

# Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2011 p. 1870

L'exception de nullité du contrat est-elle une défense au fond ou une demande reconventionnelle ?

**Olivier Deshayes, Professeur de droit privé à l'Université de Cergy-Pontoise, Membre du LEJEP**

**Yves-Marie Laithier, Professeur de droit privé à l'Université de Cergy-Pontoise, Membre du LEJEP**

1 - Le débiteur d'une obligation contractuelle assigné en exécution peut se défendre en opposant la nullité du contrat. Au « *vous devez, en vertu du contrat* », il répond « *je ne dois rien, car le contrat est nul* ». La nullité n'est alors pas invoquée par voie d'action, pour elle-même et comme formant l'objet principal du procès, mais par voie d'exception, comme argument destiné à tenir en échec la prétention du demandeur. C'est cela que l'on appelle l'exception de nullité : une nullité exceptée (c'est-à-dire opposée) en défense à la demande fondée sur le contrat.

2 - La nature procédurale de cette « exception » fait difficulté. Certes, toutes les qualifications présentées dans le code de procédure civile au titre de la réglementation des demandes et des défenses ne sauraient être sérieusement invoquées. Il ne fait notamment aucun doute qu'en dépit de son nom, l'exception de nullité n'est pas une exception de procédure, car elle ne tend pas à faire « *déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, ou à en suspendre le cours* » (art. 73 c. pr. civ.)  (1). De toute évidence, le défendeur combat sur le fond : il ne vise pas la procédure mais le contrat. Et s'il vise le contrat, c'est bien parce que dans sa chute ce dernier emportera avec lui le droit dont l'exécution est réclamée par le demandeur. En réalité, l'hésitation ne porte que sur les qualifications de défense au fond ou de demande reconventionnelle  (2). Cela n'empêche pas qu'elle soit réelle et qu'on puisse se réjouir de voir l'assemblée plénière de la Cour de cassation invitée à prendre parti à travers le présent arrêt. Mais n'entrons pas trop rapidement dans l'analyse de la décision. Commençons par présenter la difficulté posée.

3 - **Difficulté posée.** Un premier point paraît acquis : l'exception de nullité, si elle n'est pas que cela, est au moins en partie une défense au fond. En opposant la nullité du contrat, le défendeur cherche à atteindre l'obligation dont se prévaut le demandeur. Il cible la source pour éteindre l'effet et priver ainsi de justification, de fondement, la demande en exécution de son adversaire. En termes d'analyse structurale, on peut dire qu'en opposant la nullité du contrat, le défendeur conteste un élément du présupposé de la règle dont le demandeur réclame l'application  (3) : il dénie le droit dont se prévaut son adversaire, affirmant qu'il n'a pas pu naître. Or cela répond parfaitement à la définition légale de la défense au fond : « *moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire* » (art. 71 c. pr. civ.).

4 - Toute la difficulté est de déterminer si l'exception de nullité ne produit que cet effet de rejet de la demande principale ou si elle produit des effets supplémentaires. Car dans ce dernier cas, c'est la qualification de demande reconventionnelle qui convient : « *demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* » (art. 64 c. pr. civ., ). Certes, il s'agirait alors d'une demande reconventionnelle « hybride »  (4), dans la mesure où l'exception de nullité emporte toujours rejet au fond de la prétention du demandeur principal. Mais cela ne change rien. Car le code de procédure civile impose une qualification exclusive : une défense qui conduit au rejet de la demande principale et confère un autre avantage est une demande reconventionnelle  (5).

5 - **Positions envisageables.** Quel parti convient-il de prendre ? Deux thèses s'affrontent, qui conduisent à des résultats diamétralement opposés : nous les nommerons thèse de «

1

l'exception de nullité-véritable nullité » et thèse de « l'exception de nullité-pure exception défensive ».

6 - Suivant la première thèse, le juge ne peut rejeter la demande principale en se fondant sur la nullité du contrat qu'après avoir lui-même *prononcé* cette nullité. L'exception de nullité serait donc toujours une demande reconventionnelle : une demande formée par le défendeur tendant au prononcé judiciaire de la nullité.

