



UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE 101 Droit, science politique et histoire
Centre de droit privé fondamental

THÈSE présentée par :

Alexey Varnek

soutenue le : **22 juin 2013**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit privé et sciences criminelles**

**Le juge des requêtes,
juge du provisoire**

THÈSE dirigée par :

M. Yves STRICKLER

Professeur à l'Université Nice Sophia-Antipolis

M. Philippe HOONAKKER

Professeur à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Mme Soraya AMRANI-MEKKI

Professeure à l'Université Paris Ouest Nanterre
La Défense

Mme Natalie FRICERO

Professeure à l'Université Nice Sophia-Antipolis

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. Georges WIEDERKEHR

Professeur émérite à l'Université de Strasbourg

A mes parents

Remerciements

Il est commun de dire que la thèse de doctorat est un travail solitaire ; rien ne saurait être plus faux, car nombreux sont ceux sans qui ce travail n'aurait jamais vu le jour.

Mes parents, tout d'abord, dont l'amour inconditionnel et la plus grande attention manifestée au quotidien ont rendu possibles mes recherches, mais également mon épanouissement personnel.

MM. les Professeurs Yves Strickler et Philippe Hoonakker, ensuite, dont l'inlassable patience et la bienveillante sympathie ont guidé, d'année en année, mon parcours universitaire.

Tous ceux, enfin, trop nombreux pour être nommés, qui, au travers d'un conseil, d'un geste amical ou d'un simple sourire, ont apporté un soutien inestimable à mon travail.

Que tous trouvent en ces lignes la marque de ma gratitude la plus sincère. Cette thèse est aussi la leur.

L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Rien n'est plus puissant qu'une idée dont le temps est venu.

Victor Hugo

Sommaire

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	12
TABLE DES ABREVIATIONS.....	15
INTRODUCTION.....	19
<u>PARTIE I. LE PROVISOIRE SUBSTANTIEL DES ORDONNANCES SUR REQUETE.....</u>	35
TITRE I. LA PORTEE DE L'ORDONNANCE SUR REQUETE	37
<i>Chapitre I. La qualification préalable de l'ordonnance sur requête</i>	39
Section I. La qualification gracieuse ou contentieuse des ordonnances sur requête	39
Section II. La qualification d'acte juridictionnel des ordonnances sur requête	101
<i>Chapitre II. L'autorité de la chose jugée de l'ordonnance sur requête.....</i>	145
Section I. L'objet de l'autorité de la chose jugée : l'efficacité procédurale de l'ordonnance sur requête.....	145
Section II. La portée de l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance sur requête	175
TITRE II. LES SUITES DE L'ORDONNANCE SUR REQUETE	199
<i>Chapitre I. Les voies de recours en matière d'ordonnances sur requête</i>	201
Section I. La finalité des voies de recours en ordonnance sur requête : la remise en cause de l'efficacité procédurale de la décision rendue	204
Section II. La mise en œuvre des voies de recours	227
<i>Chapitre II. L'exécution des ordonnances sur requête.....</i>	294
Section I. La juridiction du provisoire dans le droit de l'exécution	294
Section II. Les modalités de l'exécution des ordonnances sur requête	342
<u>PARTIE II. LE PROVISOIRE STRUCTUREL DES ORDONNANCES SUR REQUETE</u>	394
TITRE I. LE DROIT A L'ORDONNANCE SUR REQUETE	396
<i>Chapitre I. Les conditions d'intervention du juge des requêtes</i>	398
Section I. Les conditions d'intervention communes à la procédure de référé et sur requête.....	399
Section II. Les conditions d'intervention propres à la procédure sur requête.....	429
<i>Chapitre II. Les mesures ordonnées par le juge des requêtes</i>	460
Section I. Les mesures de conservation	462
Section II. Les mesures d'anticipation.....	509
TITRE II. LE DROIT DE L'ORDONNANCE SUR REQUETE.....	531
<i>Chapitre I. Provisoire et déroulement de la procédure sur requête.....</i>	533
Section I. Le provisoire et le contentieux accessoire dans la procédure sur requête	533
Section II. Le provisoire et les substituts du contradictoire	560
<i>Chapitre II. La place de l'ordonnance sur requête dans le schéma procédural général</i>	578
Section I. La place de l'ordonnance sur requête au sein de la justice provisoire.....	579
Section II. La place de la requête au regard de la justice définitive	601
CONCLUSION GENERALE	634
ANNEXE : PROPOSITIONS DE THESE	642
BIBLIOGRAPHIE	648
INDEX DES DECISIONS CITEES	682
INDEX ALPHABETIQUE.....	698
TABLE DES MATIERES	702

Table des abréviations

A.J.D.A.	Actualité juridique, droit administratif
A.J.DI.	Actualité juridique, droit immobilier
act. jur.	Actualité juridique
adde	Voir également
AJ Famille	Actualité juridique droit de la famille
AJ Pénal	Actualité juridique droit pénal
ann.	Annales
art.	Article
B.I.C.C.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. ch. Avoués	Bulletin de la chambre des avoués
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. constr. et hab.	Code de la construction et de l'habitation
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
C. rural	Code rural
C. trav.	Code du travail
C.A.S.F.	Code de l'action sociale et des familles
C.E.	Conseil d'état
C.E.D.H.	Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
C.J.A.	Code de justice administrative
c/	Contre
Cass. Ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. Ch. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCC	Revue contrats, concurrence, consommation

chron.	Chronique
comm.	Commentaire
Cons. Constit.	Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	En sens contraire
Cour E.D.H.	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CPP	Code de procédure pénale
D.	Recueil Dalloz
D.D.H.C.	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
D.H.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)
D.S.	Dalloz-Sirey
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	Direction
doctr.	Doctrine
Dr. soc.	Revue de droit social
Droit et procéd.	Droit et procédures
éd.	Edition
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
I.E.J.	Institut d'Etudes Judiciaires
I.R.	Information rapide
Ibid.	Au même endroit
In	Dans
<i>in fine</i>	A la fin
<i>Infra</i>	Ci-dessous
J.A.F.	Juge aux affaires familiales
J.-Cl. proc. civ.	Juris-Classeur Périodique procédure civile
J.-Cl. resp. civ. et assur.	Juris-Classeur Périodique responsabilité civile et assurances
J.E.X.	Juge de l'exécution
J.O.R.F.	Journal officiel de la République Française
JCP A	Juris-Classeur Périodique édition avoués
JCP E	Juris-Classeur Périodique édition entreprise

JCP G	Juris-Classeur Périodique édition générale (Semaine juridique)
jurisp.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
N.C.P.C.	Nouveau Code de procédure civile
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	Ouvrage précité
p.	Page
P.U.	Presses universitaires
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
panor.	Panorama
<i>préc.</i>	Article précité
R.D. pub.	Revue de droit public
R.G.D.P.	Revue générale des procédures
<i>rappr.</i>	Rapprocher
RDT	Revue droit du travail
Rec.	Recueil Lebon
Rép. civ.	Répertoire civil Dalloz
Rép. proc. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
Rev.	Revue
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle
RIDC	Revue de droit international comparé
RRJ	Revue de la recherche juridique et du droit prospectif
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivants
somm.	Sommaire
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
T.G.I.	Tribunal de grande instance
T.I.	Tribunal d'Instance

V.

Voir

vol.

Volume

Introduction

1. « Il est des mots nets recouvrant des notions insaisissables, des termes que le monde juridique emploie tous les jours clairement mais qui s'évanouissent quand on s'en approche : phénomène que l'enseignant rencontre souvent, confronté à la difficulté irritante d'expliquer ces usuels aux contours fuyants¹ ». Le thème de la présente étude est riche en notions floues et versatiles : le provisoire, tout comme l'ordonnance sur requête, est délicat à cerner et à définir. Ce sont autant notions qui méritent que l'on s'y attarde à titre liminaire.

2. **Le provisoire.** Le terme *provisoire* évoque une multitude de mots au sens proche ou connexe. Il tisse des liens étroits avec à la fois le présent, l'avenir, et parfois même le passé : bref, l'on ne saurait dissocier la notion de provisoire de celle de temps. Le provisoire renvoie en effet à quelque chose qui ne saurait durer, qui n'existe pas pour elle-même mais en considération d'une autre chose à laquelle elle semble asservie. Le provisoire laisse un arrière-goût désagréable, comme si l'on se résignait à en faire usage dans l'impossibilité de s'en passer. Cela se comprend : l'Homme aspire à la sérénité, au définitif, à l'immuable. Provisoire et définitif se rapportent tous deux à l'écoulement du temps : tandis que le premier est profondément vulnérable à son écoulement, le second y est indifférent.

Cette tension entre provisoire et définitif devient d'autant plus évidente lorsqu'on considère le *provisoire* en rapport avec la justice. D'un côté, l'intervention juridictionnelle tend à apaiser le corps social dont la sérénité a été troublée par le conflit de prétentions que constitue un différend. De l'autre, le provisoire suggère l'idée d'une solution de fortune, qui n'est pas faite pour durer. Comment, dès lors, concilier les deux termes de cet apparente contradiction ?

3. La première piste de réflexion consiste à se tourner vers les raisons de l'existence du provisoire en procédure, qui sont à rechercher dans l'allongement de la durée des procès et l'encombrement croissant des juridictions. Le besoin de justice se trouve en effet confronté, ici encore, à une contradiction : alors que le temps social s'accélère, la justice semble au contraire tourner au ralenti. En effet, le temps, dans la société contemporaine, est sujet à une profonde mutation². Il s'accélère, prend constamment de plus en plus de vitesse ; tout doit aller très vite, l'attente est intolérable, le moindre retard est une faute impardonnable. La vitesse, l'empressement, entraînent derrière eux des transformations permanentes. Rien n'est désormais constant, tout change à la vitesse de l'éclair.

¹ A. Bénabent, préface à l'ouvrage d'A. Boujeka, *La provision. Essai d'une théorie générale en droit français*, LGDJ, 2001, p.1.

² Pour une application au procès civil, V. S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002.

Les échanges d'information s'effectuent instantanément, les transports sont de plus en plus rapides. L'espace se retrouve maîtrisé, contrôlé et il restait donc à assurer une emprise sur le temps. Or, voilà un étrange paradoxe : comment s'assurer la sécurité, la stabilité, alors que rien ni personne ne s'arrête jamais de fluctuer, d'évoluer ? Le provisoire apparaît alors comme un compromis, car à défaut de maîtriser le temps, il permet d'en réduire les effets néfastes en permettant de toujours s'adapter, de s'accorder avec la nouveauté.

Ce rythme de vie accéléré s'accommode cependant mal des délais dont les juges ont besoin pour remplir leur fonction, et ce n'est pas rien de dire de nos jours que « le devoir des juges est de rendre la justice ; leur métier de la différer »¹. La justice remplit au sein de la société une fonction de protection ; elle protège les citoyens contre eux-mêmes et contre leurs semblables, assure la pacification du corps social. Cela relève d'un monopole de l'Etat, qui voit là la manifestation de l'une de ses prérogatives régaliennes. Le pacte social, la vie en commun, implique que chacun renonce à se faire justice à soi-même pour soumettre ses différends à un tiers indépendant et impartial : le juge². Le droit à la protection juridictionnelle de la part des juridictions étatiques a pour corollaire immédiat et nécessaire le droit pour chacun de saisir de manière efficiente les tribunaux.

De grands pouvoirs vont toujours de pair avec de grandes responsabilités ; assurer la protection juridictionnelle n'est pour l'Etat pas seulement un droit, c'est aussi un *devoir*. Or, il arrive parfois qu'un litige ne se satisfasse pas de la lenteur habituelle des procédures. Dans ce cas, attendre l'écoulement du délai habituel de jugement est insupportable et la décision, si elle n'intervient pas immédiatement, ou à bref délai, sera privée d'efficacité. De sorte qu'« en s'étant interdit le recours à la justice privée, le justiciable risque d'en subir lourdement les conséquences s'il ne trouve pas une protection adaptée à la situation urgente à laquelle il est confronté »³. Par conséquent, un instrument de souplesse devait être trouvé ; la Justice, comme le Droit, s'est tournée vers le provisoire.

4. Ainsi exposées, les raisons d'être du provisoire n'en expliquent pas encore pleinement la fonction dans la procédure. La difficulté est d'ordre sémantique : si *provisoire* peut être synonyme de *temporaire*, il peut encore s'apparenter à *révisable*. Pour étoffer encore le panel possible de

¹ J. De La Bruyère, *Les caractères*, Paris, 1688, chapitre XIV.

² Sur ce principe, V. Nul n'a le droit de se faire justice à soi-même : le principe et ses limites, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées françaises de Lyon, Grenoble et Aix en Provence, t. XVIII, Paris, Dalloz 1969 ; adde S. Castelain, *La résolution des conflits : justice publique et justice privée*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2008 ; D. Roucoux, « Réflexions sur le rôle du juge », *Gaz. Pal.* 7 mai 2008, p. 5 ; adde G. Wiederkehr, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges R. Perrot, Paris, Dalloz, 1995, p. 575.

³ C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, *Introduction* p. X.

définitions, le *Littré* décrit le provisoire comme ce qui « se fait en attendant autre chose », c'est-à-dire une solution de fortune à laquelle on se résigne en espérant son remplacement par un définitif meilleur. La procédure en général, et la procédure civile en particulier, intègre en son sein ces trois définitions, parmi lesquelles il convient de faire une distinction.

La fonction primitive du provisoire semble résider dans ce rôle d'attente qui vient d'être souligné. De nombreux auteurs ayant écrit sur la notion de provisoire s'accordent sur ce point. M. LORVELLEC, qui est parmi les premiers à avoir consacré des développements à la question, estime que « le provisoire préserve ainsi l'avenir et le prépare. [Il est] une attente organisée »¹. Le Doyen WIEDERKEHR va également dans le même sens lorsqu'il écrit qu'« une mesure n'est donc pas provisoire du seul fait qu'elle est temporaire ou révisable : il faut qu'elle soit prise du règlement définitif d'une difficulté »². Enfin, M. PERROT retient que « le provisoire exprime moins une parenthèse dans la durée qu'une réserve potentielle sur l'avenir »³. Que faut-il en ce cas attendre et préparer ? La décision au fond, sans doute. L'on retrouve ici les préoccupations exprimées auparavant quant à la durée des procès. Si le procès au principal tarde à apporter la solution recherchée, des mesures doivent être immédiatement prises pour combler le vide juridique et judiciaire dans la situation des parties.

5. Le provisoire ne peut cependant pas être réduit à ce rôle d'attente, de précaution⁴. Il a également une fonction de désengorgement des juridictions de fond par un règlement au provisoire de nombreux litiges dont la solution sera, de fait, définitive⁵. Le provisoire devient en ce cas l'instrument d'une intervention juridictionnelle parallèle au jugement sur le fond, opérant de manière autonome. Cette fonction n'est cependant pas nouvelle, loin s'en faut. Il suffit, pour s'en convaincre, se rappeler ces paroles de Pierre-François Réal lorsqu'il disait, en exposant les motifs du Code de procédure civile devant le Corps législatif, que « vous désirerez, pour le bonheur des justiciables, que les jugements de référé soient dans les départements ce qu'ils sont encore aujourd'hui dans la capitale, c'est-à-dire l'extinction totale et définitive d'une immense quantité de contestations qui, aux yeux de la loi, ne sont jugées que provisoirement »⁶. Le provisoire, lorsqu'il est ainsi utilisé pour remplacer, sinon en

¹ L. Lorvellec, *Remarques sur le provisoire en droit privé*, in Mélanges A. Weill, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 385, spéc. pp. 386 et 387.

² G. Wiederkehr, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires*, RIDC, 1998, p. 449, spéc. p. 450.

³ R. Perrot, *Du provisoire au définitif*, in Le juge entre deux millénaires, Mélanges P. Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 447, spéc. p. 448.

⁴ Le terme *provisoire* provient étymologiquement du vocable latin *providere* signifiant « par précaution », V. Y. Strickler, *Procédure civile*, Orléans, Paradigme, 2010, n° 417 ; il faut également noter que qu'au XIIIe siècle, l'adjectif latin *provisorius* désignait « ce qui est relatif à une provision, à une décision papale », V° *Provisoire* in A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. Dictionnaires Le Robert.

⁵ Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, pp. 424 s.

⁶ Conseiller Réal, « Exposé des motifs », in J.-G. Loqué, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France, ou commentaires et compléments des codes français tirés des procès-verbaux du Conseil d'Etat*, t. XXIII, Paris, 1827-1832, p. 605.

droit du moins dans l'esprit des parties, le jugement sur le fond, a une fonction d'anticipation¹, par opposition au rôle classique de conservation précédemment souligné. Loin de s'estomper au cours des années qui se sont écoulées après le discours du tribun Réal, les mesures provisoires d'anticipation ont connu un essor spectaculaire, notamment au moyen du référé provision² comme des procédures d'injonction de payer et de faire³.

6. Les mesures provisoires en procédure civile. Si le terme *provisoire* est en soi ambivalent, une confusion plus grande encore règne parmi les mesures dites *provisaires* en procédure. Cette confusion a été dénoncée par la doctrine, qui a qualifié le genre des mesures provisoires comme une agglomération hétérogène « dont le caractère disparate défie la synthèse »⁴. Difficile, en effet, de trouver des points communs entre diverses mesures qualifiées de provisoire par le Code de procédure civile. On trouve dans cette catégorie les ordonnances de référé⁵, celles rendues sur requête⁶, mais également les mesures ordonnées lors de l'audience de conciliation en matière de divorce⁷, les décisions du juge de la mise en état⁸, les mesures d'assistance éducative en ce qu'elles sont révisables⁹... Bref, l'incertitude qui plane sur la notion de provisoire affecte immanquablement les *mesures provisoires* en procédure civile.

Un auteur déplorait en son temps l'absence de définition, dans les manuels classiques, de la mesure provisoire, qui étaient occultées des études de procédure¹⁰. Cette observation n'est plus tout à fait vraie aujourd'hui, dans la mesure où la notion de mesure provisoire est abordée de manière conceptuelle¹¹. Il faut relever que le précis Dalloz de procédure civile comprend, depuis sa 30^e édition en date du 15 septembre 2010, un chapitre intitulé « La protection judiciaire provisoire » inséré dans un titre dénommé « Le droit spécial du procès civil »¹². Il y est exposée une vision de la mesure provisoire consistant à la considérer comme partie d'un corpus de règles dérogatoires, enfermées dans un domaine d'application résiduel par rapport aux procédures ordinaires : la protection

¹ C. Chainais, *op. cit.*, pp. 90 s.

² V. J. Normand, « De quelques limites du référé provision », RTD Civ. 1999, p. 17; G. Couchez, « Le référé-provision, mesure ou démesure ? », in Mélanges Raynaud, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 161.

³ On consultera utilement à ce sujet le travail très complet de C. Brahic-Lambrey, *L'injonction, étude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003 ; le succès de cette procédure a par ailleurs justifié son extension à l'espace judiciaire européen, V. E. Guinchard, *L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges*, RTD. Com. 2008 p. 465.

⁴ R. Perrot, *préc.* p. 447.

⁵ Art. 484 CPC.

⁶ Art. 493 CPC.

⁷ Art. 255 C. civ.

⁸ Art. 771 CPC.

⁹ Art. 375-6 C. civ.

¹⁰ G. Wiederkehr, *préc.*, pp. 449 et 450.

¹¹ V. par exemple L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, Litec*, 7e éd., 2011, n° 101 s.

¹² S. Guinchard, Ferrand, F., et Chainais C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Précis Dalloz, 31^e édition, 2012, pp. 1330s.

juridictionnelle provisoire. Cette notion étant importante pour la suite de la recherche, il convient de s'y attarder quelques instants.

7. La protection juridictionnelle provisoire. L'idée qui gouverne une telle approche en bloc des mesures provisoires est aisée à comprendre puisqu'elle résulte de la contradiction, déjà relevée, entre le temps nécessaire à tout procès et le besoin croissant d'une intervention rapide du juge. Puisqu'il est, dans certains cas, intolérable d'attendre jusqu'au jugement obtenu par des voies procédurales « ordinaires », il faut organiser une procédure *bis*, dérogatoire, qui permet cette attente. Cette procédure est nécessairement rapide, car son objet même est une prompt intervention destinée à prendre les mesures que commande l'urgence, la nécessité¹. Le juge ne peut prendre le temps de la réflexion : il doit agir à l'instinct, comme le médecin qui administre les premiers soins à un accidenté. C'est l'ensemble de ces procédures dérogatoires qui forme la protection juridictionnelle provisoire. En son sein, il est des traits communs caractéristiques, comme l'urgence, qui constitue classiquement un chef de saisine commun au juge des référés et à celui des requêtes². En réalité, il s'agit là à la fois la clef de voûte et le point d'achoppement de la notion de protection juridictionnelle provisoire telle qu'appliquée à la procédure civile. Sur le plan positif, envisager de manière conjointe les procédures de référé et des requêtes permet de souligner leur unité conceptuelle. En ce sens, Henri MOTULSKY écrivait que « la seule différence, la seule antithèse entre ordonnances de référé et ordonnances sur requête, c'est le caractère unilatéral de celles-ci »³. Envisager ces deux procédures comme les deux faces d'une même médaille conduit à clarifier quelque peu leur nature provisoire. De ce point de vue, il apparaît que les mesures ordonnées par le juge des référés comme celui des requêtes sont provisoires indépendamment de leur objet, de par la limitation de la *jurisdictio* de chacun de ces magistrats. Certains textes poussent davantage le rapprochement en permettant leur mise en œuvre tantôt au moyen d'un référé, tantôt par une simple requête unilatérale⁴

¹ L'urgence fédère en réalité tout un ensemble de procédures estimées dérogatoires, V. Collectif, *Les procédures d'urgence en matière judiciaire et administrative*, RRJ, numéro spécial, 2003, p. 2933 et *Les procédures d'urgence : droit judiciaire privé, droit pénal, droit administratif*, XIIème Colloque des instituts d'études judiciaires et de l'Association française de droit judiciaire, Pau, 1979.

² Il faut pour ici rapprocher les arts. 808 et 812 CPC, qui disposent respectivement que « dans tous les cas d'**urgence**, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » et que « le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi. Il peut également ordonner sur requête toutes **mesures urgentes** lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

³ H. Motulsky, « Rapport de synthèse », in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 55, spéc. p. 59.

⁴ Ainsi des articles 145 et 1290 CPC, qui disposent respectivement que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de 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**

Sur le plan négatif, la notion de protection juridictionnelle provisoire s'avère inapte à englober l'ensemble des mesures provisoires et ne permet pas d'aboutir à une vision homogène du provisoire en procédure. Ses limites sont aisément atteintes : si certaines mesures sont provisoires parce qu'elles sont rendues par un juge du provisoire, *quid* des autres aspects du provisoire ? Doit-on mettre dans la même catégorie des mesures rendues par un juge du principal qui sont temporaires¹ ou simplement révisables² ? Par conséquent, si le concept de protection juridictionnelle provisoire est d'une incontestable utilité dans l'appréhension du provisoire, il ne peut servir, à lui seul, à unir l'ensemble des mesures provisoires au sein d'une catégorie juridique cohérente. Une théorie nouvelle du provisoire dans le procès civil devra donc être proposée, ce qui constituera l'un des pivots de la présente recherche.

8. **L'ordonnance sur requête.** Outre le provisoire, il apparaît qu'un flou certain entoure également le mécanisme procédural particulier qu'est l'ordonnance sur requête. M. PERROT, dans un colloque consacré à l'ordonnance sur requête, la décrit comme « une entité mystérieuse, aux contours indécis, qui n'obéit à aucune doctrine ferme et qui s'acclimate difficilement à nos structures procédurales habituelles »³. Mystérieuse, l'ordonnance sur requête l'a d'abord été sur le plan des textes. Jusqu'à l'avènement du Nouveau Code de procédure civile, le seul texte portant sur l'ordonnance sur requête a été l'article 54 du décret du 30 mars 1808 portant règlement pour la discipline et la police des cours et tribunaux. Ce texte disposait que « *toutes requêtes à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou marchandises, ou autres mesures d'urgence ; celles pour mise en liberté, ou pour obtenir permission d'assigner sur cession de biens ou sur homologation de concordats et délibérations de créanciers, et celles pour assigner à bref délai, en quelque matière que ce soit, seront présentées au président du tribunal, qui les répondra par son ordonnance, après la communication, s'il y a lieu, au procureur impérial. Néanmoins les requêtes présentées après la distribution de la cause, et dans le cours de l'instruction, seront répondues par le vice-président de la chambre à laquelle la cause aura été distribuée* ». Il fallut attendre le décret de codification du 5 décembre 1975 pour voir le régime des ordonnances sur requête s'établir dans pas moins de six articles, numérotés de 493 à 498, sans compter les articles du Code situés dans ses dispositions

requête ou en référé » et « les mesures urgentes prévues à l'article 220-1 du code civil sont prescrites par le juge aux affaires familiales **statuant en référé ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête** ».

¹ L'alinéa troisième de l'art. 220-1 C. civ., relatif aux mesures urgentes en matière familiale, dispose que « la durée des mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans ».

² Art. 375-6 C. civ., préc. : « les décisions prises en matière d'assistance éducative **peuvent être, à tout moment, modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues** soit d'office, soit à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public ».

³ R. Perrot, « Le régime procédural des ordonnances sur requête », in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française, préc.*, p. 8.

applicables à chaque juridiction en particulier¹. C'est à l'article 493 que l'on trouve actuellement la définition de l'ordonnance sur requête, que ce texte décrit comme « décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ». De cette définition se dégagent immédiatement les traits distinctifs de l'ordonnance sur requête, qui sont ses caractères provisoire et unilatéral. Le mécanisme procédural qui se dégage des articles 943 et suivants s'apparente à ce que l'on a pu appeler l'« inversion du contentieux »² : la mesure est ordonnée à l'insu de celui contre lequel elle est dirigée et peut ensuite être contestée au moyen d'un recours particulier appelé le référé-rétractation³. En d'autres termes, l'ordonnance sur requête se rapproche « d'un far West légendaire où on pendait et vérifiait la culpabilité après »⁴. Cette clarification textuelle, si elle a doté l'ordonnance sur requête d'un régime autonome, n'en a pas moins laissé subsister une certaine confusion quant à la nature profonde de l'institution. Cette confusion résulte d'une combinaison de deux facteurs : d'une part la grande variété des ordonnances sur requête qui rend difficile une classification catégorielle de sa typologie, et, d'autre part, de nombreuses difficultés de qualification auxquelles se heurte cette mesure.

9. La variété des ordonnances sur requête. Les mesures ordonnées sur requête sont protéiformes et difficiles à recenser, à tel point que toute tentative en ce sens prend les allures d'un inventaire à la Prévert⁵. Cette diversité est commandée par la structure de la procédure sur requête, qui divise les mesures ordonnées en deux catégories⁶. La première est composée des ordonnances « innommées » ou « générales », qui sont le résultat du pouvoir général accordé au président de prendre « sur

¹ V., au sein du CPC, les arts. 851 et 852 pour le président du Tribunal d'instance, 874 à 876 pour le président du Tribunal de commerce, 897 et 898 pour le président du Tribunal paritaire des baux ruraux et 958 et 959 pour le premier président de la cour d'appel.

² L'expression fait référence à un article resté célèbre de R. Perrot, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) » in Mél. J. Normand, Litec, 2003, p. 387.

³ Art. 496 al. 2 : « S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance » ; ce recours est en fait une survivance de la clause dite de « réserve d'en référer » que les magistrats, sous l'impulsion du président De Belleyme, avaient pris l'habitude d'insérer dans leurs ordonnances, V. P. Cuhe et J. Vincent, *Procédure civile et commerciale*, Précis Dalloz, 12^e éd., 1960, n° 80, spéc. p. 80 ; M. Borysewicz, « La rétractation de l'autorisation de saisir. Etude sur les pouvoirs du juge des référés dans le domaine des saisies-arrêts et des saisies et mesures conservatoires de la loi du 12 nov. 1955 », RTD civ. 1964. 437, n° 31 s. ; H. Motulsky, obs. sous Paris, 14^e ch., 2 févr. 1967 et TGI Seine, réf., 13 avr. 1967, JCP 1967. II. 5181, et in H. Motulsky, *Ecrits - Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 373 ; adde Y. Strickler et M. Foulon, « Le référé-rétractation », D. 2010, p. 456.

⁴ T. com. Bruxelles, ord. réf., 14 mars 1990, D. 1992 somm. 93 obs. T. Hassler.

⁵ On prendra pour exemple le travail de recensement effectué par P. Estoup dans son ouvrage sur *La pratique des procédures rapides* (Paris, Litec, 1998), aux numéros 310 et suivants. L'auteur recense trois grandes catégories de mesures, relatives respectivement à l'administration de la justice, aux mesures conservatoires et l'activité contentieuse portant sur le fond du droit. M. Estoup prend toutefois ses précautions, en écrivant que l'étude ne peut « prétendre à l'exhaustivité » tant la matière est caractérisée « par la diversité et l'abondance » (n° 309).

⁶ Le travail de Mme Pierre-Maurice est l'un des premiers à avoir établi cette distinction, V. S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Préf. Y. Strickler, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003.

requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement »¹. Une disposition aussi générale commande nécessairement des mesures très disparates qui sont le fruit de la réponse juridictionnelle au quotidien changeant des justiciables. La seconde catégorie est celle des ordonnances dites « nommées » ou « spéciales », qui résultent toujours d'un texte de loi. En ce sens, l'article 812 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile dispose que « le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi ». Si les cas d'ordonnance sur requête créés par le législateur sont par essence toujours déterminés dans leur étendue par le texte qui les établit, c'est la grande diversité de textes qui provoque le caractère hétéroclite de l'ensemble. Des ordonnances nommées sont ainsi établies dans les domaines les plus divers de la vie civile, allant de la rectification des actes d'état civil² à l'octroi de la force exécutoire aux transactions³, en passant par l'autorisation donnée par le juge de l'exécution de pratiquer une saisie conservatoire sur les comptes du débiteur⁴. Outre le fait que ces deux catégories de mesures doivent être qualifiées d'ordonnance sur requête, l'aspect formel de la procédure permet d'étendre cette appellation à toute *ordonnance* rendue à la suite d'une demande prenant la forme d'une *requête*. Cette observation, qui illustre à l'envi la pauvreté du vocabulaire juridique, confirme, selon le mot d'un auteur, le fait que « les institutions procédurales se définissent par leur forme et non par leur substance »⁵. En d'autres termes, *si la forme suit la fonction*, alors toute procédure unilatérale doit conduire à une ordonnance sur requête.

Ce n'est cependant pas la seule diversité dans les mesures ordonnées qui conduit à la multiplicité des ordonnances sur requête. Il existe, entre ces différentes ordonnances, une hétérogénéité *intellectuelle* qui ne peut qu'interpeller. Selon le contexte, les ordonnances sur requête ne semblent en effet pas tendre aux mêmes fins, aboutissant à des résultats très variés. On retrouve ainsi des ordonnances qui sont clairement dirigées contre un tiers, évincé de la procédure mais visé à titre de défendeur potentiel. D'autres en revanche ne visent qu'à atteindre un certain résultat, qui ne peut être obtenu, au sein du système juridictionnel, que par une procédure sur requête⁶. Toutes les ordonnances sur requête n'ont pas, de ce point de vue, le même « degré de litigiosité »⁷. Ceci conduit à rapprocher la diversité des ordonnances sur requête de leur caractère provisoire. A ce sujet M. HEBRAUD a pu souligner qu'il y a « peut-être certaines hypothèses où l'ordonnance sur requête

¹ Art. 812 al. 2 CPC.

² Art. 99 C. civ.

³ Art. 1441-4 CPC.

⁴ Art. L. 511-1 CPCE.

⁵ P. Hébraud, « Le domaine des ordonnances sur requête », in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 3, spéc. p. 5

⁶ Ainsi de la rectification précitée des actes d'état civil, pour laquelle il n'existe aucun adversaire à assigner, rendant exclusif l'usage de la requête.

