janvier 1976, *Bull. civ. II*, n° 24, — 10 février 1977, *Bull. civ. II*, n° 32

(23) Trib. gr. inst. Marseille 20 février 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, 544, note Candas

(24) Le recours à cette sanction est légitimé par l'article 10 du Code civil (L. 5 juillet 1972). Cf. Y. LOBIN, article précité note 12.

acte auquel il a été partie. La solution pourrait être une sanction de la négligence : celui qui est partie à un acte doit s'en ménager la preuve. Elle serait toutefois sévère si elle interdisait de contraindre un tiers à qui a été confié un acte sous seing privé d'un commun accord des parties, de se dessaisir du document... Il y a donc un élément de doute à cet égard, qui est révélateur de la prudence avec laquelle on s'engage dans la voie de la consécration du droit à la preuve.

— Il faut encore observer que le juge peut se contenter d'ordonner la communication d'une copie, ce qui sera notamment le cas pour les actes authentiques établis en minute, ou d'extraits d'un document. Cette dernière méthode peut se révéler particulièrement utile pour concilier les besoins de la preuve avec des impératifs de discrétion, voire de secret.

Le droit à la preuve ne justifie pas, en effet, que toutes les informations possibles soient utilisables. L'article 10 du Nouveau Code de Procédure civile, en posant le principe d'une collaboration forcée de l'adversaire ou des tiers à la recherche des preuves, prend bien soin de préciser : « s'il n'existe pas d'empêchement légitime ». On songe tout de suite au secret professionnel, qui est l'antithèse du droit à la preuve. Mais ce n'est pas la seule source d'empêchement légitime.

D'une façon générale d'ailleurs, le droit à la preuve, quelles que soient ses manifestations, entre fréquemment en conflit avec d'autres principes. Il faut évoquer ces résistances à la démonstration de la réalité.

#### *B. Obstacles s'opposant à une mise en oeuvre du droit à la preuve*

13. Il serait certainement fort long d'énumérer les entraves et les embûches que peut rencontrer une personne lorsqu'elle tente de mettre en oeuvre son droit d'obtenir les preuves dont elle a besoin. Sans même parler des obstacles de fait, tels que l'absence de témoins, la mauvaise mémoire des témoins, la contrariété des indices, etc., les obstacles de droit ne manquent pas. On se contentera d'évoquer ce qui paraît bien être le thème majeur en la matière : la défense d'une sorte de zone protectrice de l'intimité de la personne humaine. Mieux connus, plus souvent attaqués aussi qu'autrefois, les droits de la personnalité suscitent aujourd'hui beaucoup d'intérêt. Le conflit qui oppose certains d'entre eux à la preuve est souvent délicat.

14. Il en est ainsi notamment de l'obstacle qu'oppose à la recherche de certaines preuves le droit à l'intégrité du corps humain. La question se pose avec acuité dans les procès relatifs à la filiation. Est-il admissible

d'ordonner un prélèvement de sang aux fins d'analyse et de comparaison ? La doctrine en a discuté<sup>(25)</sup>, mais depuis 1955 la loi prévoit expressément le recours à ce mode de preuve. La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation a maintenu une place privilégiée aux examens hématologiques, en ouvrant en outre la voie à « d'autres méthodes médicales certaines »... L'atteinte à l'intégrité du corps humain est donc, au moins en ce domaine, considérée comme admissible, normale, ... sans doute parce que la recherche s'opère dans des conditions devenues banales et parce qu'il est apparu impossible de renoncer à la quasi certitude qu'offrent les preuves scientifiques.

Mais, en dehors des cas visés par la loi, il n'est pas du tout certain que le droit à la preuve l'emporte sur le droit à l'intégrité du corps humain. Ainsi, un tribunal a-t-il refusé d'imposer à une femme mariée de se soumettre à tous examens et analyses destinés à établir un éventuel état de grossesse, même si, les époux étant en instance de divorce, le mari avait un intérêt certain à faire constater cet état<sup>(26)</sup>.

De toutes façons, même lorsque la recherche d'une preuve portant atteinte à l'intégrité physique est admise, il ne saurait être question de coercition. Le juge peut, à la demande d'un des plaideurs, ordonner l'examen médical ; il ne peut faire exécuter cet ordre par la force. Depuis la loi du 5 juillet 1972 déjà évoquée, le prononcé d'une astreinte serait sans doute possible. Le plus souvent, le juge se bornera à retenir le refus de se prêter à la mesure ordonnée en tant que présomption du fait de l'homme favorable à la thèse du demandeur.

15. Le droit au secret de l'intimité de la vie privée est, depuis la loi du 17 juillet 1970, pénalement protégé contre des méthodes que certains auraient pu être tentés d'utiliser dans leur recherche de preuves. Les photographies prises au téléobjectif dans un lieu privé, les enregistrements de conversations téléphoniques, etc. sont donc prohibés et ne peuvent trouver de justification dans le droit à la preuve<sup>(27)</sup>. Il en est de

(25) BARBIER, L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation. *Rev. trim. dr. civ.* 1949, 345. — R. V. « Preuve et atteintes à la personne », *J.C.P.* 1949, I, 758. — SOLUS, *étude précitée*, p. 128. — NERSON, « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », in *Le droit privé au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, études G. Ripert*, t. 1, p. 403. — LEGEAIS, *thèse précitée*, p. 144 et s. — DENIS, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil. » *Rev. trim. dr. civ.* 1977, 671

(26) Trib. gr. inst. Corbeil, réf. 5 juillet 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 2, 749

(27) Besançon 5 janvier 1978, 357, note Lindon. — Cass. crim. 30 janvier 1978, *Gaz. Pal.* 1978, 2, 467. — Trib. corr. Montbéliard 1<sup>er</sup> décembre 1978, *J.C.P.* 1979, II, 19248, note Lindon

même des renseignements recueillis au prix d'une violation de domicile.

C'est ainsi, par exemple, qu'un tribunal n'a pas pu retenir comme preuve d'un adultère une photographie montrant le défendeur et sa prétendue complice couchés dans le même lit, bien que les explications données par le défendeur soient peu vraisemblables : celui-ci prétendait avoir été transporté à son insu dans le lit de son employée, après avoir été préalablement endormi par un breuvage<sup>(28)</sup>... La photographie litigieuse ayant été obtenue par une violation de domicile et constituant une captation illicite de l'image de la personne dans un lieu privé devait être écartée.

16. Mais la protection de l'intimité de la vie privée et l'inviolabilité du domicile ne sont pas absolues. Un exemple remarquable de compromis entre ces principes et le droit à la preuve est fourni par les constats d'adultère.

Pendant longtemps, l'adultère a été pénalement sanctionné, ce qui permettait de recourir, pour en rapporter la preuve, aux investigations policières. Il y a une trentaine d'années, s'est formée la pratique de constats civils d'adultère, qui constituaient en quelque sorte un diminutif des constats de police. Ces constats civils sont faits par des huissiers. Mais un huissier, agissant sur la seule demande de son client, ne peut pénétrer au domicile d'un tiers sans l'autorisation de celui-ci. Pour vaincre l'obstacle constitué par l'inviolabilité du domicile, la pratique a imaginé de solliciter un ordre émanant d'une autorité publique. Ainsi, l'époux demandeur présente une requête au président du tribunal, lequel rend une ordonnance désignant un huissier pour procéder au constat d'adultère au domicile d'un tiers. Mais l'autorisation donnée à l'huissier ne va pas jusqu'à lui permettre d'instrumenter la nuit.

La loi du 11 juillet 1975 a abrogé l'incrimination pénale de l'adultère et, en réformant le droit du divorce, s'est préoccupée des constats établis par les huissiers. L'article 259-2 du Code civil énonce, en effet :

« Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée ».

On s'est demandé si ces réformes ne marquaient pas un recul du droit à la preuve : puisque l'adultère n'est plus un délit, pourquoi le juge se

(28) Trib. corr. Blois 19 février 1964, *Gaz. Pal.* 1964, I, 369

préterait-il à une intrusion dans la vie privée d'autrui ? Toute atteinte à cette intimité n'est-elle pas illicite ? (29).

Ce raisonnement n'a pas eu prise sur la jurisprudence, qui maintient sans changement le système traditionnel des constats d'adultère<sup>(30)</sup>. Mais l'hésitation qui a pu se manifester révèle la fragilité de l'équilibre ainsi atteint de façon empirique entre le droit à la preuve d'une part et le droit à l'intimité de la vie privée d'autre part : la difficulté de prouver autrement l'adultère justifie une investigation exceptionnelle ; mais cette avancée du droit à la preuve ne vaut pas pendant la nuit. De sorte que les amours illicites demeurent à l'abri des constats... pourvu que les partenaires renoncent au confort des grasses matinées. La paresse conjugale à l'infidélité fait donc perdre la protection de la vie privée...

17. Bien d'autres aspects du conflit entre droit à la preuve et droit à garder secret ce qui touche intimement la personne pourraient être évoqués : secret de la correspondance, secret professionnel des confidents nécessaires, etc. Souvent, les solutions sont nuancées et procèdent de tâtonnements en vue d'atteindre un équilibre satisfaisant.

Ainsi se dégagent d'une façon souvent empirique les contours du droit à la preuve, entendu comme le droit d'obtenir des preuves. En tout cas, ce droit se manifeste, quelquefois vigoureusement. Avec l'appui ou au moins le contrôle du juge, il permet d'assujettir des tiers, qu'il s'agisse de personnes étrangères au litige ou de l'adversaire dans le procès.

Ce droit de rechercher les preuves est étroitement lié au droit de produire les preuves : il est clair qu'il n'y a pas lieu d'envisager l'application de mesures tendant à faciliter l'obtention d'éléments de preuve dont l'utilisation dans le procès se heurterait à un obstacle juridique. Cependant, malgré ces interférences, il n'est pas sans intérêt de s'arrêter sur le second aspect du droit à la preuve, qui met directement en présence le justiciable et le juge : le droit de produire les preuves.

(29) MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les personnes*, 3e éd. par P. RAYNAUD, n° 300. Trib. gr. inst. Bar-le-duc 16 janvier 1979, réformé par Nancy 14 mars 1979, JCP 1979 II 19210, note Goubeaux

(30) Cass. civ. I, 6 février 1979, *Gaz. Pal.* 1979.1.252, note J. V. - Nancy 14 mars 1979 précité.

## II. LE DROIT DE PRODUIRE LES PREUVES EN JUSTICE

18. Les preuves ne sont utiles que si elles peuvent être employées pour entraîner la conviction du juge. Sinon, à quoi bon amasser des documents, recueillir des indices, rechercher des témoins ? Avoir un droit à la preuve, c'est avoir le droit de se servir des preuves que l'on détient ; c'est avoir le droit de produire ses preuves en justice.

Cet aspect du droit à la preuve paraît être une donnée de tout système ayant pour fin la Justice. La découverte de la vérité n'est certes pas chose facile, mais refuser délibérément de connaître la vérité paraîtrait aberrant.

