CONFERENCE GENERALE

**COMMISSION JURIDIQUE**

 TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

**COMITE JURIDIQUE**

**Procès-verbal de la** **réunion du 30 janvier 2019**

1. **Protection du secret des affaires :**

La Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur « la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués » a été extensivement transposée aux articles L151-1 à L154-1 du code de commerce par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018). Le Décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 en a précisé les modalités (R152-1 à R153-10 du code de commerce).

Ces textes énoncent les mesures provisoires que le juge, saisi en référé ou sur requête, peut prescrire pour prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite au secret des affaires.

Ils apportent des modifications importantes à la procédure d’application de l’article 145 du code de procédure civile. Notamment :

-Dorénavant (L153-1), le juge pourra décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ; il pourra adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

En présence d’une pièce contestée, « le juge pourra en prendre connaissance seul ; et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection ». Il est ainsi admis que le juge peut solliciter un expert pour procéder à un tri.

La note ci-jointe établie par notre collègue Dominique Vignon précise ces nouvelles dispositions (Annexe I).

**2) Déséquilibre significatif**

Par un arrêt du 25 janvier 2017 (n°15-23547), la Cour de cassation a jugé que « l’article L442-6 –I-2 du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d’une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations de parties ».

A la suite de cet arrêt, des parties ont soulevé devant le Tribunal de commerce de Paris la question de la constitutionnalité de l’article L 446-2, tel qu’interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation. La QPC a été transmise par la Cour de cassation le 27 septembre 2018. Le Conseil constitutionnel a jugé, par une décision n°2018-749 du 30 novembre 2018, que l’article L 442-8-I-2° était conforme à la constitution.

Il est à noter que le nouvel article 1171 du code civil prévoit que, dans un contrat d’adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif… est réputée non écrite mais que « l’appréciation du déséquilibre significatif ne porte pas …sur l’adéquation du prix à la prestation ».

L’article L442-6 du code commerce constitue donc, par rapport à la disposition générale du code civil, une disposition particulière susceptible de s’appliquer à deux conditions :

-l’une posée par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 janvier 2017 : le prix ne résulte pas d’une libre négociation

-l’autre de la rédaction de l’article L 442-6 : le litige concerne un producteur, commerçant ou industriel et un partenaire commercial

1. **Cautionnement - proportionnalité** :

Lorsqu’une personne physique réalise une opération économique (achat de fonds de commerce, de parts de sociétés,..) et signe un engagement de caution, on sait que « la proportionnalité de l’engagement de caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l’opération garantie » (Cass.Com. 13 janvier 2015 n°13-25202). La question de savoir s’il convenait cependant de tenir compte des revenus qui étaient la suite de ceux payés par la société garantie avant la signature de l’engagement de cautionnement restait ouverte (notamment des salaires).

Par un arrêt du 5 septembre 2018 (Cass.Com.-n° 16-25185), la Cour de cassation a clarifié ce point dans les termes suivants :« Si, pour apprécier, en application de l’article L. 341-4 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à l’ordonnance du 14 mars 2016, la disproportion du cautionnement au moment où il a été souscrit, ne peuvent être pris en considération les revenus escomptés de l’opération garantie, il doit, en revanche, être tenu compte des revenus réguliers perçus par la caution jusqu’à la date de son engagement, quand bien même ceux-ci proviendraient de la société dont les engagements sont garantis par le cautionnement ».

1. **TVA sur indemnité de réparation d’un préjudice**

Le comité a diffusé en février 2017 une note rappelant qu’en application de l’article 256 du code général des impôts, **la TVA ne s’applique qu’aux livraisons de biens et prestations de service.**

a)En conséquence, **les indemnités qui ont pour objet exclusif de réparer un préjudice, les pénalités, l**es annuités de remboursements d’emprunts et les intérêtsne rentrent pas dans ce champ (BOI-TVA Base 10 du 15 janvier 2014).

Le montant de la condamnation prononcée par le Tribunal n’inclut pas la TVA (« la somme de Y euros »), en évitant la formule « hors taxe » (car cette mention signifie justement que la recette est dans le champ de la TVA !).