7 - Ainsi Monique Bandrac écrit-elle : « *faire valoir en défense, à l'encontre d'une demande en exécution, que l'acte générateur de l'obligation inexécutée est infecté d'une cause de nullité, ce n'est pas seulement soulever un moyen tendant à faire rejeter la prétention du demandeur, c'est former une véritable demande qui élargit la saisine du juge. Il est nécessaire, en effet, que celui-ci se prononce sur la validité de l'acte, puisque la nullité ne joue pas de plein droit, et c'est seulement la décision rendue sur ce point qui permettra d'utiliser la nullité comme moyen de défense au fond susceptible de faire rejeter la demande* » 📖(6).

8 - A suivre cette conception, les effets de la nullité soulevée par voie d'exception ne diffèrent pas de ceux attachés à la nullité demandée par voie d'action. Or il est exact qu'ainsi conçus, ces effets ne se limitent pas à priver de fondement la créance dont le demandeur principal exige l'exécution : ils résident plus radicalement et plus complètement dans l'anéantissement pour le passé et pour l'avenir de tous les effets du contrat, de sorte que le prononcé de la nullité confère effectivement au défendeur un « avantage » autre que le « simple rejet » de la prétention adverse : il anéantit *toutes* les obligations contractuelles, aussi bien les créances dont le demandeur principal exigeait l'exécution que les autres créances (du demandeur principal 📖(7) et du défendeur).

9 - L'autre thèse, celle de « l'exception d'inexécution-pure exception défensive », repose sur une perception différente de l'institution. Ses tenants insistent sur le fait que l'*excipiens* ne demande pas au juge de prononcer la nullité, ni d'en tirer les conséquences habituelles, mais simplement de rejeter la prétention de l'adversaire. L'exception de nullité aurait donc toujours la nature d'une défense au fond. Saisi d'une telle défense, le juge non seulement n'aurait pas à prononcer la nullité, mais ne le pourrait pas. Il statuerait sinon *ultra petita*.

10 - Ainsi, pour Michel Storck, « *Le défendeur ne réclame pas l'anéantissement de l'acte qu'il est requis d'exécuter (...) il demande au juge non pas de prononcer la nullité erga omnes de l'acte invoqué par l'adversaire, mais uniquement de rejeter l'action en exécution de l'acte intentée par le demandeur, en raison de l'existence d'un vice dans la formation de l'acte* » 📖(8).

11 - Selon cette seconde conception, la qualification procédurale de l'argument fondé sur la nullité du contrat dépend du contenu de la prétention du défendeur. Soit ce dernier se borne à demander le rejet de la prétention adverse, et il oppose alors l'exception de nullité, qui est une défense au fond. Soit le défendeur demande autre chose (le prononcé de la nullité, le prononcé de restitutions), et alors il formule une demande reconventionnelle, qui n'est qu'improprement appelée exception de nullité 📖(9).

12 - **Solution adoptée.** Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté, deux des six vendeurs parties à une vente demandaient à l'acheteur de payer le solde du prix. Ce dernier s'y opposait, motif pris de la nullité du contrat, et réclamait la restitution de ce qu'il avait déjà payé. Une telle défense méritait assurément de recevoir la qualification de demande reconventionnelle. Car quelle que soit la conception que l'on adopte au sujet de l'exception de nullité, il est certain que le défendeur qui invoque la nullité en défense *et* demande des restitutions forme une demande reconventionnelle. C'est dire si l'assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie à la suite d'une rébellion de la cour d'appel de Lyon, aurait pu ne pas trancher entre les thèses disponibles, toutes deux conduisant au même résultat. Et pourtant, elle a pris parti. Implicitement, certes, mais nécessairement.

13 - Après avoir rappelé la définition de la demande reconventionnelle contenue à l'article 64 du code de procédure civile, l'assemblée plénière juge « *qu'ayant relevé que le cessionnaire* »

2

*ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité en sollicitant la remise des parties dans l'état antérieur à la signature de l'acte et la condamnation des demanderesses à lui payer une certaine somme en restitution du prix déjà payé, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'il s'agissait d'une demande reconventionnelle* ». Ce disant, la Cour de cassation manifeste son adhésion à la seconde des deux conceptions présentées plus haut : celle de « l'exception de nullité-pure exception défensive ». Ce n'est que parce qu'il a demandé le prononcé de restitutions que le défendeur a formulé une demande reconventionnelle. S'il s'était contenté de demander le « simple rejet » de la prétention adverse, motif pris de la nullité, il n'aurait formulé qu'une défense au fond.