Et pourtant, le droit de se faire entendre, le droit de tenter de convaincre, n'est pas toujours accordé, même dans des systèmes juridiques qui ne passent pas pour être des symboles de tyrannie et d'arbitraire. Il suffit d'évoquer en droit français le mécanisme des voies de recours combiné à la distinction du fait et du droit : combien de plaideurs éprouvent un sentiment de frustration lorsqu'ils comprennent que la Cour de cassation n'ayant plus aucune prise sur la constatation des faits opérée par les juges du fond, ils ne sont pas admis à proposer de nouvelles preuves à l'appui de leurs prétentions ! Et cependant il n'est pas possible d'élargir le droit de produire les preuves à l'instance en cassation sans remettre en question l'institution elle-même.

Ainsi, le droit à la preuve, entendu comme le droit de produire ses preuves, n'est pas sans limites. Ce sont ces limites qu'il faut signaler puisqu'elles permettent de dessiner les contours du droit qui nous occupe.

Ne parler que d'obstacles ou de restrictions à la production des preuves pour caractériser le droit à la preuve n'est paradoxal qu'en apparence. En effet, c'est à l'égard du juge qu'existe le droit de produire les preuves. Or, le juge a pour mission de trancher les litiges conformément au droit. L'obliger à examiner les preuves proposées par les parties n'est pas attenter à sa liberté ; c'est simplement la conséquence normale de sa mission. Aussi n'est-ce pas du point de vue positif, celui de la prérogative de tout plaideur de se faire rendre justice, que le droit à la preuve est remarquable. Ce sont, au contraire, les limites, les restrictions qu'il subit, qui doivent être notées :

- d'une part, la production de preuves peut être jugée inutile,
- d'autre part, la production de preuves peut être interdite par des motifs de politique juridique.

#### A. La preuve inutile

19. Il est sans intérêt de produire en justice des preuves qui sont impropres à exercer une influence quelconque sur la solution du litige. Il serait absurde d'obliger le juge à examiner des éléments de preuve dont il est certain à l'avance qu'ils sont inutiles. Le bon sens impose de limiter le droit à la production des preuves aux seuls moyens qui peuvent présenter une certaine utilité. Cette règle s'exprime : « La pertinence est une condition de recevabilité de l'offre de preuve ».

Pour en saisir la portée et donc, par contre-coup, prendre la mesure du droit à la preuve, il faut envisager les différents types de situations dans lesquels s'applique le contrôle de la pertinence<sup>(31)</sup>.

20. Ce contrôle porte en premier lieu sur l'allégation. Ainsi que l'énonce l'article 6 du Nouveau Code de procédure civile :

« A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder »...

Alléguer et pas encore prouver : la simple énonciation des éléments de fait invoqués peut être suffisante si l'adversaire ne les conteste pas : ils sont alors établis sans qu'il y ait à les prouver. Surtout, et c'est là qu'intervient le contrôle de la pertinence, la seule allégation permet de déterminer si les faits indiqués, à les supposer démontrés, peuvent ou non donner prise à une règle de droit utile pour la solution du litige. Dans la négative, il n'y a pas lieu de se préoccuper de prouver des faits dont l'existence est, finalement indifférente (ainsi, dans une instance en désaveu de paternité, le mari qui allègue le seul fait de l'adultère de sa femme ne sera pas admis à le prouver, puisque l'infidélité de la femme ne suffirait pas à exclure la paternité du mari).

21. Le contrôle de la pertinence s'exerce, en second lieu, à propos de la relation existant entre le fait allégué et les faits dont la preuve est offerte. Ici, il faut supposer au départ l'allégation d'un fait utile. Mais, en présence de la contestation élevée par l'adversaire, le demandeur se reconnaît incapable de prouver directement le fait et il propose de démontrer d'autres faits desquels, selon lui, pourrait être inférée l'existence du fait à prouver. En d'autres termes, il propose une preuve par

(31) Les nuances terminologiques entre fait pertinent, fait concluant et fait admissible, proposées en doctrine (cf. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, n° 1168 et s.) sont généralement ignorées par la pratique.

présomption. Si les indices qu'il offre ainsi d'établir sont trop vagues ou trop éloignés du fait à prouver pour qu'une présomption puisse en être tirée par le juge, cette preuve est inutile ; la production n'en sera donc pas admise (par exemple, dans une instance en divorce pour faute, l'époux demandeur allègue l'adultère de son conjoint, fait pertinent, et propose en preuve la démonstration de l'inconduite du défendeur avant le mariage, ce qui serait sans pertinence).

22. En troisième lieu, la production de la preuve sera repoussée pour défaut de pertinence lorsqu'en regard aux informations déjà recueillies elle ne serait plus de nature à modifier l'opinion du juge, dont la conviction est déjà faite.

23. Enfin, par le contrôle de la pertinence, il est possible de couper court à des tentatives d'administration de la preuve d'avance vouées à l'échec. Il est, en effet, inutile de laisser un plaideur proposer des moyens que l'on sait d'ores et déjà inefficaces, comme ce serait le cas d'une expertise sollicitée trop tardivement pour que des constatations sérieuses puissent être faites...

24. Dans toutes ces hypothèses, le juge peut refuser d'examiner les preuves. Le droit de prouver n'est pas le droit d'établir n'importe quoi n'importe comment. Le rejet, avant tout examen, de la preuve dont l'inutilité est certaine est une mesure qu'impose le fonctionnement correct des juridictions. Cependant, on conçoit qu'une telle solution laisse généralement une impression d'amertume au plaideur qui n'est pas admis à produire toutes ses preuves. L'appréciation de la pertinence est volontiers suspecte de préjugé.

Or, le contrôle de la Cour de cassation sur ce point est, par la force des choses, assez limité<sup>(32)</sup>. Des différents aspects que présente la pertinence de l'offre de preuve, seul le premier, relatif à l'allégation, pose certainement une question de droit, car il s'agit de dire quelle catégorie de faits est visée par la règle juridique. Ailleurs, la pertinence dépend de l'aptitude de la preuve proposée à convaincre ou non le juge si on la suppose rapportée ; seul le juge du fond lui-même peut faire cette appréciation qui dépend entièrement des circonstances.

C'est ce qu'exprime fréquemment la Cour de cassation en ces termes :

(32) CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D. 1956, chron.* p. 37

«Si les juges du fond ont, en principe, un pouvoir souverain d'appréciation quant à la pertinence des faits offerts en preuve, il en est autrement quand les faits invoqués, dans le cas où leur existence serait établie, justifieraient les prétentions de la partie qui les articule»<sup>(33)</sup>.

Lorsque les juges du fond, dans un procès en responsabilité, refusent d'entendre le plaideur qui prétend démontrer la faute de la victime, en disant que cette démonstration est inutile, cela signifie que, pour eux, cette faute n'aurait aucun effet exonératoire. C'est une affirmation sur un point de droit, qui actuellement, est erronée; la décision sera censurée... Mais si les juges disent que leur conviction est déjà faite et qu'en conséquence il n'y a plus rien à prouver, ou considèrent que le moyen de preuve proposé ne pourra pas les convaincre, il n'y a là aucune position de principe sur une question de droit; le refus de l'offre de preuve échappe à la censure de la Cour de cassation<sup>(34)</sup>.

25. Le droit à la preuve, entendu comme le droit de produire les preuves, est limité par un légitime souci d'efficacité aux seules preuves utiles. L'appréciation de cette utilité étant faite par le juge, c'est-à-dire par celui-là même qui se trouve obligé par l'effet du droit à la preuve, on peut se demander s'il n'y a pas une certaine part d'illusion dans l'affirmation de l'existence de ce droit à l'égard du juge.

Ce serait sans doute excessif. Le juge n'est pas un débiteur dont l'intérêt s'oppose à celui de son créancier. Qu'il garde lui-même le contrôle de sa propre obligation ne l'empêche pas d'être tenu. Sa fonction le conduit à respecter le droit de tout plaideur à produire des preuves utiles.

A condition toutefois que la production en question ne soit pas illicite. Il existe, en effet, de nouvelles restrictions au droit de produire des preuves, qui s'imposent au juge comme aux plaideurs: administrer certaines preuves en justice est parfois prohibé.

### B. La preuve interdite

26. L'interdiction de prouver peut paraître choquante. Elle est cependant relativement fréquente. C'est, en effet, un puissant instrument de politique juridique.

(33) Jurisprudence constante. Cf. GOUBEAUX et BHR, *op cit.*, n° 100 et les références citées.

(34) Il faut cependant réserver le cas exceptionnel où les juges auraient refusé la preuve proposée, non en raison des circonstances de l'affaire, mais en se fondant sur des considérations d'ordre général tenant à la nature du procédé de preuve (par exemple,

Un recensement complet des utilisations de cette méthode serait difficile et fastidieux. Notons seulement quelques lignes générales.

27. L'échec le plus brutal du droit à la preuve est évidemment la prohibition pure et simple de démontrer certains faits. En ce cas, le choix d'une politique par le législateur se montre au grand jour. Ainsi en était-il par exemple, de l'ancienne interdiction de prouver l'existence d'un lien de filiation adultérine ou incestueuse.

28. Le plus souvent, le refus de connaître la réalité se dissimule davantage, en empruntant la technique de la présomption irréfragable. A partir de certains faits, la loi et quelquefois la jurisprudence considèrent comme établis d'autres faits, sans qu'il soit possible de démontrer le contraire: le passage des prémisses à la conclusion est imposé.

Il a été maintes fois observé que, sous couvert d'un aménagement de la preuve, ce sont alors des règles de fond qui sont établies. La loi tire certaines conséquences d'une situation de fait. La présomption est une façon de justifier la solution, une certaine explication des motifs du législateur. Mais, en n'autorisant pas la preuve contraire, la loi manifeste, en réalité, son indifférence pour l'enchaînement supposé des faits.

Lorsque le Code civil établissait une présomption irréfragable de durée des grossesses, c'était moins déterminer la durée des gestations que dire: en matière de filiation il y a lieu de tenir compte de l'existence ou de la dissolution du mariage entre le 180 e et le 300 e jour précédant la naissance... En décidant que la présomption désormais serait simple, la loi du 3 janvier 1972 est revenue sur ce point à un simple aménagement de la preuve, mais a aussi, par là, modifié la définition de la paternité légitime... Présumer qu'un vendeur professionnel connaît les vices cachés de la chose vendue cesse d'être un aménagement de la preuve lorsqu'il est interdit de démontrer l'impossibilité de connaître les défauts de la marchandise. En établissant une telle règle, la jurisprudence détermine une attribution des risques, qui n'a plus rien à voir avec la compétence et la diligence supposées du professionnel...

Ainsi, lorsqu'on y réfléchit, en cas de présomption irréfragable, la preuve interdite n'est autre qu'une preuve inutile, puisque le fait qu'elle tend à établir est indifférent à l'application ou à l'exclusion de la règle juridique en cause: du vice de la chose dérive une responsabilité du

énoncer: «un témoignage indirect ne pourrait l'emporter sur un témoignage direct», car ce serait se référer à un système de preuve légale et ainsi statuer en droit (CHEVALLIER, *chronique précitée*)

vendeur professionnel, qu'il ait pu ou non connaître ce vice... De même, avant 1972, de la date de naissance et de celle du mariage résultait la légitimité, que la conception ait eu lieu ou non au cours de la période légale, etc.