Cependant, la question de la TVA rebondit dans **l’évaluation du quantum du préjudice** (lui-même non soumis à TVA) : la Cour de cassation a précisé que, « pour inclure la TVA dans le préjudice, il faut qu’elle reste définitivement à la charge de son débiteur légal en vertu des règles fiscales » (Cass.com. 4 janvier 1994- n°92-13162).

Ainsi pour une indemnité couvrant le préjudice d’une réparation dont le coût (représenté par une facture d’un tiers qui supporte elle-même la TVA) :

-Si le bénéficiaire de l’indemnité est soumis à TVA (et donc pourra déduire la TVA afférente à la dite facture de ses charges), le quantum de l’indemnité ne devra pas comprendre le montant de TVA de la dite facture.

-En revanche, si le bénéficiaire n’est pas soumis à TVA (et donc si la TVA sur la facture de réparation reste à sa charge), le quantum de l’indemnité devra tenir compte de la TVA facturée.

La Cour de cassation a jugé qu’il appartient au bénéficiaire, le cas échéant, d’apporter la preuve que ses activités ne sont pas soumises à TVA.

b) **Pour des livraisons de biens ou des prestations de services**.

-Si le bénéficiaire de la condamnation (qui revendique le règlement de ces livraisons de biens ou d prestations de services) est redevable de la TVA (le cas le plus général) : la TVA est incluse dans le montant alloué (« Y euros HT plus TVA au taux de 20% soit X euros TTC).

-Si le bénéficiaire n’est pas assujetti à la TVA (par exemple : établissement financier, associations à but non lucratif, maitres d’ouvrage,..) et que l’opération en cause n’est pas taxable, le montant alloué est « sans TVA » (sans spécifier HT taxes car cette mention signifie justement que la recette est dans le champ de la TVA !).

A noter cependant que des associations ont des activités accessoires à caractère commercial et donc soumises à TVA : si cette association a émis à ce titre une facture en TVA, le juge doit prononcer une condamnation avec TVA

1. **Sociétés commerciales** :

La Cour d’appel de Paris a été conduite à infirmer plusieurs jugements qui écartaient la compétence des tribunaux de commerce dans des litiges concernant des cessions de parts ou d’actions de sociétés commerciales.

Appliquant une jurisprudence ancienne mais dépassée, certains juges ont dit que le tribunal de commerce n’était pas compétent dès lors que ces cessions ne portaient pas sur le contrôle de la société.

Cette affirmation est erronée : les tribunaux de commerce (art L 721-3 du code commerce) sont compétents dès lors que le litige est relatif aux sociétés commerciales et notamment tout litige entre associés d’une société commerciale (et ceci alors que la cession de parts est un acte civil).

1. **Présence d’un greffier aux audiences du JCIA**

Certains greffiers de tribunaux de commerce de province se sont émus de ce que, dans certains tribunaux de commerce, le JCIA reçoive les parties en l’absence de greffier.

Le greffier fait partie de la juridiction de jugement. Son absence à l’audience est un motif de nullité.

Cependant, en application de l’article 430 alinéa 2 du Code de procédure civile, « les contestations afférentes à la régularité (de la juridiction) doivent être présentées à peine d’irrecevabilité dès l’ouverture des débats… faute de quoi aucune nullité ne pourra être ultérieurement prononcée de ce chef, même d’office ».

Dès lors que les parties ou leurs conseils n’ont soulevé aucune objection lors de l’audience du JCIA, le moyen tiré de son absence des débats est irrecevable (Cass.Civ 1-13 octobre 1998- n°96-14201 ; Civ 2- 21 décembre 2000- n°98-23276 ; 14 novembre 2002- n°00-16808).

1. **L446-2 du Code de Procédure Civile : dispositions propres à la procédure orale**

L’article 446-2 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret du 6 mai 2017, prévoit notamment deux dispositions de nature à accélérer la procédure de mise en état :

-lorsque les parties formulent leurs prétentions par écrit et sont assistés ou représentées par un avocat, le juge ne statue que sur les dernières conclusions déposées et sur les seules prétentions énoncées au dispositif (les conclusions précédentes sont réputées abandonnées si elles ne sont pas reprises dans ces dernières conclusions).