⁷ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Paris, Sirey, 1991, p. 1174.

semble trouver en elle-même sa cause et sa fin », alors que « dans beaucoup d'autres cas, [...] la requête n'est plus que l'une des pièces d'un ensemble dont on ne pourrait la détacher »¹. Au regard du provisoire, dont il a été dit qu'il se distingue surtout par son rôle préparatoire d'une décision au fond, on est conduit à douter de l'unité des ordonnances sur requête. Comment l'ensemble de ces mesures pourrait-il être provisoire alors que les unes réalisent directement un droit tandis que d'autres ne semblent exister qu'en considération d'une procédure ultérieure dont elles ne forment qu'une étape ? Ce doute sur la qualification uniformément provisoire des ordonnances sur requête se confirme en considération de l'apparition récente dans les textes du Code de procédure civile, des décisions rendues en la forme des requêtes. Ainsi, l'article 1379 du Code, dans sa rédaction issue du décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006, dispose-t-il que « les demandes formées en application des articles 784, 790, 809-1, 810-8, 812-1-1, 813, 813-4, 814-1, 837, 841-1 et 1031 du code civil sont portées devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué qui statue *dans les formes prévues aux articles 493 à 498 du présent code* »². Cette formulation est à rapprocher des décisions rendues dans les formes du référé³, dont on sait de longue date qu'elles sont définitives⁴. Cette hétérogénéité des ordonnances sur requête vis-à-vis du provisoire appelle leur confrontation à un critère renouvelé du provisoire en procédure, confrontation qui est l'un des objectifs de la présente recherche.

10. Les difficultés de qualification de l'ordonnance sur requête. La confusion autour de l'ordonnance sur requête dérive également de la difficulté qu'éprouve la doctrine à les placer parmi les catégories qui transcendent la fonction juridictionnelle : la juridiction gracieuse et contentieuse, d'une part, et les décisions juridictionnelles et non juridictionnelles, d'autre part. Au regard de la première de ces distinctions il faut observer que l'ordonnance sur requête est traditionnellement assimilée à la matière gracieuse en raison de son caractère unilatéral⁵. Si l'ordonnance sur requête se voit aujourd'hui dotée d'un régime autonome, sa qualification gracieuse ou contentieuse n'en est pas devenue plus claire, pour plusieurs raisons. La première est que l'ordonnance sur requête est particulièrement rétive à toute classification au regard des critères de la matière gracieuse inscrits à

¹ P. Hébraud, *préc.*

² V., à propos de ce texte, I. Desprès, « Référés et requêtes... en droit des successions et libéralités », in *De code en code*, Mélanges G. Wiederkehr, Paris, Dalloz, 2009, p. 217.

³ Y. Strickler and M. Foulon, « De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC », *D.*, 2009, p. 2963.

⁴ V. déjà J. Seignolle, « De l'évolution de la juridiction des référés », *JCP* 1955, I, 1228 ; *adde* J. Normand, obs. à la *RTD Civ.* 1981 p. 893.

⁵ V. à ce sujet J.-R. Levy, *Des ordonnances sur requête des présidents des tribunaux civils*, thèse Aix Marseille, 190; G. Bonjean, *Traité des ordonnances sur requête*, Paris, Pédone, 1899.

l'article 25 du Code¹. Une thèse de doctorat récente consacrée à la question aboutit à la conclusion que l'application de ce critère tel quel est inapte permettre une qualification certaine². D'autres raisons, également de nature textuelle, ajoutent à la confusion. La demande en matière gracieuse est en effet toujours formée par requête unilatérale³. De plus, l'appel formé contre l'ordonnance ayant rejeté la requête est « formé, instruit et jugé *comme en matière gracieuse* »⁴. Or, outre le fait que la Cour de cassation persiste à dénier aux décisions gracieuses toute autorité de la chose jugée⁵, cette qualification n'est pas neutre au regard du régime qu'emprunte la procédure sur requête⁶. L'indétermination de cette première qualification contribue donc à obscurcir considérablement la place de l'ordonnance sur requête parmi les mesures provisoires, mais également au sein du schéma procédural général.

Outre la qualification gracieuse, le positionnement de l'ordonnance sur requête au regard de la théorie de l'acte juridictionnel ne va pas non plus d'évidence. De ce point de vue, qualifier l'ordonnance sur requête d'acte juridictionnel devrait logiquement conduire à lui accorder l'autorité de la chose jugée⁷, ce que refuse la Cour de cassation⁸. En outre, la polysémie du mot requête⁹, qui conduit à ranger dans la catégorie des « ordonnances sur requête » toutes les décisions qui correspondent formellement à cette description, conduit à l'amalgame avec les mesures d'administration judiciaire. Ces dernières sont en effet fréquemment introduites par voie de requête, qui est en ce cas le moyen le plus commode de s'adresser au juge. L'autorisation d'assigner à jour fixe est à ce titre un exemple parlant¹⁰. Ici encore, l'enjeu de la qualification n'est pas neutre car non

¹ « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

² V. S. Pierre-Maurice, thèse précitée.

³ Art. 60 CPC : « En matière gracieuse, la demande est formée par requête ».

⁴ Art. 496 al. 2 CPC.

⁵ Cass. Civ., 25 octobre 1905, D. 1906, I, p. 237, obs. Planiol.

⁶ Certains traits du régime applicable exigent en effet d'opérer une qualification préalable, à savoir le relevé d'office de l'incompétence territoriale (art. 93 CPC), la faculté pour le juge d'ordonner la mise en cause des tiers (art. 332 CPC), ainsi que la possibilité pour le magistrat d'user de connaissances personnelles acquises hors du dossier de la procédure (art. 26 CPC).

⁷ V. G. Wiederkehr, « De la distinction entre les actes juridictionnels et non juridictionnels », *Justices*, n° 1, janv.-juin 1995, p. 246 ; *adde*, au sujet de l'autorité de la chose jugée des décisions gracieuses, P. Hébraud, « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », D. 1946, L., 333.

⁸ Cass. 2^e Civ., 19 décembre 1998, *Jurisdata* n° 004937 ; Cass. 1^{ère} Civ., 15 mai 2001, *Jurisdata* n° 2001-009632.

⁹ V. à ce sujet Y. Strickler and M. Foulon, « Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ? », *Gaz. Pal.*, 8 décembre 2012, p. 10.

¹⁰ La Cour de cassation décide que l'ordonnance autorisant le requérant à assigner à jour fixe est une mesure d'administration judiciaire, alors qu'elle rentre bien dans la catégorie formelle des ordonnances sur requête, V. Cass. 3^e Civ. 3 mai 1983, RTD. Civ. 1983 p. 795 obs. R. Perrot ; *adde* J. Junillon, « Quelques interrogations procédurales à propos de la procédure à jour fixe », *RGP* 1998, p. 577, spéc. p. 581.

seulement les mesures d'administration judiciaire sont dépourvues de toute autorité de la chose jugée¹, elles sont en outre insusceptibles de tout recours².

11. **Le provisoire et l'autorité de la chose jugée des ordonnances sur requête.** L'étude du caractère provisoire des ordonnances sur requête ne saurait se passer de l'analyse de l'autorité de la chose jugée, tant le lien entre ces deux notions semble étroit. Si l'on s'accorde à considérer la chose jugée comme un instrument fonctionnel assurant l'immutabilité de la décision juridictionnelle³ plutôt qu'une présomption de vérité légale⁴, la chose jugée entretient nécessairement un rapport avec la nature provisoire de la décision. Or, les difficultés de qualification auxquelles se heurte l'ordonnance sur requête obscurcissent la question de l'autorité qu'il convient de lui accorder. Plus précisément, le problème se présente sous deux angles : celui des rapports qu'entretient le provisoire avec la protection juridictionnelle provisoire et des conséquences qu'il convient d'en tirer quant à l'autorité dont sont revêtues les décisions provisoires elles-mêmes.

12. Concernant tout d'abord le rapport entre le *provisoire* et la *protection juridictionnelle provisoire*, la doctrine processualiste classique affirme unanimement et de longue date que la nature provisoire d'une décision rendue par un juge du provisoire est la contrepartie nécessaire de l'urgence qui gouverne la procédure. En d'autres termes, puisque ce juge particulier doit trancher sans pouvoir prendre le temps de la sereine réflexion qui caractérise le juge du principal, sa décision doit être affectée d'une fragilité consubstantielle. L'idée sous-jacente est claire : rendre une décision rapide au vu des seules apparences augmente le risque d'erreur judiciaire ; il faut que la décision soit en ce cas *provisoire* pour que cette erreur soit plus facile à corriger, par le biais d'un jugement sur le fond. Ainsi peut-on lire que le « principal contrepois à l'omnipotence du juge des référés réside dans le caractère provisoire de ses décisions »⁵, « le principal remède à la lenteur consiste à soumettre les mesures provisoires à une procédure simple et rapide dont on justifie le côté sommaire par leur côté provisoire qui nécessiterait moins de garanties que celles exigées du procès au fond »⁶, ou encore,

¹ V. C. Brenner, *Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée*, Procédures, 2007/8, p. 13 ; pour une application à l'ordonnance sur requête, Cass. 2^e Civ., 10 décembre 1998, Jurisdata n° 004937, RTD Civ. 1999 p. 464 obs. R. Perrot.

² Art. 537 CPC : « Les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours » ; accorder cette qualification à l'autorisation d'assigner à jour fixe amène la Cour de cassation à décider qu'elle « est insusceptible de tout recours et ne peut donner lieu à référé à fin de rétractation », V. Cass. 3^e Civ., 3 mai 1983, précité.

³ V., entre autres, D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, LGDJ, 1975, pp. 254 s. et J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse Paris, 1954.

⁴ V. l'article classique de G. Jèze, De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel, RDP, 1913, p. 437.

⁵ Y. Strickler, thèse précitée, *Introduction* p. XXI.

⁶ G. Wiederkehr, *préc.*, *spéc.* p. 453.

plus simplement, que « le provisoire est la rançon obligée de la célérité »¹. Mme PIERRE-MAURICE, appliquant ce raisonnement à l'ordonnance sur requête, observe que sa nature provisoire « résulte des circonstances dans lesquelles le juge est invité à rendre son ordonnance »². Deux remarques peuvent être faites au regard de cette justification du provisoire. La première est que même si elle n'est pas dénuée d'une certaine logique, l'explication prend des airs d'axiome, acceptée comme une évidence sans conduire à s'interroger sur la nature profonde du *provisoire*. La seconde remarque est qu'une telle proposition fait fi des réalités judiciaires, qui produisent souvent des décisions provisoires mais néanmoins irréversibles³. Par conséquent, si cette justification du provisoire ne doit pas nécessairement être rejetée en bloc, elle devra être nuancée à l'aune d'une théorie nouvelle des mesures provisoires dans le procès civil.

13. Concernant, ensuite, le rapport entre le provisoire et la chose jugée, une distinction doit être faite entre les ordonnances de référé et celles rendues sur requête, qui sont traitées différemment par la doctrine et la jurisprudence, alors pourtant que toutes deux sont désignées provisoires par le Code de procédure civile.

En matière de référé, l'article 488 du Code pose en principe que « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ». Deux conséquences en résultent. D'une part, l'ordonnance de référé n'est pas dénuée de toute autorité, ce qui résulte *a contrario* de la disposition précitée : le fait que la décision n'ait pas d'autorité au principal implique au moins une certaine forme d'autorité. D'autre part, puisque cette autorité ne porte pas sur le principal, elle est dite *au provisoire*, c'est-à-dire qu'elle ne lie pas le juge du fond ultérieurement saisi, ni par les appréciations de fait, ni par les conséquences qui en découlent en droit⁴. La notion de circonstances nouvelles joue à ce titre un rôle important puisqu'en leur absence le juge des référés ne pourra pas revenir sur sa décision, pas plus que le demandeur ne pourra réitérer sa demande⁵. En somme, la question de l'autorité de

¹ R. Perrot, « Du provisoire au définitif », *préc.*, *spéc.* p. 449.

² S. Pierre-Maurice, thèse précitée, p. 155 *in fine*.

³ Telle l'expulsion d'un locataire en référé, V. Cass. 3^e Civ., 26 mars 2013, n° 11-24847, inédit ; ceci fait dire à Hébraud, dans ses observations à la RTD Civ. 1954 p. 542, que « le caractère définitif de l'ordonnance tient moins à sa nature intrinsèque qu'à une circonstance extrinsèque » ; sur la question des expulsions V. également R. Savatier, « Le caractère illicite de l'occupation des locaux de travail et le juge compétent pour ordonner l'expulsion », *Dr. soc.* 1985 p.15.

⁴ V. Y. Strickler, thèse précitée, pp. 543 s. ; *adde* Cass. Civ., 14 octobre 1987, D. 1987, IR 212, Gaz. Pal. 1987, 2, panor. 295 et Cass. Civ., 2 février 1982, JCP 1982, IV, p. 138.

⁵ L'exigence de circonstances nouvelles a conduit un auteur à utiliser les termes *rebus sic stantibus* pour désigner cette autorité au provisoire, V. C. Chainais, *op. cit.*, pp. 298 s. ; l'expression renvoie à la clause du même nom permettant la prise en compte, en matière contractuelle, de l'imprévision, V. B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », *Rev. des contrats* 2004 p. 67 et D. Mazeaud, « La révision du contrat », *LPA* 30 juin 2005 p. 4.

l'ordonnance de référé semble aujourd'hui clairement résolue et reçoit l'adhésion de la doctrine¹, comme de la jurisprudence².

Rien de tel en revanche en ce qui concerne l'ordonnance sur requête, pourtant proche du référé dans sa fonction de protection juridictionnelle provisoire. La jurisprudence nie à cette figure procédurale toute autorité de chose jugée³. La doctrine, quant à elle, semble divisée. Tandis que certains auteurs affirment que l'ordonnance sur requête ne doit être revêtue d'aucune autorité⁴, d'autres plaident pour une autorité *rebus sic stantibus*⁵, sans toutefois avancer d'explication théorique autre que celle de la logique⁶. Un auteur, enfin, s'inspire du droit administratif pour proposer une forme d'autorité quelque peu différente, l'autorité de chose décidée⁷. Il en résulte de grandes incertitudes sur l'autorité des ordonnances sur requête. Ce constat conduit à s'interroger sur les raisons qui conduisent à une telle confusion, et qui sont au nombre de trois.

Premièrement, il n'existe aucun texte équivalent à l'article 488 précité régissant l'ordonnance sur requête. Cet omission du législateur est fortement préjudiciable à la clarté de la procédure sur requête, qui aboutit à une décision dont la portée reste hasardeuse. Deuxièmement, les difficultés de qualification de l'ordonnance sur requête, ainsi que leur possible assimilation à la matière gracieuse et aux mesures d'administration judiciaire, peuvent laisser à penser qu'elle est dénuée de toute autorité. Enfin, troisièmement, il a été avancé qu'étant donné que le juge des requêtes, en ordonnant la mesure qui lui est demandée, ne fait qu'user de son *imperium* sans avoir recours à la *jurisdictio*, ce qui justifie qu'aucune autorité ne soit octroyée à l'ordonnance⁸.

14. L'enjeu de la recherche. Au vu de ce qui vient d'être dit, il faut constater que l'incertitude est le maître mot concernant l'ordonnance sur requête. Incertitude sur le provisoire tout d'abord, qui est

¹ A la suite des travaux de M. Strickler (*op. cit.*, pp. 424 s.), de nombreux auteurs vont en ce sens, V. par exemple C. Bléry, *l'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, 2001, n° 390 S. et L. Merland, *Recherche sur le provisoire en droit privé*, PUAM, Marseille, 2001, n°s 264 s.

² V. Cass. 2^e Civ., 13 juillet 2005, Bull. civ. II, n° 197 ; Cass. Soc., 26 mars 1997, Procédures 1997, n° 208 obs. R. Perrot.

³ Cass. 2^e Civ., 19 décembre 1998, préc. et Cass. 1^{ère} Civ., 15 mai 2001, préc.

⁴ R. Perrot, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », *préc.*, n° 19.

⁵ Ainsi Motulsky écrit-il, à propos des ordonnances sur requête, que « juridiquement, il ne doit pas y avoir une seconde ordonnance sans *changement de circonstances*. [...] Il y a chose jugée au provisoire comme pour le référé », V. H. Motulsky, « Rapport de synthèse », in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française, préc.*

⁶ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 233 p. 150 ; S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, p. 492.

⁷ D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994, n° 288 ; sur la notion de chose décidée en droit administratif, V. R.-G. Schwatzenberg, *L'autorité de chose décidée*, LGDJ, Paris, 1969.

⁸ En ce sens M. Perrot écrit que « ce n'est pas parce que, dans le silence de son cabinet, le juge procède à certaines vérifications qu'elles deviennent pour autant des vérifications juridictionnelles », V. « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », *préc.*, n° 19.

une notion au contenu fluctuant et qui ne permet pas d'élaborer une véritable théorie des mesures provisoires en procédure. Incertitude sur la nature de l'ordonnance sur requête, ensuite, qui se confond par sa forme avec les décisions gracieuses et les mesures d'administration judiciaire, mais qui reste pourtant rétive à toute tentative de qualification lorsqu'elle est confrontée au critère de l'article 25. Incertitude, enfin, quant à la portée de l'ordonnance dont l'autorité reste discutée.

Cette indétermination est préjudiciable, en premier lieu au service public de la justice. En l'absence de solutions claires, chaque juridiction en est réduite à instaurer ses propres pratiques, d'autant plus que la procédure sur requête est confiée à un juge unique qui prend ses décisions dans l'intimité de son cabinet. Mais la confusion qui règne au sujet de l'ordonnance sur requête est surtout préjudiciable à celui qui est évincé de la procédure et qui découvre la mesure au moment de son exécution. Comment admettre qu'une décision prise non contradictoirement soit sujette à autant d'hésitations ? Face à une telle dérogation au droit commun du procès¹, il est inacceptable que la procédure sur requête ne soit pas insérée dans un carcan théorique solide permettant de lever les incertitudes et d'uniformiser les pratiques. On en prendra pour preuve la question de l'autorité, car en l'absence de toute autorité de chose jugée, il est parfaitement loisible à un requérant, dont une première requête a été rejetée, de représenter une nouvelle requête aux mêmes fins, en profitant de l'absence du premier juge, remplacé pour la durée de son congé². De la même manière, le juge pourra simplement rendre sa requête au requérant lorsqu'il l'estimera mal fondée, au lieu de rendre une ordonnance de rejet, ce qui empêchera l'exercice de l'appel³. Ces pratiques, avec les conséquences qu'elles entraînent sur les droits des justiciables et le fonctionnement des juridictions, doivent être réformées. Ce changement doit être irrigué par une théorie renouvelée du provisoire qui, appliquée à l'ordonnance sur requête, s'attachera à démontrer sa qualité d'acte juridictionnel revêtu d'une autorité de la chose jugée au sens plein de ce terme.

15. La méthode de la recherche. Annonce de plan. Exposer le sens du caractère provisoire de l'ordonnance sur requête implique de procéder en deux étapes mutuellement complémentaires. La première consiste à examiner la nature profonde de l'ordonnance sur requête, pour établir la portée de la nature provisoire de cette mesure, au regard de sa qualification et de son autorité. Il s'agit, en d'autres termes, de démontrer que l'ordonnance sur requête est *substantiellement* provisoire, de par ses caractéristiques essentielles. Sa *substance* correspond en effet à une certaine *jurdictio* du juge, qui à vocation à rendre des décisions qui resteront toujours provisoires quel que soit leur objet.

¹ Même si le Code prévoit le principe d'une telle dérogation à son article 17 : « Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief ».

² Toulouse, 14 février 2002, D. 2003, p. 160, obs. crit. Y. Strickler.

³ V. R. Perrot, « Le régime procédural des ordonnances sur requête », *préc., spéc.* n° 19.

La seconde étape de l'analyse conduira à s'interroger sur les répercussions de cette nature provisoire sur le déroulement de la procédure sur requête. En conformité avec l'idée que le provisoire est une « attente organisée »¹, il sera établi que l'ordonnance sur requête préserve les droits du requérant en vue d'un procès au principal. Ce rôle *conservatoire* lui confère une place à part dans le schéma procédural. En ce sens, elle ne conduit pas en soi à la satisfaction du requérant mais constitue seulement un *moyen* de cette satisfaction. Elle n'est qu'une étape dans le processus juridictionnel qui conduira à la consécration des droits du requérant au principal, véritable *fin* poursuivie par ce dernier. De ce point de vue, l'ordonnance sur requête est intellectuellement dépendante de l'instance au principal, à laquelle elle est *structurellement* subordonnée. Elle est, en d'autres termes, *structurellement* provisoire.

Annonce de plan :

Première partie : le provisoire substantiel des ordonnances sur requête

Deuxième partie : le provisoire structurel des ordonnances sur requête

¹ L. Lorvellec, *Remarques sur le provisoire en droit privé*, in Mélanges A. Weill, *préc.*

Partie I. Le provisoire substantiel des ordonnances sur requête

16. La nature provisoire des ordonnances sur requête se manifeste en premier lieu dans leur *substance*, c'est-à-dire leurs caractéristiques essentielles et distinctives. C'est le sens même du terme *provisoire* qu'emploie l'article 493 : l'ordonnance sur requête s'inscrit dans une véritable juridiction du provisoire, au même titre que l'ordonnance de référé. Cependant, à la différence du référé, le régime et l'autorité de l'ordonnance sur requête sont incertains, du fait des hésitations doctrinales et des lacunes textuelles du Code. L'analyse du provisoire substantiel doit dès lors suivre deux étapes. La première consiste à s'intéresser à la nature de l'ordonnance sur requête aux fins d'établir que celle-ci est provisoire peu importe son objet ou les circonstances qui l'entourent. Pour cela, sa qualification devra être précisée, ainsi que l'autorité qui en découle nécessairement (Titre I). La seconde étape porte sur l'étude de la procédure sur requête, en aval du prononcé de l'ordonnance sur requête. De ce point de vue, l'influence du provisoire exerce une influence sur le régime des voies de recours ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête, ainsi que le régime de son exécution : en un mot, les suites de l'ordonnance sur requête (Titre II).

Titre I. La nature provisoire de l'ordonnance sur requête

17. Poser la question de la nature provisoire de l'ordonnance sur requête requiert d'éclaircir les controverses qui existent à son sujet, concernant à la fois sa qualification et son autorité. La qualification de cette figure procédurale est délicate et se heurte aux contours rigides des catégories juridiques en présence, qui forment une double division dans la *jurisdictio* : entre les décisions gracieuses et contentieuses, d'une part, et entre les actes juridictionnels et non juridictionnels, d'autre part. Aucune conclusion sur la nature de l'ordonnance sur requête ne peut être faite à défaut d'une qualification certaine, qui doit être établie (Chapitre I). Cependant, l'opération de qualification n'est pas une fin en soi mais seulement une étape vers la reconnaissance d'une autorité de la chose jugée aux ordonnances sur requête (Chapitre II).

Chapitre I. La qualification préalable de l'ordonnance sur requête

18. L'étude de l'autorité pouvant être octroyée à l'ordonnance sur requête ne peut se faire sans préalablement éclaircir certaines controverses quant à sa nature. De par le mutisme des textes sur ce point et du fait d'une conception classiquement extensive de la matière gracieuse, la qualification à accorder aux ordonnances sur requête est des plus incertaines. Cette difficile qualification doit être envisagée sous deux aspects, qui forment les grandes divisions établies au sein de la fonction juridictionnelle par le Code de procédure civile : le départ entre les matières gracieuse et contentieuse (Section I), et l'opposition faite entre les actes juridictionnels et les mesures placées hors de la fonction de juger (Section II).

Section I. La qualification gracieuse ou contentieuse des ordonnances sur requête

19. La qualification des ordonnances sur requête, tendant à la rattacher à l'un ou l'autre versant de la fonction juridictionnelle les juridictions gracieuse et contentieuse, a, de longue date et de manière récurrente, préoccupé la doctrine. Si, au début du XIX^e siècle les auteurs ont examiné la question sous l'angle de l'ouverture des voies de recours, le débat a pris aujourd'hui une tournure plus « scientifique »¹ que pratique, du fait de l'existence d'un régime autonome des voies de recours, tant en matière gracieuse que pour les ordonnances sur requête.

De l'aveu même d'une doctrine avisée en la matière, les enjeux de la qualification sont limités². Ils se résument à certains éléments du régime de l'ordonnance sur requête, sur lesquels les articles 493 et suivants du Code de procédure civile sont restés muets : la possibilité pour le juge de mettre en cause des tiers³, de trancher selon des éléments de faits non produits par le requérant mais résultant des connaissances personnelles du juge⁴, l'obligation de communiquer l'affaire au ministère public.

¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, 1996 p. 137.

² S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003 n° 16.

³ Arts. 332 et 27 CPC.

⁴ Art. 26 CPC.

Néanmoins, si ces points ne sont pas indifférents à l'étude de la procédure sur requête, ils n'influent pas sur l'autorité de l'ordonnance rendue.

20. S'il apparaît nécessaire d'examiner ici sur la possible qualification, gracieuse ou contentieuse, des ordonnances sur requête, c'est bien parce que la jurisprudence, déniait toute autorité de la chose jugée aux décisions gracieuses¹, étend la solution aux ordonnances sur requête, assimilant celles-ci à celles-là². Or, outre le fait que l'assimilation est critiquable et ne va pas de soi, il semble aujourd'hui admis par la majorité de la doctrine que les décisions gracieuses devraient se voir dotées de l'autorité de la chose jugée, même si elle n'a pour l'instant pas été suivie par la Cour de cassation³.

Les nombreuses difficultés de qualification des ordonnances sur requête trouvent leur origine première dans l'inadaptation à celles-ci du critère de la matière gracieuse, tel qu'il est défini par l'article 25 du Code de procédure civile. Ainsi, estime Mme PIERRE-MAURICE, « l'impossibilité de classer l'ordonnance sur requête provient donc, non de l'élément à qualifier, mais bien de l'élément servant à l'opération de qualification »⁴. Il est donc nécessaire, dans un premier temps, de retracer le critère légal et son application aux ordonnances sur requête (§1).

Mais notre opinion ne rejoint pas celle de Mme PIERRE-MAURICE en ce sens que nous pensons que ce n'est pas seulement le critère de qualification mais également l'élément à qualifier qui provoque des difficultés. Si les ordonnances sur requête ont toujours été rebelles à toute tentative de classification, c'est bien parce qu'elles forment un groupe hétérogène de décisions, dont la nature est variable mais auxquelles la même dénomination a été appliquée, en raison de la pauvreté du vocabulaire juridique⁵. Nous verrons cependant qu'un classement peut être opéré, au moyen d'un critère nouveau : le caractère provisoire des ordonnances sur requête (§2).

¹ Cass. Req. 3 mai 1897, DH 1897, p. 224; Cass. Civ. 25 octobre 1905, D. 1906, p. 237, obs. Planiol ; *contra*, Lyon 8 janvier 1951, D. 1951, p. 342.

² V. *Infra*, n° 79

³ Cass. 1^{ère} Civ. 4 octobre 1989, n° 88-10-885, inédit.

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 312 ; l'auteur, après avoir établi les difficultés d'application du critère issu de l'article 25, propose un critère nouveau, celui du non-contradictoire structurel, permettant de classer l'ensemble des ordonnances sur requête au sein de la juridiction gracieuse.

⁵ En ce sens, J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2012 n° 41.

§1. La difficile qualification des ordonnances sur requête au regard du critère de l'article 25 du Code de procédure civile

21. Le critère de la matière gracieuse, issu de l'article 25 du Code de procédure civile, n'est que difficilement applicable à l'ordonnance sur requête. Cet article dispose en effet que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle », et le critère qui en est issu est double, à la fois positif et négatif. Négativement, il s'agit de l'absence de litige, notion dont elle sait combien elle est incertaine et sujette à controverse¹. Positivement, il s'agit de l'obligation légale de recourir au juge, qui ne semble pas receler de difficultés en soi mais qui toutefois ne semble pas correspondre aux causes d'intervention du juge des requêtes. Une thèse récente a démontré l'inadaptation de ces exigences à l'ordonnance sur requête² et il ne s'agit pas, dans le cadre de la présente recherche, de refaire l'étude de l'application du double critère énoncé aux ordonnances sur requête. La première étape de la démonstration est de faire une synthèse des opinions en présence, prélude nécessaire à la qualification de l'ordonnance sur requête au regard de la notion de provisoire. Dans un ordre logique, l'analyse du critère de l'obligation de recourir au juge (2.) suivra celle de l'absence de litige (1.).

A. L'absence de litige

22. **Le litige, critère privilégié de distinction entre les juridictions gracieuse et contentieuse.** Le litige, apanage réservé de la juridiction contentieuse, est un critère cohérent pour la distinguer de la matière gracieuse. Puisant ses origines dans le droit romain et dans la procédure d'*in jure cessio*³, dans laquelle les plaideurs se présentaient volontairement devant le prêteur pour voir consacré un droit subjectif, la juridiction gracieuse, par ce caractère volontaire⁴, se distingue des attributions contentieuses du juge. Dans cette dernière fonction, l'intervention du juge a en effet pour but de trancher un différend, mettre fin à une situation conflictuelle, aplanir un « désaccord entre sujets de

¹ V. *Infra*, n° 22.

² S. Pierre-Maurice, *op. cit.*

³ Henry, *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, thèse Nancy, 1913, p. 15.

⁴ D'où son nom de juridiction volontaire dans l'ancien Droit, V° notamment I. Balensi, «L'homologation judiciaire des actes juridiques», RTD Civ. 1978, 42, n° 2 ; Pothier, *Pandectes*, livre II, Titre I, article II, n° 8.

droit sur le règlement de leurs intérêts »¹. Tout au contraire, le but du juge gracieux n'est pas d' « aplanir les conflits sociaux »², mais bien d'exercer une tutelle judiciaire sur des intérêts privés revêtant, aux yeux du législateur, une importance particulière. En cette matière, le requérant ne cherche pas à apaiser un rapport de droit antagonique ; la demande ne vise personne et « le requérant s'adresse au juge gracieux afin de pouvoir modifier une donnée qui lui demeure intime, son statut »³.

23. Application à l'ordonnance sur requête. Ce premier critère légal de la matière gracieuse ne s'applique que très imparfaitement en matière d'ordonnance sur requête, car à son extrême variété correspondent autant de potentialités litigieuses différentes. Pour ne prendre que les exemples les plus topiques, il est aisé de voir que la prétention du requérant sera moins agressive dans le cadre d'une ordonnance d'envoi en possession d'un légataire universel⁴ que lors d'une saisie conservatoire autorisée par le juge de l'exécution⁵. Le « litige » ne sera à l'évidence pas le même dans ces deux hypothèses. Ainsi, si certaines ordonnances sont éloignées de toute idée de conflit, d'autres « sont intimement liées à l'idée de litige »⁶.

Les difficultés d'application du critère du litige aux ordonnances sur requête se concentrent autour de la notion de litige, difficile à cerner dans son contenu (1.). Cette indétermination se reflète nécessairement dans la condition relative à l'absence de litige posée par l'article 25 (2.).

1. La notion de litige

24. Proposer une définition cohérente et adéquate du terme *litige*, tel qu'il doit être entendu pour distinguer les décisions gracieuses des décisions contentieuses, est complexe en raison du caractère fuyant de cette notion. Souvent, une opposition d'intérêts n'est pas une situation statique, mais plutôt un processus évolutif, dynamique. Cette difficulté a été mise en avant par M. LE NINIVIN dans son étude de la juridiction gracieuse, lorsqu'il dit que « la notion de litige est difficile à cerner parce

¹ G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 36.

² A. Jeammaud, « Conflit, Différend, Litige », *Droits* 2001/34, 15.

³ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 59.

⁴ Art. 1008 C. Civ.

⁵ Art. L. 511-1 CPCE.

⁶ J.-L. Bergel, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron., p. 152, spéc. p. 155.

qu'il s'agit d'un phénomène essentiellement dynamique dont l'image se modifie perpétuellement [...] et son histoire ne s'arrête pas lorsque le jugement intervient »¹.

Par ailleurs, il est toujours difficile de savoir à quel moment des volontés contraires s'opposent avec assez de force pour former un litige. En ce sens, « entre les limites idéalement opposées d'une paix juridique parfaite et d'un conflit juridique bien établi, s'étend, en effet, une vaste zone où l'intervention du juge n'a pas pour objet de résoudre mais tire souvent son sens d'un litige : né et actuel ou simplement probable, passé ou à venir, souhaité ou redouté, authentique ou artificiel... »². Le conflit est par essence susceptible de degrés, à tel point qu'un auteur a estimé que seul le « recours au sentiment juridique de l'interprète »³ peut permettre de caractériser un litige. Un antagonisme ne pourrait être qualifié de *litige* que s'il est suffisamment grave : « le conflit d'intérêt n'appelle un juge que lorsqu'il est poussé à un certain degré d'acuité »⁴. Cette absence de formalisme contrarie d'autant plus les opérations de qualification, que le litige est, d'après une partie dominante de la doctrine⁵, antérieur au procès. Or, « tant que les personnes concernées ne se font pas un procès, l'on n'est jamais sûr de la réalité du litige »⁶.