Il y aurait toute une étude à faire sur les raisons qui poussent à déclarer irréfragable une présomption légale et à mettre ainsi en échec le droit à la preuve. On s'apercevrait sans doute qu'au souci de paix des familles et d'un certain ordre moral qui dominait dans le Code civil, on est passé à des préoccupations de justice économique, au service des consommateurs...

Quoi qu'il en soit, la présomption irréfragable est à retenir dans les empêchements à la production des preuves.

29. Outre ces prohibitions visant le fait à prouver lui-même et paralysant par conséquent toute tentative de démonstration, quel que soit le type de preuve offert, il est d'autres restrictions, moins sévères, qui font seulement obstacle à la production de certaines preuves.

Il est ainsi, naturellement, de l'obligation pour le juge d'écarter les preuves obtenues d'une façon illicite : détournement de correspondance, écoutes téléphoniques clandestines, violation de domicile, atteinte au secret professionnel, etc. La solution s'impose et n'appelle guère de commentaires.

On remarquera pourtant que l'illicéité d'une preuve fait l'objet d'une appréciation dans laquelle le droit à la preuve est pris en considération. Un exemple le montre clairement : celui du secret professionnel médical<sup>(35)</sup>. Les chambres civiles de la Cour de cassation montrent à ce propos une certaine souplesse. Il a été admis, en effet, non seulement que le secret médical n'était pas opposable au patient lui-même, mais encore qu'il ne pouvait pas mettre obstacle à la production de certificats médicaux par les héritiers du malade, lorsqu'ils tentent de faire annuler un testament pour insanité d'esprit du testateur<sup>(36)</sup> ou quand ils cherchent, pour la même raison, à faire annuler une vente<sup>(37)</sup>. L'argument décisif, dans ces affaires, a manifestement été l'impossibilité dans laquelle se trouvaient les héritiers de faire autrement la preuve qui leur

(35) MELIENEC et BELLEL, « Le secret professionnel et la recevabilité des certificats médicaux comme mode de preuve en justice », *Gaz. Pal.* 1976, 1, doct. p. 30.

(36) Cass. civ. Ire, 26 mai 1964, *D.* 1965, 109, note Le Bris, *J.C.P.* 1964.II.17751, concl. Lindon, *Rev. trim. dr. civ.* 1965, 162, observ. R. Savatier

(37) Cass. civ. Ire, 29 avril 1968, *J.C.P.* 1968.II.15560, note Lindon. — Comp., dans le même sens, à propos d'une rente viagère : Paris 21 décembre 1964, *Gaz. Pal.* 1965.1.202, concl. Ricaletens ; *Rev. trim. dr. civ.* 1965, 371, observ. Cornu

incombait : leur droit à la preuve a vaincu l'obligation au secret. Mais la mesure de la force des impératifs opposés est délicate ; le droit à la preuve ne triomphe pas toujours. Ainsi, dans une autre affaire a-t-il été décidé qu'un héritier, défendeur à une action en recherche de paternité exercée contre son auteur, ne pouvait pas apporter la preuve de l'impuissance de celui-ci en invitant un médecin à révéler ce qu'il avait constaté sous le sceau du secret<sup>(38)</sup>... Le moins que l'on puisse dire est donc que les solutions sont nuancées.

30. Il y a encore obstacle à la production de certaines preuves dans les règles qui visent à privilégier des procédés probatoires déterminés, comme la preuve littérale. Ce type d'entrave au droit à la preuve est la conséquence d'un système de légalité des preuves. Dans un tel système, généralement, la loi ne se borne pas à fixer impérativement le degré de force probante des différents modes de preuve ; elle détermine quels sont les moyens de preuve qui peuvent être accueillis par le juge, ce qui signifie qu'elle élimine les autres.

Il est bien connu que le droit français applique, en matière civile, un système mixte : légalité des preuves dans certains cas, liberté de la preuve ou régime de la preuve morale dans d'autres. Dans le droit des obligations, la ligne de partage passe par la distinction des actes juridiques et des faits juridiques. Ailleurs, des règles éparées peuvent, dans telle ou telle situation, limiter la recevabilité des moyens de preuve : ainsi, le mariage, hormis le seul cas de l'article 197 du Code civil, ne peut être prouvé que par l'acte de l'état civil adéquat.

L'étude précise des limites à la recevabilité des preuves, issues du système de légalité, dépasse l'objet de cet exposé. Le principe de primauté de la preuve écrite, qui résulte de l'article 1341 du Code civil, justifie d'ailleurs à lui seul des débats<sup>(39)</sup>.

Ce qu'il faut ici remarquer à ce propos est la résurgence du droit à la preuve, même dans les secteurs où ce droit se trouve bridé par le principe de légalité des preuves.

31. Ce sont d'abord les tempéraments à la règle de l'article 1341 du Code civil prévus par la loi et qui ont reçu en jurisprudence un accueil tel que la sévérité apparente des textes est, le plus souvent, illusoire<sup>(40)</sup>. On

(38) Cass. civ. Ire 13 octobre 1970, *D.* 1970.765, concl. Lindon

(39) Cf. la conférence de M. GINOSSAR au C.N.R.L. : « Primauté de la preuve littérale, présomption ou fiction »

(40) Cf. pour le détail et les références jurisprudentielles : GOUBEAUX et BIRN, *op. cit.*, n° 330 et s.

sait que le commencement de preuve par écrit qui, selon l'article 1347, rend recevable la preuve testimoniale ou judiciaire est défini d'une façon extrêmement large, puisqu'il peut consister en des déclarations verbales<sup>(41)</sup> ou, plus fort encore, dans le silence ou l'absence d'une partie convoquée à une comparution personnelle<sup>(42)</sup>.

L'impossibilité d'établir ou d'exhiber l'écrit, en principe nécessaire, justifie, selon l'article 1348, une dispense ouvrant la voie à la liberté de la preuve. Or, le texte qui était rédigé en termes assez restrictifs, a reçu une interprétation pour le moins bienveillante<sup>(43)</sup>. De l'allusion faite par le texte au «dépôt fait par les voyageurs logeant en une hôtellerie» a été tirée la notion d'impossibilité morale de se procurer un écrit, grâce à laquelle de très nombreuses conventions sont librement prouvées.

Il faut ajouter à ces exceptions la liberté de preuve en matière commerciale et aussi l'interprétation, cette fois plutôt restrictive, du principe même de l'article 1341 : distinction entre l'existence et le contenu des actes, incidence de la fraude, caractère d'ordre privé de l'exigence de la preuve écrite, etc.

En définitive, on s'aperçoit d'une assez vive résistance du droit à la preuve aux restrictions artificielles résultant d'une limitation légale de la recevabilité des moyens de preuve.

32. Il en est une autre illustration, souvent passée inaperçue,<sup>(44)</sup> mais intéressante bien que son importance pratique ne soit pas très considérable : il s'agit de la faculté de déférer à l'adversaire le serment décisoire, prévue par l'article 1358 du Code civil. Quand on y songe, n'est-il pas extraordinaire que le Code civil, tout imprégné du principe de laïcité reçu de la Révolution française, ait ainsi accueilli l'appel solennel à la sanction divine ? Et avec quelle force, puisque la délation du serment est toujours possible, quelles que soient les limites ordinaires à la recevabilité des preuves, et que la prestation du serment commande le sort du procès ? Or, cette anomalie trouve une explication satisfaisante si l'on se réfère au droit à la preuve. Le plaideur sur qui pèse la charge de la preuve ne réussira pas toujours dans sa recherche des éléments de conviction ; d'autant plus que le système de légalité des preuves partiellement consacré par le Code limite encore la recevabilité des moyens de preuve.

(41) ... relatées par écrit, tout de même, ce qui est vraiment un *minimum* !

(42) Solution dégagée certes en jurisprudence, mais consacrée par la loi (L. 24 mai 1942 ; aujourd'hui, L. 9 juillet 1975 ayant ajouté un 3<sup>e</sup> alinéa à l'article 1347).

(43) MAILHVAUD, L'impossibilité de la preuve écrite, *J.C.P.* 1972.I.2468

(44) V. cependant, CHEVALLIER, *La charge de la preuve*, *Cours de droit civil approfondi*, Paris 1958-1959

Dans ces conditions, déférer le serment à l'adversaire, le mettre au défi de jurer que sa cause est juste, constitue l'ultime chance de sortir du doute. Par hypothèse, la partie qui défère le serment n'a pas réussi elle-même à faire sa preuve. Mais elle a un droit à établir la vérité. La loi lui offre donc la possibilité de s'en remettre à la loyauté de son adversaire. Si celui-ci prête le serment, le demandeur perd son procès, mais si le défendeur refuse de jurer, alors c'est lui qui perd. Lorsqu'il joue ainsi son va-tout, aucun obstacle ne vient plus entraver la tentative de celui qui défère le serment. La délation du serment, dernier sursaut du droit à la preuve, est toujours recevable.

#### *Conclusion*

33. « Dieu existe, je l'ai rencontré » a écrit un auteur. Parodiant ce titre, nous pourrions dire : « le droit à la preuve existe, nous l'avons rencontré » ou, du moins, nous avons pu évoquer certaines de ses manifestations en droit positif français. Solutions souvent nuancées, quelquefois teintées de paradoxe : la sollicitude pour le plaideur qui est aux prises avec des obstacles qu'il ne peut surmonter avec ses seules forces coexiste avec des prohibitions légales entravant ses efforts ; surtout, le droit à la preuve qui, dans une large mesure est un droit à l'égard du juge, doit être vivifié par l'intervention du juge lui-même. En définitive, c'est une collaboration qu'il s'agit d'assurer entre le plaideur, le juge et même l'adversaire en conciliant, autant que faire se peut, des impératifs contraires, avec pour but la vérité et la justice.

## LE DROIT SUBJECTIF ET L'ACTION EN JUSTICE (\*)

Vouloir parler des rapports entre le droit subjectif et l'action en justice, c'est accumuler les difficultés : la théorie de l'action n'est guère mieux élucidée que celle du droit subjectif ; on risque donc d'aggraver l'obscurité. Mais peut-être la confrontation de deux énigmes peut-elle, au contraire, aider à les résoudre ? La tentative, en tous cas, vaut la peine d'être faite.

La liaison entre les deux notions se fait, en quelque sorte, instinctivement. « L'action en justice », écrit par exemple M. Batiffol en traitant de la procédure en droit international privé (*Dr. intern. priv.*, 3<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 720, p. 804), « apparaît comme la phase finale de l'exercice des droits subjectifs ». Cette formule n'implique assurément pas une prise de position quant au problème qui nous occupe ; elle n'en est pas moins significative, parce qu'elle montre que l'action en justice est spontanément ressentie comme l'aboutissement de la réalisation des droits. On a beau insister sur le fait que le litige ne révèle qu'un secteur du droit, lequel se forme et se pratique tous les jours en dehors du prétoire : l'efficacité des droits, voire leur nature profonde, ne s'éprouve réellement que dans la lutte judiciaire ; et il est probable que, sans celle-ci, la notion de droit même au sens subjectif n'existerait pas.