-le juge peut écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiquées sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense.

L’expérience montre que peu de juges consulaires font application de ces dispositions qui sont pourtant contenues dans le chapitre « dispositions propres à la procédure orale » !

Ce sujet important méritera d’être examiné à nouveau à notre prochain comité pour tenter de donner aux juges consulaires des indications précises d’application de cet article.

**7) Art. 12 CPC : l’office du juge--**Règles particulières

A la suite de notre réunion du 11 octobre 2018, un groupe de travail s’est réuni pour tenter de préciser les « règles particulières » qui font obligation au juge de relever d’office des moyens de droit.

L’annexe II ci-jointe résume les conclusions de ce groupe de travail.

**8) Art 12 Code de procédure civile -Observations sur PV du 11 octobre 2018**

La rédaction du procès-verbal de la réunion du 11 octobre 2018 concernant l’office du juge (art. 12 Code de procédure civile) a donné lieu à d’utiles observations. A la suite du débat intervenu entre les membres du comité, une nouvelle rédaction de ce point est proposée (Annexe III).

**9)** **Art 468 CPC : radiation ou caducité de la citation**

L’article 468 du Code de procédure civile prévoit que : «  si, sans motif légitime, le demandeur ne comparait pas, … le juge peut, même d’office, déclarer la citation caduque ».

Le plus souvent, dans cette situation, le tribunal prononce une simple radiation de l’affaire, laquelle peut être rétablie par l’envoi d’une simple lettre.

Il semble que la caducité sanctionnerait plus efficacement cette désinvolture du demandeur, d’autant plus que le même article prévoit que la déclaration de caducité peut être rapportée si le demandeur fait connaître un motif légitime.

**10) Art L 722-12 (élection d’un nouveau Président) :**

L’article L 722-12 du code commerce prévoit que « lorsque, pour quelque cause que ce soit, le président du tribunal de commerce cesse ses fonctions en cours de mandat, le nouveau président est élu… pour la période restant à courir du mandat de son prédécesseur ».

Cette formule se justifie dans le cas des membres d’un conseil d’administration, organe collégial, pour permettre un renouvellement régulier de cet organe.

Appliquée au cas du Président d’un tribunal de commerce, cette disposition, qui conduit à une multiplication inutile des procédures d’élection, ne parait avoir aucune justification objective.

Le comité suggère qu’il soit demandé à la Chancellerie une modification de l’article L 722-12 permettant d’élire le nouveau président pour une durée de quatre ans, comme prévu à l’article L 722-11.

**La prochaine réunion aura lieu :**

**Le mercredi 3 avril 2019**

**Au Tribunal de commerce de Paris salle 7**

# ANNEXE I

# Secret des affaires, et saisie sur requête de documents

La Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur « la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués » a été extensivement transposée aux articles L151-1 à L154-1 (Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018), et R152-1 à R153-10 du code de commerce[[1]](#footnote-1) (Décret n° 2018-1126 du 11 décembre 2018). A cette occasion, le processus de « saisie[[2]](#footnote-2) » de documents que le juge peut initier en application de l’article 145 du code civil a été considérablement simplifié.

La présente note se limite à rappeler les principes de ce processus de saisie au regard des nouveaux textes.

## La mesure de saisie – le juge de la rétractation ou modification

Le juge est très généralement saisi sur requête (pour disposer d’un « effet de surprise ») ; il peut également l’être en référé (R153-1).

Si le juge a été saisi sur requête, et en l’absence d'une demande de modification ou de rétractation de son ordonnance dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision (qui est très généralement la date des opérations de saisie), la mesure de séquestre provisoire mentionnée est levée et les pièces sont transmises au requérant (art. R153-1 C. com.). On peut cependant s’attendre à ce que les demandes de modification ou rétractation soient systématiques.