Néanmoins, il est possible de dégager certaines constantes qui, à défaut de décrire précisément ce qu'est le litige, permettront de poser les limites du concept. Elles sont au nombre de deux : le litige, qui s'inscrit toujours dans l'ordonnement juridique (a.), implique un heurt de volontés contraires, une résistance à une prétention (b.).

a. Le litige, phénomène juridique

25. Aux origines de tout litige, il y a la prétention d'un sujet de droit au bénéfice d'un droit subjectif, dont il pense, à tort ou à raison, être titulaire. Mais le litige, tel qu'il doit être entendu ici, se distingue des désaccords et mésententes du quotidien par sa capacité à intégrer la vie juridique et à

¹ D. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, LGDJ, 1983 p. 44.

² *Ibid.*, p. 45.

³ P. Hébraud, « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », D. 1946, L., 333, spéc. p. 336, 1^{ère} col.

⁴ M. Hauriou, « Les éléments du contentieux », Rec. Acad. Lég. Toulouse 1905, p. 1, spéc. pp. 41-42.

⁵ D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994p. 268 ; G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 36 ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, thèse Paris, 1948, p. 98 ; R. Martin, *Théorie générale du procès (droit processuel)*, Ed. Juridiques et Techniques, 1984p. 5 ; V° *Contra*, A. Jeammaud, *préc. spéc.* p. 17 ; notons encore que le langage commun assimile le plus souvent « litige » et « procès », comme en témoigne cette définition litige donnée par le Larousse : « contestation donnant lieu à procès ou à arbitrage ».

⁶ G. Wiederkehr, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Mélanges Rieg, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 883, *spéc.* p. 893.

être résolu par le droit. « Parmi les sujets de querelle qui divisent les hommes, seuls nous retiendrons et seuls, à la vérité, méritent le nom de litige, ceux qui peuvent être qualifiés de phénomènes juridiques, [...] parce qu'ils naissent de la vie du droit, troublant l'ordonnement juridique, [et] parce qu'ils naissent à la vie du droit, se manifestant pour se résoudre dans l'ordre juridique. Le droit en est la source et l'aboutissement »¹. En ce sens, la prétention que le requérant adresse au juge des requêtes s'inscrit dans l'interdiction de se faire justice à soi-même et dans la recherche de la protection juridictionnelle. Ainsi, selon M. JEAMMAUD, qui se réfère aux MM. OST et VAN DE KERCHOVE, « si un litige naît, c'est que les parties ont accepté de placer leur conflit sur le seul terrain du droit et qu'elles ont été amenées, à la fois, à radicaliser l'opposition de leurs prétentions respectives et à réduire l'ampleur du conflit à ses seules dimensions juridiques plutôt que de le maintenir dans toute sa complexité psychologique et sociale »². Sollicitant l'intervention judiciaire en se plaçant sur le terrain du Droit, le requérant adresse une prétention au juge. Mais pour qu'un litige se forme, il faut encore que cette prétention rencontre une résistance, une opposition.

b. Le litige, heurt de volontés antagonistes

26. Le litige, comme tout conflit³, relève de l'idée de désaccord, de rivalité. Notion juridique, le litige porte sur un bien ou sur un droit, réclamé par l'un, dénié par l'autre. De la même manière qu'un contrat est un accord de volontés, le litige, par symétrie, implique leur désaccord⁴. Deux éléments se rencontrent : une prétention et une résistance à cette prétention. En d'autres termes, « il y a litige quand le prétendu sujet passif d'un droit refuse de reconnaître l'existence du droit qu'on lui oppose »⁵. Cette résistance, comme la prétention, peuvent avoir pour origine un doute sur le droit, la mauvaise foi ou la malice. Comme le disent MM. CORNU et FOYER, « la malignité suscite, seule, la querelle, soit que l'un émette une prétention téméraire, qu'il sait pertinemment mal fondée, par esprit de chicane ou pour obtenir un avantage sans droit, soit que l'autre oppose à une prétention qu'il sait légitime, une résistance purement dilatoire, tactique ou malveillante »⁶.

¹ G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 37.

² A. Jeammaud, *préc., spéc.* p. 17.

³ Le terme « conflit » est en effet plus large que celui de litige ; il peut être entendu comme « une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements », V. *Ibid.*, *spéc.* p. 17.

⁴ V° G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, pp. 41-43.

⁵ R. Merle, *op. cit.*, p. 99.

⁶ G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 38.

La résistance peut ne pas être active, se manifestant alors par le silence ou l'inertie. « Celui que la prétention concerne au premier chef peut, en effet, sans s'incliner nullement, ne pas formuler de contestation »¹, se contentant de rester passif.

27. En matière d'ordonnances sur requête, les manifestations de la résistance diffèrent des formes décrites, car le défendeur potentiel, visé par la mesure sollicitée du juge, ignore tout de la demande, et l'on ne peut prétendre qu'il oppose au requérant sa force d'inertie, pas plus qu'il ne manifeste activement son désaccord. Le conflit de prétentions qui permet de caractériser un litige est contredit par le caractère unilatéral de la procédure. En conséquence, « l'existence d'un litige né et actuel véhiculé par l'ordonnance sur requête semble, en principe, catégoriquement exclue »².

28. Il reste possible d'objecter à ce point de vue que le litige peut être antérieur à l'intervention judiciaire. Si le créancier sollicite l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire, c'est bien parce que le débiteur refuse de s'exécuter ou qu'il est très probable qu'il en soit ainsi. Mme PIERRE-MAURICE estime qu'en ce cas, « l'ordonnance sur requête se présente alors comme le moyen de faire taire le litige »³, qui non seulement existe, mais est d'ores et déjà déclaré. Une première scission s'introduit alors dans la catégorie des ordonnances sur requête, qui amène à distinguer selon qu'un premier refus extrajudiciaire a ou non été opposé au requérant. Dans le premier cas, le litige, né et actuel, conduit à classer l'ordonnance sur requête au sein de la juridiction contentieuse, tandis que dans le second, il oblige à examiner l'existence d'un litige éventuel⁴ pour opérer la qualification. Outre qu'il fait appel, pour permettre la qualification, à l'examen de circonstances extérieures et non à la nature profonde de l'ordonnance sur requête, le critère du litige ne permet de ranger dans la même catégorie l'ensemble des éléments considérés. En somme il montre, déjà à ce stade, des insuffisances.

2. L'existence du litige

29. Lorsque l'ordonnance sur requête est rendue sans qu'il y ait un refus extrajudiciaire préalablement opposé au requérant, elle ne recèle pas de litige né et actuel. La question de la

¹ D. Le Ninivin, *op. cit.*, p. 38

² *Ibid.* ; V° également M. Bandrac, « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret n° 75-1123 du 25 décembre instituant un Nouveau Code de procédure civile », JCP G 1976, I, 2799, n° 47.

³ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 41.

⁴ V° *Infra*, n°s 32 s.

qualification se déplace alors sur un autre terrain, celui du litige éventuel. Or, dans les cas où la situation du requérant ne caractérise pas un litige avéré du fait de l'absence de résistance ou d'opposition, il faut encore s'interroger sur le point de savoir si la possibilité que celui-ci survienne suffit ou non à conférer un caractère contentieux à l'ordonnance. Il s'agit là d'un obstacle majeur à la qualification des ordonnances sur requête, car la plupart des situations ne sont que potentiellement litigieuses. Dans grand nombre d'hypothèses, les faits ont vocation à précipiter l'éclosion d'un différend, sans que le litige ait éclaté au grand jour. Ainsi, lorsque l'un des époux demande la désignation d'un huissier aux fins de réalisation d'un constat relatant l'adultère de son conjoint, celui-ci n'a encore manifesté aucune résistance. Néanmoins, la demande est agressive et vise un individu désigné : le litige est latent. Dès lors, pour qualifier l'ordonnance sur requête au regard de la première proposition de l'article 25, il faut répondre à une double interrogation. Le critère du litige vise-t-il uniquement le litige né et actuel, ou est-il permis de tenir compte d'un litige simplement éventuel ? (a.) Dans l'affirmative, comment caractérise-t-on ce dernier ? (b.).

a. L'admission du litige éventuel comme critère de qualification

30. Le texte de l'article 25 ne donnant aucune précision sur le caractère actuel ou éventuel du litige, l'hésitation semble permise ; tant en jurisprudence qu'en doctrine, les opinions divergent. La majorité de la doctrine semble opter pour la thèse de l'actualité¹, invoquant un double argument. Premièrement, lorsqu'un texte exige une condition, il semble plus logique de la considérer remplie en s'attachant au moment présent plutôt que de se référer à la simple possibilité qu'elle le soit. Deuxièmement, le risque d'éclosion d'un contentieux n'est que probabilité et une qualification ne peut être entreprise sur la considération d'un litige dont on ne sait même pas s'il éclatera un jour. Autrement dit, un présent certain vaut mieux qu'un futur éventuel, l'évolution d'un dossier ne pouvant jamais être connue d'avance. Ainsi, M. LE NINIVIN estime que « nul ne peut sérieusement prédire l'avenir en toute sécurité, alors que la constatation du présent n'offre en général guère de difficultés ni de discussion sérieuse »². La jurisprudence, quant à elle, semble dispersée et peu représentative³, les arrêts rapportés n'abordant qu'indirectement la question¹.

¹ J.-L. Bergel, *préc*; ---, «Juridiction gracieuse et matière contentieuse», D. 1985, chron., p. 16 ; D. Le Ninivin, *op. cit.*; Ph. Hoonakker, *L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ?*, thèse Strasbourg, 198 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 7^e éd., 2011 ; V^o *Contra* H. Motulsky, «Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé», TCFDIP 1950, p. 15.

² D. Le Ninivin, *op. cit.*, p. 51.

³ V. sur ce point, S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n^os 138 s.

31. Bien qu'il puisse sembler cohérent d'adhérer à l'opinion selon laquelle le litige doit être actuel, rien n'interdit *a priori* de défendre la justification inverse. La thèse du litige éventuel peut en effet trouver en sa faveur de solides arguments. Si la situation présente un risque important de contentieux potentiel, l'intervention du juge ne peut y être la même qu'en matière gracieuse par nature². Il ne s'agit alors plus de conférer l'efficacité à un acte de volonté privée pour lequel la loi a prévu un contrôle judiciaire, mais de préserver des droits en péril. Le juge ne joue pas le même rôle lorsqu'il désigne un mandataire *ad hoc* pour régir une copropriété, autorise l'inscription d'une sûreté judiciaire provisoire ou homologue une convention de partage. On peut douter qu'une telle hypothèse relève de la matière gracieuse. Si le risque de contentieux est patent, pourquoi ne pas considérer purement et simplement que l'ordonnance, dans cette hypothèse, relève de la juridiction contentieuse ?

Au regard de ce qui vient d'être dit, rien ne permet d'emblée d'écarter l'admission du critère du litige éventuel pour qualifier l'ordonnance sur requête, ce qui oblige à en préciser le contenu.

b. Le concept de litige éventuel

32. Par opposition au litige actuel, fruit de la rencontre d'une prétention et d'une résistance, le litige éventuel se réduit nécessairement à la seule volonté du requérant. Dans la phase unilatérale de la procédure sur requête, seule la prétention a pu être émise. Mais dans la mesure où cette prétention peut heurter les intérêts d'un tiers, il existe un risque que celui-ci manifeste son opposition, ce qui formera le litige resté en germe. Comment, définir, pour mieux la cerner, cette potentialité litigieuse ?

Classiquement, le litige éventuel est abordé sous l'angle de la potentialité à faire grief³. Dans cette optique, dès lors que la décision rendue est susceptible de léser les intérêts d'autrui, elle recèle un litige éventuel. Cette conception était particulièrement utile pour justifier l'ouverture de voies de recours, avant la loi du 15 juillet 1944, par le biais de la qualification contentieuse ainsi obtenue⁴. Or,

¹ Pour la thèse de l'actualité du litige : Cass. 1^{ère} Civ. 4 octobre 1989 et Cass. Soc. 9 mars 1983, Bull. Civ. V, n° 139, p. 98 ; *contra* TGI Paris, ch. Conseil, 18 avril 1980, IR, 426, obs. P. Julien.

² On entend par là les matières pour lesquelles la qualification gracieuse est incontestable, par exemple l'homologation d'un changement de régime matrimonial, la mise sous tutelle d'un incapable...

³ R. Guilnard, *De la notion de juridiction gracieuse*, thèse Caen, 1913, p. 57 ; J. De Percin, *Les voies de recours en matière d'ordonnance sur requête*, thèse ibid. 1912, p. 50 ; B. Cazalens, «note», D. 1875, 2, p. 73.

⁴ V° en particulier, B. Cazalens, *préc.*

un tel objectif n'est évidemment plus de mise aujourd'hui, et une redéfinition de la notion de litige éventuel est apparue nécessaire.

33. C'est Mme PIERRE-MAURICE, qui, dans son travail sur l'ordonnance sur requête et la matière gracieuse, a su proposer une définition cohérente du litige éventuel, après avoir montré les insuffisances de la théorie classique. Elle adresse à cette dernière une triple critique¹. Tout d'abord, le litige éventuel est insuffisamment discriminant, en ce sens que la potentialité à faire grief est le signe distinctif des actes juridictionnels, genre commun des décisions gracieuses et des décisions contentieuses. C'est ce qui les sépare des mesures d'administration judiciaire, qui ont au contraire pour trait caractéristique de ne pas affecter les droits et obligations des parties². Ce critère ne peut par conséquent servir pour distinguer la matière gracieuse de la juridiction contentieuse. Par ailleurs, toutes les décisions gracieuses sont susceptibles de causer un préjudice à des tiers. N'est-ce pas, précisément, la raison pour laquelle la loi appelle l'intervention du juge ? Si, dans certains domaines particuliers, la volonté privée est dépourvue d'efficacité, c'est bien parce qu'il s'agit de situations dans lesquelles des intérêts peuvent être lésés, sous-tendant un litige latent. Autrement dit, « le recours au juge sous la forme gracieuse implique déjà, une situation conflictuelle en sommeil »³, et la « décision gracieuse est susceptible de causer du tort à autrui »⁴. Il en résulte que l'application d'un tel critère risque de vider la matière gracieuse de sa substance, absorbée dans la juridiction contentieuse : « inexistante, elle devient une coquille vide, un emballage dépourvu de tout contenu »⁵. Enfin, la capacité de faire grief est trop éloignée de la notion de litige, comprise comme une opposition de volontés. Cette conception du litige éventuel doit donc être écartée.

34. Le concept renouvelé de litige éventuel implique plutôt l'existence d'un adversaire intellectuellement visé dans la demande, par analogie avec la matière contentieuse. Au sein de celle-ci, l'adversaire est toujours formellement désigné, quelle que soit la forme de la demande introductive d'instance⁶. Inversement, en matière gracieuse, la prétention émise par un requérant ne s'adresse jamais à un adversaire car elle ne peut être formée qu'au moyen d'une requête unilatérale⁷. Moins prononcé que le litige actuel, le litige éventuel ne saurait avoir la même acuité, et la désignation de l'adversaire ne peut qu'être virtuelle. Partant, « une décision recèle un litige

¹ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n°s 48 s.

² Cass. Soc. 24 mai 1995, Bull. Civ. V n° 168, RTD Civ. 1995, 958 obs. Perrot.

³ J. Jugault, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, thèse Rennes, 1960, p. 221 ; V° également D. Le Ninivin, *op. cit.*, p. 66 : « la juridiction gracieuse n'a, en définitive, d'autre fondement que de prévenir ou de précipiter un contentieux latent » ; I. Balensi, *préc.* n° 14.

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 53.

⁵ *Ibid.*

⁶ Assignation, déclaration au greffe, présentation volontaire des parties, requête conjointe...

⁷ Art. 60 CPC : « en matière gracieuse, la demande est formée par requête ».

éventuel chaque fois que la prétention initiale est adressée à l'encontre d'une personne, qui ne peut être que l'adversaire virtuel »¹. Ainsi défini, le litige éventuel semble apte à distinguer les décisions gracieuses et contentieuses. En revanche, il ne fédère pas les ordonnances sur requête au sein d'une même catégorie, et laisse au contraire apparaître une dichotomie, car si certaines ordonnances visent à l'évidence un adversaire désigné², d'autres, en revanche, ne sont dirigées contre personne³. Parfois même, une seule et même prétention peut être ou non dirigée contre un adversaire potentiel en fonction des circonstances. Par exemple, l'article 29-1 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis, dispose que si « le syndicat de copropriétaires ne peut pourvoir à la conservation de l'immeuble, le président du Tribunal de grande instance, statuant sur requête, peut désigner un administrateur provisoire ». L'inaptitude du syndicat à conserver l'immeuble peut être le fait de son incompétence, mais aussi de l'empêchement de ses membres, d'un événement extérieur, etc... Dans le premier cas, le syndicat sera intellectuellement visé, pas dans le second. De manière plus générale, à chaque fois que la requête vise à remplacer l'organe d'un groupement pour en éviter la paralysie, cet organe peut être fautif ou simplement empêché... On le voit bien ici, au lieu de clarifier le débat, une telle conception du litige éventuel fait resurgir la casuistique.

35. En résumé, le critère du litige éventuel se révèle inadapté à qualifier les ordonnances sur requête. Considéré comme la potentialité à faire grief, il provoque l'assimilation pure et simple des juridictions gracieuse et contentieuse. Dans une seconde acception, considéré comme l'existence d'un adversaire virtuel intellectuellement visé, il est non seulement impuissant à permettre une qualification unitaire des ordonnances sur requête, mais repose sur des circonstances externes à l'ordonnance, rendant la qualification des plus incertaines.

L'ordonnance sur requête est rétive à la qualification au regard du concept de litige. Sans qu'il existe de litige véritable à l'instar de la juridiction contentieuse, et sans correspondre aux hypothèses classiques de l'intervention judiciaire en matière gracieuse, l'ordonnance sur requête semble inclassable. Il est donc nécessaire de la confronter au second critère de l'article 25, positif cette fois : l'obligation légale de recourir au juge.

¹ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 57.

² On prendra pour exemple l'art. L. 133-4 C. com. relatif aux contestations portant sur des marchandises transportées.

³ Ainsi l'art. L. 144-4 C. com. relatif à la réduction du délai d'exploitation de deux ans requis pour la mise en location-gérance d'un fonds de commerce.

B. L'obligation légale de recourir au juge

36. Le domaine de la matière gracieuse ne saurait être caractérisé par la seule exigence négative qu'est l'absence de litige. L'article 25 du Code de procédure civile lui adjoint un critère supplémentaire, qui donne à la juridiction gracieuse sa coloration propre : l'injonction faite aux parties de provoquer l'intervention judiciaire. Loin d'être antinomique au premier, ce second critère « est le complément logique de l'absence de litige : si le recours au juge n'est pas justifié par l'existence d'un litige à trancher, il ne peut l'être que parce que la loi lui en pose l'obligation »¹. C'est en deux propositions que se résume l'exigence légale car le juge peut être appelé à intervenir en raison de la « nature de l'affaire » ou de la « qualité du requérant ». L'office du juge en la matière est d'exercer une tutelle, un contrôle sur des intérêts privés, en raison de la supériorité de l'une des parties, de la faiblesse d'une autre, ou encore du potentiel grief pouvant être causé à l'intérêt d'un tiers ou à l'ordre public². Cette protection judiciaire, préventive des litiges à naître³, est inspirée par une certaine méfiance du législateur à l'égard du requérant « dans les hypothèses où l'absence de litige rend suspectes ses intentions »⁴. Le contrôle s'opère *a priori* : la loi, dans un certain nombre d'hypothèses formellement désignées, dépouille de son efficacité une volonté privée qui, à défaut, serait capable de produire les effets voulus. Le but recherché est évidemment la pacification des relations sociales, et c'est bien en ce sens que l'on a pu parler d'« unité substantielle »⁵ entre les juridictions gracieuse et contentieuse. Il convient de confronter le rôle du juge gracieux ainsi décrit à celui du juge des requêtes pour estimer la pertinence de ce second critère, eu égard à la fois au cadre (1.) et aux caractères (2.) de l'intervention judiciaire.

1. Le cadre de l'intervention judiciaire

37. L'examen des raisons qui amènent le requérant devant le juge gracieux font apparaître des dissemblances avec l'ordonnance sur requête. En matière gracieuse, le juge intervient afin de conférer la pleine efficacité à un acte de volonté privée rendu inopérant par la loi, alors qu'en matière d'ordonnances sur requête il n'existe aucun support de volonté efficace, seulement une

¹ D. Le Ninivin, *op. cit.*, p. 60.

² J.-L. Bergel, *La juridiction gracieuse en droit français, préc.*, spéc. p. 155.

³ J. Jugault, *op.cit.*, p. 119 ; P. Hébraud, *préc. spéc.* p. 335, 1^{ère} col.

⁴ M. Bandrac, *préc.* n° 48.

⁵ P. Hébraud, *préc. spéc.* p. 334 1^{ère} col.

prétention adressée au juge (a.). Par ailleurs, les circonstances dans lesquelles intervient le juge gracieux sont étrangères aux situations de crise et d'urgence qui sont le domaine naturel du juge des requêtes (b.).

a. La nature du recours au juge

38. Si le litige forme l'apanage de la juridiction contentieuse, celui de la matière gracieuse tient davantage au contrôle d'un acte de volonté privée. Comme le résumant MM. CORNU et FOYER, « dans la juridiction gracieuse proprement dite, c'est, positivement, un acte de volonté privée que son ou ses auteurs soumettent au juge. Un tel acte tient dans la juridiction gracieuse la place qu'occupe la contestation dans la juridiction contentieuse. Il forme la matière de celle-là comme le litige forme la matière de celle-ci »¹. L'acte de volonté privée soumis au juge a cette particularité de pouvoir être, si le législateur n'en avait pas décidé autrement, pleinement efficace. Ainsi, le partage pourrait très bien, dans l'absolu, être opéré par voie conventionnelle sans intrusion juridictionnelle aucune, tout comme pourrait l'être le changement de régime matrimonial. Mais pour qu'un contrôle puisse être opéré, en raison de la nature sensible des domaines dans lesquels il apparaît nécessaire, cette volonté privée est rendue inopérante. Cet aspect de la *jurisdictio* est consubstantiel à la juridiction gracieuse, au point que l'« impuissance des volontés caractérise la matière gracieuse »².

39. Les expressions de cette volonté efficace peuvent être multiples, émanant d'un individu seul ou résultant d'une conjonction de volontés tendant à un résultat unique, formant alors un acte unilatéral collectif³. En revanche, le but recherché est toujours identique : la demande vise à un changement de statut du requérant⁴. Le résultat de la vérification juridictionnelle est la superposition de deux actes de nature distincte, l'un conventionnel, l'autre judiciaire, sans que le dernier puisse absorber le premier par un effet novatoire⁵. Cette nature hybride se reflète au niveau de l'ouverture des voies de recours, car l'intervention du juge, si elle est susceptible d'appel et de pourvoi en cassation selon le droit commun de la matière gracieuse, laisse subsister les causes de nullité qui sont propres à la convention homologuée⁶. La volonté privée retrouve alors toute son efficence, car

¹ G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 128 ; R. Martin, *op. cit.*, p. 55.

² S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 193 *in fine* ; D. Le Ninivin, *op. cit.*, p. 64 ; I. Balensi, *préc.*, spéc. p. 46.

³ Le terme collectif s'entend de l'unicité du résultat recherché, par exemple la demande conjointe des parents aux fins d'exercice en commun de l'autorité parentale.

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 250.

⁵ I. Balensi, *préc.*, spéc. n° 33.

⁶ En ce sens, I. Balensi, *op. cit.*, n°s 42 ss. ; adde C. Hugon, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », LPA 11 décembre 2003, p. 4, L. Amiel-Cosme, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*

l'obstacle que la loi avait dressé à la réalisation des droits du requérant disparaît. Mme HUGON résume parfaitement, dans ses propos sur l'homologation, l'essence de l'intervention judiciaire. Pour cet auteur cette intervention « est un acte « normateur » en ce sens qu'elle assure la reconnaissance par l'autorité publique (dans le cas de l'homologation judiciaire par le juge) et « perfecteur » en ce qu'elle se greffe sur un acte préexistant, soit pour lui faire produire des effets (convention de divorce), soit pour les renforcer (médiation ou transaction) »¹.

40. Cette conjonction de l'intervention judiciaire avec l'acte des parties ne se retrouve pas dans l'ordonnance sur requête, ce qui la démarque d'emblée de la matière gracieuse ainsi présentée². Tout d'abord, le requérant n'émet, dans ce domaine, aucune volonté efficace, mais seulement une prétention unilatérale inapte à produire des effets de droit. La mesure recherchée ne peut tout simplement pas être accomplie par le requérant seul, car la loi ne lui en accorde pas le *pouvoir*, qui doit ici être entendu au sens de la prérogative d'exercer les attributs du droit subjectif. Le requérant ne cherche pas non plus à engendrer un changement de son statut, mais à provoquer l'intervention juridictionnelle en raison de la règle « nul ne peut se faire justice à soi-même ». C'est donc un besoin de protection juridictionnelle qu'exprime le recours au juge des requêtes, et de manière curative et non préventive, étant donné le contexte souvent litigieux dans lequel s'insère l'ordonnance. Le résultat obtenu est également différent de la matière gracieuse : il s'agit d'une décision judiciaire pure, dénuée de tout caractère ou ajout conventionnel, ne pouvant être attaquée qu'au moyen de voies de recours prévues par le Code de procédure civile³. L'intervention judiciaire en matière d'ordonnances sur requête ne s'assimile donc en rien à la matière gracieuse à l'aune de l'obligation légale de saisir le juge. L'opération de qualification devrait en toute logique se conclure ici par une exclusion des ordonnances sur requête de la juridiction gracieuse. Or, Mme PIERRE-MAURICE a mis en avant l'existence d'ordonnances nommées qui adoptent le modèle gracieux, partiellement il est vrai, en ce qu'elles ne tendent pas à un changement de statut, mais prennent néanmoins appui sur une volonté efficace⁴. Il s'agit respectivement des articles 1008 du code civil relatif à l'envoi en possession d'un légataire universel, et de l'article L. 144-4 du Code de commerce, relatif à la

1997/5, p. 135 et J. Hauser, «Le juge homologateur en droit de la famille», in Ancel et Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Dalloz, coll. "Thèmes et commentaires", 1998, p. 114.

¹ C. Hugon, *préc.*, p. 4.

² Tout du moins pour la matière gracieuse *par nature* ; pour la matière gracieuse dite *par assimilation*, V. *Infra*, n° 42.

³ Sur les voies de recours ouvertes et fermées contre les ordonnances sur requête, V. *Infra*, n°s 322 s.

⁴ Mme Pierre-Maurice donne dans sa thèse un troisième exemple, abrogé depuis par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, l'article 228 C. civ. ; cette disposition, visant à la réduction du délai de viduité par une demande présentée par requête au président du TGI, adoptait pleinement les caractères de la matière gracieuse, à la fois l'existence d'une volonté potentiellement efficace et la recherche d'un changement de statut.

réduction du délai d'exploitation personnelle préalable à la mise du fonds de commerce en location-gérance. Incertain, le second critère de l'article 25 ne permet pas, à ce stade, une qualification sûre des ordonnances sur requête.

b. Les circonstances du recours au juge

41. Si le recours au juge gracieux diffère de l'ordonnance sur requête par sa *nature*, il s'en démarque aussi par les *circonstances* qui l'entourent. Loin de toute idée de conflit, le juge intervient en matière gracieuse pour contrôler des rapports de droit pacifiques, donner son aval là où le législateur l'a exigé. Cette absence de conflit est sans doute ce qui justifie la condition d'absence de litige posée par l'article 25. Il ne s'agit nullement de pallier l'interdiction de la justice privée, car, par hypothèse, le requérant ne ressent pas de besoin de justice, ni de protection juridictionnelle. Tout au contraire, les parties sont d'accord et elles ne s'opposent pas entre elles, mais cherchent plutôt à obtenir la reconnaissance et l'efficacité juridique de leur entente¹. Le rôle du juge s'éloigne des schémas classiques car « il n'est pas seulement celui qui condamne, il est aussi celui qui conseille et qui dirige du haut de sa sagesse »². On retrouve ici la fonction naturelle de la juridiction gracieuse, la protection par le contrôle des intérêts privés et de l'ordre public.

Rien de tel en revanche concernant l'ordonnance sur requête au sens de l'article 493 du Code de procédure civile. Tout au contraire, celle-ci est dominée par l'idée de crise, confortée par l'exigence d'urgence. Le requérant se trouve face au dernier rempart qui le sépare de la vengeance privée. S'il s'adresse au juge des requêtes, c'est en effet qu'il n'a plus le choix : soit la mesure qu'il requiert doit bénéficier de l'effet de surprise, soit son adversaire est inconnu. Dans les deux cas, l'ordonnance sur requête est la protection juridictionnelle provisoire *ultime*, le dernier recours. La dissension est aiguë et l'ordre social en est perturbé. L'urgence requiert d'agir au plus vite, parer au plus pressé. De ce point de vue, le juge des requêtes ne peut s'apparenter au juge gracieux, qui ne connaît ni la crise, ni l'urgence.

42. Il existe toutefois des hypothèses dans lesquelles les domaines de l'ordonnance sur requête et de la juridiction gracieuse se rejoignent, tant parce qu'il existe des décisions gracieuses s'insérant dans une situation de crise que des ordonnances sur requête qui en sont dénuées. Il existe deux domaines

¹ V. C. Hugon, *préc.* : « il n'y a ni perdant, ni gagnant, mais deux justiciables qui sont parvenus par des efforts réciproques à trouver une juste solution ».

² R. Martin, *préc.* p. 55.

où le rôle de juge des requêtes et celui du juge gracieux se rejoignent : la résolution du conflit conjugal et la rectification de l'état civil.

Concernant tout d'abord les antagonismes au sein de la famille, l'article 220-1 du Code civil, dont les mesures peuvent être ordonnées sur requête lorsque l'éviction du contradictoire est nécessaire¹, concurrence les articles 217² et 219³, pour lesquels l'article 1286 du Code de procédure civile donne compétence au Tribunal de grande instance statuant en formation collégiale. En matière de rectification de l'état civil, l'article 99 du Code civil exige que la demande en rectification d'un acte d'état civil soit formée par requête devant le président, mais il indique en revanche que la rectification des jugements déclaratifs ou supplétifs d'actes de l'état civil est ordonnée par le tribunal lui-même. Si ces observations perturbent le raisonnement suivi en matière de *circonstances* du recours au juge, elles doivent néanmoins être nuancées. Premièrement, les décisions gracieuses rapportées relèvent de ce que MM. CORNU et FOYER appellent la matière gracieuse par *assimilation*, et qui comprend des affaires dont on sait que si « elles ne présentent pas en elles-mêmes, par nature, les traits qui font reconnaître la matière gracieuse proprement dite, elles ne méritent pas moins d'être rattachées à la juridiction gracieuse plutôt qu'à la juridiction contentieuse »⁴, pour la simple raison que ces demandes « sont liées à des situations dans lesquelles le litige, seulement éventuel, n'a pas éclaté, et n'éclatera peut-être jamais »⁵. Le rattachement de ces décisions à la juridiction gracieuse, s'il est expressément décidé par le législateur au moyen de la formule selon laquelle la demande est « instruite et jugée comme en matière gracieuse », n'en demeure pas moins artificiel, et par conséquent fragile. Cette qualification est le fruit d'un raisonnement opéré en opportunité, de politique juridique, qui aurait tout aussi bien pu conduire à l'adoption d'une procédure unilatérale. Il faut en conclure que la matière gracieuse est en elle-même disparate et hétérogène et il n'est pas pertinent, pour qualifier l'ordonnance sur requête au regard de l'article 25, de prendre pour modèle la matière gracieuse par assimilation.

Par ailleurs, l'ordonnance de l'article 99 du Code civil s'éloigne du modèle majoritairement observé en ordonnance sur requête, en ce sens qu'il n'y a certes pas de litige actuel, mais pas non plus de litige éventuel, que celui-ci soit entendu au sens de la potentialité à faire grief ou de l'existence d'un

¹ Art. 1290 CPC.

² « Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille ».

³ « Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habilité par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge ».

⁴ G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 139.

⁵ G. Cornu, « L'élaboration du Nouveau Code de procédure civile », in Beigner (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 71, spéc. p. 77.

adversaire intellectuellement visé. Elle se rapproche au contraire du modèle gracieux par nature, comprenant une volonté efficace tendant à un changement de statut¹. Non représentative de l'institution dans son ensemble, cette ordonnance nommée ne peut pas davantage servir à l'opération de qualification.