Tout incite à penser, en effet, que l'action a, historiquement, précédé le droit dit substantiel. Le droit romain est, à cet égard, particulièrement éloquent : il n'a aperçu le droit qu'à travers l'action ; et cela est si vrai que la classification des droits n'apparaît que dans la classification des actions : on ne dit pas : *ius in rem* ou *in personam*, mais bien *actio in rem* ou *in personam*. La compensation des deux concepts se vérifie, et d'une manière très forte, dans la célèbre définition de Celse, transposée par Justinien : *actio*

(\*) Le présent travail reproduit le texte d'une communication faite au Séminaire de Philosophie de Droit de la Faculté de Droit de Paris, le 3 mars 1964. Il a été publié aux *Archives de la Philosophie du Droit*, 1964, p. 215 et s.

*aulem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.* Il existe un droit d'agir ; mais il est intimement lié au droit substantiel : on conclut de l'action à ce droit ; mais, à l'inverse, l'action présuppose le droit.

La notion de droit subjectif est ainsi restée voilée ; et celle d'action est demeurée floue : elle signifiait trop de choses à la fois. Dès le système formulaire, on semble avoir employé le terme pour la faculté d'obtenir gain de cause, pour la formule conférée à cette fin, et même pour le *iudicium*, l'instance où s'exerce cette faculté. Et dans la procédure extraordinaire, on parle indistinctement d'action pour désigner, soit le droit de s'adresser au juge en vue d'obtenir justice, soit l'exercice de ce droit. Et cette incertitude de terminologie devait se perpétuer.

L'ancien droit français n'a guère apporté de précisions. L'évolution du concept d'action reste obscure ; l'Ordonnance sur la procédure civile de 1667 n'en souffle mot ; Pothier reprend la double signification : il appelle action aussi bien « le droit de poursuivre ce qui nous est dû » (en ajoutant : « ou ce qui nous appartient », allusion à l'action « réelle ») que l'exercice de ce droit. Lors de l'élaboration du Code de procédure civile, le tribunal de cassation avait proposé d'insérer dans la loi tout un titre sur l'action, considérée maintenant comme ne signifiant que le *droit de poursuite*, l'exercice devant être désigné par le vocable de « demande » en justice. Cette précision a paru superflue ; elle n'a pas été accueillie, sans que les travaux préparatoires s'en expliquent.

Il n'est pas surprenant, dans ces circonstances, de constater que les discussions sur la portée du concept d'action n'ont jamais cessé. Des efforts de clarification ont, certes, été faits : il faut rappeler, à ce propos, les travaux des juristes allemands (Savigny, Windscheid, Wach, Hellwig, Goldschmidt, pour ne citer que les « anciens ») ; ceux des juristes italiens, parmi lesquels il convient de nommer Chiovenda et Carnelutti ; ceux des grands publicistes français (Hauriou, Duguit, Jèze), et, parmi les processualistes, ceux de Vizioz, à qui nous devons des analyses fouillées et lucides, mais qui n'a malheureusement pas eu le temps d'élaborer la synthèse créatrice qu'on pouvait attendre de lui.

Où en sommes-nous au bout de tout cela ? Un seul point est certain : c'est que l'action en justice sert normalement à faire valoir « des droits ». C'est évidemment peu de chose ; et il faut essayer de concrétiser davantage. Tel est mon propos. Je voudrais examiner d'abord si vraiment, comme le suggère une première impression, l'action sert toujours et nécessairement à faire valoir des droits subjectifs. Mais cette recherche est insuffisante ; car il faut encore

se demander si l'action elle-même constitue ou non un droit subjectif. Ainsi se dessinent les deux problèmes dont la solution commande la réponse à la question visant les rapports entre le droit subjectif et l'action en justice : ces problèmes sont, d'une part, celui de la vocation de l'action en justice au regard des droits subjectifs et, d'autre part, celui de la nature de l'action en justice au regard du concept de droit subjectif.

## I

Pour définir la vocation de l'action en justice au regard des droits subjectifs, j'esquisserai les deux grandes tendances qui s'affrontent et les tentatives de conciliation ou de dépassement de ces systèmes, pour ensuite indiquer ma position personnelle.

A. — Il semble que ce soit à propos de l'action en justice que la querelle des subjectivistes et des objectivistes ait pris le plus d'acuité.

1° La thèse subjectiviste a, dans notre domaine, deux aspects.

a) Pendant longtemps, les processualistes et même les civilistes français ont sacrifié à cette idée — déjà formulée par Savigny, qui voyait dans l'action en justice une métamorphose du droit subjectif — que l'action en justice n'est rien d'autre que le droit subjectif substantiel lui-même, mis en mouvement. Le fameux mot de Demolombe : « l'action, c'est le droit à l'état de guerre » a, par sa frappe imagée, séduit bien des esprits : Vizioz devait l'appeler (*Etudes de procédure*, p. 30) l'une des plus belles trouvailles de la phraséologie juridique. De fait, nos grands « classiques » ont partagé cette manière de voir ; on la rencontre dans le *Traité de Garsonnet* et César-Bru, chez Cuhe avant la refonte de son *Précis* par M. Vincent et, au moins sous-jacente, chez Glasson avant sa collaboration avec Tissier.

b) On a, toutefois, compris assez vite ce qu'a d'artificiel et de logiquement inadmissible l'idée d'identifier le droit subjectif substantiel avec l'action en justice destinée à le sanctionner. La discrimination a donc été admise ; mais elle a, en grande partie, été paralysée par le postulat qu'il ne pouvait en tous cas exister d'action que s'il existait un droit substantiel auquel elle sert de bouclier. Pour Glasson-Tissier (*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, n<sup>o</sup> 172, p. 423), l'action est « le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge la

*protection de ce droit*». D'où une nouvelle maxime, à son tour largement répandue : « pas de droit, pas d'action ».

Pourtant, et sans souci de la contradiction, on a dû signaler qu'il pouvait y avoir « exceptionnellement » des *droits sans action*, dont le prototype est l'obligation dite naturelle (*ibid.*, n° 175, p. 429). Ce qui était le plus difficile à concevoir, c'est l'idée qu'il pourrait y avoir des *actions sans droit*.

C'est le droit public qui a attiré l'attention sur cette éventualité à propos du *recours pour excès de pouvoir*. Certes, quelques « extrémistes » (Joseph Barthélémy, R. Bonnard) ont soutenu que les administrés jouissent d'un « droit subjectif à la légalité », dont la violation ouvrirait un recours en annulation à caractère subjectif ; mais ces vues n'ont pu s'imposer, et à juste titre : la légalité est objective et abstraite ; elle n'est protégée que pour elle-même, dans l'intérêt général ; l'administré peut souffrir d'une illégalité et avoir un intérêt à la voir sanctionner ; mais si cet intérêt peut autoriser une action ayant pour objet la suppression de l'illégalité, il n'en reste pas moins que cette action n'enveloppe pas un droit subjectif substantiel à la légalité, puisqu'aussi bien, encore une fois, celle-ci existe en quelque sorte « en soi », indépendamment des individus.

Ces réflexions ont conduit à la *thèse objective*.

2° Nous retrouvons ici les noms des grands publicistes.

Hauriou, tout en confondant parfois l'action en justice avec le « droit en action » (note S., 1928.3.98, 1<sup>er</sup> col.), a nettement opté pour le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, ce qui implique, à tout le moins, la possibilité de l'existence d'un *contentieux objectif*, autrement dit d'une action en justice ayant pour objet la légalité abstraite et non pas un droit subjectif. Quant au *contentieux civil*, Hauriou a oscillé entre des conceptions objectives et subjectives ; il semble malaisé de lui assigner une position précise à cet égard.

Duguit, pour sa part, a vu l'impossibilité logique de confondre l'action avec le droit qu'elle peut être appelée à sanctionner ; et, conformément à ses conceptions générales hostiles au droit subjectif, il a cherché à expliquer l'*ensemble du contentieux* par la notion de répression de la violation de la loi. Nous retrouverons cette idée à propos de la nature qu'il attribue à l'action elle-même.

B. — En doctrine moderne, les positions se rapprochent.

1° D'une manière générale, les *processualistes* récents s'orientent vers un détachement de l'action par rapport au droit subjectif

substantiel qu'elle peut être destinée à faire protéger, et admettent l'existence — en dehors du contentieux subjectif mettant en œuvre des droits subjectifs — d'un *contentieux objectif*, visant au respect de la légalité abstraite. L'idée apparaît partout : chez Vizios (p. 132), chez MM. Solus et Perrot (*Dr. judic. privé*, t. I, n° 106, p. 105) ; chez MM. Cuhe et Vincent (*Procéd. civ.*, 13<sup>e</sup> éd., n° 9, p. 12), chez MM. Cornu et Foyer (*Proc. civ.*, p. 272), chez M. Terré (*J.-Cl. proc.*, art. 59, fasc. I, n° 15 et s.). Les grands exemples sont constitués (il faut mettre à part, non seulement le contentieux pénal — où l'existence d'un droit subjectif « à la punition » ne saurait se concevoir —, mais encore les actions appartenant au *ministère public en matière civile*, où la notion de droit subjectif n'a pas davantage de raison d'être) par les actions *en nullité absolue du mariage*, *en interdiction*, *en déchéance de la puissance paternelle*.

Mais l'accord cesse de régner quand il s'agit de déterminer, en dehors de ces hypothèses, les *domaines respectifs* des deux contentieux.

Dans son récent ouvrage intitulé *Droits subjectifs et situations juridiques*, M. le Doyen Roubier a tracé une ligne de démarcation : c'est à lui que je songeais surtout en parlant d'une tentative de « dépasser » la querelle. L'éminent auteur part de la notion de « situation juridique », dans laquelle il voit un réseau de prérogatives et de devoirs. Si l'élément « prérogative » prévaut, on est en présence d'un *droit subjectif* ; si le facteur « devoir » est prédominant, il s'agit d'une situation juridique *objective* (n° 6, p. 53). Sur le terrain de l'*action en justice*, M. Roubier assigne un caractère subjectif très poussé à des actions telles que la *revendication* ou la poursuite en *contrefaçon* : il y voit véritablement — comme Demolombe — le droit de propriété ou le droit du breveté « sur le pied de guerre » (n° 7, p. 55 ; n° 35, p. 298). Il élargit, en revanche, considérablement le contentieux objectif ; il décele la prédominance de la notion du « devoir violé » dans les actions en *responsabilité*, en *concurrency déloyale*, en *nullité*, en *déchéance* et en *résolution*, dans l'*action de in rem verso*, dans les *actions d'état* et dans les *actions possessoires* : dans aucun de ces domaines, il n'existe, à son sens, de droit subjectif à défendre (n° 7, p. 56 et s.) ; et partout l'*action en justice* se place dès lors au premier plan (n° 35, p. 282, 296 ; n° 37, p. 308). M. Roubier en conclut que le rôle de cette action n'est pas le même selon qu'il s'agit du contentieux des droits subjectifs ou de celui des situations objectives (n° 35, p. 299).

En présence de ces positions, je voudrais préciser quel est, à mes yeux, le parti à adopter.