Le juge de la rétractation est celui qui a rendu l’ordonnance (art. 497 CPC) ou son délégataire ([Civ. 2 11 mai 2006, 05-16.678](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007050385&fastReqId=295541771&fastPos=1)) ; il statue en référé ([Civ. 2 jeudi 19 février 2015, 13-28223](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030266162&fastReqId=1877767359&fastPos=2&oldAction=rechExpJuriJudi)), mais les conditions d’urgence ou d’évidence des articles 872 et 873 CPC ne sont pas requises : il s’agit d’un « référé-rétractation », sur lequel une demande incidente de provision ne peut se greffer. Il ne peut non plus autoriser la production de nouvelles pièces ([Civ. 2 - 9 septembre 2010, 09-69.936](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022812893&fastReqId=1594402411&fastPos=1)). En revanche le juge de la rétractation peut modifier ou rétracter l’ordonnance, même si le juge du fond est saisi de l'affaire (art. 496 CPC).

Le juge saisi en référé d'une demande de modification ou de rétractation de l'ordonnance est compétent pour statuer sur la levée totale ou partielle de la mesure de séquestre (R153-5) ; c’est une remise en cause de la jurisprudence ([Civ. 2, 27 septembre 2018, 17-20.127](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037473945&fastReqId=2063360491&fastPos=1)). Il reste cependant que le contentieux de l'exécution de la mesure d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, qui n'affecte pas la décision ayant ordonné cette mesure, ne relève pas des pouvoirs du juge de la rétractation ([Civ. 2 - 17 mars 2016 - 15-12.456](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032265765&fastReqId=1634882716&fastPos=5&oldAction=rechExpJuriJudi)).

## La rétractation de la mesure

La demande de rétractation ou modification de l’ordonnance est généralement supportée par deux moyens :

* 1. *Le requérant qui a bénéficié de la mesure de saisie était-il fondé à ne pas appeler la partie adverse (art. 493 CPC - « effet de surprise ») ?*

La requête doit *« faire état des circonstances »* qui justifient qu'il soit procédé non contradictoirement ([Civ. 2 - 23 juin 2016 – N°15-19671](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032776761&fastReqId=464171686&fastPos=1))

L’ordonnance doit statuer par des motifs précis. Elle ne peut se contenter d’une formulation générale *(*[Civ. 2 - 22 septembre 2016 - N°15-22393](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033148376&fastReqId=761550449&fastPos=1)).

La Cour de cassation a jugé qu’il n’y avait pas de risque de disparition (et donc pas de possibilité de procéder par requête) de documents dont la tenue est obligatoire (comptabilité, registre des entrées-sortie de personnel, etc. – Civ. 2 - 23 février 2017 - 16-12947) ; en revanche il n’y a pas d’obligation à archiver des devis, ou des fichiers Clients. C’est donc notamment au regard de la nature des documents dont la requête sollicite la communication que devra être motivée le caractère non contradictoire de la décision.

* 1. *Les conditions de l’article 145 du code de procédure civile sont-elles réunies ?*

La partie qui sollicite la mesure ne doit pas disposer d’éléments suffisants pour prouver un fait déterminant pour le litige. La requête doit être fondée sur un « motif légitime » (art. 145 CPC) : il doit y avoir une perspective de litige. Le demandeur n’a pas à établir le fond du droit, mais à fournir des indices montrant qu’il a un motif légitime à rechercher des preuves dont il ne dispose pas ([Civ. 2 - 17 février 2011 - 10-30638](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023610223&fastReqId=421928616&fastPos=1)). Le juge n’est pas tenu par d’éventuelles « contestations sérieuses » sur le fond d’un éventuel litige ([Civ. 2 -20 février 1980 - 78-16.544](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007005239&fastReqId=503922862&fastPos=1) précité).

Cependant la mesure doit être circonscrite à l’établissement des preuves requises pour le litige en perspective ; il ne peut s’agir d’aller à la pêche en sollicitant une « mesure générale d’investigation » ([Civ. 2 - 7 janvier 1999, 97-10.831](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040292&fastReqId=1563433870&fastPos=1)). La Cour de cassation a eu l’occasion d’établir un principe de proportionnalité entre la mesure ordonnée et le but poursuivi ([Civ. 1 - 22 juin 2017, 15-27.845](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035004866&fastReqId=1344182400&fastPos=1)).