En définitive, l'idée de crise et l'urgence de l'intervention judiciaire opposent la matière gracieuse et l'ordonnance sur requête. Néanmoins, il reste que certains éléments, tant de la catégorie juridique servant de modèle à la qualification que de l'objet de cette qualification, ne se conforment pas à la tendance généralement observée, même si l'on peut dire qu'ils ne sont pas réellement représentatifs. Les circonstances du recours au juge ne permettent donc pas de classer avec certitude l'ordonnance sur requête, ce qui oblige à examiner les caractères du recours au juge.

2. Les caractères de l'intervention judiciaire

43. Indépendamment du *cadre* dans lequel elle s'insère, l'intervention judiciaire en ordonnance sur requête, semble différer par ses *caractères* de celle observée en matière gracieuse, à la fois parce qu'elle est générale et a vocation à s'exercer uniquement dans des cas expressément prévus par la loi (a.), mais aussi parce qu'elle ne représente pas l'unique mode de résorption du différend qui oppose les parties (b.).

¹ Même si il est vrai, la rectification d'un acte d'état civil ne peut s'apparenter à un changement de statut, une analogie reste possible en ce qu'elle touche un droit de la personnalité du requérant.

a. Une intervention spéciale

44. L'énoncé même du critère de l'obligation légale de recourir au juge est très significatif quant à la spécialité de l'intervention du juge gracieux, qui ne peut avoir lieu que si elle est spécialement prévue par un texte. Autrement dit, le législateur, dans le cadre d'une politique juridique ponctuelle, prive d'efficacité la volonté privée dans des domaines jugés sensibles, au gré de dispositions sporadiques et dispersées. Chaque fois que le contrôle d'un magistrat est estimé nécessaire, il est institué par un texte au domaine généralement précis et aux conditions limitativement énumérées. Il ne saurait en être autrement, car la liberté des individus ne doit pas être restreinte à l'excès par des dispositions trop générales¹. Selon le mot de M. LE NINIVIN, « deux corollaires en découlent : l'exigence légale doit être formulée clairement [...] mais, en cas de formulation équivoque, le doute doit bénéficier à la liberté »². Ce critère semble être suffisamment discriminant, puisqu' « en dehors de la matière gracieuse, la réalisation des règles de droit n'appelle pas de façon nécessaire l'intervention du juge »³.

45. Or, une telle spécialité du recours au juge est évidemment incompatible avec l'idée de protection juridictionnelle provisoire qui gouverne l'ordonnance sur requête. Cette dernière est, au contraire, ouverte aux plaideurs de la manière la plus large possible par le biais de l'existence des ordonnances innommées. Leur domaine est en effet très étendu puisque l'accès au juge des requêtes n'est alors subordonné qu'à la démonstration de l'urgence et de circonstances exigeant l'éviction du contradictoire. Une fois les portes du prétoire franchies, le juge peut ordonner toutes les mesures qu'il estime utiles, sans être astreint à accorder ou refuser son aval en l'absence du pouvoir d'apporter de modifications à la demande des parties, comme c'est le cas en matière gracieuse⁴. Certes, l'argument inverse peut être opposé en ce qui concerne les ordonnances nommées, comme cela a été fait par MM. CADIET et JEULAND. Ils estiment en effet que « les hypothèses de juridiction gracieuse pourraient bien être des cas « spécifiés par la loi » que visent les dispositions particulières du code en matière d'ordonnances sur requête »⁵, ce qui, au premier abord, peut sembler cohérent. Mais, à l'analyse, cette opinion ne convainc pas en raison de la très grande proximité qui existe entre les ordonnances nommées et innommées. Ainsi, « les ordonnances sur requête innommées sont fortement inspirées des ordonnances prévues par la loi [et] visent alors à compléter, élargir la

¹ La raison d'une telle restriction doit être « exceptionnelle », V. P. Hébraud, *préc.*

² D. Le Ninivin, *op. cit.*, p. 60.

³ J. Héron, «Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit», RRJ 1992, p. 961.

⁴ V. J. Normand, «Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction», in G. Tarzia et J. Van Compernelle (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 137.

⁵ L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 845.

protection juridique accordée au requérant »¹ ; d'après le mot d'un auteur éminent, elles ne sont, en réalité, « que l'expression d'un principe général »². Réciproquement, on peut dire que les ordonnances nommées sont complémentaires aux ordonnances innommées car le requérant y est dispensé de la preuve de l'urgence et des circonstances nécessitant l'éviction du contradictoire. En ce sens, ce sont des cas d'ordonnance sur requête privilégiés par le législateur, qui facilite l'accès du juge des requêtes pour le requérant. Il semble donc qu'en la matière, le principe soit celui de la généralité de l'intervention judiciaire, le tempérament étant la création ponctuelle d'ordonnances nommées.

b. Une intervention exclusive

46. Enfin, au regard du critère légal de l'obligation de recourir au juge, l'intervention du juge gracieux peut être qualifiée d'exclusive, en un double sens. En premier lieu, le requérant, en matière gracieuse, n'a pas d'autre choix que de solliciter le concours judiciaire pour exercer de manière efficiente le droit dont il entend se prévaloir. La porte du prétoire est alors la seule issue dont il dispose, sans aucune alternative possible. La loi a prévu un contrôle, et celui-ci ne saurait être autre que celui d'un juge. En revanche, en matière d'ordonnance sur requête, le requérant qui se voit opposer une prétention contraire peut encore trouver une solution amiable et transiger avec son adversaire potentiel. Son litige ne se règlera pas toujours, loin de là, par une décision de justice. Seuls les différends les plus aigus donneront lieu à une saisine du juge des requêtes. Dans les autres hypothèses, une solution consensuelle au litige pourra être trouvée. Néanmoins, ce schéma ne s'observe pas dans toutes les ordonnances sur requête. Il est des cas où, à l'instar du modèle gracieux, le requérant ne pourra trouver un accord extrajudiciaire avec son opposant, puisqu'il ne rencontre pas de contestation. Il en est ainsi pour les articles 99 et 1008 du Code civil, ainsi que de l'article L. 144-4 du Code de commerce.

47. En un second sens, l'exclusivité du recours au juge peut s'entendre de la seule compétence du juge *étatique*. On n'imagine pas qu'un requérant puisse, en matière gracieuse, saisir un tribunal arbitral, pour homologuer un changement de régime matrimonial ou encore déclarer l'absence d'un individu. Dès lors que l'ordre public est en jeu et que le contrôle exigé par le législateur porte sur des

¹ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 85.

² H. Motulsky, «Rapport de synthèse», in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 55, spéc. p. 57.

droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, seul un magistrat de l'ordre judiciaire¹ est à même de l'exercer. Sur ce point en revanche, le rôle du juge des requêtes converge avec celui du juge gracieux, car l'accès à la procédure unilatérale est soumis à la nécessité d'évincer le contradictoire. Or, le caractère unilatéral de la procédure est évidemment exclu en matière d'arbitrage. Par ailleurs, les mesures ordonnées sont susceptibles de porter atteinte au patrimoine et aux droits de l'individu qui en est la cible, et, en tant que telles sont revêtues de la formule exécutoire et doivent être exécutées avec le concours d'un huissier de justice. L'ordonnance porte la marque de l'*imperium* du juge des requêtes, dont l'arbitre est dépourvu. Par conséquent, si la situation du requérant est telle qu'il peut emprunter la procédure sur requête, seul le juge des requêtes sera compétent, à l'exclusion de l'arbitre, mais aussi de tout autre juge.

48. Il faut en conclure que le critère de l'obligation légale de saisir le juge est lui aussi inapte à appréhender l'ensemble des ordonnances sur requête. En tant que tel, il ne permet pas d'opérer une qualification sûre et non équivoque de celles-ci. Pas plus que le litige, l'obligation légale de recourir au juge ne permet de dégager une unité parmi les éléments considérés. Si la matière gracieuse rejoint parfois l'institution de l'ordonnance sur requête dans certains de ses aspects, ce n'est que pour mieux s'en éloigner sur d'autres, démontrant l'incapacité de la première à englober complètement la seconde.

Dans la difficile recherche d'un critère de qualification de l'ordonnance sur requête, il est intéressant de se référer aux propos de M. SALHI, dans sa recherche d'un classement cohérent des voies de recours. Cet auteur énonce ainsi trois exigences auxquelles doit répondre un critère de qualification pour pouvoir être retenu : il doit être unique et ne pas résulter d'une combinaison de plusieurs critères ; il doit être applicable à l'ensemble des éléments à qualifier ; enfin, le choix doit porter sur le critère le plus aisé à mettre en œuvre². Ces éléments permettent de souligner l'incohérence des critères de la matière gracieuse lorsqu'ils sont appliqués à l'ordonnance sur requête. Non seulement les termes de l'article 25 sont susceptibles d'interprétations divergentes³, ce qui rend incertain le critère lui-même, mais son utilisation génère des résultats variables et parfois aléatoires⁴. Ce texte se révèle impuissant à fournir une qualification fiable à l'ordonnance sur requête.

¹ Dont on sait qu'il est le gardien des libertés individuelles en application de l'article 66 de la Constitution.

² K. Salhi, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse Caen, 2004, p. 553 ; *adde* C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, La logique du droit », *Annales de philosophie du droit* 1966, n° 11, p. 25.

³ L'exemple le plus parlant est le débat sur l'actualité ou l'éventualité du litige, V. *Supra*, n°s 29 s.

⁴ Au sens entendu précédemment, c'est-à-dire la possibilité pour un élément d'être rattaché à l'une ou l'autre des catégories en présence en fonction de simples circonstances, . *Supra*, n° 28 s.

49. Etant donné qu'on ne peut se résoudre à renoncer à une qualification certaine et rigoureuse au prétexte de l'inadaptation d'un critère à l'objet à qualifier, la recherche d'un critère nouveau doit être poursuivie. C'est aussi l'opinion de Mme PIERRE-MAURICE, pour laquelle le classement de l'ordonnance sur requête dans l'une ou l'autre des catégories doit reposer sur un critère autre que celui de l'article 25, qui se révèle inadapté. Cet auteur en propose un autre, de caractère hybride, mi-formel, mi-matériel : le critère du non-contradictoire structurel¹. Ce critère nouveau conduit à qualifier l'ensemble des ordonnances sur requête de gracieuses, aboutissant à l'homogénéité recherchée. Nonobstant l'intérêt évident de la réflexion menée, une telle opération n'en souffre pas moins une sérieuse objection. Si le travail doctrinal comprend de toute évidence une faculté de proposition tendant à l'amélioration du droit positif, le critère de la matière gracieuse demeure, de *lege lata*, celui énoncé par l'article 25. La recherche d'un critère nouveau ne doit donc pas heurter les concepts de litige et d'obligation légale de recourir au juge et une autre solution doit être envisagée.

50. Celle-ci pourrait être trouvée en adoptant la démarche inverse de celle suivie jusqu'à présent et qui a consisté à choisir un modèle, en l'espèce la matière gracieuse, et de la confronter à une série d'éléments isolés pour vérifier la conformité de ceux-là à celle-ci. Une méthode alternative pourrait amener à rechercher, dans l'ordonnance sur requête, un trait caractéristique qui lui est propre pour ensuite le confronter aux catégories juridiques en présence pour déterminer celle qui pourrait l'accueillir en son sein². Or, à l'examen du régime autonome dont le nouveau Code a doté l'ordonnance sur requête, il apparaît que le caractère unilatéral n'est pas sa seule spécificité. La nature provisoire de l'ordonnance sur requête est un autre trait distinctif. Ce dernier n'est pas propre à l'ordonnance sur requête, car il affecte également l'ordonnance de référé³. De même, le caractère unilatéral n'est pas un trait unique des ordonnances de l'article 493, qu'elles partagent avec la matière gracieuse et avec la procédure de défaut, ce qui est à l'origine de toutes les difficultés de qualification. En revanche, seule l'ordonnance sur requête combine ces deux caractéristiques.

51. Bien sûr, il pourrait être objecté à cela que la juridiction gracieuse, à l'instar de la juridiction contentieuse, pourrait être dotée de décisions provisoires et de décisions définitives⁴. Le caractère provisoire serait dès lors indifférent à la qualification, même s'il reste propre à l'ordonnance sur

¹ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, pp. 205 s.

² Pour reprendre le mot du Doyen Héron, la difficulté, en matière de qualification, « n'est pas tant de trouver les réponses que les questions, les réponses étant implicitement contenues dans l'énoncé des questions », V. J. Héron, «Éléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit» *préc. ; adde* —, «La qualification», *Droits* 1993, p. 34.

³ Art. 484 CPC : « L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires ».

⁴ G. Wiederkehr, «L'évolution de la justice gracieuse», in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 483, spéc. p. 489.

requête. Attrayante au premier abord, cette proposition n'est cependant justifiée par aucun argument de fond et prend souvent les allures d'un postulat. En effet, en l'absence de toute théorie générale de la décision provisoire, il est impossible de dire si elle peut être contentieuse ou gracieuse. Or, non seulement les études récentes consacrées au provisoire n'abordent que très partiellement la question¹, mais les nombreux auteurs qui se sont penchés sur la qualification des ordonnances sur requête ont complètement négligé ce problème, se focalisant exclusivement sur les critères consacrés par l'article 25². De ce point de vue, si la nature provisoire de l'ordonnance sur requête se révélait être un facteur discriminant et non indifférent pour la qualification, celle-ci pourrait être opérée de manière certaine. Par conséquent, l'étude de la nature des ordonnances sur requête sous l'angle de la notion de provisoire mérite d'être menée.

§2. La possible qualification des ordonnances sur requête au regard de la notion de provisoire

52. Définir le provisoire n'est pas une tâche aisée, d'autant moins lorsqu'il s'agit d'en faire un véritable critère de qualification. La difficulté est accrue du fait qu'il n'existe aucune théorie de la décision provisoire³, dont la construction serait un véritable « défi »⁴. Or, conceptualiser le provisoire est d'autant plus important qu'il affecte sensiblement le régime des ordonnances sur requête. Le provisoire influe également sur les décisions gracieuses, dont l'autorité est à ce jour discutée⁵. La

¹ L'ouvrage de Mme Merland, (*Recherches sur le provisoire en droit privé, op. cit.*), aborde, comme son nom l'indique, l'ensemble du droit privé, et ne se focalise qu'incidemment sur le droit judiciaire privé ; la thèse de Mme Chainais sur la protection juridictionnelle provisoire (C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007) ne traite en majorité que des ordonnances de référé, laissant de côté l'ordonnance sur requête ; il en est de même de la thèse de M. le Professeur Strickler, consacrée à ce sujet (Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993) ; enfin, le travail de Mme Nioche (M. Nioche, *La décision provisoire - Nature juridique et régime dans l'espace judiciaire européen*, thèse Paris I, 2007), traitant du droit international privé, n'apporte pas d'éclairage sur les questions qui nous intéressent ; de manière plus générale, les travaux cités ne se rapportent qu'aux décisions rendues par les juges du provisoire, sans traiter des décisions provisoires par objet ; sur cette notion, V° *Infra*, n° 59.

² V. notamment, parmi les études les plus récentes : Juridiction gracieuse et matière contentieuse, *préc.* ; J.-L. Bergel, « La juridiction gracieuse en droit français », *préc.* ; G. Wiederkehr, « De la distinction entre décision gracieuse et décision contentieuse », *Justices* 1996, p. 26 ; « L'évolution de la justice gracieuse », *préc.* ; D. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile, op. cit.*

³ V. cependant, pour une étude plus générale du provisoire dans l'ensemble du droit privé, L. Merland, *Recherches sur le provisoire en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001.

⁴ R. Perrot, « Les mesures provisoires en droit français », in Tarzia (dir.), *Les mesures provisoires en procédure civile*, actes du colloque des 12-13 octobre 1984, Milan, Guiffre, 1985, Milan, p. 140.

⁵ V. *Infra*, n° 79.

notion de provisoire doit donc être clarifiée et érigée en critère de qualification (A.) avant de pouvoir être appliqué aux décisions gracieuses et aux ordonnances sur requête (B.)

A. La mise en évidence d'une *summa divisio* du provisoire : la distinction entre les mesures provisoires par nature et par objet

53. Une autre difficulté pour définir le provisoire provient de la grande diversité des décisions qualifiées de provisoires par le droit positif, « un amas de situations particulières dont le caractère disparate défie la synthèse »¹. Il suffit d'observer la manière dont le terme « provisoire » est utilisé, non seulement au sein du Code de procédure civile, mais également en dehors. Qu'il y a-t-il en commun entre l'article 257 du Code civil, relatif aux mesures provisoires qui accompagnent la requête initiale en divorce, l'article 375-5 du même code relatif à la remise provisoire d'un mineur à un centre d'accueil ou d'observation, ou encore de l'article L. 313-5 du Code de la consommation qui permet d'ordonner la fermeture provisoire d'une entreprise ayant consenti un prêt usuraire à un particulier ? Doit-on, à l'instar des décisions rendues par « les juges du provisoire »⁵², leur dénier l'autorité de la chose jugée au principal ? Il semble bien que le provisoire n'est pas un concept au contenu homogène, mais au contraire une dénomination commune réunissant des éléments hétéroclites et dissemblables les uns des autres. La faute, sans doute, à la pauvreté du vocabulaire juridique, restreint du fait même de son extrême spécialisation.

54. Malgré cela, il est possible d'établir une première distinction, organique : certaines décisions provisoires sont rendues par les juges « du provisoire », d'autres par les juges « du définitif ». Par ailleurs, certaines mesures provisoires sont destinées à régir une situation d'urgence et préserver l'efficacité d'un jugement futur, alors que d'autres ont vocation à s'inscrire dans la durée, le juge pouvant simplement changer sa décision si la situation qu'elle régit évolue. Mais, à regarder de plus près les cas d'utilisation du provisoire³, il apparaît que ce terme ne revêt pas la même signification dans les diverses hypothèses envisagées. Tantôt le provisoire imprime un caractère temporaire à la mesure considérée, le plus souvent pour permettre au juge d'assumer efficacement son rôle⁴. Tantôt

¹ R. Perrot, « Du provisoire au définitif », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 447, n° 1.

² Ce terme désignera indifféremment, dans les lignes qui vont suivre, le juge des référés comme le juge des requêtes.

³ *Rappr.* G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », RIDC 1998, p. 449.

⁴ Ainsi des mesures de l'article 220-1 C. civ., dont la durée ne peut dépasser une durée trois ans en application de l'alinéa troisième de ce texte.

au contraire, la décision du juge ne sera soumise à aucun terme, mais sera révisable, si la situation qu'elle est destinée à régir évolue, rendant la mesure originelle inappropriée ou inadéquate¹. Il devra donc revenir sur ce qui a été jugé pour que le provisoire préserve son efficacité. Parfois enfin, la mesure provisoire sera destinée à préserver le présent ou anticiper l'avenir, mais uniquement dans le but de préserver l'effet utile d'une décision à venir, dans un dessein, au sens large, conservatoire². Il s'agit des ordonnances de référé et de celles du juge de la mise en état. Certaines des mesures ordonnées sont donc provisoires en raison du caractère fuyant et instable des situations qu'elles sont amenées à régir, d'autres le sont parce qu'elles ont été rendues par un juge du provisoire, qualifié tel par la loi. Dans le premier cas, le juge ne rend pas exclusivement des décisions provisoires, seulement certaines des mesures qu'il ordonne pourront revêtir ce caractère. Dans le second en revanche, toutes les décisions rendues par le juge seront provisoires, peu important ce sur quoi elles portent, tout simplement parce que le pouvoir de juridiction de leur auteur ne peut aller au-delà. La distinction est d'importance, car l'on ne saurait assimiler ces deux types de mesures, le provisoire ne devant pas être entendu de la même manière dans les deux hypothèses.

55. Pour les besoins de l'analyse, nous nommerons provisoires *par nature* les décisions rendues par les juges du provisoire, et provisoires *par objet* toutes les autres mesures. Une telle distinction, au moins par la dénomination adoptée, n'est pas nouvelle. Elle a déjà été énoncée par MM. CADIET et JEULAND dans leur manuel de droit judiciaire privé, qui les nomment aussi « vraies » et « fausses » décisions provisoires. Ils énoncent en effet que « les décisions provisoires évoquent d'abord les décisions provisoires *par leur objet*, en raison du caractère des mesures qu'elles ordonnent, soit qu'il s'agisse de mesures prises pendant l'instance et pour la durée de celle-ci, soit qu'il s'agisse de mesures prises pendant l'instance mais modifiables dans le temps. Ces décisions ne sont pas à proprement parler des mesures provisoires. [...] La qualification de décision provisoire doit donc être réservée aux seules *décisions provisoires par nature*, c'est-à-dire l'ordonnance de référé et l'ordonnance sur requête »³. M. GUINCHARD, avec Mmes FERRAND et CHAINAIS, va dans le même sens en écrivant que les mesures provisoires ordonnées en cours d'une instance au fond « doivent être distinguées des mesures provisoires prises à titre autonome par les juridictions spécifiquement investies de la juridiction du provisoire »⁴, tels les juges des référés et celui des requêtes.

56. Si nous suivons les auteurs précités dans le clivage ainsi établi, nous ne pouvons adhérer à l'opinion selon laquelle la décision provisoire « ne dessaisit pas le juge, sauf, bien sûr, lorsqu'est exercée la voie d'appel, [...] ce qui est une façon de reconnaître au juge un pouvoir de revenir sur sa

¹ Par exemple les mesures d'assistance éducative rendues sur le fondement de l'art. 375-6 C. civ.

² Sur la portée de ce terme, V. *Infra*, n°s 850 s.

³ L. Cadiet, Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 7^e éd., 2011, n°s. 93 et 94.

⁴ S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 1127.

décision »¹, étant donné que nous considérons que l'ordonnance rendue par un juge du provisoire provoque son dessaisissement, préalable nécessaire à l'ouverture des voies de recours².

57. A la lumière de ce qui vient d'être dit, il apparaît nécessaire d'opposer les décisions provisoires *par nature* (1.) aux décisions provisoires *par objet* (2.), tout en réservant des développements au profit des jugements avant dire droit, qui occupent une place particulière au regard de la classification adoptée (3.).

1. Les mesures provisoires par nature

58. **La *jurisdictio* du provisoire, critère organique du provisoire par nature.** Si certaines décisions sont provisoires par nature, c'est avant tout en vertu d'un critère organique. Le juge qui les prononce n'a tout simplement pas le pouvoir rendre des décisions définitives, car sa juridiction ne va pas au-delà du provisoire. C'est le législateur qui en a décidé ainsi : ces décisions sont provisoires par détermination de la loi. Les juges du provisoire qui ne sont pas saisis du principal et ne peuvent rendre que des décisions provisoires, indépendamment de l'objet sur lequel elles portent. Il s'agit du juge des référés, du juge de la mise en état, ainsi que du juge rapporteur devant le conseil de prud'hommes³. Ainsi, tant en matière d'ordonnances de référé⁴ que d'ordonnances du juge de la mise en état⁵, le code dispose qu'elles ne sont pas dotées de l'autorité de la chose jugée au principal, le *principal* devant ici être entendu comme l'antonyme de la juridiction du provisoire. *A priori*, tout critère matériel est à exclure en la matière, toutes les décisions rendues par un juge du provisoire étant provisoires par nature, peu importe leur objet. A cette liste il conviendrait d'ajouter le juge aux affaires familiales, dont la compétence évince celle du juge des référés, dès la requête initiale en divorce⁶. Rien de tel, en revanche, pour les mesures provisoires par leur objet, pour lesquelles seul importe le contenu de la mesure, le pouvoir juridictionnel de leur auteur restant indifférent.

¹ Ibid., n° 2169.

² V° *Infra*, n° 72.

³ Art. R. 1454-6 al. 1 C. trav. : « Les décisions prises par le conseiller rapporteur sont provisoires et n'ont pas autorité de chose jugée au principal ».

⁴ Art. 488 al. 1 CPC : « L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ».

⁵ Art. 775 CPC : « Les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance ».

⁶ Art. 1073 al. 2 CPC : « [Le juge aux affaires familiales] exerce aussi les fonctions de juge des référés ».

2. Les mesures provisoires par objet

59. **Abandon du critère organique.** Une fois positivement définies les mesures provisoires par nature toute la difficulté consiste à délimiter précisément la catégorie des mesures provisoires par objet. Le critère organique ne peut par hypothèse conduire qu'à un champ d'application résiduel en ce sens que tout ce qui n'est pas provisoire par nature serait provisoire par objet. Une telle distinction serait évidemment inexacte, car si toutes les décisions rendues par un juge du provisoire lui empruntent ce caractère, il n'en est pas ainsi pour les juges du « fond » ou du principal. Seule l'adoption d'un critère matériel permet de donner un contenu concret à la notion de mesure provisoire par objet.

Les décisions provisoires par objet le sont uniquement en raison du caractère évolutif des faits qu'elles ont vocation à régir. Si elles ne sont pas destinées à perdurer, c'est parce que la situation de celui qui en a obtenu le bénéfice a évolué, les rendant inadaptées. Pour préserver l'efficacité de ces mesures, le juge peut les amender ou les supprimer en intervenant à nouveau. Cette antinomie avec les décisions provisoires par nature a été mise en avant par M. PERROT, lorsqu'il écrit qu'il faut « bien s'entendre sur les raisons pour lesquelles une décision de justice ne peut pas acquérir l'auréole du définitif. Souvent, cette sorte de *capitis diminutio* est tributaire de l'objet même du litige qui, quelle que soit la juridiction appelée à se prononcer, est rebelle par nature à toute solution permanente »¹. Inapte à régir durablement la situation conflictuelle, la décision judiciaire n'est qu'une composante intégrant un processus plus global. « Il ne s'agit donc plus, pour le juge, de trancher un conflit passé qui meurt par l'effet de la décision, [...] mais d'organiser l'avenir : au lieu de clore le débat, la décision du juge donne alors naissance à une nouvelle situation juridique dont il ne peut contrôler l'évolution »².

60. **Critère matériel.** Du point de vue matériel, ces décisions ne sont cependant pas pour autant des décisions d'attente, destinées à organiser le quotidien en vue d'un futur dont il s'agit de préserver l'efficacité. Elles se suffisent à elles-mêmes, tant du point de vue procédural, que substantiel ou encore intellectuel. Leur prononcé ne prévoit pas leur remplacement par une décision définitive, tout simplement parce qu'elles sont elles-mêmes *définitives*. « Elles sont certes révisables ou temporaires, mais ne sont pas destinées à être remplacées par quelque chose de définitif, car elles ne pourront être remplacées que par une autre mesure révisable. Autrement dit, elles ne sont pas des mesures d'attente. Elles sont, si l'on veut, définitivement provisoires, à moins que l'on ne les considère

¹ R. Perrot, « Du provisoire au définitif », *préc., spéc.* p. 448.

² J. Hauser, « Du provisoire et du définitif dans l'article 258 », *RTD Civ.* 1997, p. 405.

comme provisoirement définitives »¹. Le juge étant évidemment incapable de prédire l'avenir², nul ne peut prévoir le nombre futur de ses interventions. Le processus judiciaire, s'il reste parfois ponctuel en l'absence de bouleversements, est dans la majorité des cas destiné à s'inscrire dans la durée pour rester en adéquation avec le quotidien des individus.

61. Les moyens de la mise en adéquation : le caractère révisable des mesures. La faculté de révision de ces mesures ne contrarie pas leur caractère définitif. Elles sont en effet revêtues de l'autorité de la chose jugée au sens de l'article 1351 du Code civil³. De ce point de vue, l'exigence systématique de circonstances nouvelles comme condition préalable à la révision s'articule avec ce texte comme un changement de cause de la demande. Ce que le juge a décidé ne vaut que dans la mesure où les circonstances n'évoluent pas, leur fluctuation pouvant rendre nécessaire une révision de la mesure. Dans le cas contraire, en revanche, il n'y a aucune raison de revenir sur ce qui a été valablement décidé. Le changement de circonstances, ou plutôt l'existence de *circonstances nouvelles*, est la condition nécessaire et suffisante de la révision. Or, il est difficile dans ce cas de parler d'un changement d'objet de la demande ou d'une modification des parties, pour reprendre les termes de l'article 1351 précité. C'est bien par la notion de cause de la demande, et plus précisément par le changement de cause, que s'explique la faculté de révision des mesures provisoires par objet. Ceci implique cependant de considérer la notion de cause sous un angle purement factuel, ce qui, à notre avis, rejoint l'évolution opérée en la matière par la désormais célèbre jurisprudence *Césaréo*⁴. Nous considérons que cette décision prend position dans le débat sur la notion de cause dans le sens d'une définition factuelle⁵, et non qu'elle suppose une absorption de la cause au sein de l'objet, comme cela a parfois pu être dit⁶. De plus, lorsqu'il s'agit de mesurer l'adéquation entre une décision judiciaire et le résultat qu'elle produit sur la situation des justiciables, c'est bien aux faits qu'une importance primordiale doit être accordée. Selon la pensée d'un auteur, « le véritable problème n'est donc pas d'expliquer pourquoi ces décisions seraient dénuées de l'autorité de la chose jugée, mais plutôt pourquoi une conception étroite de la cause a été retenue à leur égard, [c'est-à-dire] en

¹ G. Wiederkehr, «L'accélération des procédures et les mesures provisoires», RIDC 1998, p. 449, spéc. p. 450.

² *Rappr.* H. Lécuyer, «Prestation compensatoire : Prédire l'avenir, oui, constater le passé, non, ou comment il est enjoint au magistrat de s'improviser Mme Soleil sans pouvoir être juge des évidences», Dr. Fam. janvier 1998, n° 8.

³ « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

⁴ Cass. Ass. plén., 6 juillet 2006, *Césaréo*, JCP G 2007, 10070, obs. G. Wiederkehr. D. 2006, p. 2135 obs. L. Weiller, RTD Civ. 2006 p. 825, note R. Perrot.

⁵ En ce sens, G. Wiederkehr, obs. précitées.

⁶ L. Weiller, obs. précitées ; A. Lacabarats, «Autorité de la chose jugée au civil : la concentration des moyens au cours d'une même instance et le droit d'accès au juge», Justice et cassation 2008, p. 116.

raison de la particulière réceptivité de ces décisions à l'égard de la réalité »¹. En résumé, si les mesures provisoires par objet, bien que définitives à la fois au sens de l'article 1351 du Code civil et 480 alinéa 1 du Code de procédure civile², peuvent être révisées en cas de changement de circonstances sans se heurter à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, c'est que toute demande nouvelle est par hypothèse motivée par une nouvelle cause. Au regard de ce qui vient d'être dit, le terme le plus approprié pour désigner ces mesures ne serait *provisoire* mais plutôt « définitif évolutif ».

62. Typologie des mesures. C'est dans les domaines qui touchent de près les besoins les plus essentiels et l'intimité des justiciables que ces mesures se manifestent le plus souvent. Il y est difficile de réguler les faits de manière définitive, l'imprévu étant fréquent et les changements récurrents. Pour illustrer la démonstration nous prendrons pour exemple les mesures provisoires en matière de divorce (a.), ainsi que la régulation de la vie des enfants mineurs par les mesures touchant à l'autorité parentale et à l'assistance éducative (b.).

a. Les mesures provisoires afférentes à la procédure de divorce

63. La procédure de divorce, point de rupture des habitudes de vie conjugales et familiales, entraîne, pour les conjoints comme pour les enfants, la nécessité de modeler rapidement un nouveau *modus vivendi* permettant de passer le cap de la séparation. Cette nécessité exige de prendre des mesures dès l'introduction de l'instance en divorce. Il s'agit alors d'organiser judiciairement la rupture de fait de la communauté de vie, généralement consommée à ce stade. Dès l'ordonnance de non conciliation, le juge aux affaires familiales peut prendre, en application de l'article 255 du code civil un nombre important de mesures visant à régir la vie des époux tout comme celle des enfants. Il statue sur les modalités de résidence des différents membres de la famille, l'usage des meubles courants par certains d'entre eux, et peut accorder des provisions, tant en vue de la procédure elle-même, qu'une avance sur les droits issus du partage de la communauté. Mais « la procédure et la situation des époux étant évolutives, les mesures provisoires ne doivent pas être figées »³, et la possibilité de modification de ces mesures est prévue à l'article 1118 du Code de procédure civile, qui

¹ A.-C. Mercier, *La révision des décisions juridictionnelles*, thèse Bordeaux IV, 2000, pp. 398 et 414.

² « Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche ».

³ C. Lienhard, « Contribution aux réflexions sur la réforme des procédures de divorce », D. 1998, chron., p. 132.

dispose qu' « en cas de survenance d'un fait nouveau, le juge peut, jusqu'au dessaisissement de la juridiction, supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires qu'il a prescrites ».