14 - Une solution tout à fait comparable avait déjà été posée par la Cour de cassation par le passé. Ainsi, en 1998, la chambre commerciale avait approuvé une cour d'appel d'avoir considéré que « *la demande formée par (les défendeurs), qui invoquaient la nullité de la convention (...) était une demande reconventionnelle, puisqu'ils sollicitaient la condamnation (du demandeur principal) à leur rembourser les sommes versées au titre de cette convention, comme conséquence de la nullité invoquée, et que cette demande ne constituait dès lors pas une simple exception ayant pour objet de faire écarter la demande principale* » (10).

15 - **Enjeux.** A la qualification procédurale de l'exception de nullité s'attachent plusieurs enjeux. Celui sur lequel a porté l'attention des plaideurs dans la présente affaire est toutefois plus apparent que réel. Il convient donc de l'exclure rapidement.

16 - Prenant appui sur l'alinéa 2 de l'article 68 du code de procédure civile, qui prescrit que les demandes incidentes sont faites dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance (ou, en appel, sous forme d'assignation) lorsqu'elles sont dirigées contre des parties défaillantes ou des tiers à l'instance, le demandeur principal prétendait que l'exception de nullité devait être rejetée puisque les autres vendeurs à la vente arguée de nullité, tiers à l'instance, n'avaient pas été appelés en la cause dans la forme prévue. En réalité, l'argument aurait dû être balayé puisqu'il revenait à confondre la forme dans laquelle la demande en intervention des tiers doit être faite et la nécessité de faire intervenir les tiers. Le code de procédure civile se contente d'imposer que les demandes incidentes adressées à des tiers à l'instance soient faites dans une certaine forme ; il n'impose pas de mettre en cause les tiers. Rien n'interdisait donc au défendeur de demander des restitutions au seul vendeur qui l'avait assigné en paiement du solde du prix. L'assemblée plénière, bien que saisie de cette objection par l'auteur du pourvoi (11), n'a pas jugé bon de la retenir. Peut-être a-t-elle considéré que la demande en restitution portait sur l'ensemble du prix de vente et constituait donc, pour cela, une demande en partie adressée aux autres vendeurs, tiers à l'instance ? Il n'en reste pas moins qu'entre le demandeur principal et le défendeur, il n'y avait aucun enjeu à distinguer la défense au fond de la demande reconventionnelle : toutes deux sont faites dans les mêmes formes (12).

17 - Les véritables enjeux sont ailleurs. Deux méritent plus particulièrement l'attention : la perpétuité de l'exception et l'autorité de la chose jugée.

18 - **La perpétuité de l'exception.** La qualification procédurale de l'exception de nullité est souvent perçue comme capitale pour justifier la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle (13). Soutenir que l'exception de nullité est toujours une demande reconventionnelle (thèse de « l'exception de nullité-véritable nullité ») rend la perpétuité de l'exception difficile à comprendre : nécessairement portée à la connaissance du juge par une demande, la nullité ne devrait pas pouvoir être invoquée passé le délai de prescription de l'action (14). En revanche, si l'exception de nullité est bien une défense au fond, comme l'admet implicitement le présent arrêt s'agissant du simple rejet de la demande en exécution, alors on explique un peu mieux qu'elle puisse être opposée perpétuellement : n'étant pas une demande, elle n'a pas à être soulevée dans le délai pour agir.

19 - Par le passé, les magistrats se sont toutefois montrés embarrassés au moment de tirer de cette dernière analyse toutes ses conséquences. Ils auraient dû admettre la perpétuité de l'exception même pour les contrats ayant reçu un début d'exécution et conclure par conséquent à la cristallisation des situations d'exécution partielle. Car si la nullité peut être