C. — Je prends pour point d'appui la définition du droit subjectif que je considère comme conforme aux postulats de la réalisation du Droit. Je persiste à croire — j'ai déjà amorcé cette idée dans mes « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé » (n° 23 à 26) — qu'il est essentiel de bien distinguer le concept philosophique et le concept proprement juridique du droit subjectif. Les « revendications » procédant de la nature, de la destinée et de la communauté humaines et auxquelles on donne le nom de « droit subjectif » (tel le « droit au travail » ou le « droit à la culture ») ne quittent, selon moi, le domaine de la philosophie pour entrer dans celui du Droit qu'au moment où elles sont consacrées par la règle de Droit, c'est-à-dire par une norme de conduite sociale correspondant aux caractères distinctifs de la juridicité. Je ne pense pas que l'on puisse taxer cette conception de positivisme légaliste : elle ne prend pas parti sur les sources de la règle de Droit ; et j'admets volontiers, non seulement que l'on compte parmi celles-ci les principes généraux du Droit, mais encore qu'à la condition d'éviter des confusions trop facilement suggérées par la dénomination, l'on désigne ces principes par le vocable de Droit naturel. Quand je parle de la règle de droit, je vise donc celle qui est constituée, peu importe au moyen de quels matériaux et par quel processus.

Mais ce que je crois, c'est que l'on ne devrait appeler, dans la terminologie juridique, droit subjectif que ce que la règle de Droit reconnaît comme tel. Or, pour savoir ce qu'elle reconnaît comme tel, il faut s'en rapporter à la structure de la règle de Droit, structure que j'appelle « stéréotype », parce que, une fois construite, toute règle de Droit se compose, d'après la terminologie dont j'emprunte l'essentiel à Stammler, d'une « présupposition » suivie d'un « effet juridique », lequel correspond à l'impératif de la règle de Droit (« impératif », parce que, je l'ai souligné dès l'abord — *Principes*, n° 10, p. 13, n° 26, p. 29 —, même les formulations à l'indicatif possèdent, s'agissant d'une règle de Droit « véritable », valeur normative). Si, donc, une règle de Droit déclare que, « lorsque les conditions de la conclusion d'un contrat de vente sont réunies, le vendeur peut exiger de l'acheteur le paiement du prix », cette règle de Droit attribue au vendeur la faculté de déclencher à son profit l'impératif de la norme : c'est cette faculté que traduit la notion juridique de droit subjectif ; et c'est pourquoi j'estime qu'en théorie générale du Droit, il faut se faire de ce dernier une conception structurale, qui intègre la notion dans les rouages de la vie du Droit.

Du coup, se dessine la vocation de l'action en justice au regard des droits subjectifs. Comme la règle de Droit puisée dans le Droit substantiel (réglementation du contrat de vente) ne peut consacrer

(au mieux ; il ne s'agit, jusqu'ici, que du contentieux *subjectif*) qu'un droit subjectif *substantiel* (le droit au paiement du prix), il apparaît que, pour que ce droit (substantiel) puisse donner lieu à une décision de justice, il faut faire appel à une autre règle de Droit, ayant trait au processus par lequel s'obtiennent les décisions de justice. Je reviendrai sans tarder sur cette « autre » règle de Droit, qui préside, à mes yeux, à la détermination de la nature de l'action en justice : pour l'instant, je voudrais formuler une constatation et une question.

Une constatation : c'est que l'idée de vouloir considérer l'action comme le droit substantiel en mouvement est nécessairement inexacte ; car la règle de Droit qui confère le droit subjectif substantiel ne dit rien sur la situation processuelle ; et comme, dans mon système, le droit subjectif ne peut exister que grâce à l'impératif d'une règle de Droit, il s'ensuit inéluctablement que l'action, qui postule une règle de Droit différente de celle qui consacre le droit substantiel, ne peut pas être un simple avatar de ce dernier.

Une question : c'est celle de savoir si cette règle de droit processuelle indispensable à l'action ne peut se concevoir qu'à titre de sanction d'un droit subjectif substantiel, ou si elle peut fonctionner en l'absence d'un tel droit. C'est ainsi que nous retrouvons le problème des contentieux subjectif et objectif.

La réponse découle à nouveau de l'analyse de la règle de Droit. Elle montre que le contentieux objectif est parfaitement concevable, mais a, en Droit privé, un caractère tout à fait exceptionnel. Je reprends l'exemple déjà cité de l'action en nullité absolue du mariage. La règle de Droit qui régit cette action (et que l'on trouve par un aménagement logique de l'art. 184 C. civ.) dispose que, « lorsqu'un mariage a été conclu en violation de certaines normes édictées « dans l'intérêt de l'ordre public, la constatation de sa nullité peut être provoquée par tous ceux qui y ont intérêt ». Ici, l'intéressé est bien habilité à déclencher l'impératif de la règle ; mais il résulte de la confrontation de cet impératif avec la « présupposition » que ce n'est pas à son profit que l'intéressé peut le faire jouer, et que ce même intéressé ne peut rien exiger des époux, ni de personne (sauf du juge ; mais ce n'est pas la règle de droit substantielle qui lui accorde cette faculté : j'y reviendrai). Ledit intéressé peut déclencher le mécanisme de l'impératif à seule fin de faire sanctionner une atteinte à la légalité : c'est bien un contentieux objectif, et ici — je viens d'y faire allusion, et M. Roubier a parfaitement montré cette particularité —, c'est le règne de l'action en justice isolée : celle-ci n'« enveloppe » pas de droit subjectif substantiel ; elle s'épuise en elle-même.

Mais, encore une fois, cette analyse conduit en même temps à limiter étroitement le champ d'application du contentieux objectif :

comme le dit M. Hébraud (*Rev. trim. dr. civ.*, 1954.344), la vocation normale de l'action « réside dans la protection des intérêts concrets, et non de la légalité abstraite ». C'est dire que je n'arrive pas à suivre mon éminent maître Roubier lorsqu'il comprend dans le contentieux dit des situations objectives toutes les actions que j'ai énumérées tout à l'heure.

Dans l'impossibilité de discuter ici toutes ces variétés, je m'en tiens à l'action en responsabilité délictuelle. La règle de Droit qui la consacre dit, *grosso modo*, que, lorsqu'une personne subit un dommage par la faute d'une autre, celle-ci lui doit réparation. Il me paraît malaisé de ne pas déduire de cette règle que son impératif habilite la victime à exiger la réparation et, partant, que cette victime a un *droit subjectif à réparation*. M. Roubier objecte que l'admission d'un contentieux subjectif postulerait ici que l'on attribue à la vie, à l'intégrité physique, à l'honneur le caractère de droits subjectifs, ce qui — par opposition à M. Dabin (*Le droit subjectif*, p. 31, 80) — il considère comme une erreur (*op. cit.*, n° 6, p. 50; n° 9, p. 77; n° 44, p. 364 et s.).

Je crois que l'on peut répondre deux choses.

a) D'une part, sur le principe, j'aurais tendance à admettre, avec la plupart des civilistes, l'existence juridique des droits dits de la personnalité. J'avoue ressentir profondément l'analogie entre cette catégorie de droits et les droits réels : si ces derniers comportent une prédominance de la prérogative sur le devoir, il me semble qu'il devrait en être de même pour les droits dits de la personnalité. Et je dirais même que, logiquement, il n'y a de prédominance ni dans les uns ni dans les autres, et que droit et devoir sont, sous ce rapport, des notions simplement complémentaires.

Mais ce n'est évidemment pas le lieu d'approfondir le problème si neuf soulevé par M. le Doyen Roubier : pour notre propos, c'est plutôt la position même de la question qu'il convient de remettre en cause.

b) Il ne s'agit pas, en effet, pour nous, de rechercher s'il existe un droit subjectif à l'intégrité physique, mais bien si l'action tendant à réprimer la méconnaissance de l'interdiction de porter atteinte à cette intégrité, est ou non destinée à protéger un droit subjectif. La réponse, à mon avis, doit être affirmative, et cela, sans égard à la reconnaissance ou à la négation des droits dits de la personnalité. L'agencement de la réparation me paraît, lui, avoir un caractère subjectif même si la situation juridique *initiale* devait être considérée comme objective.

Pour illustrer cette proposition, je prendrai un exemple dans un

domaine où cette situation initiale est, à mon sens, le moins sujette à discussion : je songe à l'action *de in rem verso*. Je conçois aisément que l'on nie que tout particulier possède un droit subjectif au « non-enrichissement à ses dépens ». Mais cela n'empêche pas qu'une fois qu'un tel enrichissement *s'est produit*, une règle de Droit confère à celui qui l'a subi la faculté de déclencher à son profit un impératif imposant la compensation : *celle-ci* est donc bel et bien conçue comme substrat d'un droit subjectif. Et j'ajouterai, pour éviter les malentendus, que nous sommes toujours sur le terrain du droit *substantiel* : ce « droit à la réparation » correspond au « droit au prix » ; il naît de l'acte accompli en violation de la règle de Droit et ne concerne pas le litige ; il est simplement destiné à *servir de base* à une éventuelle action en justice.

J'en conclus que la quasi-totalité des actions en justice donnent lieu à un contentieux subjectif ; qu'il en est ainsi quand bien même la situation juridique initiale a un caractère objectif, pour peu que la violation de la règle de Droit déclenche un droit subjectif à réparation ou compensation ; et que seul mérite donc de passer pour objectif le contentieux qui pose un problème de *légalité pure*, c'est-à-dire où la seule valeur protégée par la règle de Droit est l'intérêt général.

C'est bien le cas lorsqu'il s'agit de l'action en nullité absolue du mariage : la seule valeur protégée par la règle de Droit est l'intérêt de la société à ne pas voir subsister des unions contractées au mépris de préceptes considérés par elle comme fondamentaux. Le particulier qui exerce l'action doit, certes, avoir un « intérêt » à agir ; mais *ce n'est pas cet intérêt-là* que protège la norme : c'est toujours, et exclusivement, l'intérêt collectif, dont le particulier n'est que *l'instrument*.

Mais, une dernière fois, cette hypothèse est très exceptionnelle ; elle fait échec à la vocation *normale* de l'action en justice, qui est de protéger les droits subjectifs substantiels ; et elle ne peut donc être admise qu'autant que l'analyse de la règle de droit démontre clairement que l'impératif de celle-ci ne joue pas au profit du particulier habilité à agir, mais bien dans le seul intérêt de la collectivité.

Cette règle de Droit, on l'a vu, c'est toujours la norme de droit *substantiel* : la *vocation* de l'action en justice ne révèle rien de la *nature* de celle-ci. Or, nous savons que l'action n'entre en jeu que grâce à une règle de droit *spéciale*, différente de la norme substantielle ; et comme la notion de droit subjectif est, selon moi, indissolublement liée à la structure de la règle de Droit, la question se pose aussitôt de savoir si cette règle « spéciale » confère ou non à

l'action en justice elle-même le caractère d'un droit subjectif : il reste, autrement dit, à rechercher quelle est *la nature de l'action en justice au regard du concept de droit subjectif*.

## II

J'ai indiqué dès l'abord le chevauchement des formules par lesquelles on a désigné, et continue à désigner, l'action en justice. Il faudra d'abord la *définir* afin de pouvoir la *qualifier*.