Ces mesures ne sont pas seulement révisables, ce qui caractérise leur appartenance à la catégorie des mesures provisoires par objet. Elles sont aussi temporaires, c'est-à-dire limitées dans leur durée, en raison de leur lien très étroit avec l'instance en divorce elle-même. Elles deviennent caduques à l'expiration d'un délai de 30 mois courant à compter de l'ordonnance de non-conciliation si aucune juridiction n'est saisie, ou dès que la décision prononçant le divorce devient irrévocable, dans le cas contraire¹. En somme, ces mesures sont doublement provisoires car elles sont à la fois temporaires et révisables.

64. Mais cette rupture judiciaire du couple ne met pas pour autant fin à la possibilité d'ordonner des mesures provisoires. En effet, le divorce peut créer une disparité entre les ressources respectives des deux époux, disparité d'autant plus grande que la fixation de la garde des enfants provoque pour l'époux gardien un nombre important de frais. Ceci peut amener le juge à fixer au profit de l'un des ex-conjoints, d'une part une prestation compensatoire, et, d'autre part, une indemnité correspondant à l'exécution de l'obligation d'entretien des enfants.

Si la prestation compensatoire prend en principe la forme d'un capital² faisant l'objet d'un versement unique ou échelonné sur une durée pouvant aller jusqu'à huit ans³, elle peut également constituer une rente viagère « lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins »⁴. Les sommes versées ayant un caractère alimentaire, leur montant est déterminé en fonction des ressources du débiteur et des besoins du créancier et est, par conséquent, révisable en cas de « changement important »⁵ de l'un ou l'autre de ces facteurs, pour permettre le maintien d'un nécessaire rapport de proportionnalité⁶.

Ce même principe domine l'évaluation de la contribution à l'entretien des enfants, rendue nécessaire par la rupture de la communauté de vie. En effet, le parent à qui les enfants ont été confiés peut demander à son ex-conjoint de lui verser cette contribution sous forme de pension alimentaire⁷, dont le montant est fixé à proportion des ressources du parent débiteur et des besoins de l'enfant⁸.

¹ Art. 1113 al. 2 CPC.

² Art. 274, 1° C. civ.

³ Art. 275 al. 1 C. civ.

⁴ Art. 276 al. 1 C. civ.

⁵ Art. 276-3 al. 1 C. civ.

⁶ Sur cette pondération entre les besoins du créancier et les ressources du débiteur, V. M. Kornprobst, «Obligation alimentaire», Rép. Civ. 2012, n°s 211 s.

⁷ Art. 373-2-2 C. civ.

⁸ Art. 371-2 C. civ. ; *rappr.* Cass. 2^e Civ., 27 mars 2003, n° 01-14.503, Bull. civ. II, n° 86, pour la prise en compte des revenus des deux parents dans la fixation des ressources.

La disparition ou la modification significative de l'une de ces deux données entraîne donc une révision, voire la disparition de la contribution à l'entretien¹.

65. Enfin, même en cas de rejet du divorce, le besoin d'aménager provisoirement le quotidien des époux se fait sentir, notamment lorsque l'âpreté du conflit qui les sépare interdit d'envisager toute reprise de la vie commune. Dans cette optique, l'article 258 du code civil permet au juge aux affaires familiales de « statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ». Même si ces mesures « doivent régir non une situation provisoire de divorçants mais un état d'époux »², elles n'en sont pas moins intrinsèquement provisoires, car les rendre définitives « reviendrait à consacrer un divorce de fait après avoir refusé le divorce de droit »³. Elles sont destinées à régir un état d'attente, pour permettre que soit ultérieurement intentée une action en divorce pour altération définitive du lien conjugal, ou, dans une perspective plus heureuse, de permettre la réconciliation des époux. La solution en faveur de ce caractère provisoire est constante en jurisprudence, qui refuse à ce titre d'attribuer à l'un des époux la jouissance d'un logement appartenant à son conjoint, sa vie durant⁴. Elles sont donc par essence temporaires, même si les époux se contentent du *statut quo* et que l'« on s'installe dans le provisoire »⁵.

b. Les mesures relatives à l'autorité parentale et les mesures d'assistance éducative

66. L'enfant mineur, caractérisé par sa faiblesse et sa dépendance à l'égard des adultes⁶, a fait de la part du législateur l'objet d'une attention particulière. Il s'est agi en premier lieu de protéger l'enfant contre son environnement immédiat, la cellule familiale. Lorsque celle-ci devient défaillante et que les parents apparaissent inaptes à assurer l'éducation de l'enfant, à préserver sa santé et sa moralité, deux types de mesures peuvent être prises.

67. En premier lieu, l'autorité parentale peut être retirée aux parents coupables d'incurie, ou à celui d'entre eux qui prend en charge l'enfant de manière habituelle, si tel est le cas. En dehors même de

¹ Par exemple si l'enfant ne se trouve plus à charge du conjoint créancier, V. Cass. 2^e Civ., 2 avril 1997, Bull. civ. II, n° 104 ; ou encore si le débiteur est dans l'impossibilité absolue de s'acquitter de la pension en raison de sa situation patrimoniale, V. Cass. 2^e civ. 18 mars 1992, Bull. civ. II, n° 91.

² J. Rubellin-Devichi et M. Rebourg, « Procédure de divorce. Mesures provisoires », J.-Cl. Proc. Civ. 2011, n° 55.

³ J. Hauser, « Du provisoire et du définitif dans l'article 258 », *préc.*

⁴ Cass. 2^e Civ., 15 janvier 1997, Bull. civ. II, n° 8, JCP Numéro 1998, 200, note A. Yamba, Dr. fam. 1997, n° 32, note H. Lécuyer.

⁵ J. Hauser, *préc.*

⁶ C. Neirinck, « Enfance », Rép. Civ. 2013, n° 38.

toute condamnation pénale, « peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, [...] les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant »¹. Ainsi, lorsque la double condition de l'existence de l'un des comportements parentaux incriminés et du danger manifeste² qui en résulte pour l'enfant est remplie, le ou les titulaires de l'autorité parentale peuvent s'en voir privés, totalement ou partiellement. Un tel retrait peut par ailleurs être prononcé lorsque l'enfant a déjà fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative³, et que le ou les parents titulaires de l'autorité parentale se sont abstenus, pendant plus de deux ans, d'exercer les prérogatives parentales compatibles avec ladite mesure. Sur le plan pénal, l'autorité parentale peut également être retirée « par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant »⁴. Enfin, l'article 373 du Code civil prévoit, en-dehors même de toute intervention judiciaire, la privation de l'autorité parentale pour tout individu hors d'état de manifester sa volonté, « en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause ». Cependant, il est très difficile, et certainement nuisible tant pour l'enfant lui-même que pour les parents, de régler une fois pour toutes et par une décision unique le sort de l'autorité parentale. Pour permettre une grande flexibilité de la réponse juridictionnelle dans ce domaine, le législateur a prévu la possibilité pour les parents auxquels cette autorité a été retirée de demander qu'elle leur soit restituée, en justifiant de « circonstances nouvelles »⁵, propres à appuyer leur demande. Si le parent qui était momentanément hors d'état d'exprimer sa volonté venait à retrouver cette faculté, il pourrait en principe exercer à nouveau l'autorité parentale sans qu'il fût besoin de saisir le Tribunal de grande Instance, sauf si la privation résulte elle-même d'une décision judiciaire⁶.

68. Par ailleurs, les mesures d'assistance éducative, apanage du juge des enfants, sont une autre facette de la protection judiciaire de l'enfance. Elles ont vocation, sans affecter l'autorité parentale

¹ Art. 378-1 al. 1 C. civ.

² La démonstration de ce danger est systématiquement exigée, V. Cass. 1^{ère} Civ., 15 mai 1990, Bull. civ. I, n° 107 ; le danger doit être caractérisé par une mise en péril de la sécurité, de la santé et de la moralité de l'enfant, notamment en cas de fragilité psychologique notoire de la mère, V. Cass. 1^{ère} Civ., 14 juin 1988, Bull. civ. I, n° 186, Gaz. Pal. 1988. 2. 797, note J. M.

³ Art. 378-1 al. 2 C. civ.

⁴ Art. 378 C. civ.

⁵ Art. 381 C. civ.

⁶ A. Gouttenoire, «Autorité parentale», in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz Action, 2011/2012, n° 232.274.

en tant que telle, à protéger l'enfant durant une période difficile de son évolution. L'objectif affiché est d'apporter une aide extérieure à l'enfant et aux parents en difficulté, soit en maintenant celui-ci dans son milieu actuel, soit en le confiant à un tiers ou une institution spécialisée. De telles mesures peuvent être ordonnées « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises »¹. Par ailleurs, si les circonstances le justifient, le juge des enfants peut ordonner, dès l'introduction de l'instance, des mesures provisoires pour soustraire immédiatement l'enfant au danger qui le menace². Ces mesures seront alors temporaires, puisqu'en l'absence de décision au fond dans un délai de six mois à compter leur prononcé elles sont frappées de caducité³. Mais, qu'elles soient définitives ou provisoires au sens de l'article 375-5 du code civil, les mesures d'assistance éducative sont toujours marquées du sceau de la précarité, de la dépendance aux circonstances qui marquent la vie de l'enfant. Selon le mot d'un auteur, « le juge des enfants est une juridiction d'exception dont l'intervention nécessairement provisoire ne s'inscrit pas *a priori* dans une perspective à long terme, mais entre un avant et un après, tant que les parents ne parviennent pas à mettre fin eux-mêmes au danger encouru par l'enfant »⁴. Par conséquent, l'article 375-6 du code civil permet au juge des enfants, à tout moment et même d'office, de rapporter ou de modifier la mesure ordonnée. Bien que ce texte ne pose pas l'exigence de circonstances nouvelles, il serait logique et cohérent de considérer que le juge ne reviendra pas sur sa précédente décision à moins de disposer de faits nouveaux lui permettant de penser que la situation de l'enfant a évolué et appelle un ajustement de l'assistance éducative. La jurisprudence va par implicitement en ce sens en décidant de manière systématique que le juge, saisi d'une demande de modification des mesures sur le fondement de l'article 375-6, doit apprécier la situation de fait au moment où il statue et non au moment où la décision primitive avait été rendue⁵.

69. Ainsi posée la distinction fondamentale entre les mesures provisoires par objet et les mesures provisoires par nature, il est important de situer en son sein la catégorie des jugements avant dire droit. Ce type de décisions risque de perturber l'harmonie de la structure, du fait que le Code de procédure civile leur dénie toute autorité de la chose jugée au principal⁶. Leur lien avec le provisoire semble donc avéré et la systématisation menée serait incomplète sans leur analyse.

¹ Art. 375 C. civ.

² Art. 375-5 C. civ.

³ Art. 1185 CPC.

⁴ L. Gebler, « L'enfant et ses juges. Approches transversales des procédures familiales », AJ Famille 2007, p. 390.

⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 20 octobre 2010, n° 09-68141, Bull. civ. I, n° 120 ; Cass. 1^{ère} Civ., 5 décembre 2012, n° 11-28804, inédit.

⁶ Art. 482 CPC : « Le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ».

3. Les jugements avant-dire droit

70. Le jugement avant dire droit s'inscrit dans une logique à certains égards comparable avec celle qui prévaut pour les décisions du juge de la mise en état, en ce sens qu'il n'a qu'un but préparatoire de la décision finale qu'il à laquelle il est structurellement subordonné. Ce défaut d'autonomie, ainsi que l'absence d'autorité de la chose jugée, conduisent naturellement à s'interroger sur la possibilité d'un rattachement des jugements avant dire droit à l'une des deux catégories précédemment définies. Cependant, aucune assimilation n'est possible, tant avec les mesures provisoires par nature (a.) qu'avec les mesures provisoires par objet (b.), en raison de la nature très particulière de ce genre de décisions.

a. Distinction des jugements avant dire droit avec les mesures provisoires par nature

71. Même s'il en fait usage à plusieurs reprises, le Code de procédure civile ne donne aucune définition du terme « provisoire ». Tout au plus, l'article 488, relatif à l'ordonnance de référé, dispose-t-il que celle-ci, étant provisoire, est dénuée de toute autorité de la chose jugée au principal. Cette proposition renvoie à l'étude du domaine de l'autorité de la chose jugée, qui s'étend à tout « jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident »¹ et qui « dessaisit le juge le juge de la contestation qu'il tranche »². Quant à la notion de principal, elle est définie à l'article 4 du même Code, qui dispose que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». Autrement dit, dès lors que le juge répond, dans le dispositif de sa décision, à la demande portée devant lui par les parties, celle-ci est couverte par l'autorité de la chose jugée ; par conséquent, elle ne saurait être provisoire, étant donné que la décision provisoire est justement celle qui ne peut jouir de cette autorité. Tout du moins de l'autorité « au principal » que mentionne l'article 488 précité. Or, le terme *principal* renvoie à la décision qui tranche les prétentions des parties, eu égard à la définition précédemment donnée. Doit-on alors comprendre que la décision provisoire est celle qui ne tranche rien, par opposition à la décision définitive ? Il serait tentant de le penser. Ce raisonnement rapprocherait l'ordonnance de référé, et dans son sillage, l'ordonnance sur

¹ Art. 480 al. 1 CPC.

² Art. 481 CPC.

requête, du jugement avant-dire droit, défini par l'article 482 comme le « jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire » et dont on sait que lui non plus, n'a pas, « au principal, l'autorité de la chose jugée ». Ainsi, les deux notions se cofonderaient, ne laissant plus de difficulté pour la définition du provisoire. Ce serait néanmoins aller un peu vite en besogne, car toute une série d'arguments s'oppose à une telle assimilation.

72. En premier lieu, « le jugement avant dire droit ne dessaisit pas le juge »¹. Or, « le principe du dessaisissement signifie que, lorsqu'il rend un jugement qui tranche tout ou partie du litige, le juge a épuisé son pouvoir juridictionnel pour ce qui est tranché »² et que cette décision ne peut être remise en cause que par l'exercice des voies recours. A défaut, leur mise en œuvre n'est pas nécessaire car « tant qu'il n'a pas rendu sa décision, le juge peut légitimement [...] changer d'opinion »³. L'ouverture des voies de recours est donc corrélative au dessaisissement du juge⁴. En matière de jugement avant dire droit, la solution se comprend, et est confortée par les termes de l'article 150, qui dispose que « la décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction [...] ne peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond », à l'exception des « cas spécifiés par la loi ». Ces *cas particuliers* sont les décisions ordonnant une expertise, qui peuvent être frappées d'appel sur la démonstration d'un motif grave et légitime justifiant l'autorisation du premier président d'exercer cette voie de recours⁵. Or, tant l'ordonnance de référé que l'ordonnance sur requête peuvent être attaquées par le biais des voies de recours dès leur prononcé, ce qui est logique étant donné que l'ouverture de celles-ci ne peut être subordonnée à l'avènement d'un « jugement sur le fond » car l'ordonnance elle-même peut être qualifiée de telle. Le terme « fond » ne doit en effet pas être entendu ici au sens de décision rendue par le juge du principal par opposition au juge du provisoire, mais plutôt comme celle qui tranche les prétentions des parties au sens de l'article 4⁶. Le juge est par conséquent immédiatement dessaisi, ce qui contredit la qualification de jugement avant dire droit de ces décisions provisoires.

¹ Art. 483 CPC.

² J. Héron et Th. Le Bars, *op.cit.*, n° 356.

³ *Ibid.*

⁴ V. cependant *contra*, S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Précis Dalloz, 31^e édition, 2012, n° 2169 : « l'acte juridictionnel provisoire ne dessaisit pas le juge, sauf, bien sûr, lorsqu'est exercée la voie de l'appel ». Pour ces auteurs, la jurisprudence décidant que le juge est dessaisi en rendant une mesure d'instruction à futur est rendue *contra legem*, constitue une « anomalie » et « contredit la nature provisoire de la décision ». Il est intéressant de constater par ailleurs que les mêmes auteurs affirment clairement que « l'existence de voies de recours reconnues par le nouveau Code implique le dessaisissement du premier juge », V. *Ibid.*, n° 2057 *in fine*.

⁵ Art. 272 CPC.

⁶ En ce sens, Y. Desdevises, « Variations sur le fond en procédure civile », in *Mélanges Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p. 325.

73. Par ailleurs, et cet argument découle directement de la proposition qui précède, si le juge n'est pas dessaisi, c'est parce qu'en rendant un jugement avant dire droit, il n'a pas statué sur les prétentions des parties, n'a pas tranché le problème de droit. Le jugement avant dire droit ne constitue qu'une étape intermédiaire dans le processus décisionnel. Il a donc fondamentalement un caractère accessoire et n'a pas de finalité propre, asservi à la décision qu'il concourt à élaborer. Ce caractère accessoire, purement procédural, ne se retrouve pas dans les ordonnances de référé et sur requête, qui, bien qu'elles puissent être téléologiquement liées à un contentieux ultérieur ou concomitant, n'en sont pas moins des décisions *finales* à part entière. Il en résulte que le juge des référés, comme le juge des requêtes, peuvent eux-mêmes rendre des décisions avant-dire droit pour éclairer leur religion, sur le fondement de l'article 143 du Code de procédure civile¹. Le rapport direct d'accessoire à principal est donc suffisamment discriminant ici pour s'opposer à l'assimilation des jugements avant dire droit aux décisions provisoires par nature.

74. Le dernier argument est d'ordre textuel. En effet, tant les jugements avant dire droit que les ordonnances de référé et les ordonnances sur requête font l'objet d'une sous-section distincte dans le code. Si la volonté de ses rédacteurs avait été de les assimiler, toutes ces décisions auraient pu être regroupées au sein de la section seconde du chapitre II relatif aux dispositions spéciales, intitulée « Les autres jugements ». Or, il n'en a rien été, ce qui témoigne de la volonté du législateur d'éviter la confusion entre ces décisions.

b. Distinction entre les jugements avant dire droit et les mesures provisoires par objet

75. Il résulte de ce qui précède que les jugements avant dire droit ne peuvent être englobés dans la catégorie des décisions provisoires par nature. La tentation est alors grande de faire de ces derniers des décisions provisoires par objet, par un strict effet de symétrie. Cependant, un tel raisonnement est insusceptible de prospérer, pour deux raisons qui tiennent à la nature des mesures provisoires par objet telle qu'elle a été préalablement établie², c'est-à-dire des décisions définitives, assorties de l'autorité de la chose jugée et dessaisissant le juge. Ces deux dernières propositions suffisent, à elles seules, à écarter toute assimilation, car le jugement avant dire droit ne dessaisit pas le juge, pas plus

¹ « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ».

² V. *Supra*, n°s 53 s.

qu'il n'est revêtu de l'autorité de la chose jugée. Le jugement avant dire droit ne peut par conséquent être assimilé à une décision provisoire par son objet.

76. Au vu de ce qui a été dit, il est possible tirer une conclusion quant à la nature des jugements avant dire droit. S'il est impossible de les placer d'un côté ou d'un autre de la *summa divisio* du provisoire, il serait tentant d'en faire totalement abstraction. Cependant, il reste indiscutable que ces décisions entretiennent un rapport, aussi ténu soit-il, avec la logique gouvernant le provisoire. Par conséquent, il n'apparaît pas possible de les en exclure totalement ; au contraire, il semble bien que le jugement avant dire droit n'est étranger ni aux mesures provisoires par objet ni aux mesures provisoires par nature. Car un juge du provisoire, comme tout autre juge souhaitant éclairer sa propre religion, peut ordonner les mesures d'instruction de droit commun des articles 143 et suivants du Code ; lorsqu'il le fait, sa décision prend la forme d'un jugement avant dire droit. Dans la mesure où le juge du provisoire comme le juge du fond peuvent y avoir recours, la seule analyse cohérente de sa nature est que le *provisoire* ne réside que dans le *lien d'accessoire à principal*, la dépendance structurelle. Que la décision finale soit rendue au principal ou au provisoire, peu importe : le jugement avant dire droit ne fait que la préparer, pour s'y dissoudre totalement dès son prononcé. C'est donc un trait commun aux deux facettes de la division du provisoire, dépourvu d'autonomie comme de caractère discriminant. Par suite, il ne perturbe aucunement la distribution opérée entre mesures provisoires par nature et par objet.

B. L'application de la distinction à l'ordonnance sur requête et la matière gracieuse

77. Ainsi définie et clarifiée la distinction entre les mesures provisoires par objet et les mesures provisoires par nature, il convient de l'appliquer à la fois à la matière gracieuse et aux ordonnances sur requête pour pouvoir procéder à une association ou, au contraire, une dissociation de ces deux notions. Schématiquement, il est nécessaire de situer, dans cette *summa divisio*, les décisions gracieuses (1.), puis les ordonnances sur requête (2.).

1. Le caractère provisoire par objet des décisions gracieuses

78. L'examen des décisions relevant de la matière gracieuse révèle certaines incompatibilités avec les décisions provisoires par nature en raison des effets qu'elles ont vocation à provoquer dans la situation juridique des parties (a.). De plus les liens que les mesures gracieuses entretiennent avec le droit substantiel contrarient une caractéristique fondamentale des mesures provisoires par nature, qui n'existent que sur un plan purement procédural (b.).

a. Le but de l'intervention judiciaire en matière gracieuse : permettre la réalisation d'effets de droit à vocation définitive

79. La première antinomie des procédures gracieuses avec les mesures provisoires par nature se manifeste dans leurs effets. L'ensemble des décisions gracieuses, ou du moins celles que l'on peut incontestablement classer comme telles¹, ne vise pas à organiser une attente ou conserver des droits. C'est au contraire le changement de statut ou la validation d'un acte de volonté privée qui est visée dans la demande adressée au juge gracieux, autrement dit des effets qui ne peuvent qu'être définitifs. Aucune mesure de nature conservatoire ou anticipatoire n'est prononcée par le juge gracieux. La décision gracieuse se suffit toujours à elle-même et n'est pas destinée à préparer un procès futur. C'est donc en premier lieu une différence dans les objectifs de l'intervention judiciaire qui sépare matière gracieuse et mesures provisoires par nature et on ne saurait en effet mettre sur le même plan une ordonnance autorisant une saisie conservatoire et un jugement d'homologation d'un changement de régime matrimonial. Cette dissemblance provoque nécessairement des régimes différents pour chacune des décisions considérées et n'est pas sans conséquence sur l'autorité dont elles sont revêtues. La justification de cette dernière, pour la matière gracieuse, passe par la qualification d'acte juridictionnel des décisions qui en relèvent.

80. Hormis un certain nombre d'auteurs², la doctrine majoritaire considère aujourd'hui les décisions gracieuses comme des actes juridictionnels¹, ce qui correspond somme toute à la logique prônée par

¹ V. *Supra*, n° 42.

² G. Couchez et X. Lagarde, *Procédure civile*, Sirey, 16e édition, 2010, n° 216 ; D. D'Ambra, *op. cit.*, n° 154 ; M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in *Mélanges Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463 ; R. Martin, *Théorie générale du procès*, Ed. Juridiques et Techniques, 1984, n° 51.

le Code de procédure civile, qui place les matières gracieuse et contentieuse sur le même plan², et par la conception moderne du critère de l'acte juridictionnel³. Il est difficile de dénier aux décisions gracieuses cette qualité, car l'argument tiré du caractère administratif de ces actes ne saurait prospérer, ne serait-ce qu'en raison d'un critère purement organique. MM. HERON et LE BARS estiment, avec d'autres⁴, qu'« en exigeant que l'acte soit soumis au contrôle du juge, la loi commande au juge d'examiner si l'acte répond aux conditions posées par la loi. [...] C'est d'ailleurs pour que le juge agisse ainsi que, non seulement la conclusion de l'acte est soumise à un contrôle, mais encore que ce contrôle lui est confié, au lieu de l'être à une autorité administrative [...]. La matière gracieuse n'a de sens que si l'on reconnaît au jugement gracieux la qualification d'acte juridictionnel »⁵. Par ailleurs, il n'est pas contestable que le juge gracieux applique bien le droit, même si les notions qu'il manie, tel l'intérêt de la famille ou celui de l'enfant, laissent place à une certaine subjectivité. « Ce que l'on demande au juge gracieux », estime M. LE NINIVIN, « c'est bien de dire le droit, en accordant ou en refusant la mesure sollicitée selon qu'elle se présente ou non en harmonie avec l'ordonnement juridique »⁶, ou encore de donner « raison aux requérants face aux critères légaux »⁷.

81. L'autorité de la chose jugée étant l'attribut indéfectible de l'acte juridictionnel⁸, il serait surprenant de la dénier aux décisions gracieuses⁹ au seul motif du maintien de la tradition ou d'un « air d'évidence »¹⁰. Ainsi, remarque encore M. LE NINIVIN, « la complexité de bien des thèses contraste singulièrement avec l'évidence de cette réalité, qu'il s'agit simplement d'assurer la stabilité des situations juridiques. [...] N'en déplaise aux esprits trop épris d'abstraction, c'est la seule chose

¹ V°, entre autres, I. Balensi, *préc.*; R. Merle, *op. cit.*; G. Wiederkehr, « Décisions gracieuses, jugements sur le fond, dessaisissement du juge et autorité de la chose jugée », *Justices* 1995, p. 28; ---, De la distinction entre décision gracieuse et décision contentieuse, *préc.*; L. Amiel-Cosme, « La fonction d'homologation judiciaire », *préc.* Il est en outre intéressant de noter que le Doyen Cornu, qui a directement participé à l'élaboration du nouveau Code de procédure civile, confirme l'intention de ses rédacteurs de conférer un caractère juridictionnel aux décisions gracieuses, V° G. Cornu, « L'élaboration du Nouveau Code de procédure civile », *préc.*, spéc. p. 72.

² De par la disposition des règles propres à la matière gracieuse au sein du livre premier du Code.

³ V. *Infra*, n°s 153 s.

⁴ G. Wiederkehr, De la distinction entre décision gracieuse et décision contentieuse, *préc.* spéc. p. 269; C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 34 s.

⁵ J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, p. 317.

⁶ D. Le Ninivin, *op. cit.*, p. 3.

⁷ A.-C. Mercier, *op. cit.*, p. 435.

⁸ C. Bléry, *op. cit.*, pp. 30 ss.

⁹ Un auteur pourtant, dénie aux décisions gracieuses toute autorité de la chose jugée tout en admettant leur caractère juridictionnel, V° L. Amiel-Cosme, *préc.*

¹⁰ Ainsi, Hébraud écrivait-il que « la négation de l'autorité de la chose jugée des décisions gracieuses prend un air d'évidence du fait que l'on se dispense de la justifier », V° « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », *préc.*, spéc. p. 343, 1^{ère} col.

qui compte »¹. La majorité des auteurs s'accorde avec cette opinion². On voit mal le juge revenir à sa guise sur certaines décisions par essence définitives comme l'homologation d'une convention de divorce sur requête conjointe ou encore un jugement d'adoption.

82. La jurisprudence ne semble cependant pas, à première vue, aller dans ce sens. Deux décisions méritent d'être relevées, car elles apportent des précisions importantes en la matière. La première, rendue par la chambre civile le 25 octobre 1905³, est déjà ancienne. Était en cause une classique demande de rectification d'un acte d'état civil, qui s'est heurtée à l'opposition du procureur de la République. Ce dernier, estimant que la religion du premier juge avait été surprise, avait présenté une requête aux fins de rétablir l'acte concerné dans sa teneur originelle. Le Tribunal ayant fait droit à sa demande, la requérante initiale interjeta appel, obtenant l'infirmité de cette décision, au motif qu'elle portait atteinte à la chose antérieurement jugée par l'ordonnance ayant ordonné les modifications litigieuses. Or, la Cour de cassation ne suivit pas les juges d'appel sur ce terrain, estimant que « les décisions judiciaires émanées de la matière gracieuse ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée, et restent susceptibles d'être rapportées ou modifiées, si les circonstances dans lesquelles elles ont été rendues ont elles-mêmes changé ». L'observateur attentif ne manquera pas de relever une contradiction dans ce motif devenu classique : si la Cour dénie toute autorité aux décisions gracieuses, elle tempère aussitôt son affirmation par l'exigence d'un changement de circonstances préalablement à toute modification. Or, lorsqu'une décision est dénuée de l'autorité de la chose jugée, nul besoin de rapporter la preuve d'une évolution de la situation de fait pour en obtenir la révocation ou la révision, pour la simple raison qu'en ce cas, le juge n'est pas dessaisi, les jugements avant dire droit en étant un exemple parlant. Or, certains auteurs font observer que « l'existence de voies de recours reconnues par le nouveau Code implique le dessaisissement du premier juge »⁴. Par ailleurs, lorsqu'on exige des circonstances nouvelles, à l'instar de l'article 488 du Code de procédure civile pour les ordonnances de référé, on reconnaît nécessairement une certaine autorité à la décision considérée. Mais si cette autorité est dite « au provisoire »⁵ en matière de référé, qu'en est-il pour la matière gracieuse ?

83. Si une autorité doit être reconnue aux décisions gracieuses, elle ne peut être que celle d'un jugement tranchant « tout ou partie du principal », au sens de l'article 480 du Code de procédure civile. Autrement dit, le requérant qui souhaiterait renouveler sa demande, du moins en l'absence de

¹ D. Le Ninivin, *op. cit.*, p 105.

² V. notamment, G. Wiederkehr, L'évolution de la justice gracieuse, *préc.* et I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *préc.*

³ Cass. Civ., 25 octobre 1905, D. 1906, I, p. 237, obs. Planiol.

⁴ S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Précis Dalloz, 31^e édition, 2012, n° 2057, *in fine*.

⁵ Rapp. Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, pp. 461 s.

tout changement dans les circonstances de fait, se heurterait à la fin de non-recevoir issue de l'autorité de la chose jugée, par application de l'article 1351 du code civil¹. Inversement, il est possible d'adopter un point de vue strictement opposé et d'estimer que si les décisions gracieuses sont révisables au gré de l'évolution des faits, l'article 1351 ne saurait s'appliquer à elles. Cependant, une telle position est difficilement défendable, pour deux raisons, l'une négative, l'autre positive.

Négativement, placer la matière gracieuse hors du cadre de l'article 1351 paraît injustifiable en raison du caractère juridictionnel des décisions qui en relèvent². Par ailleurs, réduire l'autorité des décisions gracieuses à une autorité au provisoire est impossible, parce que ce serait alors les assimiler à des mesures provisoires par nature. Concernant ces dernières, seul le législateur peut limiter le pouvoir juridictionnel d'un organe de l'appareil judiciaire au prononcé de telles mesures, leur domaine étant spécial et résiduel³. Positivement, le juge gracieux intervient hors du cadre de la protection juridictionnelle provisoire, car les décisions qu'il prend ne peuvent être qualifiées ni de conservatoires, ni d'anticipatoires. Les décisions gracieuses ne préparent aucune décision au fond dont elles visent à préserver l'efficacité, *car elles constituent elles-mêmes de telles décisions*. Le juge gracieux est bien un juge du fond, et non pas un juge du provisoire. Dès lors, la décision gracieuse est définitive mais révisable si la situation du requérant évolue. En ce sens, la décision gracieuse n'est pas étrangère à la notion de provisoire, mais sa place dans la *summa divisio* des mesures provisoires par nature et par objet ne va pas de soi.

84. Un second arrêt plus récent est venu rappeler la négation jurisprudentielle de l'autorité de la chose jugée aux décisions gracieuses. La première Chambre civile, dans une décision rendue le 6 avril 1994⁴, a confirmé la solution adoptée en 1905, en disposant que « n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, les décisions rendues en matière gracieuse restent susceptibles d'être rapportées ou modifiées si les circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées ont elles-mêmes changé ». Mais la Cour de cassation a innové en ajoutant que « les dispositions de l'article 481 du nouveau Code de procédure civile ne sont applicables qu'aux jugements prononcés en matière contentieuse ». Le commentateur de cet arrêt a fait observer l'inadéquation d'une telle solution au regard des textes du Code, car il faudrait, pour que soit conservée la cohérence de cette affirmation par rapport aux articles 480 et suivants, que coïncident la distinction « entre les jugements sur le fond et les autres jugements, et la distinction entre jugements en matière contentieuse et jugements en matière gracieuse ». En d'autres termes, « il faudrait :

¹ Que le juge est tenu de relever d'office en application de l'article 125 CPC.

² V. *Supra*, n° 80.

³ V. *Supra*, n° 58.

⁴ Cass. 1^{ère} Civ. 6 avril 1994, Bull. Civ. I n° 141, Justices 1995, n° 2, p. 283 obs. Wiederkehr.

1°... que les jugements avant dire droit, les ordonnances de référé et les ordonnances sur requête soient nécessairement des décisions rendues en matière gracieuse ;

2°... que ces trois variétés de jugements soient les seuls qu'on puisse considérer comme rendus en matière gracieuse ;

3°... que tous les jugements sur le fond soient prononcés en matière contentieuse ;

4°... qu'inversement tous les jugements en matière contentieuse soient des jugements sur le fond ». Or, « il paraît évident que toutes les conditions ci-dessus énumérées ne sont pas remplies »¹.