perpétuellement opposée en défense, les restitutions, quant à elles, ne peuvent être réclamées que par voie de demande, ce qui oblige à les soumettre au délai de prescription de l'action. Pour éviter d'avoir à consacrer cette solution (15), la Cour de cassation - plus exactement sa première chambre civile - a successivement recouru à plusieurs expédients qui, tous, mettent en doute la fermeté de sa position au sujet de la nature purement défensive de l'exception de nullité. Dans un premier temps, la Cour de cassation, tout en admettant que l'exception de nullité n'est pas une demande reconventionnelle et peut donc être invoquée perpétuellement, a autorisé le défendeur à demander les restitutions qui en sont la conséquence, alors même que le délai de prescription de l'action en nullité serait écoulé (16). Puis, dans un second temps, la Cour de cassation a déclaré que l'exception de nullité, toute perpétuelle qu'elle est, conduit néanmoins à l'anéantissement rétroactif du contrat (17). Enfin, elle a décidé et décide toujours que l'exception de nullité n'est perpétuelle que lorsque le contrat dont la nullité est invoquée en défense n'a pas reçu de commencement d'exécution (18). Cette dernière solution permet de couper le mal à la racine, en empêchant le jeu de l'exception de nullité lorsque son admission serait de nature à cristalliser une situation d'exécution partielle. Il n'en reste pas moins qu'en obligeant à distinguer suivant que les contrats ont reçu ou non un début d'exécution, elle impose de chercher ailleurs que dans la nature purement défensive de l'exception de nullité les raisons de sa perpétuité.

**20 - L'autorité de la chose jugée.** Un autre enjeu attaché à la nature de l'exception de nullité est à chercher du côté de l'autorité de la chose jugée. Une distinction s'impose toutefois.

21 - Pour l'application du principe de concentration des moyens, rattaché par la Cour de cassation à l'autorité de la chose jugée (19), il n'y a pas d'intérêt à distinguer les deux conceptions de l'exception de nullité. Certes, la haute Cour consacre une obligation de concentration des moyens et dénie toute obligation de concentration des demandes (20), de sorte qu'on pourrait penser que les thèses faisant de l'exception de nullité soit une défense au fond (donc un moyen au soutien du rejet de la demande principale), soit une demande, ont une incidence capitale sur l'existence d'une obligation pour le défendeur de soulever la nullité dès le premier procès. Mais en réalité, tel n'est pas le cas. La liberté procédurale du contractant est totale, dans les deux cas (21). En effet, si l'exception de nullité est conçue comme une véritable nullité, rien n'empêche le défendeur à l'instance initiale qui aurait pu invoquer la nullité du contrat mais ne l'a pas fait, d'en demander l'annulation ultérieurement. La raison est claire : s'agissant d'une demande, elle n'est pas soumise à l'exigence de concentration. Si l'exception de nullité est une défense au fond, le défendeur peut, dans une nouvelle instance, demander la nullité, par voie d'action, afin d'obtenir des restitutions et/ou l'extinction de toutes les obligations nées du contrat vicié (22). Car l'objet de la prétention différant par hypothèse de celui de l'exception de nullité précédemment invoquée, le plaideur échappe à la concentration des moyens.

22 - C'est en réalité sur le terrain de l'autorité négative de la chose jugée que la distinction a un intérêt. En effet, si l'exception de nullité est une véritable nullité, nécessairement soulevée par voie de demande, et qu'elle a été rejetée par le juge, alors l'autorité de la chose jugée fait obstacle à la recevabilité d'une nouvelle demande en nullité formée dans une nouvelle instance : *non bis in idem*. Tandis que si l'exception de nullité est conçue comme étant purement défensive, le juge devant qui elle a été invoquée n'est pas, par hypothèse, invité à prononcer l'annulation du contrat. Il doit simplement se prononcer sur le bien-fondé de la demande principale fondée sur le contrat. Dès lors, l'autorité de la chose jugée ne saurait faire obstacle à la recevabilité d'une demande ultérieure ayant pour objet l'annulation du contrat et pour conséquence le possible anéantissement de l'effet substantiel du jugement antérieur. C'est d'autant plus vrai que, lorsque la nullité est invoquée une première fois comme pur moyen de défense, le dispositif de la décision porte uniquement sur le bien-fondé de la demande principale. Or, chacun sait que, selon l'assemblée plénière de la Cour de cassation, « l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif » (23).