A. — Les définitions sont nombreuses ; je voudrais en rappeler l'essentiel avant de suggérer la formule qui me paraît appropriée.

1° La définition « classique » de l'action en justice rattachait l'action à la *satisfaction* qu'elle est destinée à procurer : parler du « droit de poursuivre ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient » suggère une liaison très étroite (trop étroite) entre l'action et le droit substantiel qu'elle protège. Une exagération plus caractérisée encore se trouvait dans la théorie allemande du *Rechtsschutzanspruch*, qui voyait franchement dans l'action le droit à un jugement *favorable* ; l'idée est pratiquement abandonnée par la doctrine moderne (Rosenberg, *Zivilprozessrecht*, 9<sup>e</sup> éd., § 90, IV, 3 ; Lent-Jauernig, *id.*, 10<sup>e</sup> éd., § 36, II ; *contra* : seulement Ar. Blomeyer, *id.*, § 1, III).

En France, M. le Doyen Roubier semble enclin à reprendre cette conception, notamment en ce qui concerne le contentieux objectif que l'auteur, on le sait, entend très largement. Dans ce domaine, lit-on dans son ouvrage (n° 18, p. 131), la personne habilitée à agir « n'a un droit... que dans la mesure où elle a une action » : cette formule implique une équivalence qui sous-entend qu'« avoir une action » signifie « obtenir gain de cause ».

Telle n'est plus, cependant, la thèse aujourd'hui dominante. Les processualistes admettent, en effet, des distinctions sous plusieurs rapports.

a) Il est désormais acquis (v. déjà *supra*, I, B, 1) que *l'action se détache du droit substantiel*, ce qui implique nécessairement qu'elle est *indépendante de son propre succès*.

b) On est tout aussi unanime pour différencier *action et demande en justice* : l'action, admet-on, constitue une « faculté », une « possibilité » ou un « pouvoir », tandis que la demande en justice constitue la concrétisation de ces virtualités.

c) Là où il subsiste un flottement considérable, c'est à propos d'une troisième et importante distinction, à savoir quand il s'agit d'opposer *l'action à l'accès aux tribunaux*. Presque tous les processualistes omettent de préciser le rapport entre les deux notions. On déclare, en effet, soit que l'action est le « pouvoir légal » reconnu aux particuliers de « saisir une autorité juridictionnelle » ... « afin de l'obliger à statuer » (Solus-Perrot, *op. cit.*, n° 94, p. 95 ; n° 96, p. 98), ou de « s'adresser » aux tribunaux pour obtenir le respect de leurs droits et intérêts (Morel, *Tr. élém.*, 2<sup>e</sup> éd., n° 22, p. 24 ; Cuche-Vincent, *op. cit.*, n° 9, p. 12), soit qu'il s'agit d'une « prérogative en vertu de laquelle une personne peut poursuivre devant les tribunaux l'affirmation d'une prétention » (Roubier, n° 35, p. 299). Or, la faculté de *saisir* un tribunal, de *s'adresser* à lui, de *poursuivre* l'affirmation d'une prétention devant lui, ce n'est pas l'action en justice : c'est *l'accès aux tribunaux*. Celui-ci signifie que l'on est habilité à mettre le mécanisme judiciaire en mouvement : il s'agit d'une *liberté générale*, offerte à tous (la dernière restriction concernant les *étrangers* a été éliminée par un arrêt de principe de la Cour de cassation en date du 21 juin 1948 ; cf. *Rev. crit. dr. int. privé*, 1949.557, note Francescakis ; S., 1948.1.121, note Niboyet ; *J.C.P.*, 1948.II.4422, note P. L.-P.) ; mais il ne s'agit pas de l'action en justice, qui exige de l'appareil juridictionnel plus que le principe d'une mise en marche.

Sur quoi cette exigence porte-t-elle au juste ? C'est ce que je voudrais essayer de préciser.

2° L'action, d'après ce qui vient d'être dit, n'est ni la simple latitude de saisir les autorités juridictionnelles, ni l'acte qui entraîne leur fonctionnement, ni la garantie d'obtenir un jugement favorable ; ce n'est, en d'autres termes, ni l'accès aux tribunaux, ni la demande en justice, ni la consécration effective d'une situation juridique. La solution s'impose ainsi par élimination : il ne peut s'agir que *de la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise* (dans le même sens : Cornu-Foyer, *op. cit.*, p. 275).

Cette définition correspond à la portée des notions processuelles de base. A la suite de toute une évolution, des notions se sont nettement « cristallisées » en tant qu'elles concernent *la défense en justice* : celle-ci peut s'en prendre à l'existence du droit substantiel invoqué, et on parle de *défenses au fond* ; elle peut contester la régularité de la demande ou de la procédure, et on est en présence d'une *exception* ; et elle peut enfin dresser un troisième obstacle, qu'on appelle — jusque dans le langage courant — une *fin de non-recevoir*. Ce dernier concept passe pour obscur ; or, il semble bien — j'ai

essayé de développer cette idée ailleurs (*J.C.P.*, 1963.II.13191, *supra*) — que la notion en cause ne prenne une signification cohérente que si l'on y voit la *dénégation de l'action*, entendue comme je viens de l'indiquer. Dès lors que l'action se définit comme la faculté d'obtenir une décision juridictionnelle sur le fond d'une prétention, il apparaît normal de mettre à part (et — ce qui pose des problèmes importants mais impossibles à examiner ici — de *soumettre à un régime spécial*) le moyen de défense qui, tout en admettant la régularité formelle de la procédure, prétend « stopper » l'attaque judiciaire sans que le juge doive — et même logiquement, sans qu'il *puisse* — aborder le fond du litige : on mesure l'intérêt juridique et sociologique de cette remarque quand on sait que la jurisprudence récente de la Cour de cassation interdit aux juges du fond d'envisager la réalité des ouvertures de l'action en recherche de paternité naturelle (ex. : la séduction dolosive) avant d'avoir vidé les fins de non-recevoir invoquées, donc, pour prendre l'exemple le plus moderne, avant d'avoir fait procéder à « l'examen des sangs » si celui-ci a été récamé (Civ. I, 13 mars 1961, D., 1961.285, note Holleaux ; *J.C.P.*, 1962.II.12734, note Esmein ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1961.534, observ. Hébraud).

L'admission de la définition proposée entraîne des conséquences nombreuses, notamment sur le terrain de la terminologie. Quelques indications seulement. Il n'existe qu'une seule catégorie d'action en justice, dont l'objet est purement processuel (obtenir « une décision sur le fond ») ; la « coloration » ne concerne que les *droits substantiels éventuellement mis en jeu* (cf. sur ce point, Cornu-Foyer, p. 277, et Hébraud, observ. *Rev. trim.* 1949.444) ; on ne devrait donc plus parler d'actions personnelles ou réelles, ni d'actions mobilières ou immobilières. D'autre part, l'action n'est pas « irrecevable » ; elle existe ou n'existe pas ; le terme d'irrecevabilité devrait être réservé à la demande (dans le même sens : Solus-Perrot, n° 109, p. 109) ; et cette constatation implique également la nécessité de remplacer la formule usitée visant les « conditions d'exercice » de l'action par l'expression de « conditions d'existence » ; encore ce terme est-il impropre, car ces « conditions » ne prennent, sauf de rares exceptions, une importance processuelle que si elles sont contestées, autrement dit si leur image négative apparaît au litige sous la forme des *fins de non-recevoir*... L'action, enfin, est indépendante de la position procédurale : la *défense* constitue, elle aussi, l'exercice d'une action (dans le même sens : Chiovenda, Carnelutti, Morel, Cornu-Foyer, Terré).

Ainsi donc, « avoir une action » signifie, aujourd'hui, avoir la possibilité d'obtenir une décision de fond, sans que cet « octroi »

préjuge en quoi que ce soit l'issue du litige. Bien au contraire, en raison de l'importance, déjà soulignée, des fins de non-recevoir, le grand intérêt du concept d'action ne consiste plus qu'à circonscrire la lutte sur un terrain nettement séparé du fond : la contestation (l'exemple de l'examen des sangs par rapport à la séduction dolosive le montre) fait délibérément abstraction de la légitimité de la prétention, autrement dit de l'existence ou de l'absence — en matière de contentieux subjectif — du droit substantiel mis en jeu.

Voilà le point d'arrivée, aussi éloigné que possible des origines romaines...

Il reste à voir comment se traduit, au regard du concept le droit subjectif, la virtualité qui vient d'être dégagée et qui n'a, jusqu'ici, été désignée que par ces expressions volontairement incolores (« faculté » ou « possibilité »). C'est le problème de la *qualification* de l'action qui doit, en dernier lieu, être envisagé.

B. — Il se résume en une seule question : l'action a-t-elle ou non le caractère d'un droit subjectif ?

1° La négative a assurément les préférences des processualistes français. Morel (n° 25, p. 26) emprunte à Duguit le terme de *voie de droit*, sans véritablement prendre parti sur la qualification. Dans l'ensemble (à l'exception de M. Roubier, qui s'en tient à l'expression de *prérogative* et n'écarte, pour cette raison même, qu'à regret l'idée d'un droit subjectif ; cf. n° 18, p. 132 ; n° 35, p. 295), on parle de *pouvoir* et surtout de *pouvoir légal* (Solus-Perrot, n° 94, p. 95 ; Cuche-Vincent, n° 9, p. 18 ; n° 284, p. 328 ; Cornu-Foyer, p. 270 ; Terré, n° 3). Vizioz a donné son aval à cette manière de voir en combattant la conception contraire, c'est-à-dire celle qui veut voir dans l'action un droit subjectif particulier et qui a été défendue par Chiovenda et par Carnelutti : Vizioz suit ici Duguit et Jèze pour admettre que le particulier ne peut que déclencher une *compétence légale*, d'où il déduit que le *pouvoir d'agir en justice ... présente un caractère nettement objectif* (p. 150, 155 ; cf. p. 142, *ad notam*).

2° En dépit du poids des autorités qui ont adopté cette thèse, je ne puis la faire mienne.

a) Il me paraît malaisément niable, d'abord, qu'un lien juridique s'établisse, par le procès, entre les parties et le juge : le « rapport d'instance » crée des situations juridiques nouvelles, non seulement pour les parties (qui, ayant été « créancier » ou « débiteur », assument maintenant, en plus, le rôle de « demandeur » ou de « défendeur »), mais encore entre les plaideurs et le juge (dans le même sens :

Morel, n° 309 ; Cuche-Vincent, n° 284 ; *contra* : Cornu-Foyer, p. 363). Et, contrairement à l'opinion dominante, je pense que cette dernière situation juridique a un caractère subjectif.