Par ailleurs, si on applique à la lettre la décision retenue et qu'on estime que la décision gracieuse ne dessaisit pas le juge, on se heurte à une double contradiction. Premièrement, l'ouverture de voies de recours à l'encontre de la décision gracieuse témoigne du dessaisissement nécessaire du juge gracieux. Deuxièmement, exiger un changement de circonstances pour la révision de la décision conduit à lui conférer une certaine autorité... ce qui implique encore une fois le dessaisissement du juge². Enfin, cette jurisprudence est restée isolée depuis, ce qui témoigne de sa marginalité.

La conclusion nécessaire de ce qui précède est que la décision gracieuse, rendue au fond et révisable, ne peut être qu'une mesure provisoire par objet.

85. Une telle analyse semble avoir été suivie, très tôt, par M. MERLE, dans son étude de la théorie générale de l'acte déclaratif. En commentant l'arrêt précité de 1905, il se demande si « cette jurisprudence n'applique-t-elle pas, en définitive, les principes essentiels de l'article 1351 du code civil qui définit l'un des éléments constitutifs de l'autorité de la chose jugée par l'identité de cause ? [...] Dès lors la situation de fait est déterminante, et lorsqu'elle change, la valeur de la prétention du requérant change de même. [...]. Les décisions qui admettent le renouvellement de la requête ne portent donc nulle atteinte au principe de la chose jugée ; elles trouvent leur justification dans la mobilité fondamentale du droit qu'on leur soumet »³. Mme MERCIER reprend également ce raisonnement dans sa thèse de doctorat, en estimant que l'importance des faits dans la matière gracieuse permet de ranger celle-ci parmi les mesures provisoires par objet. Elle estime que « l'importance des faits dans l'instance gracieuse ne nous paraît pas impliquer nécessairement le caractère provisoire des décisions gracieuses. [...] S'il existe des décisions gracieuses provisoires, on ne peut en déduire le caractère provisoire de l'ensemble des décisions gracieuses. En résumé, si certaines décisions gracieuses sont provisoires par incidence du caractère provisoire des mesures

¹ G. Wiederkehr, obs. précitées.

² V. *Supra*, n° 72.

³ R. Merle, *op. cit.*, p. 12.

qu'elles ordonnent, aucune n'est provisoire par nature »¹. Cet auteur réfute en outre le lien entre les mesures provisoires par nature et le caractère unilatéral de la procédure car «les ordonnances de référé sont des décisions contradictoires mais provisoires. Au contraire, les décisions d'adoption plénière, sont irrévocables, même si la demande n'a été formulée que par un adoptant unique. De plus, certaines requêtes gracieuses sont conjointes, comme dans le cas du divorce du même nom : le contradictoire y est donc respecté»². Ainsi, il n'apparaît pas possible que la matière gracieuse soit dotée, à l'instar de la juridiction contentieuse, de décisions provisoires et de décisions définitives, comme cela a parfois pu être affirmé³. Le caractère provisoire de la mesure considérée est, en ce sens, totalement discriminant au regard de la qualification gracieuse ou contentieuse.

b. La juridiction gracieuse, pendant procédural du droit substantiel

86. Il existe, outre le caractère définitif des décisions gracieuses, un autre caractère qui les distingue des mesures provisoires par nature : leur rapport avec le droit substantiel. Il est d'usage de dire que la procédure est la matrice des droits substantiels, à la fois droit servant dont l'utilité n'est que la mise en œuvre effective des droits subjectifs dont jouissent les justiciables, et droit indispensable, sans lequel le côté impératif des normes édictées resterait lettre morte. Pour autant, toutes les notions de procédure n'ont pas d'équivalent substantiel, et vice-versa, ce qui renvoie à l'explication classique généralement dispensée quant à la différence entre le droit et l'action⁴. S'il existe des droits qui ne peuvent trouver des sanctions sur le terrain procédural, tels les droits naturels, il existe également des mécanismes procéduraux qui ne s'appuient sur aucun droit subjectif dont ils réaliseraient la sanction, à l'instar par exemple des mesures d'instruction *in futurum*, ou des référés en général. Il est intéressant de noter que cette distinction entre les différentes catégories de décisions, selon qu'elles entretiennent ou non un lien direct avec un droit subjectif invoqué par le plaideur, est fortement révélatrice en ce qui concerne la matière gracieuse. Cette dernière n'est en réalité que la traduction procédurale d'un pan du droit civil, qui, pour sa réalisation en justice, a nécessité des règles de procédure spécifiques. Selon le mot d'un auteur, « le droit procédural s'est substantiellement nourri du droit substantiel rénové. [...] Le droit civil, en multipliant les cas, ajoutant à ses applications traditionnelles (l'adoption par exemple) de nombreuses autres illustrations, changement de régime matrimonial, divorce par consentement mutuel, légitimation par autorité de

¹ A.-C. Mercier, *op. cit.*, pp. 440-443.

² *Ibid*, p. 439

³ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, p. 242 ; G. Wiederkehr, L'évolution de la justice gracieuse, *préc.*

⁴ V.H. Motulsky, «Le droit subjectif et l'action en justice», *Archives philo. droit* 1964, p. 215 ; G. Wiederkehr, «Une notion controversée : l'action en justice», in *Mélanges Simler*, Paris, Litec, 2009, p. 903.

justice, changement de nom (C. civ. art. 334). A ces ouvertures parallèles, il fallait donner le substratum procédural qu'elles réclamaient, la base uniforme et spécifique du développement des procédures gracieuses »¹. Par ailleurs, le Doyen HERON a mis en exergue l'importance capitale de ce rapport entre la procédure et le droit substantiel, en estimant que « la typologie des jugements dépend pour une large part du droit substantiel invoqué dans la demande »². Or, une conséquence importante en découle quant à la nature de la décision gracieuse : « l'intervention du juge, qu'implique le présupposé de la règle, ne peut être que celle d'un juge ordinaire, c'est-à-dire d'un juge du principal, par opposition au juge des référés. La loi n'entend pas d'un divorce par provision »³. On peut dès lors en déduire que le lien particulier qui existe entre le fond et la procédure gracieuse interdit de considérer les décisions gracieuses comme provisoires par nature.

87. Mais il y a plus. Car, inversement, l'absence d'un tel lien avec le fond en ce qui concerne les mesures provisoires par nature permet de les opposer aux jugements définitifs. Les décisions rendues par les juges du provisoire n'ont pas pour but de mettre en œuvre un droit subjectif substantiel. Même si, de manière indirecte, elles contribuent incontestablement à préserver l'efficacité de tels droits, elles ne réalisent pas le droit substantiel. Leur efficacité reste purement processuelle. Non pas que de telles décisions n'affectent en rien les droits des parties, bien au contraire. Mais elles n'affectent pas le *fond du droit*, entendu comme la déclaration de l'existence ou de la sanction d'un droit subjectif. C'est bien pour cette raison que le juge des référés, par exemple lorsqu'il enjoint au débiteur de payer au créancier une provision sur sa dette, ne se prononce pas sur l'existence de la créance mais seulement sur son caractère non sérieusement contestable. De la même manière, lorsqu'il ordonne une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145, il ne se prononce pas sur le bien-fondé du procès à venir, mais seulement sur l'existence du *motif légitime* d'établir ou de conserver des preuves en vue d'un tel procès. La même remarque peut être faite à propos du juge de la mise en état. Son rôle, même lorsqu'il constate l'extinction de l'instance⁴ ou ordonne l'une des mesures prévues à l'article 771, n'est pas de trancher sur le bien-fondé des prétentions respectives des parties, mais seulement d'épurer le dossier de tous les incidents et de faire en sorte que l'affaire soit en état d'être jugée lorsqu'elle arrivera devant la formation de jugement⁵. Ici encore, le fond du droit n'est en rien affecté.

¹ G. Cornu, *préc.*, *spéc.* p. 72.

² J. Héron, *préc.*, n° 3.

³ *Ibid.*, n° 8.

⁴ Art. 769 CPC.

⁵ V. M. Douchy-Oudot, «La scission des phases de l'instance : la mise en état», in *De code en code*, Mélanges Wiederkehr, Paris, Dalloz, 2009, p. 233.

88. En résumé, si une décision n'affecte pas le droit substantiel, dans la reconnaissance de son existence, son étendue ou encore sa sanction, elle ne peut qu'être provisoire car elle n'opère que sur le plan de la procédure. Son efficacité reste processuelle et son objectif est de sauvegarder le droit substantiel en vue du procès au principal. Lors de ce dernier, en revanche, la notion de provisoire doit être exclue, la décision rendue ne pouvant plus être remise en cause que par le jeu normal des voies de recours. Le rapport entre la procédure et le droit substantiel en cause est donc un élément discriminant entre les décisions provisoires et les décisions au fond. En ce sens, les décisions gracieuses ne peuvent qu'être des décisions au fond, définitives ; si un quelconque caractère provisoire doit leur être reconnu, ce ne peut qu'être le provisoire par objet.

Pour clarifier la qualification de l'ordonnance sur requête, il est nécessaire de la situer au sein de la même *summa divisio* entre les mesures provisoires par objet et les mesures provisoires par nature. Le résultat obtenu appuiera un classement univoque : soit les ordonnances sur requête peuvent être classées dans la même catégorie que les décisions gracieuses, et alors l'assimilation est possible, soit, inversement, elles leur sont opposées, et une autre qualification devra être proposée.

2. Le caractère provisoire par nature des ordonnances sur requête

89. Parmi les difficultés qui rendent difficile la qualification de l'ordonnance sur requête, la plus importante est sa diversité. Cette figure procédurale est protéiforme, changeante, comblant les besoins de la pratique à chaque fois qu'ils se rencontrent. L'hétérogénéité des décisions regroupées sous le même vocable est évidente et obscurcit l'analyse. MM. HERON et LE BARS ont perçu la difficulté et dénoncé, dans leur étude de la qualification gracieuse ou contentieuse de l'ordonnance sur requête, la confusion qui y règne. Selon ces auteurs, deux raisons conduisent ranger sous le même terme juridique de nombreuses et diverses décisions. La première est l'utilisation excessive du raisonnement par analogie avec la matière gracieuse, en raison de la forme procédurale et unilatérale utilisée. Ainsi, disent-ils, « la procédure, comme son nom l'indique, n'est qu'un cheminement à suivre pour obtenir une décision. Rien ne s'oppose à ce qu'une même technique procédurale soit utilisée pour différentes sortes de demandes¹. [...] Le recours à un type de procédure ne peut donc suffire à caractériser un type de demande »². La seconde raison, qui découle directement de la première, est la pauvreté du vocabulaire juridique. Alors que le référé dispose d'un

¹ Ce qui confirme l'inadaptation du critère dit du « non contradictoire structurel », proposé par Mme Pierre-Maurice, dont les insuffisances ont déjà été exposées, V. *Supra*, n°s 49 s.

² J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 437

terme spécifique qui le distingue clairement parmi toutes les attributions juridictionnelles du président, ce n'est pas le cas pour l'ordonnance sur requête. Or, « chaque fois que le juge est sollicité de rendre une décision non contradictoire, la demande est présentée au moyen d'une requête et, puisque c'est le président du tribunal qui statue, sa décision est une ordonnance, donc une ordonnance sur requête. Le vocabulaire juridique n'a forgé aucun mot pour en distinguer certaines de l'ensemble »¹. Cette polysémie du terme *requête* a été également mise en avant par MM. STRICKLER et FOULON qui estiment qu'il embrasse « en réalité des procédures très diverses qui n'ont en commun que le nom »².

90. Les ordonnances sur requête sont donc un vaste groupe qui comprend des décisions de nature différente et qu'il apparaît nécessaire de distinguer. Il est possible, pour faire ce départ, de se servir de la notion de provisoire, car l'article 493 y fait référence. Une première possibilité consiste à diviser en deux le vaste ensemble des ordonnances sur requête, qui serait composé d'ordonnances provisoires de l'article 493, et, de manière générale et résiduelle, d'ordonnances définitives³. Une telle proposition est particulièrement intéressante sur le plan de la qualification, car si elle devait s'avérer exacte, les ordonnances provisoires devraient nécessairement se placer hors de la matière gracieuse. Mais pour établir l'exactitude d'une telle dichotomie parmi les ordonnances sur requête, deux données doivent d'abord être vérifiées : les ordonnances relevant des articles 493 et suivants doivent effectivement être des décisions provisoires et former un groupe homogène (a.), et un critère de distinction sûr doit pouvoir être proposé pour les distinguer des autres décisions unilatérales (b.).

¹ Ibid., n° 438

² Y. Strickler et M. Foulon, «Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ?», Gaz. Pal. 08 décembre 2012, p. 10, *spéc.* n° 2.

³ J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 438

a. Le caractère provisoire des ordonnances relevant des articles 493 et suivants du Code de procédure civile

91. L'article 493 qualifie expressément de provisoires les mesures qu'il a vocation à régir¹. Une telle qualification doit être appréciée sous le prisme la division établie précédemment entre les mesures provisoires par nature et les mesures provisoires par objet. Pour cela, il suffit de reprendre le raisonnement suivi en matière de décisions gracieuses et de l'appliquer à l'ordonnance sur requête².

92. En premier lieu il faut observer que les décisions qualifiées de provisoires par la loi sont nécessairement provisoires par nature car la limitation législative atteint la *jurisdictio* du magistrat dans son ensemble. Ce dernier ne peut rendre que des décisions provisoires, indépendamment de leur objet. La qualification à retenir dans ce cas est celle de mesure provisoire par nature. Or, il apparaît bien qu'à première vue, l'ordonnance sur requête provisoire revêt ce caractère indépendamment de l'objet de la mesure adoptée. Le régime édicté par les articles 493 et suivants est un régime autonome à vocation générale. Toute décision qui en relève est par conséquent nécessairement provisoire par nature³.

En deuxième lieu, au contraire des mesures provisoires par objet, l'ordonnance sur requête provisoire n'a pas une fin en soi et ne sert qu'à préparer, en en préservant l'efficacité, un jugement futur au principal. Corrélativement, cela signifie que le juge des requêtes ne peut trancher sur le fond, déclarer l'existence ou l'étendue d'un droit. Ces deux propositions peuvent en réalité se couler en une seule : l'efficacité de la décision rendue sur requête est processuelle et n'affecte que les droits processuels des parties. A l'instar de l'ordonnance de référé, la procédure d'ordonnance sur requête n'est pas le pendant procédural d'un droit subjectif particulier. Elle constitue au contraire un mécanisme de procédure autonome par rapport au droit substantiel ; or, ce trait est caractéristique des mesures provisoires par nature⁴.

Enfin, l'autonomie du régime de l'ordonnance sur requête provisoire, que confirme la place de textes qui y sont consacrés⁵, témoigne de l'existence d'une catégorie homogène, qu'il est possible d'isoler des

¹ Pour la clarté de l'analyse, ce type de décisions sera ci-après dénommé ordonnance sur requête provisoire.

² V. *Supra*, n°s 76 s.

³ Réserve faite des ordonnances rendues en la forme des requêtes, qui empruntent le même régime que les ordonnances provisoires tout en restant définitives. Cet emprunt n'affecte cependant en rien la qualification des provisoires par nature des « véritables » ordonnances de l'article 493, car elles constituent une déviation contestable de la procédure sur requête. Sur ces mesures, V. *Infra* n° 114.

⁴ V. *Supra*, n° 58.

⁵ Les articles 493 et suivants font l'objet d'une sous-section à part dans le Code de procédure civile.

autres décisions regroupées sous le vocable ordonnance sur requête. Cette observation textuelle confirme la possibilité d'une scission en plusieurs sous-groupes de cette catégorie générale.

93. En conclusion, la qualification à retenir pour l'ordonnance sur requête provisoire est celle de mesure provisoire par nature. L'hétérogénéité des décisions regroupées sous le vocable « ordonnances sur requête » empêche cependant de généraliser cette qualification au-delà des seules mesures que vise l'article 493. L'examen des diverses ordonnances nommées recensées en droit positif montre bien que toutes ne partagent pas les caractéristiques décrites ci-dessus. Pour ces dernières, un double problème se pose : il convient de se demander si, bien que ne relevant pas des articles 493 et suivants, elles sont provisoires et, dans la négative, il est nécessaire de les qualifier pour en déduire le régime qui leur est applicable.

b. Le caractère provisoire des ordonnances ne relevant pas des articles 493 et suivants du Code de procédure civile

94. Une fois définies les ordonnances sur requête provisoires, le travail de qualification se trouve confronté à une difficulté plus grande encore. Il faut, d'une part, distinguer parmi l'ensemble des ordonnances sur requête celles auxquelles s'applique le régime des articles 493 et suivants, et, d'autre part, classer celles qui n'en relèvent pas dans l'une des catégories procédurales existantes pour en déterminer le régime. Pour cela, une analyse exhaustive des ordonnances nommées recensées en droit positif est nécessaire, les ordonnances innommées ne pouvant, en raison de leur nature extrêmement diverse et factuelle, être sujettes à analyse. Celle-ci serait au demeurant inutile car les ordonnances innommées relèvent par essence de l'article 493 et revêt par suite la qualification de mesure provisoire par nature.

Pour procéder à un tel classement, il est nécessaire de prendre pour point de départ la définition donnée pour les ordonnances sur requête provisoires et la confronter aux figures procédurales qui feront l'objet de l'analyse. Il s'agit de mesures provisoires par nature (α .) soumises à un régime autonome et spécifique (β .). Il faut ainsi confronter les différentes ordonnances nommées à ces deux traits caractéristiques pour en établir la nature. Cependant, il n'est pas utile, dans le cadre des présents développements, d'examiner un par un les textes concernés, car un tel dépouillement tournerait à la litanie ; l'objectif de la recherche étant la systématisation et non la description, seuls les exemples les plus topiques seront cités, à l'appui des critères proposés. Par ailleurs, l'évolution du droit positif invite à un tel raisonnement, car les textes sont par principe susceptibles de modification

ou de disparition, alors qu'un critère permettant la conceptualisation est plus sujet à la permanence. Le recoupement des résultats obtenus par l'application successive de ces deux critères permettra de vérifier l'existence de plusieurs catégories de décisions parmi les ordonnances sur requête.

α. Les critères de la mesure provisoire par nature

95. Les critères permettant de circonscrire la mesure provisoire par nature doivent être définis puis appliqués respectivement aux décisions gracieuses et aux ordonnances sur requête provisoires. Ils peuvent être regroupés en plusieurs sous-critères : un critère matériel (a.) et un critère structurel (b.).

a) Le critère matériel de la mesure provisoire par nature

96. Le critère matériel, sous l'aspect qui intéresse le provisoire par nature, représente tout d'abord l'objectif poursuivi par la mesure considérée. En ce qui concerne les ordonnances sur requête provisoires, cet objectif est la protection juridictionnelle provisoire, autrement dit la protection immédiate des biens et droits qui sont susceptibles de dépréciation ou de disparition à défaut d'une intervention immédiate de l'appareil juridictionnel. C'est à la lumière de ce premier critère qu'il convient d'examiner les diverses ordonnances dénombrées.

Le premier examen des textes révèle que ceux-ci peuvent faire l'objet d'un classement au sein de six grandes catégories aux contours volontairement larges. On peut ainsi dire que les différentes hypothèses de recours à une procédure unilatérale aboutissant à une ordonnance se retrouvent dans les cas suivants :

1° L'administration du service public de la justice au sens large, entendu comme la gestion administrative, ou en tout cas para-juridictionnelle, des juridictions et registres divers ;

2° Les nominations diverses, tous domaines confondus, d'experts, administrateurs *ad hoc*, de commissaires aux comptes, etc... autrement dit de professionnels requis pour une mission ponctuelle fortement spécialisée, tant au cours d'une instance que de manière extrajudiciaire ;

3° L'octroi ou la suppression de délais divers, qu'ils soient relatifs ou non à une instance en cours ;

4° La réalisation de sûretés mobilières ;

5° Les hypothèses dans lesquelles l'intervention juridictionnelle est nécessaire pour parfaire un acte, soit qu'il fût nécessaire de lui conférer la force exécutoire, soit qu'il requiert d'être homologué pour pouvoir pleinement produire ses effets ;

6° Les saisies et mesures conservatoires.

97. Sur le plan matériel, les ordonnances relevant de la première catégorie semblent assez éloignées de l'idée d'une quelconque protection juridictionnelle provisoire. Il s'agit plutôt de cas dans lesquels se retrouvent habituellement les mesures d'administration judiciaire. Pour autant, cette qualification ne peut être avancée à ce stade de l'analyse, car il faut pour cela recourir aux critères de l'acte juridictionnel¹. En toute hypothèse, il ne s'agit alors nullement de préserver un droit ou un bien en faisant intervenir l'appareil judiciaire. On peut donner ici plusieurs exemples. Tout d'abord, en matière de registre du commerce et des sociétés, l'article L. 123-3 du Code de commerce dispose que « faute par un commerçant personne physique de requérir son immatriculation dans le délai prescrit, le juge commis soit d'office, soit à la requête du procureur de la République ou de toute personne justifiant y avoir intérêt, rend une ordonnance lui enjoignant de demander son immatriculation. Dans les mêmes conditions, le juge peut enjoindre à toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés qui ne les aurait pas requises dans les délais prescrits, de faire procéder soit aux mentions complémentaires ou rectifications qu'elle doit y faire porter, soit aux mentions ou rectifications nécessaires en cas de déclarations inexactes ou incomplètes, soit à la radiation ». Par ailleurs, il est encore possible de citer l'article 465 du Code de procédure civile, relatif aux expéditions revêtues de la formule exécutoire. Ce texte dispose que « chacune des parties a la faculté de se faire délivrer une expédition revêtue de la formule exécutoire. S'il y a un motif légitime, une seconde expédition, revêtue de cette formule, peut être délivrée à la même partie par le secrétaire de la juridiction qui a rendu le jugement. *En cas de difficulté, le président de cette juridiction statue par ordonnance sur requête* ». Cette première catégorie de décisions ne satisfait donc pas au critère matériel tel qu'envisagé précédemment.

La seconde catégorie d'ordonnances est plus ambiguë est requiert par là même une analyse plus poussée. La nomination d'une personnalité extérieure dans une situation de conflit peut en effet contribuer directement à la préservation d'un droit, s'inscrivant alors dans le concept de mesure de sauvegarde du patrimoine². Cependant, il semble qu'en matière d'ordonnances nommées, cette

¹ V. *Infra*, n°s 153 s. ; le terme de mesure d'administration judiciaire ne sera donc volontairement pas utilisé dans les développements qui vont suivre.

² V. *Infra*, n°s 855 s.

hypothèse ne se vérifie pas. Ce qui justifie l'usage de la voie unilatérale dans les cas désignés par le législateur, c'est la commodité de la procédure, ou plutôt l'absence d'autre voie procédurale envisageable. Dans les circonstances correspondant aux textes considérés, il n'y a pas d'adversaire à assigner, soit qu'il n'existe pas, soit que la contestation n'a pas encore surgi, ou, en tout cas, n'a pas encore franchi les portes du prétoire. Deux exemples sont susceptibles d'illustrer ce raisonnement.

Premièrement, en matière de baux commerciaux, l'article L. 145-29 alinéa premier du Code de commerce dispose qu' « en cas d'éviction, les lieux doivent être remis au bailleur à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la date du versement de l'indemnité d'éviction au locataire lui-même ou de la notification à celui-ci du versement de l'indemnité à un séquestre. A défaut d'accord entre les parties, le séquestre est nommé par le jugement prononçant condamnation au paiement de l'indemnité ou à défaut *par simple ordonnance sur requête* ». Dans un tel cas, nul besoin de sauvegarder un droit en péril, il s'agit simplement d'obtenir le résultat souhaité – la désignation d'un séquestre apte à recueillir l'indemnité d'éviction – par la voie procédurale la plus adaptée. Or, deux situations peuvent se présenter : soit il existe un litige entre le bailleur commercial et le preneur des locaux sur le montant de l'indemnité ou sur son exigibilité, et il peut alors être tranché par un jugement pouvant désigner, dans le même temps, un séquestre. Soit il n'y a aucun litige : les parties sont d'accord sur le principe du versement de l'indemnité et sur son montant, mais peinent à s'entendre sur le nom du séquestre qui recevra celle-ci. La procédure sur requête apparaît alors la seule possible, raison pour laquelle elle a été choisie par le législateur.

Le deuxième exemple choisi ressort du cadre des procédures collectives. L'article L. 641-9, II du Code de commerce dispose que « lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leur lieu et place *par ordonnance du président du tribunal sur requête* de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public ». Ici encore, il n'y a pas d'adversaire formellement désigné, pas plus qu'il n'y a de droit à sauvegarder. Il n'existe pas de litige : si le dirigeant de l'entreprise défaillante est appelé à être remplacé, c'est bien en raison d'une disposition des statuts ou d'une décision de l'assemblée générale en ce sens, même si dans ce dernier cas un différend est sans doute latent. La requête, qui formalise un lien direct avec l'appareil judiciaire, est non seulement le moyen le plus commode pour obtenir le résultat recherché, à savoir la désignation en justice d'un mandataire voué à remplacer l'organe dirigeant, mais également le seul envisageable.

La troisième catégorie rassemble en son sein diverses ordonnances nommées ayant pour effet de moduler les délais relatifs à l'accomplissement d'actes divers. Ces ordonnances, à l'instar de celles

relevant des deux groupes précédents, sont éloignées de la logique de la protection juridictionnelle provisoire, car elles ne concernent ni l'anticipation, ni la conservation d'un droit. Il s'agit plutôt d'investir le juge du pouvoir d'aménager les conditions légales dans certains cas, si les faits le justifient. La logique de la mesure demandée reste la même : les justiciables ne demandent pas au magistrat de trancher un conflit qu'ils portent devant lui, mais s'adressent directement à lui pour l'adoption d'une mesure qui permettra de modifier l'ordonnement juridique en leur faveur. Par exemple, l'article L. 144-4 du Code de commerce, relatif à la location-gérance, permet au président du Tribunal de grande instance, statuant par voie d'ordonnance sur requête, de supprimer ou de réduire le délai de deux ans d'exploitation du fonds par celui qui en est le propriétaire, prévu par l'article L. 144-3 du même Code.

Il en est de même pour les mesures de la quatrième catégorie, qui consistent à réaliser des sûretés mobilières par la voie de ventes publiques, dont les modalités sont déterminées par une ordonnance sur requête rendue à la demande du créancier privilégié. On retrouve de telles ordonnances en matière de warrants pétroliers en cas de non-paiement par l'emprunteur au profit du porteur¹, ou encore de dépôts en magasins généraux² en cas de non-paiement des frais de magasinage afférents aux marchandises.

La cinquième et avant-dernière catégorie rejoint les précédentes en ce sens que le juge des requêtes est saisi pour lever un obstacle à la réalisation d'un droit du requérant, à savoir conférer la pleine efficacité juridique à un acte de ce dernier. Le rôle du juge est alors soit d'homologuer un acte, notamment pour veiller à une préservation suffisante des intérêts des tiers³, soit de lui conférer la force exécutoire afin que les parties puissent, le cas échéant, en poursuivre l'exécution forcée⁴.

98. En revanche, la catégorie des saisies et mesures conservatoires semble s'inscrire dans la problématique de la juridiction provisoire. Que l'on envisage la saisie conservatoire de droit commun⁵ ou les saisies particulières du droit de la propriété intellectuelle⁶ ou du droit de la

¹ Arts. L. 524-10 s. C. com.

² Art. R. 522-14 C. com.

³ V., en matière d'échange d'immeubles ruraux, l'art. L. 124-1 C. rural.

⁴ V., en matière d'accord de conciliation entre employeur et salarié sur le droit de celui-ci à un titre de propriété industrielle dans le cas où lui est reconnue la qualité d'inventeur, art. L. 615-21 al. 2 CPI.

⁵ Art. L. 511-1 CPCE.

⁶ V°, au sein du Code de la propriété intellectuelle, l'article L. 332-1 relatif aux œuvres littéraires et artistiques, l'article L. 332-4 relatif aux bases de données et logiciels, l'article L. 521-4 en matière de contrefaçon, l'article L. 722-4 relatif aux atteintes à une indication géographique et l'article R. 623-51 relatif aux certificats d'obtention végétale.

consommation¹, l'on reconnaît aisément la fonction de conservation des droits qui s'inscrit dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire. Mais celle-ci ne s'exerce pas seulement par la saisie descriptive ou réelle des biens, ou par leur consignation. En ce sens, le prononcé d'une mesure d'instruction avant tout procès, bien que n'affectant physiquement aucun bien matériel, permet la sauvegarde des droits processuels du requérant². Or, si la mesure d'instruction doit être exécutée par un technicien, comme dans le cas d'une expertise ou d'une consultation, la décision pourrait très bien relever de la catégorie des nominations. Il en est également ainsi pour l'ordonnance de l'article L 133-4 du Code de commerce, qui, dans un esprit similaire, dispose qu' « en cas de refus des objets transportés ou présentés pour être transportés, ou de contestation de quelque nature qu'elle soit, sur la formation ou l'exécution du contrat de transport, ou à raison d'un incident survenu au cours même et à l'occasion du transport, l'état des objets transportés ou présentés pour être transportés et, en tant que de besoin, leur conditionnement, leur poids, leur nature, etc., sont vérifiés et constatés par un ou plusieurs experts nommés par le président du tribunal de commerce ou, à défaut, par le président du tribunal d'instance et *par ordonnance rendue sur requête* ». Bien que l'on puisse, là aussi, parler d'une nomination, il s'agit bien d'une mesure conservatoire car « l'objectif de cet article est de permettre à la partie la plus diligente d'obtenir rapidement un examen de la marchandise »³ afin d'éviter la déperdition des preuves et préserver ainsi la possibilité d'un procès au principal.

99. En conclusion, seule une catégorie d'ordonnances nommées relève de la protection juridictionnelle provisoire en application du critère matériel. Cependant, les contours de cette catégorie restent flous en raison des incertitudes qui entourent la notion de mesure conservatoire, à ce stade de la recherche⁴. Par conséquent, cette première distribution des textes mérite d'être complétée par l'utilisation d'un second critère, à caractère structurel.

b) Le critère structurel de la mesure provisoire par nature

100. La mesure provisoire par nature se caractérise non seulement par le but qu'elle cherche à atteindre, mais également par sa structure. Deux spécificités la distinguent : elle n'entretient pas de

¹ Art. L. 215-8 C. consom. pour la consignation dans les lieux de conservation, dans l'attente des contrôles requis, des marchandises dont le maintien sur le marché « porte une atteinte grave et immédiate à la loyauté des transactions ou à l'intérêt des consommateurs ».

² V. *Infra*, n°s 862 s.

³ E. Jeuland, « L'expertise commerciale », D. 2000, chron. p. 209.

⁴ Sur cette notion, V. *Infra*, n°s 855 s.

rapport direct avec le droit subjectif qu'elle préserve, et ne se suffit pas à elle-même, organisant l'attente d'une décision définitive. Il apparaît nécessaire d'examiner les différents groupes d'ordonnances sous ce double aspect du provisoire par nature.

101. **Le lien avec le droit substantiel.** Sur le premier point, les mesures relatives à la gestion administrative du service public de la justice sont aisément classifiables, puisque par hypothèse aucun droit substantiel n'est en jeu. Par conséquent, alors qu'elles ne satisfont pas au critère matériel, ces ordonnances se rapprochent de la mesure provisoire par nature du point de vue structurel.

En revanche, la seconde catégorie d'ordonnances est plus difficile à examiner à l'aune de ce critère. En effet, la nomination d'un tiers, requise dans un certain nombre de cas, pourrait être interprétée comme étant un mécanisme procédural indépendant du fond. La confusion est entretenue par le fait que tant en matière de référé que d'ordonnances sur requête, l'une des mesures fréquemment ordonnée est la désignation d'un administrateur provisoire chargé de gérer une situation conflictuelle¹. Or, à notre sens, l'ambiguïté de la notion de provisoire, et le large recours aux juridictions du provisoire, brouillent le raisonnement². Une distinction complémentaire devient ici nécessaire. Il existe incontestablement, en premier lieu, des décisions nommant un tiers et rendues par un juge du provisoire³. Celles-ci sont provisoires par nature et relèvent de la protection juridictionnelle provisoire. Il n'y a aucun lien direct entre le droit subjectif sauvegardé, la mesure constituant alors un mécanisme procédural autonome. Par ailleurs, une seconde variété de décisions qui sont rendues à l'issue d'une procédure présidentielle, formalisent la mise en œuvre d'un droit substantiel. Autrement dit, il existe bien un mécanisme procédural, mais celui-ci n'est pas détaché du droit subjectif qu'invoque le justiciable. Plus encore, à la manière de ce qui a été dit au sujet des décisions gracieuses⁴, l'intervention judiciaire constitue l'une des conditions de mise en œuvre de ce droit. Pour reprendre les exemples déjà cités, pour l'application des articles L. 145-29 alinéa 1 et L. 641-9, II du Code de commerce, seul le juge peut procéder à la nomination et celle-ci est l'unique mesure pouvant être ordonnée. Or, tel n'est pas le cas dans le cadre de la protection juridictionnelle

¹ Sur la désignation en référé d'un administrateur chargé de gérer les biens d'une association, V. Cass. 1^{ère} Civ., 20 janvier 1976, Bull. civ. I, n° 24 ; ou pour administrer une succession en présence d'une contestation sur la validité du testament, V. Cass. 1^{ère} Civ., 17 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981, pan. 64.