**23 - Conclusion.** Des deux conceptions de l'exception de nullité, celle retenue par la Cour de

cassation dans son arrêt du 22 avril 2011 est-elle la plus convaincante ? Il est difficile de répondre. Si la prudence est de mise, c'est, nous semble-t-il, parce qu'au-delà des conséquences techniques attachées à la qualification adoptée, et dont les principales viennent d'être exposées, la dualité des conceptions de l'exception de nullité reflète, plus profondément, une dualité irréductible des conceptions du rôle du juge dans le procès civil. En effet, soit l'on considère qu'il entre dans l'office du juge, maître du système juridique, d'assurer autant que possible la cohérence du droit et il lui appartient, lorsqu'il est saisi d'une exception de nullité, d'effacer de l'ordre juridique les actes dont il constate la malformation ainsi que les effets que ceux-ci ont pu produire. Le jugement rendu sur l'exception de nullité est alors un authentique jugement sur la validité de l'acte. Soit l'on considère que le juge a pour mission principale d'arbitrer entre les prétentions opposées qui lui sont soumises, auquel cas il ne faut pas être autrement surpris que l'annulation d'un contrat, dont l'exécution a été ordonnée dans un premier temps, puisse être demandée lors d'une nouvelle instance. La première conception est plus exigeante, mais (ceci explique-t-il cela ?) c'est la seconde qui l'emporte dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation (24), dont l'arrêt rapporté ne fait que poursuivre l'orientation.

**Mots clés :**

**PROCEDURE CIVILE** \* Instance \* Demande incidente \* Demande reconventionnelle \* Exception de nullité \* Formalité

(1) La Cour de cassation a eu à rappeler récemment cette évidence, Civ. 3<sup>e</sup>, 16 mars 2010, n° 09-13.187, Bull. civ. III, n° 63 ; D. 2010. 902  ; RTD civ. 2010. 374, obs. R. Perrot  ; Defrénois 2010. 1703, obs. H. Lécuyer ; JCP 2010. 983, n° 16, obs. Y.-M. Serinet ; LEDC juin 2010. 4, obs. O. Deshayes ; RDC 2010. 1208, obs. Y.-M. Laithier.

(2) Pour une opinion consistant à analyser l'exception de nullité en une forme de fin de non-recevoir opposée à l'action du demandeur, V. R. Libchaber, obs. ss. Com. 6 juin 2001, Defrénois 2001, n° 23, p. 1429 s.

(3) Comp. J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 4<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2010, n° 127, qui utilisent l'analyse structurale pour préciser le contenu de la notion de défense au fond.

(4) J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, n° 110 ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, n° 304, note 3, p. 272.

(5) En ce sens, V. égal. S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *op. cit.*, n° 304 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>e</sup> éd., Litec, 2009, n° 470.

(6) M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986, préf. P. Raynaud, n° 149, p. 150. Dans le même sens, V. G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, tome 1, Les sources, Sirey, 1988, n° 217 ; D. Vich-Y-Llado, L'exception de nullité, Defrénois 2000. 1265 s.

(7) Par exemple les créances non encore exigibles, les créances post-contractuelles.

(8) M. Storck, L'exception de nullité en droit privé, D. 1987. 67, spéc. 68 ; dans le même sens, V. O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, préf. P. Ancel, n° 304 ; O. Leroy, La contestation du contrat, Cah. dr. entr. 1999, n° 4, p. 29 s. ; R. Libchaber, obs. préc.

(9) V. L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 470 et 471, qui présentent l'argument fondé sur la nullité du contrat comme pouvant être présenté par voie de demande reconventionnelle ou par voie de défense au fond, suivant que le défendeur demande ou non le prononcé de la nullité ; V. égal., particulièrement clair, Y.-M. Serinet, RDC 2009. 1516 s.

(10) Com. 17 nov. 1998, n° 96-20.288, RTD civ. 1999. 618, obs. J. Mestre . Dans le même sens, V. Com. 5 mai 1998, n° 96-12.698.

(11) V. 3<sup>e</sup> branche du 2<sup>e</sup> moyen.

(12) Art. 68, al. 1<sup>er</sup>, c. pr. civ. : « *Les demandes incidentes sont formées à l'encontre des parties à l'instance de la même manière que sont présentés les moyens de défense* ».

(13) V. Civ. 3<sup>e</sup>, 2 déc. 1998, n° 97-10.590, Bull. civ. III, n° 226 ; AJDI 1999. 336 , et 337, obs. D. Talon  ; RDI 1999. 112, obs. J.-C. Groslière  ; Rev. sociétés 1999. 359, note Y. Chartier  ; RTD civ. 1999. 617, obs. J. Mestre  : qui vise « *le principe selon lequel la prescription d'une action en nullité n'éteint pas le droit d'opposer celle-ci comme exception en défense à une action principale* ».

(14) Ce qu'admet par exemple M. Bandrac *op. cit.*, pour qui la survie de l'exception de nullité est donc une exception à la prescription de l'action en nullité.