Elle est, certes, légale et non pas conventionnelle ; mais cette constatation ne suffit évidemment pas à lui imprégner une nature objective. Et je relève que le juge qui ne statue pas sur une affaire « en état », se rend coupable de « déni de justice » (art. 506, C. proc. civ.), par quoi la loi entend le refus par le juge *de rendre la justice qu'il doit aux parties* (art. 185, C. pén.), et que le plaideur peut alors rendre le juge *personnellement responsable* du dommage subi au moyen de la procédure dite de « prise à partie » (art. 505 C. proc. civ.) : cette responsabilité ne constitue qu'un cas d'application particulier de la disposition générale de l'article 1382 du Code civil (Cass. req., 13 mars 1850, D., 1850.1.320). Or, il me semble que si l'on admet que la responsabilité délictuelle donne lieu à un contentieux subjectif, on doit opter pour cette même solution en ce qui concerne l'hypothèse en discussion. Le devoir du juge lui est, certes, imposé dans l'intérêt général, mais il existe *également envers le plaideur*, qui a la possibilité d'en exiger l'observation sous peine d'une responsabilité pesante, *à son profit*, sur le juge *personnellement* ; je crois, dans ces conditions, que la règle de droit consacrant l'action en justice doit s'énoncer comme suit : « lorsqu'une personne fait valoir une prétention en justice, que sa demande est régulière, et que certaines conditions (celles de l'existence de l'action) sont réunies, cette personne peut exiger du juge saisi qu'il statue sur le fond de cette prétention ».

J'en conclus que le plaideur est habilité à déclencher l'impératif de la règle de droit à son propre profit : *l'action en justice m'appartient être un droit subjectif, dont le sujet passif est le juge*.

b) Une série d'objections a été formulée contre cette idée ; il faut, pour terminer, tenter une brève réfutation.

— Il s'agit, a-t-on dit (Jèze, Vizios, Cuche-Vincent), d'un *pouvoir impersonnel, général, permanent*, d'une situation légale objective. L'observation me paraît procéder d'une analyse insuffisante : si, prise *in abstracto*, l'action est, par opposition à la demande en justice, une simple virtualité, sa nature ne peut se définir que *comme tenu des effets produits par sa réalisation* ; or, l'exercice de cette virtualité montre que *celle-ci* contient en germe une force contraignante émanant d'une personne (*le plaideur X...*) et liant une autre personne (*le juge Y...*) : le rapport susceptible d'être créé par l'action est donc *personnel et individuel* et non pas impersonnel et général.

— On rétorque encore (Vizios, p. 139 et s.) que les grands processualistes italiens ont fourni des explications discutables. Chiovenda voit dans l'action un droit existant *vis-à-vis de l'adversaire*, tandis que Carnelutti déduit la réalité d'un droit subjectif *contre le juge* de la prédominance qu'il assigne à l'intérêt du justiciable au règlement du litige, par rapport à l'intérêt du juge à se dispenser de ce règlement : la première manière de voir paraît inexacte ; la seconde a, à juste titre, été qualifiée d'« étrange » par Vizios (p. 141). J'irai même, pour ma part, jusqu'à la considérer comme fâcheuse...

Mais je ne puis, pour autant, déceler dans ces remarques une riposte pertinente touchant ma propre conception. De ce que la solution a été défendue avec des arguments contestables, il ne résulte pas qu'elle soit fautive : il faudrait établir que l'idée d'un droit subjectif ayant pour sujet passif le juge est en elle-même contraire aux principes.

— C'est ce que Vizios a pensé montrer, en déclarant (p. 142, *ad notam*) « que la situation respective du juge et de la partie... se retrouve dans les diverses hypothèses où un agent public exerce une compétence liée » ; et il a affirmé que « considérer l'action comme un « droit subjectif contre le juge conduit à admettre d'une manière générale la théorie des droits subjectifs des administrés ».

A son tour, cette observation me paraît injustifiée : elle méconnaît, à mon sens, *la spécificité du contentieux judiciaire*. L'activité juridictionnelle des tribunaux judiciaires ne ressortit en rien au droit administratif ; la procédure civile est certes mêlée d'éléments de droit public et de droit privé ; mais tout son agencement est conçu selon la pensée propre à ce dernier ; et cela est si vrai que la responsabilité *personnelle* du juge *pour faute de service* n'a aucun équivalent en droit administratif, ni fonctionnellement, puisque la faute de service est poursuivie, en droit public, devant les juridictions administratives et, en droit judiciaire, devant les tribunaux ordinaires, ni substantiellement, puisque, en droit public, la faute de service est impersonnelle et que la faute dite personnelle s'y caractérise, au contraire, par le fait qu'elle se *détache* de la fonction.

Je pense, dans ces conditions, que, loin de constituer une réfutation, l'allusion à la « théorie des droits subjectifs des administrés » ne fait que mettre davantage en évidence le facteur qui me paraît essentiel : la situation juridique produite par l'action diffère fondamentalement de celle de « l'administré », en ce que les règles de droit concernant le service public administratif ne protègent que le seul intérêt général, tandis que la règle de droit consacrant l'action en justice ne joue pas seulement au profit de la légalité abstraite, mais

**Cour de cassation**

**Assemblée plénière**

**Audience publique du 5 février 1999**

**N° de pourvoi: 97-16440**

Publié au bulletin

**Rejet.**

**Premier président :M. Truche., président**

Rapporteur : M. Métivet, assisté de Mme Kalfon, auditeur., conseiller apporteur

Avocat général : M. Lafortune., avocat général

Avocats : la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, M. Bouthors., avocat(s)

## **REPUBLIQUE FRANCAISE**

### **AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (Paris, 7 mai 1997), que le 28 novembre 1995, la Commission des opérations de bourse (la COB) a ouvert une procédure de sanction à l'encontre de M. Y... à l'issue d'une enquête sur l'information financière diffusée par la société Compagnie immobilière Phénix (la société CIP), dont il présidait le conseil d'administration ; que, le 12 septembre 1996, la COB, retenant que l'information financière diffusée par la société CIP sur une opération concernant une de ses filiales n'était ni exacte, ni précise, ni sincère, a infligé à M. Y... une sanction pécuniaire de 500 000 francs et ordonné la publication de sa décision ; que M. Y... a formé un recours contre la décision le condamnant et que la cour d'appel a annulé cette décision ;

Attendu que le pourvoi formé au nom de la COB reproche à l'arrêt d'avoir annulé la décision de cet organisme, prise le 12 septembre 1996, à l'encontre de M. Y..., alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'il résulte des constatations de l'arrêt que les propos du président de la COB rapportés dans le journal " La Vie française " daté du 6 au 12 août 1995 sont antérieurs à la procédure de sanction, ne mentionnent pas le nom de M. Y..., ni ne se réfèrent à aucune infraction précise, mais font seulement état d'" acrobaties comptables de l'immobilière Phénix " ; que de telles déclarations, ne visant pas explicitement les opérations ayant donné lieu à sanction et dont l'auteur avait cessé ses fonctions avant l'engagement de la procédure n'ont pu porter atteinte à la présomption

d'innocence ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 6.2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; alors, d'autre part, qu'en ne faisant pas usage de la faculté que lui offrait l'article 3 du décret n° 90-263 du 23 mars 1990, dans sa rédaction alors en vigueur, de décider, au vu des observations produites, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, la Commission n'a pas statué à l'égard de la personne intéressée et n'avait donc pas à rendre une décision motivée, si bien qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a méconnu l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 3 du décret précité ; et alors, enfin, que, conformément à l'article 5 du décret du 23 mars 1990, le rapporteur a présenté l'affaire lors de la séance de jugement au cours de laquelle, ainsi que le constate l'arrêt attaqué, M. Y..., assisté d'un avocat, a pu exprimer ses moyens de défense, si bien qu'en retenant que l'absence de communication préalable du rapport de présentation oral constituait une violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel a méconnu le texte précité ainsi que l'article 5 du décret du 23 mars 1990 ;

Mais attendu que l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles ; que c'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

MOYEN ANNEXE

Moyen produit par la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, avocat aux Conseils, pour la Commission des opérations de bourse.

Ce moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir annulé la décision de la Commission des opérations de bourse prise le 12 septembre 1996, sous le n° 005574, à l'encontre de M. Y... ;

AUX MOTIFS QUE le numéro de " La Vie française " daté du 6 au 12 août 1995 reproduit le texte d'un entretien accordé par M. Z..., alors président de la Commission des opérations de bourse, au cours duquel celui-ci a déclaré, à propos d'affaires financières liées à la crise de l'immobilier : " ... Mais cela n'a rien à voir avec les acrobaties comptables de l'Immobilière Phenix où des hôtels sont passés à des prix gonflés de filiale en filiale comme un "mistigri"... " ; que les propos du président de la Commission stigmatisent des " acrobaties comptables " imputées à la société CIP ; que la décision ayant retenu à l'encontre de M. Y... d'avoir, à tort, enregistré dans les comptes consolidés de cette société, pour l'exercice de 1992, une plus-value de 250 millions de francs

résultant de la déconsolidation de sa filiale, la société FBC, et de n'avoir pas mentionné dans l'annexe à ses comptes annuels consolidés, pour les exercices 1992 et 1993, l'engagement d'achat de la nue-propiété des titres Kléber Lübeck, c'est à partir de la constatation d'irrégularités comptables qu'ont été caractérisées, notamment à l'encontre du dirigeant de la société citée, les pratiques de communication d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses ; que par le caractère péjoratif des termes employés, les propos en cause reflètent le sentiment que les opérations réalisées par la CIP sont irrégulières, en particulier, au regard des règlements auxquels la Commission a le pouvoir légal de constater les infractions par des décisions infligeant des sanctions pécuniaires à ceux qui en sont les auteurs ; qu'il s'ensuit que les déclarations publiques ci-dessus reproduites du président de la Commission ont porté atteinte à la présomption d'innocence dont bénéficiait M. Y... ;

ET AUX MOTIFS AUSSI QUE le collège de la Commission, examinant le rapport de l'enquête effectuée par les services de l'inspection sur l'information comptable et financière diffusée par la société CIP depuis le 1er janvier 1993, notamment sur les conditions dans lesquelles ladite société avait conclu un engagement inconditionnel d'achat de la nue-propiété des actions de la société Kleber Lübeck, devenue à la fin de 1992 propriétaire de 81 % du capital de la société FBC jusqu'alors intégralement détenu par la société CIP, a constaté que la société CIP n'avait pas mentionné cet engagement dans l'annexe aux comptes pour les exercices 1992 et 1993, ni neutralisé dans ses comptes consolidés de l'exercice 1992 l'impact positif qui résultait pour elle de la déconsolidation de la société FBC ; qu'après en avoir délibéré, elle a décidé d'ouvrir une procédure aux fins d'éventuelles sanctions administratives sur le fondement de son règlement 90-02 relatif à l'information du public, notamment à l'encontre de M. Y..., président du conseil d'administration de la société CIP à l'époque des faits ; que les griefs correspondants ayant été notifiés à M. Y... le 8 décembre 1995, le collège de la Commission a, le 25 juin 1996, décidé, au vu des observations par lui produites le 19 janvier 1996, qu'il y avait lieu de poursuivre la procédure à son encontre et l'a convoqué pour une réunion de la Commission le 12 septembre 1996 ; qu'à cette date, en l'état d'un nouveau mémoire produit par M. Y... et après l'avoir entendu en ses observations, le collège de la Commission a constaté la réalité des griefs qui lui avaient été initialement notifiés et a prononcé une sanction à son encontre ; qu'ayant désigné parmi ses membres M. X... pour procéder, en qualité de rapporteur, à toutes diligences utiles avec le concours des services administratifs, la Commission s'est prononcée sur le rapport de celui-ci dont le texte n'a pas été communiqué à M. Y... ; qu'il en résulte que le collège de la Commission a successivement décidé la mise en accusation de M. Y... sur des faits qu'il a constatés et des chefs d'infraction qu'il a déterminés, puis, au vu de ses moyens de défense, décidé, sans lui en faire connaître les motifs, la poursuite de la procédure à son encontre, enfin, après avoir notamment entendu, en séance, le rapport d'instruction établi par l'un de ses membres dont le texte n'a pu être préalablement discuté, constaté la culpabilité de l'intéressé et l'a sanctionné ;

que, même si elle a été conduite en conformité aux dispositions réglementaires qui en fixent les modalités et si M. Y..., ayant eu accès au dossier de l'enquête administrative et étant assisté d'un avocat, a pu exprimer ses moyens de défense par écrit et oralement, cette procédure, confondant dans le même organe de décision les fonctions de poursuite, d'instruction et constatation de la culpabilité, sans faire connaître la raison du maintien des poursuites ni prévoir de débat contradictoire écrit sur le rapport d'instruction établi par l'un des membres ayant ensuite pris part au délibéré, ajouté au fait que, lors de la même

séance, à partir de deux dossiers contenant au total plus de 3 000 cotes, 23 décisions ont été prises, a pu donner l'impression que la sanction prononcée à l'encontre de M. Y... n'avait pas été décidée dans les conditions d'impartialité, selon une procédure équitable ménageant les droits de la personne poursuivie, satisfaisant tout à la fois aux exigences de l'article 6.1 de la Convention des droits de l'homme et à celles du principe fondamental du respect des droits de la défense ;