² En ce sens, V. I. Desprès, «Référés et requêtes... en droit des successions et libéralités», in De code en code, Mélanges Wiederkehr, Paris, Dalloz, 2009, p. 217, spéc. p. 226 ; J. Normand, «Les facteurs d'accélération de la procédure civile», in Le juge entre deux millénaires, Mélanges Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 427, spéc. p. 429.

³ Les nominations ont alors une fonction conservatoire avérée, V. J. Normand, « Les fonctions des référés », *préc. spéc.* pp. 76-77.

⁴ V. *Supra*, n° 59.

provisoire, où non seulement le juge peut ordonner la mesure qui lui semble la plus appropriée¹, mais en outre son intervention ne constitue pas la seule issue possible, car le droit à protéger doit en principe se réaliser librement. Le modèle que suivent les ordonnances du second groupe s'éloignent du modèle de la mesure provisoire par nature, pour se rapprocher du schéma existant en matière de décisions gracieuses, permettant un recoupement des critères matériel et structurel.

La même remarque peut être faite à propos des trois catégories d'ordonnances suivantes. Très certainement, le requérant ne peut jamais s'accorder lui-même des délais, réaliser à son profit la sûreté mobilière dont il est titulaire ou conférer la force exécutoire à l'accord qu'il a conclu. L'intervention du juge est non seulement une condition de la réalisation du droit invoqué, mais également le seul moyen de cette réalisation. Dans le cas où c'est la procédure sur requête qui a été choisie par le législateur, c'est bien qu'elle est la seule envisageable, du fait même de l'absence d'adversaire... Pour toutes ces raisons, les ordonnances considérées relèvent davantage de la matière gracieuse que de la protection juridictionnelle provisoire.

102. Inversement, la catégorie des saisies et mesures conservatoires ne permet pas de mettre en œuvre le droit substantiel. Le but de ces mesures est seulement d'assurer la protection de ce droit substantiel, afin d'en permettre la réalisation par un procès au principal. Par exemple, la saisie réelle des objets contrefaits ne réalise pas le droit patrimonial de l'auteur d'une œuvre de l'esprit. Ce que recherche le requérant, c'est la sanction de son droit à l'encontre du contrefacteur. Le but poursuivi par la mesure est la constitution de preuves sans lesquelles le procès au fond serait voué à l'échec. Non seulement l'intervention du juge n'est pas le cheminement normal pour la réalisation du droit subjectif, mais il n'y a au surplus aucun lien direct entre ce dernier et la mesure ordonnée. Par conséquent, au vu du critère structurel, la catégorie des saisies relève bien des mesures provisoires par nature.

103. **L'autosuffisance structurelle.** Le second trait caractéristique des mesures provisoires par nature est le fait qu'intellectuellement elles ne se suffisent pas à elles-mêmes, se contentant d'organiser une attente. Le fait que la mesure provisoire n'ait pas de lien direct avec le droit substantiel, et par conséquent n'affecte pas le fond rentre dans cette optique. Ce n'est pas au juge du provisoire de reconnaître ou de sanctionner un droit. Son rôle est de permettre au juge du fond de le faire. C'est pourquoi la mesure provisoire par nature n'est jamais, en droit tout du moins, l'aboutissement du procès. Or, de ce point de vue encore, deux tendances se dessinent parmi les différentes catégories d'ordonnances sur requête.

¹ Sans pour autant attenter au principe dispositif, V° J. Normand, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction », *préc.*

104. Se situant dans un premier courant, les cinq premiers groupes ne peuvent être qualifiés de mesures d'attente. Les ordonnances relatives au service public de la justice sont l'achèvement de la procédure, le résultat recherché étant produit par le prononcé de la décision. Il en est de même pour les homologations, la réalisation de sûretés mobilières, la modulation de délais. Si la solution paraît plus discutable pour les ordonnances relatives aux nominations, il faut se garder de tomber dans la confusion qui a précédemment été mise en évidence. Il ne s'agit pas de faire provisoirement face à une situation de crise, mais d'offrir un moyen procédural pour la concrétisation d'un droit. Une fois celle-ci réalisée, la procédure s'achève. Dans les exemples cités, la nomination d'un séquestre ou le remplacement de l'organe dirigeant n'a pas, pour satisfaire le requérant, à être finalisée par un second procès. La faculté offerte par le droit positif a été exercée, le résultat projeté atteint.

L'observation, au contraire, ne peut valoir pour les saisies, qui n'ont pas de finalité en elles-mêmes et ne peuvent à elles seules désintéresser le requérant. Elles ne sont ordonnées que dans la perspective d'un procès ultérieur, ce dont témoigne de la caducité dont elles sont assorties si le saisissant n'introduit pas de demande au fond dans un délai variant entre quinze jours et un mois¹.

105. **Conclusion.** De ce qui précède, il faut conclure que l'examen des ordonnances sur requête nommées sous l'angle des traits caractéristiques de la mesure provisoire par nature aboutit à un constat d'hétérogénéité. Les saisies à caractère conservatoire répondent en tous points à la définition de la mesure provisoire par nature, quel que soit le critère choisi. A l'inverse, la plupart des autres ordonnances répertoriées se distinguent radicalement du modèle choisi. Enfin, un groupe particulier de textes, ceux relatifs à la gestion des organes de la justice, se situe à mi-chemin entre les deux extrêmes. S'ils semblent en principe étrangers à la mesure provisoire par nature, ils ne sont liés à aucun droit subjectif et restent cloisonnés sur un terrain purement procédural.

Une telle distribution des ordonnances sur requête nommées est insatisfaisante pour deux raisons au moins. En premier lieu, il existe une catégorie ambiguë, la dernière citée, dont le classement s'avère difficile et équivoque. En second lieu, les critères choisis sont purement doctrinaux et ne sont que de simples propositions théoriques. En conséquence, il convient d'y ajouter un critère mieux défini et relevant du droit positif. Celui peut être trouvé dans le régime particulier établi par les articles 493 et suivants du Code de procédure civile, dont l'application aux ordonnances nommées vérifiera et complétera l'analyse menée.

¹ Sur le lien entre l'instance au provisoire et le procès au fond en matière de saisies, V. *Infra*, n°s 1124 s.

β. Le critère du régime des articles 493 et suivants

106. A l'image du référé, l'ordonnance sur requête dispose d'un régime propre et autonome. On sait déjà que l'objet de la comparaison, l'ordonnance sur requête provisoire, est soumise à celui-ci. Il convient donc, pour les différencier des autres ordonnances, de confronter chaque texte à ce critère (a.) pour déterminer si ledit régime est applicable et emporte la qualification recherchée (b.).

a) L'application du critère

107. Une telle recherche suppose de scruter la volonté du législateur au sein de chaque article examiné. A-t-il entendu soumettre telle ou telle ordonnance au régime général, lui conférant un caractère provisoire, ou au contraire, a-t-il souhaité l'en séparer pour prévoir des solutions dérogatoires ? Que décider en cas d'ambiguïté, de silence ? D'emblée, la tâche se révèle complexe. Pour tenter de la simplifier, il faut prendre pour point de départ l'alternative suivante : soit le législateur a voulu renvoyer, pour définir le régime applicable, aux règles générales, et n'a assorti le texte d'aucune indication sur ce point. Dans ce cas, les articles 493 et suivants sont supposés applicables à défaut d'autres précisions. Soit, réciproquement, il a eu l'intention de prévoir un régime exorbitant et l'a précisé expressément et la qualification d'ordonnance sur requête provisoire doit alors être rejetée. Pour permettre les recoupements éventuels avec le critère précédent, les mêmes exemples seront repris ; dans un souci de simplification et de clarté, seuls les textes présentant des divergences avec le régime général seront mis en avant.

L'étalon de la comparaison, quant à lui, requiert d'être divisé pour lui conférer plus de certitude et de précision. Le régime applicable aux ordonnances sur requête peut être scindé en trois points essentiels, qui tiennent respectivement à la recevabilité de la requête, aux voies de recours et aux modalités d'exécution, points qui doivent être successivement envisagés.

108. **La recevabilité de la requête.** En la matière, l'article 494 dispose que « la requête est présentée en double exemplaire. Elle doit être motivée. Elle doit comporter l'indication précise des pièces invoquées. Si elle est présentée à l'occasion d'une instance, elle doit indiquer la juridiction saisie. En cas d'urgence, la requête peut être présentée au domicile du juge ». D'emblée, certains textes s'écartent de ces exigences, le plus souvent en prévoyant des conditions de recevabilité supplémentaires. Par exemple, en matière de divorce, l'époux qui prend l'initiative de la procédure peut, dès le début de celle-ci qui se formalise par une requête, solliciter du juge des mesures

d'urgence. Il doit, en ce cas, se présenter personnellement devant lui¹. L'idée que le régime général des ordonnances sur requête ne s'applique pas à ce texte est par ailleurs confirmée par l'article suivant qui dispose que « l'ordonnance ne peut faire l'objet d'aucun recours »². Dans d'autres cas encore, la recevabilité de la demande est subordonnée à l'avis d'un tiers, comme un vétérinaire³ ou le ministère public⁴, ce qui n'est pas le cas du régime général. Enfin, certains textes vont dans le sens de l'allègement des conditions de recevabilité, comme l'article R. 651-2 alinéa 2 du Code de la construction et de l'habitation qui, en matière de confiscation d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, dispose que « lorsque l'autorité administrative saisit le président du tribunal de grande instance ou le magistrat du siège délégué par lui aux fins de désignation d'un administrateur provisoire, sa requête est dispensée de ministère d'avocat ».

109. **Les voies de recours ouvertes contre l'ordonnance.** Si les textes qui dérogent au droit commun de l'ordonnance sur requête du point de vue de la recevabilité sont relativement peu nombreux, ceux qui s'en écartent par l'aménagement des voies de recours sont plus fréquents. L'article 496 ouvre, à l'encontre des ordonnances sur requête, deux voies de recours : l'appel, en cas de rejet de la requête, et le référé-rétractation, dans le cas contraire. Or, force est de constater que de nombreuses ordonnances nommées sont insusceptibles de tout recours : ainsi les articles R. 228-78⁵ et R. 223-11⁶ du Code de commerce, l'article L. 1423-10 du Code du travail⁷, les articles R. 261-2¹, R.

¹ Art. 1106 CPC.

² Art. 1107 CPC ; il est à noter que cette prohibition n'empêche pas l'ouverture du référé-rétractation contre l'ordonnance ayant prononcé des mesures provisoires, V. *Infra*, n°s 336 s.

³ V., en matière d'opérations relatives aux animaux saisis ou retirés au cours de contrôles, l'art. 99-1 du Code rural.

⁴ L'article L. 561-25 al. 2 du Code monétaire et financier dispose que « le président du tribunal de grande instance de Paris peut, sur requête du service mentionné à l'article L. 561-23 [la cellule de renseignement financier nationale], après avis du procureur de la République de ce siège, proroger le délai prévu au deuxième alinéa du présent article ou ordonner le séquestre provisoire des fonds, comptes ou titres concernés par la déclaration. Le procureur de la République peut présenter une requête ayant le même objet. L'ordonnance qui fait droit à la requête est exécutoire sur minute avant toute notification à l'auteur de la déclaration mentionnée à l'article L. 561-15 ».

⁵ « Dans le cas prévu par la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 228-71, il est statué par ordonnance sur requête, **non susceptible de recours**, du président du tribunal de grande instance ».

⁶ « La notification du projet de cession ou de nantissement de parts sociales, prévue au deuxième alinéa de l'article L. 223-14 et à l'article L. 223-15, est faite par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La désignation de l'expert prévue à l'article 1843-4 du code civil est faite par le président du tribunal de commerce ; celui-ci statue par ordonnance sur requête dans le cas prévu au troisième alinéa de l'article L. 223-14 et par ordonnance de référé dans le cas prévu au quatrième alinéa du même article. Ces ordonnances **ne sont pas susceptibles de recours** ».

⁷ « Lorsque le président du conseil de prud'hommes constate une difficulté provisoire de fonctionnement d'une section, il peut, après avis conforme du vice-président, sous réserve de l'accord des intéressés, affecter temporairement les conseillers prud'hommes d'une section à une autre section pour connaître des litiges relevant de cette dernière. Ces affectations sont prononcées pour une durée de six mois renouvelable deux fois dans les mêmes conditions.

262-4² et R. 262-6³ du Code de la construction et de l'habitation. Quand elles ne sont pas fermées, les voies de recours peuvent prendre d'autres formes procédurales que celles du référé-rétractation et de l'appel. Ainsi, l'article R. 237-12 du Code de commerce prévoit que « tout intéressé peut former opposition à l'ordonnance dans un délai de quinze jours à dater de sa publication ».

110. **L'exécution de l'ordonnance.** Enfin, le tableau de l'applicabilité du régime des articles 493 et suivants ne saurait être complet sans la mention des quelques textes qui y dérogent sur le plan de l'exécution. L'une des particularités de l'ordonnance sur requête, établie par l'article 495 alinéa 2, est le fait qu'elle soit exécutoire sur minute, ce qui est le gage même de son efficacité. Or, l'article R. 214-13 du Code de commerce dispose que « la demande de désignation d'une personne chargée de représenter un propriétaire ou des indivisaires dans la procédure prévue à l'article L. 124-6 est faite par le président du conseil général au juge chargé du service du tribunal d'instance du lieu de la situation des biens. Elle est formée soit par assignation, si l'identité et l'adresse de certains indivisaires sont connues, soit par requête. L'ordonnance de désignation est notifiée à la diligence du

A défaut de décision du président du conseil de prud'hommes ou lorsque le vice-président a émis un avis négatif, le premier président de la cour d'appel, saisi sur requête du procureur général, peut constater la difficulté de fonctionnement et procéder lui-même, après accord des intéressés, aux affectations temporaires mentionnées au premier alinéa.

Les décisions d'affectation temporaire en cas de difficultés de fonctionnement sont prises par ordonnance **non susceptible de recours** ».

¹ « L'achèvement de l'immeuble vendu à terme est constaté soit par les parties, soit par une personne qualifiée.

La constatation par les parties fait l'objet d'un acte du notaire qui a reçu la vente à terme ; cet accord vaut livraison de l'immeuble.

La constatation est faite par une personne qualifiée lorsque l'acte de vente l'a prévu ou lorsqu'il n'y a pas accord des parties

Cette personne est désignée par ordonnance sur requête, **non susceptible de recours**, du président du tribunal de grande instance du lieu de l'immeuble, soit parmi celles que le tribunal commet habituellement, soit parmi celles figurant sur une liste établie par arrêté du ministre de la justice et du ministre chargé de la construction et de l'habitation ».

² « Les travaux de rénovation sont réputés achevés au sens des articles L. 262-7, R. 262-10 et R. 262-13 lorsque ceux prévus au contrat, mentionnés à l'article L. 262-1, sont exécutés. Pour l'appréciation de cet achèvement, ne sont pris en considération ni les défauts de conformité avec les prévisions du contrat lorsqu'ils n'ont pas un caractère substantiel, ni les malfaçons qui ne rendent pas les ouvrages nouveaux impropres à leur utilisation. Ce constat d'achèvement résulte de la déclaration certifiée par un homme de l'art, désigné par accord entre les parties. En cas de désaccord entre les parties, l'achèvement des travaux est constaté par une personne qualifiée, désignée par ordonnance sur requête, **non susceptible de recours**, du président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble parmi celles que le tribunal commet habituellement ».

³ « Une fois les travaux achevés et constatés au sens de l'article R. 262-4, et reçus au sens de l'article R. 262-5, le vendeur convoque l'acquéreur, ou son mandataire, afin de procéder à l'établissement du procès-verbal de livraison des travaux.

Cette convocation est notifiée à l'acquéreur ou à son mandataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception reçue au moins quinze jours avant la date prévue pour la livraison ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. Le procès-verbal de réception des travaux est annexé à la convocation.

En cas d'absence de l'acquéreur, la constatation de la livraison des travaux est faite par une personne qualifiée désignée par ordonnance sur requête, **non susceptible de recours**, du président du tribunal de grande instance du lieu de l'immeuble parmi celles que le tribunal commet habituellement ».

président du conseil général [...]. *L'ordonnance n'est exécutoire qu'après ces notifications* ». Une telle dérogation est manifestement inconciliable tant avec la lettre que l'esprit de l'article 495.

b) Les conséquences de l'application du critère

111. Si l'application de ce critère binaire donne évidemment lieu à une répartition bipartite des textes examinés, force est de constater qu'elle ne coïncide en rien ou presque avec les résultats obtenus après application du critère précédent. Après avoir confronté les caractéristiques de la mesure provisoire par nature aux différentes ordonnances nommées, il apparaît que la plupart de celles-ci ne relèvent pas de cette catégorie. Ces ordonnances adhèrent en revanche dans leur grande majorité à ce second critère fondé sur le régime des articles 493 et suivants. Autrement dit, si le législateur a parfois pris la peine de prévoir certains aménagements au cas par cas pour tenir compte des particularités propres à certaines matières, il s'est contenté, en règle générale, de garder le silence. Or, dans ce cas de figure, tant le praticien que le chercheur, à la recherche du régime applicable, ne peut que se tourner vers les articles 493 et suivants. Ceci est, somme toute, logique : il existe, d'un côté, un régime général et autonome gouvernant les ordonnances sur requête. Et, d'un autre côté, il y a, çà et là, divers textes qui mettent en œuvre un mécanisme procédural introduit par voie de requête et s'achevant par une ordonnance. Le bon sens même conduit à l'application du premier aux seconds.

112. Il n'en reste pas moins que le fait que les résultats de l'application de ces deux critères ne convergent pas semble, à première vue, contredire l'existence d'une catégorie homogène d'ordonnances sur requête provisoires. On peut expliquer cette discordance de plusieurs manières. Lorsque, dans une comparaison impliquant un groupe d'objets à comparer, dont le contenu est invariable, et un ou plusieurs modèles de comparaison, dont le contenu peut diverger, les résultats des opérations successives ne se recoupent pas, deux interprétations sont envisageables. Soit le modèle choisi est erroné, soit il y a des « intrus » dans le groupe à qualifier, autrement dit des objets dont la nature est différente de la catégorie soumise à qualification. En effet, si les critères choisis sont exacts et théoriquement fondés, et si les décisions à qualifier sont toutes de même nature, les résultats devraient toujours être réciproquement concordants. En d'autres termes encore, s'il existe, à l'instar de toute expérience scientifique, plus d'une variable, la conclusion à en tirer risque de se retrouver faussée.

113. Pour mieux comprendre les résultats de la recherche qui vient d'être menée, et dans un esprit de cohérence, écartons d'emblée deux propositions, celle tenant à la fausseté des critères proposés et celle qui voudrait que l'ordonnance sur requête provisoire n'existerait pas. Dans ce cas, l'explication serait que les textes, objets de la qualification, ne comprendraient pas des décisions de même nature. Après avoir appliqué successivement deux critères au contenu très différent, la conclusion qui s'impose alors est qu'il existe :

- des ordonnances qui sont des mesures provisoires par nature et qui relèvent du régime général ;
- des ordonnances qui ne sont pas des mesures provisoires par nature et qui relèvent du régime général ;
- et, enfin, des ordonnances qui ne sont pas des mesures provisoires par nature et qui ne relèvent pas du régime général.
- Pour peaufiner encore l'analyse, il convient de réserver un traitement particulier à cette dernière catégorie, pour des raisons qui seront exposées plus loin¹ ; restent donc les deux premiers groupes d'ordonnances.

114. A prendre pour postulat de départ, comme cela a été fait, que l'ordonnance sur requête provisoire est à la fois une mesure provisoire par nature et qu'elle relève du régime général, alors il devient clair que seul le premier groupe mentionné pourrait être ainsi qualifié. La solution serait assez claire si l'on ne se heurtait pas à un autre paradoxe : comment expliquer que les autres ordonnances soient définitives alors que le législateur, en renvoyant au régime général et donc à l'article 493, les qualifie expressément de provisoires ? La réponse semble pouvoir être trouvée dans un domaine voisin, celui du référé. Ce n'est pas parce que le président utilise les règles des articles 484 et suivants que la décision rendue est provisoire. C'est là la technique bien connue des référés « en la forme », ou « au fond ». Ce sont des raisons de commodité et de politique juridique qui conduisent à l'instauration de telles procédures. Puisque le code prévoit une procédure rapide et qui a fait ses preuves, pourquoi ne pas l'utiliser pour d'autres domaines, où la célérité est de mise, mais où la réponse judiciaire est définitive ? C'est, semble-t-il, la même logique qui gouverne l'ordonnance sur requête. A ce détail près qu'en l'absence de vocable spécifique en la matière –comme le mot « référé » par exemple – les rédacteurs des textes de droit positif n'ont pas jugé d'y adjoindre les termes « comme en matière de » ou « selon les formes prévues pour », etc... Le principe est simple, et, au risque d'être rébarbatif, doit être répété encore : toute procédure qui commence par une requête et finit par une ordonnance est une ordonnance sur requête... peu importe qu'elle soit

¹ Ces ordonnances doivent en réalité recevoir la qualification de mesures d'administration judiciaire ; V. *Infra*, n°s 122 s.

provisoire ou non. Les ordonnances sur requête définitives existent donc bel et bien, et ont fait l'objet d'un intérêt récent de la part de la doctrine¹, qui va même jusqu'à parler d'« hybridation »². Ce raisonnement est confirmé par le décret n°2006-1805 du 23 décembre 2006 créant l'article 1379 du Code de procédure civile qui est suffisamment explicite et dispose que « les demandes formées en application des articles 784, 790, 809-1, 810-8, 812-1-1, 813, 813-4, 814-1, 837, 841-1 et 1031 du code civil sont portées devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué qui statue **dans les formes prévues** aux articles 493 à 498 du présent code ». Tout en reconnaissant un caractère définitif aux décisions rendues en application des divers textes visés, une doctrine autorisée déplore la confusion ainsi créée et estime que « le renvoi de l'article 1379 du Code à l'article 493 ne s'avère donc pas judicieux et même, se révèle maladroit. Il eût été plus logique et suffisant de limiter ledit renvoi aux seuls articles 494 à 498, et ce d'autant mieux que l'ordonnance sur requête est ici une décision au fond rendue non contradictoirement pour la seule raison que le requérant a été autorisé par la loi à ne pas appeler la partie adverse »³.

115. En réalité, la notion d'ordonnance sur requête en la forme a déjà été esquissée et pressentie, sous une autre dénomination, par Mme PIERRE-MAURICE. C'est dans son étude des circonstances exigeant l'éviction du contradictoire qu'elle a su mettre en évidence une catégorie d'ordonnances qui s'écartent du modèle généralement observé, en ce que, dans les hypothèses qu'elles visent, l'usage de la voie unilatérale n'est justifiée que par des motifs d'opportunité et la voie des référés pourrait aussi bien être empruntée⁴. Or, la plupart des ordonnances recensées correspondent en tout point à la définition de l'ordonnance sur requête en la forme précédemment dégagée.

Enfin, et à titre d'illustration de l'imprécision patente de certains textes, qu'il soit permis de citer ici les articles R. 421-8 et R. 421-9 du Code des assurances, qui font tous les deux mention d'une « *ordonnance rendue par le juge des référés à la requête* de la victime ou de ses ayants droit »...

116. **Conclusion.** La pauvreté et la très grande spécialité du vocabulaire juridique, associée à un manque de rigueur du législateur moderne dans la rédaction des textes, ont abouti à la création d'une catégorie, trop vaste et hétérogène, des ordonnances sur requête. Celle-ci comprend, pêle-mêle, des décisions provisoires et des décisions définitives, rendant toute opération de qualification particulièrement ardue. Il est, en effet, bien difficile de trouver le critère de qualification adéquat quand les objets à qualifier divergent dans leur nature. C'est précisément pour cette raison que

¹ V. I. Desprès, *préc.*, qui parle de « procédure zéro requête ».

² Y. Strickler et M. Foulon, « De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC », D. 2009, p. 2963.

³ Y. Strickler et M. Foulon, *op. cit.*, spéc. p. 6.

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n°s 426 s.

l'application de l'article 25 n'a pu aboutir à des résultats cohérents, ou, en tout cas, unanimement acceptés. Cependant, l'application du double critère de la mesure provisoire par nature et de l'applicabilité du régime général des articles 493 et suivants a permis de dégager une sous-catégorie homogène et cohérente : les ordonnances sur requête provisoires. Celle-ci est composée de certaines ordonnances nommées, comme les saisies et mesures conservatoires, ainsi que de l'ensemble des ordonnances innommées, ce qui correspond parfaitement à la fonction de protection juridictionnelle provisoire qui leur est dévolue.

L'analyse menée aboutit à une autre conclusion, celle que les ordonnances sur requête provisoires ne relèvent pas de la matière gracieuse, du fait de leur opposition au sein de la *summa divisio* entre mesures provisoires par objet et mesures provisoires par nature. Mais cela ne permet pas encore à en déterminer la qualification avec certitude, car, si elles peuvent être contentieuses, elles peuvent aussi ne pas relever de la catégorie des actes juridictionnels et ainsi être des mesures d'administration judiciaire. C'est pourquoi il apparaît nécessaire d'examiner également l'ensemble des ordonnances sur requête sous ce double aspect, pour pouvoir qualifier avec précision tant celles qui sont provisoires que celles qui ne le sont pas.

Section II. La qualification d'acte juridictionnel des ordonnances sur requête

117. Après avoir tenté de placer l'ordonnance sur requête au sein de la distinction entre juridiction gracieuse et contentieuse, il convient à présent de changer de perspective et de s'intéresser à une autre division, celle existant entre les actes juridictionnels et les mesures d'administration judiciaire. L'application du critère du provisoire à la catégorie générale des ordonnances sur requête n'a abouti, à ce stade de l'analyse, qu'à une conclusion négative : s'il existe bien une catégorie homogène d'ordonnances sur requête provisoires, elles ne peuvent appartenir à la juridiction gracieuse. Or, étant donné que la qualification d'acte juridictionnel est préalable à l'octroi à l'ordonnance sur requête d'une quelconque autorité, il est nécessaire de préciser quels sont les critères d'un tel acte, avant de les confronter à l'ordonnance provisoire (§2). Cette qualification positive doit toutefois être précédée d'une qualification négative, pour éviter toute assimilation entre les ordonnances sur requête et les mesures d'administration judiciaire, la confusion entre les deux figures procédurales restant possible (§1).

§1. La qualification négative : le rejet de l'assimilation de l'ordonnance sur requête à l'acte d'administration judiciaire

118. Les mesures d'administration judiciaire sont par essence placées en dehors de la fonction juridictionnelle. Ne relevant pas de la fonction de juger, elles ont trait à l'organisation du service public de la justice : le juge doit pouvoir être libre d'organiser son travail comme il l'entend, ce qu'il fait par des décisions qui, en principe, n'affectent pas les droits des parties. Le Code de procédure civile fait une distinction claire entre les mesures d'administration judiciaire et les actes juridictionnels, en disposant, d'une part, que les dispositions relatives aux jugements ne s'appliquent pas à elles¹, et, d'autre part, qu'elles sont insusceptibles de voies de recours². Or, malgré la lettre des textes, et certainement en raison de leur très grande diversité, les ordonnances sur requête y sont parfois assimilées³ (A.). Il est donc nécessaire de préciser la notion de mesure d'administration judiciaire, avant de la confronter à l'ordonnance sur requête, pour opérer une dissociation entre ces deux concepts (B.).

¹ Art. 499 CPC.

² Art. 537 CPC.

³ V., pour un recensement complet des opinions doctrinales en la matière, S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 105 *in fine*.

A. Les raisons de l'assimilation contestable de l'ordonnance sur requête à l'acte d'administration judiciaire

119. La raison première de l'amalgame parfois réalisé entre l'ordonnance sur requête et la mesure d'administration judiciaire réside dans les formes empruntées par cette dernière, qui se matérialise par une ordonnance. Comme il a déjà été dit, si la mesure est ordonnée à la requête de l'une des parties et aboutit à une ordonnance, la décision obtenue sera naturellement une « ordonnance sur requête ». Ces difficultés sémantiques sont soulignées par MM. JULIEN et RACINE, qui écrivent que « le terme d'ordonnance est générique et s'applique à toute mesure prise, y compris à une mesure d'administration judiciaire, qui ne répond pourtant à aucune qualification juridictionnelle »¹. Les lacunes du vocabulaire juridique, couplées à la simplicité, et, partant, la généralité de l'usage de la procédure sur requête, provoquent la confusion. Difficile, alors, de faire le départ entre les ordonnances sur requête provisoires, les ordonnances sur requête en la forme et les mesures d'administration judiciaire. De plus, la commodité de l'existence des articles 493 et suivants amène la pratique à s'y référer à chaque fois qu'un doute existe quant au régime applicable à telle ou telle ordonnance, en raison du silence du législateur. Il en résulte une confusion notable, car la qualification d'ordonnance sur requête qui est en ce cas conférée n'est que pure opportunité, sans égard à la véritable nature de la décision. Il en est par exemple ainsi des demandes tendant à conférer la force exécutoire aux transactions conclues sous seing privé, qui sont des ordonnances sur requête en la forme².

120. Par ailleurs, le caractère accessoire vis-à-vis de la décision définitive est un autre point commun qui obscurcit l'analyse. Il a déjà été vu que l'ordonnance sur requête, en tant qu'elle participe à la protection juridictionnelle provisoire, ne constitue pas une fin en soi. Les mesures d'administration judiciaire, quant à elles, n'ont pas non plus vocation à trancher directement le litige, que ce soit de manière provisoire ou définitive. Elles sont, structurellement et intellectuellement, subordonnées à l'instance dont elles assurent la bonne marche. De ce point de vue, Mme PIERRE-MAURICE a justement noté que, « mesures individuelles, les ordonnances sur requête et les mesures d'administration judiciaire relatives au déroulement de l'instance ont en commun d'être asservies au litige, ou plus spécialement à l'instance. Dépourvues d'utilité intrinsèque, elles ont pour vocation de servir le principal, en élaborant l'acte définitif contentieux »³. Cette double communauté, à la fois formelle et intellectuelle, appelle à la recherche d'un critère de démarcation, rendu d'autant plus

¹ P. Julien et J.-B. Racine, « Difficultés soulevées par les articles 1441-4 et 1015 du NCPC », D. 2008, p. 129.

² Art. 1441-4 CPC.

³ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 105.

nécessaire que les textes instituant les diverses procédures sur requête sont muets sur la qualification à retenir. Le Code de procédure civile ne mentionne les termes « mesure d'administration judiciaire » qu'à neuf reprises¹, dont aucune n'a trait à une ordonnance sur requête.

121. Enfin, l'analyse est rendue complexe par l'opacité même de la notion de mesure d'administration judiciaire, dont il n'existe aucune définition légale. La doctrine, dans sa recherche du contenu de cette notion, a été confrontée à la grande difficulté de trouver un critère de distinction pertinent², se résignant à une recherche empirique³. Une telle absence de clarté incite à parfois assimiler la mesure d'administration judiciaire à l'ordonnance sur requête, catégorie dispersée s'il en est.

En somme, cette dernière doit se prêter à une nouvelle opération de qualification au regard des divers critères caractérisant la mesure d'administration judiciaire.