## La protection du secret des affaires par le juge

« Le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ([Civ. 2 - 7 janvier 1999, 95-21.934](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040293&fastReqId=797695135&fastPos=1)) ». La Directive Secret des affaires et sa transposition maintiennent ce principe : on ne peut obtenir la rétractation de l’ordonnance au seul motif de la protection du secret des affaires. Mais ces nouveaux textes précisent comment le juge peut protéger les secrets d’affaire, et ils apportent des simplifications considérables au traitement des documents contenant des secrets.

Dorénavant, le juge devra déterminer si les documents contestés relèvent du secret des affaires, et il pourra en restreindre la diffusion.

* + 1. Le tri des documents protégés par le secret des affaires ?

L’information protégée au titre du secret des affaires est limitativement définie par les critères cumulatifs de l’article L151-1. Ces critères sont issus de problématiques de propriété industrielle, et sont peu adaptés aux informations commerciales ou comptables qui font l’objet de litiges devant les tribunaux de commerce. Les deux premiers critères ne devraient cependant pas entraîner de difficultés, mais il n’en sera pas de même du troisième : « L’information litigieuses a-t-elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ? ». Les juges devront progressivement créer la jurisprudence caractérisant des « mesures de protection raisonnables ».

S’il est allégué qu’une pièce relève du secret des affaires, le juge pourra en prendre connaissance seule ; il pourra solliciter l’avis des parties, en limitant la diffusion à une personne par partie, ou à un représentant, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection. Il pourra se faire assister par un expert, dont on comprend qu’il pourra suivre le même processus.

Il appartiendra à la partie qui a subi la mesure de saisie, et objecte le secret des affaires, de fournir une version non confidentielle ou un résumé, ainsi qu’un mémoire précisant, pour chaque information ou partie de la pièce en cause, les motifs qui lui confèrent le caractère d'un secret des affaires.

Le juge statuera sans audience, et il pourra entendre séparément le détenteur de la pièce, assisté ou représenté par toute personne habilitée, et la partie qui demande la communication ou la production de cette pièce. On peut penser que l’expert disposera de la même souplesse. Les difficultés de respecter le contradictoire dans le régime antérieur sont amplement simplifiées.

Parmi les protections mises à la disposition du juge, la principale consistera restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter (avocat). Ces personnes seront soumises à la confidentialité[[3]](#footnote-3).

Le texte (art. L153-1) fait systématiquement référence à une pièce relevant du secret des affaires. Dans le domaine commercial, ce sera souvent un ensemble de pièces dont il sera allégué qu’elles relèvent du secret d’affaires : une facture n’est pas nécessairement confidentielle, alors que l’intégralité des comptes clients ou fournisseurs peut l’être. Il appartiendra au juge de l’établir.

Il convient de distinguer les tris à opérer pour écarter des documents non nécessaires à la solution d’un litige (qui relève de l’appréciation du bien fondé de l’article 145) du tri des documents relevant du secret des affaires, encore que ces notions peuvent se rejoindre. La pratique actuelle consistant à demander à l’huissier instrumentaire de procéder à des tris par mots clefs reste utile même si elle n’est plus indispensable : une mesure d’instruction doit rester proportionnée à sa finalité, et donc autant que possible écarter du champ de la saisie des documents qui ne seraient pas nécessaires. Mais la définition des critères de tri pourra être assouplie, l’examen au titre du secret des affaires pouvant également permettre d’écarter une pièce non nécessaire à la solution du litige (R153-5) ou n’en communiquer qu’une version édulcorée (R153-7).

* + 1. La décision du juge des référés pourra faire l’objet d’un appel dans une durée de quinze jours. Compte tenu de la brièveté de ce délai, il est important que le juge indique à l’audience la date à laquelle son ordonnance sera rendue, et mentionne dans l’ordonnance qu’il a satisfait à cette obligation de l’article 450 du code de procédure civile. En effet le délai part du jour du prononcé de l'ordonnance ou de la date à laquelle l’appelant en a eu connaissance ([Civ.2, 22 février 2007, 05-21.314](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017636659&fastReqId=2016883706&fastPos=1)).