(15) Solution dont les inconvénients ont particulièrement retenu l'attention de J.-L. Aubert, V. son article, Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité, *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 19 s.

(16) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 1992, n° 90-12.862 ; 31 mars 1992, n° 88-15.898 : « *Attendu selon le moyen (...) qu'en invoquant la nullité de l'acte pour obtenir le réexamen des comptes et la constatation à leur profit d'une créance, les époux B. ont présenté une demande reconventionnelle soumise aux règles de prescription de droit commun (...) Mais attendu que c'est au premier chef par voie d'exception et pour résister à la demande en paiement (...) que les époux B. ont demandé aux juges du fond de constater la nullité des contrats invoqués à l'appui de cette réclamation ; que dans l'hypothèse où cette exception serait accueillie les époux B. étaient recevables à demander qu'en soient déduites les conséquences juridiques qui en découlaient* ».

(17) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1998, n° 96-18.404, D. 1999. 361 , note P. Fronton  ; RTD civ. 1999. 620, obs. J. Mestre  ; RTD com. 1999. 488, obs. B. Bouloc  ; Defrénois 1998, art. 36895, n° 141, obs. J.-L. Aubert. Sur l'incompatibilité entre cette solution et la nature censément purement défensive de l'exception, V. O. Leroy, art. préc., n° 24 s.

(18) V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1998, n° 96-17.761, Bull. civ. I, n° 338 ; RDI 1999. 291, obs. H. Heugas-Darraspen  ; RTD civ. 1999. 621, obs. J. Mestre  ; 17 juin 2010, n° 09-14.470, Bull. civ. I, n° 136 ; D. 2010. 1623  ; Rev. sociétés 2010. 509, note J.-F. Barbiéri  ; RTD com. 2010. 744, obs. P. Le Cannu et B. Dondero .

(19) Dans la lignée de l'arrêt *Cesareo*, V. Com. 20 févr. 2007, n° 05-18.322, Bull. civ. IV, n° 49 ; 6 juill. 2010, n° 09-15.671, Bull. civ. IV, n° 120 ; D. 2010. 1860 , et 2011. 406, obs. P. Crocq .

(20) Telle est, en tout cas, la règle de principe clairement énoncée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un important arrêt du 26 mai 2011, n° 10-16.735, à paraître au *Bulletin* ; D. 2011. 1566, obs. V. Avena-Robardet . Sur les hésitations antérieures, V. par ex., J. Héron et T. Le Bars, préc., n° 337-2 ; E. Jeuland, note ss. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2010 et Civ. 2<sup>e</sup>, 23 sept. 2010, JCP 2010. 1052.

(21) Au risque d'ailleurs que l'habileté stratégique du plaideur ne serve un dessein déloyal, V. L. Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 2004, n° 467, p. 422 s., qui propose de retenir une irrecevabilité pour manquement au principe de loyauté.

(22) Rappr. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1997, n° 95-12.163, Bull. civ. I, n° 219 ; D. 1999. 181 , note V. Brémond  ; RTD civ. 1997. 970, obs. M. Bandrac  ; 18 févr. 2003, n° 99-16.771, Bull. 6

civ. I, n° 49. *Contra* Civ. 3<sup>e</sup>, 13 févr. 2008, n° 06-22.093, Bull. civ. III, n° 28 ; D. 2008. 621, obs. G. Forest  ; RDI 2008. 280, obs. P. Malinvaud  ; JCP 2008. II. 10052, note L. Weiller.

(23) Cass., ass. plén., 13 mars 2009, n° 08-16.033, Bull. n° 3 ; D. 2009. 879 , et 2010. 169, obs. N. Fricero  ; RDI 2009. 429, obs. P. Malinvaud  ; RTD civ. 2009. 366, obs. R. Perrot  ; JCP 2009. II. 10077, note Y.-M. Serinet.

(24) V. spéc. Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, Bull. n° 10 ; BICC n° 680, rapp. D. Loriferne et avis R. De Gouttes ; D. 2008. 228, obs. L. Dargent , et 1102, chron. O. Deshayes  ; *Mélanges Wiederkehr*, 2009, 379, étude S. Guinchard ; RDI 2008. 102, obs. P. Malinvaud  ; RTD civ. 2008. 317, obs. P.-Y. Gautier  ; *Rapport annuel 2007*, La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Doc. fr., 2008, p. 445.

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.