ALORS, D'UNE PART, QU'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que les propos du président de la Commission des opérations de bourse rapportés dans le journal " La Vie française ", daté du 6 au 12 août 1995, sont antérieurs à l'ouverture de la procédure de sanction, ne mentionnent pas le nom de M. Y..., ni ne se réfèrent à aucune infraction précise mais font seulement état d' " acrobaties comptables de l'Immobilière Phenix " ; que de telles déclarations, ne visant pas les opérations ayant donné lieu à sanction et dont l'auteur avait cessé ses fonctions avant l'engagement de la procédure, n'ont pu porter atteinte à la présomption d'innocence ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 6.2 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en ne faisant pas usage de la faculté que lui offrait l'article 3 du décret n° 90-263 du 23 mars 1990, dans sa rédaction alors en vigueur, de décider, au vu des observations produites, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, la Commission n'a pas statué à l'égard de la personne intéressée et n'avait donc pas à rendre une décision motivée, si bien qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a méconnu l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 3 du décret précité ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE, conformément à l'article 5 du décret du 23 mars 1990, le rapporteur a présenté l'affaire lors de la séance de jugement au cours de laquelle, ainsi que le constate l'arrêt attaqué, M. Y..., assisté d'un avocat, a pu exprimer ses moyens de défense, si bien qu'en retenant que l'absence de communication préalable du rapport de présentation oral constituait une violation de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel a méconnu le texte précité ainsi que l'article 5 du décret du 23 mars 1990.

**Publication** : Bulletin 1999 A. P. N° 1 p. 1

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Paris, du 7 mai 1997

**Titrages et résumés** : BOURSE DE VALEURS - Commission des opérations de bourse - Procédure - Procédure de sanction - Rapporteur - Participation au délibéré - Possibilité (non) . Un membre de la Commission des opérations de bourse qui, dans une procédure de sanction, a été nommé rapporteur et a été chargé de procéder à l'instruction d'une affaire et à toutes investigations utiles, ne peut pas participer au délibéré.

**Précédents jurisprudentiels** : MEME ESPECE : 1999-02-05 Rejet. 97-16.441

Commission des opérations de bourse c/ M. X... et autre.

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 17 mars 1982**

**N° de pourvoi: 80-40455**

Publié au bulletin

**Cassation**

**Pdt M. Coucoureux CDFF, président**

Rpr M. Coucoureux, conseiller apporteur

Av.Gén. M. Franck, avocat général

Av. Demandeur : M. Célice, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

SUR LE MOYEN UNIQUE : VU LES ARTICLES 2044 ET SUIVANTS DU CODE CIVIL ;

ATTENDU QUE M X..., ENGAGE COMME INGENIEUR PAR LA SOCIETE ANONYME SEPIMO LA HENIN PAR LETTRES DES 6 ET 14 MARS 1973 STIPULANT QU'IL BENEFICIAIT " DES ANCIENNETES ACQUISES DANS LES SOCIETE DU GROUPE OTH " OU IL TRAVAILLAIT DEPUIS LE 15 DECEMBRE 1954, A ETE LICENCIE LE 26 JUILLET 1977 A COMPTER DU 1ER AOUT 1977 ;

ATTENDU QUE M X... A DEMANDE A SON EMPLOYEUR UNE INDEMNITE DE LICENCIEMENT DE 485124,30 FRANCS CALCULEE EN FONCTION DE SON ANCIENNETE DEPUIS LE 15 DECEMBRE 1954 ET SELON LES REGLES FIXEES PAR LE REGLEMENT INTERIEUR DU 18 MAI 1976 ;

QUE LA SOCIETE LA HENIN LUI A PROPOSE UNE INDEMNITE DE 205700 FRANCS, EN SOUTENANT QUE LES DISPOSITIONS DU REGLEMENT INTERIEUR DU 18 MAI 1976, PLUS FAVORABLES QUE CELLES EXISTANT LORS DE L'ENGAGEMENT DE M X..., NE DEVAIENT ETRE APPLIQUEES, POUR LE CALCUL DE L'INDEMNITE DE LICENCIEMENT, QUE POUR LA PERIODE POSTERIEURE A LEUR DATE D'ENTREE EN VIGUEUR ;

ATTENDU QUE, LE 10 JUIN 1977, UN ACCORD ETAIT SIGNE ENTRE LES PARTIES, AUX TERMES DUQUEL IL ETAIT CONVENU " A TITRE TRANSACTIONNEL ", QUE, A LA SUITE DU DIFFEREND RELATIF AUX MODALITES DE CALCUL DE L'INDEMNITE DUE A M X... EN RAISON DE SON LICENCIEMENT, UNE SOMME DE 250000 FRANCS SERAIT VERSEE A L'INTERESSE, "COMME INDEMNITE DEPUIS SON ENTREE DANS LA PROFESSION LE 15 DECEMBRE 1954 JUSQU'AU 31 OCTOBRE 1977" ;

QU'IL ETAIT SPECIFIE QUE LES PARTIES RENONCAIENT A TOUTE CONTESTATION ULTERIEURE A CE SUJET ;

ATTENDU QUE, M X... AYANT CONTESTE L'OBJET ET LA VALEUR DE CET ACCORD ET RECLAME DE NOUVEAU LA SOMME DE 485124,30 FRANCS A TITRE D'INDEMNITE DE LICENCIEMENT, L'ARRET ATTAQUE A FAIT DROIT A SA DEMANDE AUX MOTIFS QUE, SI, EN APPLICATION DE L'ACCORD DU 10 JUIN 1977, RELATIF A L'INDEMNITE DE LICENCIEMENT DUE A M X..., LA SOCIETE CONSENTAIT A PAYER A CELUI-CI, EN SUS DE CE QU'ELLE AVAIT PROPOSE, UNE SOMME DE 44300 FRANCS, CELUI-CI RENONCAIT A 235134,30 FRANCS ET QU'EN RAISON DE LA DISPROPORTION DES CONCESSIONS, CET ACCORD SIGNE EN COURS DE CONTRAT, A UN MOMENT OU LE SALARIE ETAIT SOUMIS A UN LIEN DE SUBORDINATION, NE POUVAIT ETRE CONSIDERE COMME UNE TRANSACTION ;

ATTENDU, CEPENDANT, QU'IL RESULTAIT DE SES TERMES MEMES QUE CET ACCORD AVAIT ETE CONCLU EN RAISON DU LICENCIEMENT D'ORES ET DEJA DECIDE ET NON CONTESTE EN SON PRINCIPE DE M X... ET POUR METTRE FIN AU DIFFEREND QUI S'ETAIT ELEVE ENTRE LES PARTIES SUR LE QUANTUM DE L'INDEMNITE DUE DE CE FAIT AU SALARIE, ET QU'IL COMPORTAIT A CET EGARD DES CONCESSIONS ET ENGAGEMENTS RECIPROQUES, QUELLE QUE SOIT LEUR IMPORTANCE RELATIVE, CE DONT IL RESULTAIT QU'IL S'AGISSAIT D'UNE TRANSACTION AU SENS DE L'ARTICLE 2044 DU CODE CIVIL ;

D'OU IL SUIT QU'EN STATUANT COMME ELLE L'A FAIT, LA COUR D'APPEL A VIOLE LES TEXTES SUSVISES ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE L'ARRET RENDU ENTRE LES PARTIES LE 18 DECEMBRE 1979 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ;

REMET, EN CONSEQUENCE, LA CAUSE ET LES PARTIES AU MEME ET SEMBLABLE ETAT OU ELLES ETAIENT AVANT LEDIT ARRET ET, POUR ETRE FAIT DROIT, LES RENVOIE DEVANT LA COUR D'APPEL DE VERSAILLES .

**Publication** : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N. 180

**Décision attaquée** : Cour d'appel Paris (Chambre 21 C) du 18 décembre 1979

**Titrages et résumés :** TRANSACTION - Définition - Accord comportant des concessions réciproques pour mettre fin au litige - Concessions réciproques - Proportion entre les concessions réciproques - Nécessité (non). Constitue une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil, l'accord conclu en raison du licenciement d'un ingénieur d'ores et déjà décidé et non contesté dans son principe qui a pour objet de mettre fin au différend s'étant élevé entre les parties sur le quantum de l'indemnité due de ce fait au salarié, et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative.

\* CONTRAT DE TRAVAIL - Licenciement - Indemnités - Indemnité de licenciement - Fixation - Différend sur son calcul - Transaction - Validité - Conditions. \* CONTRAT DE TRAVAIL - Licenciement - Indemnités - Transaction concomitante au licenciement - Validité - Conditions. \* CONTRAT DE TRAVAIL - Salaire - Paiement - Transaction - Acte établissant l'état discuté des comptes de l'employeur et du salarié. \* TRANSACTION - Définition - Accord mettant fin à une contestation déjà née ou à naître - Contrat de travail - Licenciement - Indemnités de rupture - Quantum discuté - Concessions réciproques - Proportion entre les concessions - Nécessité (non). \* TRANSACTION - Définition - Accord mettant fin à une contestation déjà née ou à naître - Contrat de travail - Rupture - Acte établissant l'état discuté des comptes de l'employeur et du salarié.

**Précédents jurisprudentiels :** CF. Cour de Cassation (Chambre sociale) 1976-06-10 Bulletin 1976 V N. 365 p. 303 (CASSATION). CF. Cour de Cassation (Chambre sociale) 1978-05-17 Bulletin 1978 V N. 354 p. 269 (REJET)

**Textes appliqués :**

- Code civil 2044 CASSATION