Contrairement au droit commun des référés (art. 489 CPC), l'appel exercé dans ce délai est suspensif lorsque la décision fait droit à la demande de communication ou de production. L'exécution provisoire ne peut être ordonnée.

Dominique VIGNON

 **ANNEXE II**

**REGLES PARTICULIERES**

Décembre 2018

L’article 12 du Code de procédure civile confère au juge le pouvoir de relever d’office des moyens de droit.

Ce pouvoir est encadré par des « règles particulières » : les unes font obligation au juge de relever certains moyens, d’autres en revanche lui font interdiction d’en relever certains autres. La présente note s’efforce de préciser cette notion de « règles particulières »

**MOYENS DE PROCEDURE**

**1) Nullités de fond des actes de procédure :**

a) Les exceptions de nullité fondées sur l’inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure **doivent être relevées d’office** lorsqu’elles ont un caractère d’ordre public (Code de procédure civile art.120).

Exemples de nullités d’ordre public :

-signification par un huissier en dehors de sa compétence territoriale (Civ 2-11 décembre 2008-n°07-19724)

-défaut de capacité d’ester en justice : incapacité d’une partie, défaut de pouvoir d’un représentant

-inexistence de la personne morale qui agit en justice

b) Mais **le juge n’a pas l’obligation de relever d’office** les exceptions de procédure qui ne sont pas d’ordre public :

 «  *les exceptions de procédure fondées sur l’inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédures ne doivent être relevées d’office que lorsqu’elles ont un caractère d’ordre public*» (Com. 14 décembre 2010-n°09-71712)

Exemples de nullités qui ne sont pas d’ordre public :

-défaut de pouvoir d’un avocat d’agir en justice (Civ 1°- 19 septembre 2007)

**2) Les fins de non-recevoir**

 « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d’office lorsqu’elles ont un caractère d’ordre public » (Art 125 Code de procédure civile).

Exemples :

-inobservation du délai d’un mois pour l’opposition à une injonction de payer ou à un jugement par défaut

-inobservation du délai de recours

-non respect de l’arrêt des poursuites individuelles en cas de procédure collective (art L 622-21)

-saisine d’un tribunal non spécialisé en cas de litiges relevant des articles L 420-7 (pratiques anticoncurrentielles), L 442-6 (pratiques restrictives de concurrence) ou L721-8 (procédures collectives importantes). (plus exactement : absence de pouvoir juridictionnel)

-exceptions soulevées après une défense au fond ou une fin de non-recevoir

--si celui qui soulève une exception d’incompétence n’indique pas, en le motivant, la juridiction devant laquelle il demande que l’affaire soit portée

**3) Exception d’incompétence**

a) L’exception **doit** être relevée d’office quand la règle de compétence est d’ordre public. Exemples :

-application de conventions internationales sur la compétence (Bruxelles et règlement 44-200 de l’Union Européenne)

b) l’exception **peut** être relevée d’office dans quelques cas limitativement énoncées :

-exception de litispendance (art.100) (mais pas la connexité)

-exception d’incompétence territoriale si le défendeur ne comparait pas (art. 92 Code de procédure civile)

-exception d’incompétence si la règle d’attribution est d’ordre public : litiges en matières de brevets et de marques, de baux commerciaux, de droit du travail (art.92)

c) dans tous les autres cas, les exceptions **ne peuvent être relevées d’office** (y compris la prescription art 2247 CC)

**MOYENS DE DROIT**

Le juge peut soulever des moyens de droit, mais **il n’est tenu de le faire** que dans des cas limités :

-dispositions du code de la consommation en cas d’application d’une clause abusive (art R632-1 code de la consommation) (arrêt CJUE 4 juin 2009 –C-243/08) (Cass.Civ 1 -29 mars 2017 n°16-13050)

-moyens d’ordre public :

\*objet illicite du contrat

\*contrat visant à échapper à une obligation fiscale

\*règles sauvegardant l’intérêt général

\*droit de l’Union Européenne (Cass 7 juillet 2017)

\*loi applicable dans les litiges transfrontaliers (Cass 20 janvier 2000 ; 23 novembre 2011)

- **Peuvent** être relevés d’office :

-les moyens d’ordre public qui ont pour objet de protéger des personnes : vice du consentement, dispositions concernant le cautionnement…

-toutes les dispositions du code de la consommation (art R632-1 du code de la consommation :,« *Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application .Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat*. »)

Mais :

-Il faut que les faits aient été produits : le juge n’a pas à rechercher des faits qui ne sont pas dans le débat (Civ 1-14 mai 2009-n°08-12836 ; Com.11 avril 2018-n°16-24737).

-Article 12 al 3 et 4 Code de procédure civile : le juge ne peut changer le fondement juridique lorsque les parties, par un accord exprès, l’ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

**ANNEXE III**

**Art. 12 CPC : l’office du juge**

1. **les faits et les actes présentés par les parties.**

La règle est claire et impérative : « le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s’arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée».

1. **les fondements des demandes**

Le juge n’est pas obligatoirement passif dans la conduite de l’instance : il PEUT relever d’office des moyens de droit (art.12 Code de procédure civile), en invitant les parties à présenter leurs observations (art.16 Code de procédure civile).

Mais la Cour de cassation invite le juge à la prudence.

L’assemblée plénière de la Cour de cassation a clairement énoncé : « « si, parmi les principes directeurs du procès, l’article 12 du nouveau CPC oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions**, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes** » (Cass. – Ass. Plén. - 21 décembre 2007 ; n°06-11343). Cette décision prise en Assemblée plénière a mis fin à de nombreuses jurisprudences contradictoires de la Cour de cassation, dont certaines distinguaient les « moyens de droit » des « moyens mélangés de faits et de droit » : toutes ces jurisprudences antérieures au 21 décembre 2007 sont obsolètes.

Plus clairement encore, le Communiqué de la Cour de cassation joint à cet arrêt (publié au bulletin), reprenant les réflexions figurant dans l’avis du Premier avocat général, indique que : « si le juge doit jouer un rôle actif dans le déroulement d’un procès, il n’a pas à remplir tous les rôles et il revient aux parties elles-mêmes, représentées par des conseils professionnels, d’invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions ».

Cette position de la Cour de cassation pourrait être interprétée ainsi :

a) **si les parties sont assistées ou représentées par des avocats**.

Sauf « règles particulières », le juge n’est pas tenu de modifier les fondements invoqués par les parties.

A noter le cas particulier où les parties, assistées ou représentées par des conseils, déposent des conclusions écrites : la nouvelle rédaction de l’article 446-2 du Code de procédure civile (modifié par le décret du 6 mai 2017) indique: « le juge ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n’examine les moyens au soutien de ces prétentions que s’ils sont invoqués dans la discussion ».

b) **dans le cas où les parties ne sont pas assistées ou représentées par des avocats.**

 Le juge, en application de l’article 13 CPC, « **peut** inviter les parties à fournir les explications de droit qu’il estime nécessaire à la solution du litige », mais il devra le faire avec la plus grande prudence.

Il reste que le juge doit cependant relever d’office - après avoir recueilli les observations des parties - **des moyens d’ordre public**. (cf. annexe sur « les règles particulières ».

1. Sauf indication contraire, et dans cette note, les articles visés sont ceux du code de commerce. [↑](#footnote-ref-1)
2. On utilise le terme « Saisie » pour sa simplicité bien qu’il soit impropre. Les documents sont en général copiés, les originaux n’étant pas appréhendés. [↑](#footnote-ref-2)
3. Pour l’avocat, c’est une remise en cause de la jurisprudence selon laquelle « le secret professionnel des avocats ne s'étend pas aux documents détenus par l'adversaire de leur client, susceptibles de relever du secret des affaires, dont le refus de communication constitue l'objet même du litige ([Civ. 1 - 25 février 2016 - 14-25729](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032120144&fastReqId=669751487&fastPos=1)) ». En conséquence de cette jurisprudence, les avocats ne pouvaient participer au tri, car ils auraient dû communiquer tous les documents objets du tri à leur client. [↑](#footnote-ref-3)