B. La recherche d'un critère de délimitation entre l'ordonnance sur requête et la mesure d'administration judiciaire

122. Un important travail doctrinal a mis en exergue le départ conceptuel entre ces deux notions⁴. S'il n'est pas question ici de reproduire le même raisonnement, au demeurant fort abouti, il apparaît cependant nécessaire de le préciser et de le compléter, en vue d'aboutir à une vue d'ensemble des ordonnances sur requête. En effet, si, Mme PIERRE-MAURICE, à l'issue de sa démonstration, arrive à la conclusion que l'ordonnance sur requête ne saurait être assimilée à la mesure d'administration judiciaire, elle ne parle, selon sa propre expression, que d'« ordonnance sur requête authentique »⁵, autrement dit l'ordonnance sur requête provisoire de l'article 493 du Code de procédure civile. Or, si l'on prend pour point de départ l'hétérogénéité de catégorie des ordonnances sur requête, la question reste ouverte pour les ordonnances autres que celles relevant du texte précité. Par ailleurs, l'applicabilité de l'article 493 à telle ou telle ordonnance n'est pas toujours aisée à établir au sein de

¹ Aux articles 368 (jonction et disjonction d'instance), 383 (radiation et retrait du rôle), 107 (connexité), 499 (régime général), 537 (fermeture des voies de recours), 1224 et 1237 (qui visent certaines décisions du juge des tutelles en matière de majeurs protégés), 847-4 (renvoi de l'affaire au Tribunal de grande instance par le juge de proximité) et 1384 (relatif à la procédure européenne de règlement des petits litiges).

² M. Degoffe, Jeuland, E., «Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification», in Justice et droits fondamentaux, Mélanges Normand, Litec, 2003, 141.

³ A. Perdriau, «Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation», Gaz. Pal. 7 mars 2002, p. 6.

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n°s 104 s.

⁵ *Ibid*, n° 120 *in fine*.

la grande diversité des ordonnances nommées. Rien n'interdit donc de penser que certaines ordonnances puissent être qualifiées de mesures d'administration judiciaire. La confrontation des deux notions semble par conséquent nécessaire.

123. Le critère apte à distinguer la mesure d'administration judiciaire de l'ordonnance sur requête peut être recherché dans les mêmes aspects qui conduisent à l'assimilation dénoncée. D'une part, si la procédure utilisée présente de fortes similarités dans les deux cas, elle n'est pas exempte de dissemblances parfois importantes, ce qui oriente la recherche dans le sens d'un critère formel (a.). D'autre part, le but de la décision rendue peut constituer un indice précieux car, en dépit du caractère accessoire commun, l'ordonnance sur requête ne dessert pas les mêmes objectifs que la mesure d'administration judiciaire (b.).

1. Les critères formels

Vu sous son aspect procédural, le régime de la mesure d'administration judiciaire diverge de l'ordonnance sur requête sur trois points notables : la fermeture expresse de toute voie de recours à leur encontre (a.), l'absence, pour le juge, de toute obligation de motiver sa décision (b.), et la possibilité d'une saisine d'office dans certaines hypothèses circonscrites (c.).

a. L'absence de voies de recours

124. La fermeture de toute voie de recours à l'encontre des mesures d'administration judiciaire, qui résulte du texte de l'article 537 du Code de procédure civile¹, contraste avec l'article 496 du même code qui ouvre au justiciable insatisfait deux moyens pour contester l'ordonnance, à savoir le référé-rétractation et l'appel. Ce critère paraît susceptible de permettre une distinction claire, tant la différence entre les objets à différencier, sur le plan textuel tout du moins, est évidente : l'ordonnance sur requête ne peut être assimilée à la mesure d'administration judiciaire puisque l'une peut connaître de développements qui sont interdits à l'autre. Or, comme il a été vu précédemment,

²⁴⁶ « Les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours ».

certaines ordonnances nommées sont insusceptibles de recours¹. Le critère choisi, exclusivement formel à ce stade de la réflexion, conduit à leur conférer la qualité de mesures d'administration judiciaire, et l'un des textes confère d'ailleurs expressément une telle qualification aux mesures dont il permet le prononcé². Cela qui conduit à l'idée, ici encore, que la catégorie des ordonnances sur requête peut receler en son sein de telles décisions. Il est cependant difficile d'admettre que les ordonnances relevant de l'article 496, et donc en premier lieu les ordonnances innommées, sont des mesures d'administration judiciaire, ne serait-ce qu'en raison de l'ouverture des voies de recours à leur encontre. La question reste toutefois ouverte pour l'ensemble des ordonnances nommées. Car il est de nombreuses hypothèses où le législateur est resté muet sur la question des voies de recours, comme sur d'autres aspects du régime applicable. Ce mutisme rend difficile le choix de la qualification à adopter et rend nécessaire un affinement du critère formel.

125. C'est en réalité l'ouverture même des voies de recours qui oriente les débats doctrinaux et jurisprudentiels en matière de qualification, la protection de la partie absente étant dans tous les esprits. L'absence du défendeur lors du prononcé de l'ordonnance constatant la caducité de la déclaration d'appel pour défaut d'enrôlement³ a ainsi été considérée suffisante pour ouvrir la voie du référé-rétractation, par renvoi à l'article 17⁴ du Code de procédure civile. L'insuffisance des textes est, en la matière, une source d'imprécision et de confusion.

126. Illustrant le problème, la qualification de l'ordonnance autorisant le demandeur à assigner à jour fixe a été l'objet de vives discussions. Deux courants d'opinions se sont sur la question, entre les partisans de la qualification de mesure d'administration judiciaire pure et simple⁵, privant l'ordonnance de tout recours, et ceux qui, tout en retenant cette qualification, se prononçaient en faveur de l'ouverture du référé-rétractation⁶. Au-delà de la question de savoir si le référé-rétractation constitue bien une voie de recours⁷, une telle cacophonie non seulement malmenait les catégories juridiques en présence, mais pouvait laisser croire que l'ensemble des ordonnances sur

¹ V. *Supra*, n° 109 ; il s'agit des articles L. 511-38, R. 223-11, R. 228-78 et R. 662-7 du Code de commerce, 1107 du Code de procédure civile, L. 1423-10 du Code du travail, R. 261-2, R. 261-4, R. 262-6 du Code de la construction et de l'habitation

² Art. R. 662-7 C. com.

³ Ancien art. 905 du CPC, abrogé par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004.

⁴ « Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief », V° P. Julien, «Ce que la raison ou la nécessité commandent (à partir des articles 17 et 462 du NCPC)», in Justice et droits fondamentaux, Mélanges Normand, Paris, Litec, 2003, p. 241.

⁵ V. notamment Paris, 24 janvier 1986, Gaz. Pal. 1986, 1, jur. p. 163 ; Cass. Com., 7 juin 1988, Bull. Civ. IV, n° 196.

⁶ J. Junillon, «Quelques interrogations procédurales à propos de la procédure à jour fixe», RGP 1998, p. 577, spéc. p. 581 ; Cass. 3^e Civ. 3 mai 1983, RTD. Civ. 1983 p. 795 obs. R. Perrot.

⁷ V. S. Pierre-Maurice, «Nature du référé-rétractation et notion de voie de recours», RRJ 2007-4, p. 1893.

requête relevait des mesures d'administration judiciaire. Dans un souci de clarté, la Cour de cassation s'est récemment prononcée en estimant que « l'ordonnance sur requête rendue en application de l'article 788 constitue une mesure d'administration judiciaire qui, comme telle, est insusceptible de tout recours et ne peut donner lieu à référé à fin de rétractation »¹. Cependant, la portée de cette solution ne s'étend pas à la procédure à jour fixe au stade de l'appel, régie par l'article 917 du Code de procédure civile, qui dispose que « si les droits d'une partie sont en péril, le premier président peut, sur requête, fixer le jour auquel l'affaire sera appelée par priorité », au sujet de laquelle les opinions restent controversées. Si certaines décisions ont admis la nature de mesure d'administration judiciaire de l'ordonnance du premier président², d'autres en revanche ont opté pour l'application de l'article 496 et l'ouverture de la voie d'appel³. Si certains auteurs ont tenté de justifier cette différence d'approche par la divergence des conditions exigées pour bénéficier de la procédure à jour fixe, simple urgence en première instance, péril pour les droits des parties au stade de l'appel⁴, d'autres ont à juste titre critiqué le caractère artificiel d'une telle distinction⁵. Il n'existe par conséquent aucune certitude, au regard de ce premier critère issu de l'article 537, quant à la qualification de l'ordonnance autorisant l'assignation à jour fixe, malgré la décision précitée rendue en 2004 par la deuxième Chambre civile. Celle-ci, malgré la généralité du motif retenu, ne fournit aucune justification à la solution adoptée, se contentant de l'affirmer péremptoirement. Si on peut l'approuver sur le plan pratique tant elle fait preuve de pragmatisme et facilite le travail des avocats, elle n'ajoute rien sur le plan théorique qui permettrait de clarifier la distinction entre ordonnance sur requête et mesure d'administration judiciaire.

127. La même problématique de l'ouverture des voies de recours se retrouve dans les difficultés de qualification rencontrées à propos de l'ordonnance, conférant la force exécutoire à une transaction en application de l'article 1441-4 du Code de procédure civile, introduit par le décret du 28 décembre 1998. Ce texte⁶, d'une brièveté exemplaire, dispose que « le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». En l'absence de toute indication de la part du législateur, c'est de manière prétorienne

¹ Cass. 2^e Civ. 24 juin 2004, D. 2005, p. 336, obs. P. Julien et N. Fricero.

² Cass. Com., 7 juillet 1988, Bull. civ. IV, n° 96, Gaz. Pal. 1989, panor. 258, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; Cass. 2^e civ. 24 juin 2004, n° 02-14.886, Bull. civ. II, n° 321 ; Paris, 12 juillet 1984, D. 1984.603, note P. Julien.

³ Cass. 3^e civ. 3 mai 1983, Bull. civ. III, n° 101, RTD civ. 1983 p. 795, obs. R. Perrot ; Bordeaux, 29 mars 1995, D. 1996, somm. 132 ; Lyon, 20 mai 1997, Gaz. Pal. 1998.1.149, note P. Vray.

⁴ F. Watremet, obs. sous Montpellier, ord. 1^{er} président, 14 février 2001, Gaz. Pal. 19 juillet 2001, p. 19.

⁵ Ainsi Mme Pierre-Maurice estime-t-elle qu' « une telle distinction demeure obscure, l'auteur de la décision [...] devant rester indifférent à la qualification », S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 120 *in fine*.

⁶ L'article 1441-4 a été abrogé, sauf pour son application à Wallis et Futuna, par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012. Son étude reste cependant essentielle pour illustrer la démonstration et doit à ce titre être maintenue dans les présents développements. Du reste, son application à Wallis et Futuna permet de continuer à le considérer comme faisant partie du droit positif.

que le régime de l'ordonnance rendue a été fixé. Les alternatives possibles, somme toute similaires au débat relatif à la procédure à jour fixe, ont été les suivantes : soit l'ordonnance recevait la qualification de mesure d'administration judiciaire, et, par voie de conséquence se voyait privée de toute voie de recours à son encontre en application de l'article 537¹ ; soit c'est la qualification d'ordonnance sur requête qui était retenue, avec pour corollaire l'ouverture du référé-rétractation en d'admission de la requête, de l'appel en cas de rejet de celle-ci² ; soit, enfin, la qualification de « procédure contentieuse de jugement sur requête »³ pouvait être admise, ce qui ouvrait au plaideur insatisfait la voie de l'appel. La qualification d'ordonnance sur requête est à l'évidence la plus commode, en ce qu'elle permet le renvoi vers un régime éprouvé et bien connu des praticiens. Pour autant, elle ne va pas de soi car elle contredit la définition de l'ordonnance sur requête provisoire sur des aspects non négligeables : l'ordonnance conférant la force exécutoire n'a rien de provisoire, elle n'est pas rendue en raison de la nécessité de surprendre la partie adverse⁴ et n'est pas soumise à l'obligation de motivation⁵. Nonobstant ces arguments non dépourvus de bon sens, c'est bien pour cette qualification que la Cour de cassation opté dans une décision rendue par la deuxième chambre civile le 24 mai 2007⁶, qui dispose, dans un motif d'une généralité qui ne laisse plus de place au doute, que l'ordonnance rendue en application de l'article 1441-4 « est une ordonnance sur requête au sens de l'article 812, alinéa 1^{er}, soumise aux recours prévus par l'article 496 du même code ». Dans leur analyse de cet arrêt, MM. les Professeurs RACINE et JULIEN estiment que « même si la solution donnée par l'arrêt du 24 mai 2007 n'est pas d'une parfaite rectitude juridique, elle a pour mérite de répondre à des besoins concrets indéniables »⁷, c'est-à-dire l'ouverture d'un recours au profit de la partie absente de la procédure. En somme, il n'est pas « sérieusement concevable d'assimiler l'ordonnance conférant la force exécutoire à une transaction à un acte ayant pour objet d'assurer le bon fonctionnement du service dans une juridiction ou le bon déroulement de

¹ Y. Desdevises, «Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?», D. 2000, chron., p. 284 ; il est à noter qu'une juridiction a admis que les ordonnances de l'article 1441-4 pouvaient recevoir la qualification de mesures d'administration judiciaire tout en estimant recevable à leur encontre un appel-nullité, V° Toulouse (2^e ch. civile), 27 février 2001, n° n° 1998/00837, inédit.

² TGI Paris (JEX), 20 mars 2000, Procédures, juin 2000, n° 145 ; Aix-en-Provence, 24 février 2005, D. 2005, p. 3068, note L. Weiller.

³ G. Taormina, «Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exéquatur des transactions de l'article 1441-1 NCPC», D. 2002, chron., p. 2353 ; une vive critique a été adressée à une telle analyse par un auteur qui estime qu'« il est loin d'être évident que la voie de l'appel contentieux « ordinaire » puisse être ouverte à un plaideur non partie à la procédure sur requête », V. L. Weiller, note précitée.

⁴ G. Huchet, «Retour sur l'article 1441-4 du CPC», Gaz. Pal. 11 décembre 2007, p. 6 ; P. Julien et J.-B. Racine, *préc.* ; A. Merveille et R. Thominet, «Nature et régime de l'ordonnance rendue au visa de l'article 1441-4 NCPC», D. 2004, p. 1332 et L. Weiller, note précitée.

⁵ Ch. Jarosson, «Modes alternatifs de règlement des conflits», RGDP 1999, p. 133.

⁶ Cass. 2e Civ. 24 mai 2007, D. 2007 p. 2427, obs. N. Fricero, D. 2008, p. 129 note P. Julien et J.-B. Racine.

⁷ P. Julien et J.-B. Racine, *préc.*

l'instance »¹, et c'est donc bien du côté des actes juridictionnels qu'il convient de la ranger. Or, l'ordonnance ne peut être qualifiée de décision gracieuse car l'intervention du juge n'est pas nécessaire pour qu'elle produise ses effets², les critères de l'article 25 ne pouvant alors être remplis. L'ordonnance de l'article 1441-4 pourrait donc potentiellement être une ordonnance sur requête... sauf que les critiques précédemment énoncées nous semblent fondées, le caractère provisoire faisant alors défaut.

A la réflexion, il apparaît que c'est en pure opportunité que ce rattachement est opéré, dans la mesure où il permet la protection des absents en leur ouvrant la voie du référé-rétractation. La voie de la requête semble être, dans les circonstances visées par l'article 1441-4, la seule voie procédurale possible pour obtenir le résultat recherché. En conséquence, c'est la qualification d'ordonnance sur requête en la forme, acte juridictionnel définitif, qu'il faut ici retenir, ce que la doctrine a par ailleurs admis³.

Il faut en outre signaler ici que le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, outre qu'il a abrogé l'article 1441-4, a inséré dans le Code un article 1566 nouveau qui dispose que « le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties. S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision. La décision qui refuse d'homologuer l'accord peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse ». Au regard des observations qui précèdent, cet article appelle deux séries de remarques.

D'une part, en ce qui concerne la technique légistique mise en œuvre, on ne peut que s'étonner de la confusion des mécanismes procéduraux en présence. Le membre de phrase « tout intéressé peut en référer », inscrit au deuxième alinéa de ce texte, renvoie au mécanisme du référé-rétractation inscrit à l'article 496 alinéa 2. Il s'agit ici d'un cas d'assimilation entre la procédure sur requête et la matière gracieuse, fort contestable eu égard à la différence de nature entre les mesures gracieuses et les ordonnances sur requête provisoires⁴. En outre, le dernier alinéa de l'article 1566, en même temps qu'il dispose que l'appel « est jugé selon la procédure gracieuse », impose de former l'appel par une déclaration au greffe de la cour. Or, l'article 950, relatif à l'appel des décisions gracieuses, dispose que « l'appel contre une décision gracieuse est formé, par une déclaration faite ou adressée par pli recommandé au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision ». Cette fâcheuse confusion des

¹ L. Weiller, « Nature et régime du recours contre l'ordonnance rendue au visa de l'article 1441-4 du NCPC », D. 2005, p. 3068.

² G. Huchet, *préc.*

³ Y. Strickler et M. Foulon, *préc.*, spéc. n° 35.

⁴ Sur la critique d'une telle assimilation, V. *Supra*, n°s 78 s.

genres risque d'alimenter un contentieux inutile, comme en témoigne l'arrêt récent rendu par la cour d'appel de Dijon, qui déclare irrecevable l'appel formé par lettre recommandée auprès de la juridiction ayant rendu la décision contestée¹.

D'autre part, du point de vue des concepts, le rattachement de l'article 1566 à la matière gracieuse semble artificiel. Certes, l'article 131-12 alinéa deux dispose que « l'homologation relève de la matière gracieuse ». Cette affirmation est justifiée au regard du rôle du juge gracieux, dont l'une des fonctions est de conférer l'efficacité à un acte de volonté privée que la loi a rendu inopérant. Cependant, le but auquel tend la procédure de l'article 1566 n'est pas tant l'homologation que l'octroi de la force exécutoire à l'accord des parties². L'homologation diffère, dans sa nature, de l'octroi de la force exécutoire. Dans le premier cas, l'accord ne produit aucun effet sans l'intervention judiciaire destinée à le parfaire. Dans le second, produit une pleine efficacité indépendamment de toute décision judiciaire ; l'octroi de la force exécutoire ne sert qu'à permettre la mise en œuvre de mesures d'exécution forcée au cas où l'une des parties refuserait de s'exécuter.

Pour autant, la décision prise sur le fondement de l'article 1566 ne peut être qualifiée d'ordonnance sur requête provisoire, en ce qu'elle ne répond pas au double critère de la décision provisoire par nature. Lorsque le juge confère la force exécutoire à l'accord des parties, il ne protège pas leur droit d'agir au fond mais met directement en œuvre un droit substantiel : celui d'obtenir la force exécutoire. Il en résulte que la décision provoque la satisfaction immédiate du requérant, ce qui contredit le second critère du provisoire par nature³. La qualification à retenir est donc celle, résiduelle, d'ordonnance rendue en la forme des requêtes, contentieuse et définitive.

128. Conclusion sur le critère lié à l'ouverture des voies de recours. Le résultat de l'application du critère de l'ouverture des voies de recours à l'ordonnance sur requête conduit à un double constat, d'hétérogénéité et d'incertitude. Hétérogénéité d'abord, car il existe à la fois une catégorie d'ordonnances qui ne peut être qualifiée de mesures d'administration judiciaire en raison de l'application de l'article 496, que sont les ordonnances innommées, ainsi qu'un groupe d'ordonnances qui répondent textuellement au critère. Incertitude ensuite, car entre ces deux extrêmes existe une zone d'ombre recouvrant la grande majorité des ordonnances nommées, dont la nature est équivoque. Par conséquent, l'appui d'un second critère est nécessaire : celui de l'absence de motivation.

¹ Dijon, 16 avril 2013, RG 12/01917, inédit.

² En application de l'art. 1565 al. 1 qui dispose que « l'accord auquel sont parvenues les parties [...] peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent ».

³ Et consiste à définir la décision provisoire par nature comme celle qui ne peut provoquer la satisfaction immédiate du requérant, V. *Supra*, n° 100.

b. L'exigence de motivation

129. Une particularité importante des mesures d'administration judiciaire réside dans le cloisonnement auquel les confine le code vis-à-vis des autres décisions judiciaires, en disposant, dans son article 499, que « les dispositions du présent titre¹ ne sont pas applicables aux mesures d'administration judiciaire ». Le Code élude ainsi, pour ces mesures, l'ensemble des règles fondamentales gouvernant les jugements, et notamment celle qui veut que ceux-ci soient motivés². Une discrimination aussi importante semble pouvoir être érigée en critère de distinction, ce qui requiert toutefois d'établir au préalable la raison de cette dispense.

130. A l'analyse, il apparaît que la levée de l'obligation de motiver, pourtant garantie fondamentale d'une justice transparente et démocratique³, soit directement liée à l'exercice par le juge d'un pouvoir discrétionnaire. Celui-ci s'oppose en effet au pouvoir souverain, qui implique l'existence d'une motivation, même si son contenu n'est sujet à aucun contrôle de cassation⁴. Cependant, ce seul critère est inapte en soi à servir de dénominateur commun à l'ensemble des mesures d'administration judiciaire, dans la mesure où le juge peut-être lié pour la prise de certaines décisions à caractère administratif⁵, et, inversement, prendre de manière discrétionnaire des actes juridictionnels⁶. Ceci fait dire à certains auteurs qu'« on ne peut donc, semble-t-il, fonder la notion de mesures d'administration judiciaire sur celle de pouvoir discrétionnaire »⁷.

131. Il est néanmoins possible d'en tirer une conclusion, même si elle ne peut qu'être négative, pour déterminer la nature des ordonnances nommées dont la qualification est restée obscure. Si les mesures d'administration judiciaire ne sont pas les seules qui se voient dispensées de motivation, ce trait leur est malgré tout caractéristique. Il en résulte qu'une mesure qui ne relève pas du pouvoir discrétionnaire ne peut être qualifiée de mesure d'administration judiciaire. Reste encore à donner

¹ Il s'agit du titre XIV « Le jugement ».

² Art. 455 al. 1 CPC.

³ J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, n°s 477 s. ; S. Gjidara, «La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles», LPA 26 mai 2004, p. 3.

⁴ X. Bachellier, «Le pouvoir souverain des juges du fond», BICC 15 mai 2009, p. 1; A. Perdriau, «Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond», LPA 15 novembre 2001, p. 8 ; C. Charruault, «La souveraineté des juges du fond à l'épreuve de quelques faits», BICC 15 mai 2009, p. 24.

⁵ Ainsi, en matière d'appel, le juge ne peut apprécier l'opportunité d'un retrait de l'affaire du rôle si des conclusions n'ont pas été déposées dans les quatre mois suivant la déclaration d'appel, V. l'art. 915 CPC.

⁶ Telle la fixation du point de départ des intérêts moratoires de l'article 1153-1 du code civil, Cass. Ass. plén., 3 juillet 1992, Bull. civ. n° 7, JCP 1992, II, note A. Perdriau ; V. également, en matière de jugement d'adoption, l'art. 353 al. 5 C. civ. : « Le jugement prononçant l'adoption n'est pas motivé ».

⁷ E. Jeuland et M. Degoffe, *op. cit.*, n° 3 ; V° également S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 111 : « le caractère discrétionnaire de l'acte n'est pas une caractéristique propre aux mesures d'administration judiciaire ».

un contenu plus précis à cette notion, dont la définition ne va pas de soi en raison du caractère fuyant des concepts qu'elle implique de manipuler¹.

132. Le pouvoir discrétionnaire induit l'idée d'une certaine liberté du juge, d'une marge de manœuvre laissée à sa disposition, hors de tout contrôle. Les décisions relatives à la gestion de la justice en tant que service public requièrent une autonomie décisionnelle de sa part, comme en matière de déroulement des audiences, lorsqu'il s'agit, par exemple, de rouvrir les débats², de retirer des débats ou d'un dossier de plaidoirie un écrit outrageant ou injurieux³, ou, plus significatif encore, de fixer la date et l'heure de l'audience elle-même⁴. En d'autres termes, « de même que l'on ne peut imposer à un artisan le choix de ses outils lorsqu'on lui demande d'effectuer un travail on ne peut exiger du juge qu'il s'organise de telle ou telle manière »⁵. Exiger une motivation pour de telles mesures non seulement gênerait et alourdirait le travail des juridictions, mais impliquerait d'élaborer des normes à suivre dans un domaine où c'est le bon sens et la fluidité des contacts humains qui doivent être érigées en règle. Il est important que le juge puisse décider en opportunité, ou, en tout cas, sans être tenu par un carcan normatif rigide. Dans son étude du pouvoir discrétionnaire, M. BARTOUIL estime que « le pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé existe chaque fois qu'ils ont, une fois les faits constatés, une certaine liberté quant aux conséquences à en tirer, qu'ils ont donc soit à apprécier l'opportunité d'une mesure à prendre, soit à interpréter des concepts légaux indéterminés, soit enfin à juger en se demandant ce qu'exige l'équité »⁶.

133. Une fois cernés, les contours du pouvoir discrétionnaire doivent pouvoir fournir une indication quant à la possible appartenance des ordonnances nommées, ou de certaines d'entre elles, à la catégorie des mesures d'administration judiciaire. Il convient de se demander, au regard des diverses hypothèses visées par les textes, si le juge doit disposer d'une liberté de décision suffisante pour l'affranchir de tout contrôle, ou si, au contraire, son action doit s'insérer dans une norme plus contraignante. Si la première branche de l'alternative se vérifie, l'ordonnance considérée sera susceptible de recevoir la qualification de mesure d'administration judiciaire, tout du moins au regard du critère envisagé. Dans le cas contraire, celle-ci en sera formellement exclue.

134. L'application de ce critère relatif à la motivation se révèle d'emblée malaisée. Non pas que, comme cela a pu être dit, toutes les ordonnances sur requête ne sont que pur fruit d'une réflexion

¹ T. Barthouil, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », RRJ 1992-2, p. 343.

² Cass. Soc., 12 décembre 1991, n° 88-42572, inédit.

³ Cass. 2^e Civ., 8 décembre 1983, JCP 1984, IV, 54.

⁴ Cass. 2^e Civ., 22 juin 1988, JCP 1988, IV, 306.

⁵ M. Degoffe, Jeuland, E., *préc.* note n° 13.

⁶ T. Barthouil, *préc.*, *spéc.* n° 66.

en opportunité du juge¹, bien que ce trait n'est sûrement pas exclu en ce qui concerne les ordonnances innommées. En matière d'ordonnances nommées le juge est toujours lié par un éventail de mesures possibles, parfois relativement large, mais toujours limitatif. La difficile application du critère provient plutôt du fait que la part du raisonnement en opportunité une décision est toujours délicate à évaluer. Même s'il est possible de donner une appréciation, celle-ci restera empreinte de subjectivité et ne pourra, par hypothèse, qu'être relative. Ainsi, il semble logique que le président de juridiction soit plus libre dans son appréciation des mesures à prendre lorsqu'il règle les difficultés en matière de délivrance d'expéditions exécutoires² que lorsqu'il ordonne la saisie-contrefaçon d'une œuvre de l'esprit³. Mais cette différence n'est pas réellement quantifiable, en tout cas pas suffisamment pour permettre une qualification certaine.

Ce critère est par conséquent inapte à saisir les situations autres que celles où l'évidence s'impose, c'est-à-dire les ordonnances innommées, motivées en application de l'article 495 alinéa 1⁴. Pour les autres ordonnances, un affinement du critère formel doit être recherché. Celui-ci peut opérer au moyen de la faculté d'autosaisine du juge, qui contrarie le principe selon lequel l'initiative du procès civil appartient aux parties.

c. La faculté d'autosaisine du juge

135. La possibilité pour le juge de se saisir d'office, qu'offre parfois le Code, est une exception notable au principe selon lequel « seules les parties introduisent l'instance »⁵. Souvent stigmatisée par la doctrine comme le signe distinctif des mesures d'administration judiciaire, par opposition aux actes juridictionnels⁶, motif pris qu'ils ne trancheraient ni ne mettraient fin à aucun litige, mais s'inscriraient dans une démarche d'accompagnement visant à aménager, dans le temps, une situation requérant une intervention des juridictions. Ainsi, « la décision ne met pas un terme, elle ouvre une évolution ; elle peut être reprise et modifiée, autant de fois que paraîtra l'exiger une modification des circonstances »⁷ ; leur domaine de prédilection s'étendrait aux procédures

¹ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 109 *in fine*

² Article 465 CPC.

³ Article L. 332-1 CPI.

⁴ « L'ordonnance sur requête est motivée ».

⁵ Art. 1 CPC.

⁶ G. Wiederkehr, Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, *préc*; ---, « De la distinction entre les actes juridictionnels et non juridictionnels », *Justices*, n° 1 janv.-juin 1995, p. 24 ; C. Champaud, « L'idée d'une magistrature économique », *Justices* 1995/1, p. 6 ; R. Martin, « La saisine d'office du juge (essai sur sa signification) », *JCP G* 1973, IV, 6316.

⁷ R. Martin, *op. cit.*, n° 18.

collectives et aux mesures d'assistance éducative¹. Il apparaît *a priori* qu'un tel rapprochement entre la faculté de se saisir d'office et la mesure d'administration judiciaire semble forcé, étant donné que la définition qui vient d'être citée, est, à peu de choses près, celle que nous avons retenue pour les mesures provisoires par objet, actes juridictionnels définitifs². Cependant, il est indéniable qu'il existe un lien entre la mesure d'administration judiciaire et la possibilité de saisine d'office. Ce lien est tout d'abord intellectuel, car si on s'accorde sur le fait que l'administration de la justice requiert de la part du juge une certaine autonomie décisionnelle, il serait logique d'admettre qu'il existe des hypothèses dans lesquelles il peut agir sans avoir à attendre une éventuelle initiative des parties. Le lien est en outre textuel, car le seul article, parmi les ordonnances nommées, qui qualifie expressément la mesure qu'il édicte de mesure d'administration judiciaire, admet cette possibilité en disposant que « lorsque les intérêts en présence justifient le renvoi de l'une des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent code devant une autre juridiction en application de l'article L. 662-2³, ce renvoi peut être décidé d'office par le président du tribunal saisi, qui transmet sans délai le dossier par ordonnance motivée au premier président de la cour d'appel ou, s'il estime que l'affaire relève d'une juridiction du ressort d'une autre cour d'appel, au premier président de la Cour de cassation »⁴. De plus, dans le domaine particulier des ordonnances sur requête, ce critère est susceptible de revêtir une importance toute particulière : l'ordonnance doit en effet avoir pour origine une *requête*, formalisant le besoin de protection juridictionnelle provisoire du requérant. La faculté pour le juge de rendre une ordonnance *sans* requête pourrait constituer un critère de qualification.

136. L'analyse des textes recensés ne donne cependant que peu de résultats. Seuls six d'entre eux, celui mentionné ci-dessus mis à part, répondent à ce critère. Il s'agit des articles 757, 838 et 857 du Code de procédure civile, relatifs à la déclaration de caducité pour défaut d'enrôlement devant respectivement le Tribunal de grande instance, le Tribunal d'instance et le Tribunal de commerce. S'y ajoutent les articles L. 123-3⁵ et R. 134-9⁶ du Code de commerce, ainsi que l'article 813-4¹ du Code

¹ Ibid.

² V. *Supra*, n°s 59 s.

³ L'art. L. 662-2 C. com. dispose que « lorsque les intérêts en présence le justifient, la cour d'appel peut décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, compétente dans le ressort de la cour, pour connaître du mandat ad hoc, de la procédure de conciliation ou des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, dans des conditions fixées par décret. La Cour de cassation, saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre cour d'appel ».

⁴ Art. R. 662-7 C. com.

⁵ « Faute par un commerçant personne physique de requérir son immatriculation dans le délai prescrit, le juge commis **soit d'office**, soit à la requête du procureur de la République ou de toute personne justifiant y avoir intérêt, rend une ordonnance lui enjoignant de demander son immatriculation ».

⁶ « A défaut de demande de radiation dans le délai prescrit, le juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés du ressort rend **soit d'office**, soit à la requête du procureur de la République ou de

civil. A pousser plus loin l'analyse, on s'aperçoit que les deux textes issus du Code de commerce sont en fait relatifs à une seule et même ordonnance, le second constituant le pendant du premier au sein de la partie réglementaire de ce même Code. Par ailleurs, l'article 813-4 du Code civil a déjà été classé dans la catégorie des ordonnances sur requête en la forme en application de l'article 1379 du Code de procédure civile. Doit-on en conclure qu'il faut retenir en ce qui le concerne la qualification de mesure d'administration judiciaire, malgré l'indication textuelle contraire ? Il ne le semble pas, sous peine de ruiner le raisonnement adopté précédemment au sujet des ordonnances sur requête en la forme². Or, ce raisonnement est la seule manière d'expliquer la qualification de l'ordonnance sur requête au regard de la notion de provisoire, outre que cette dernière est confortée par un argument textuel de poids³.

137. Le critère choisi souffre donc deux lacunes : il n'a vocation à appréhender qu'une infime minorité des ordonnances, et rentre en contradiction avec les qualifications précédemment retenues. Il doit par suite être dégradé au rang de simple *indice* ne permettant pas, à lui seul, d'opérer les opérations de qualification. Il doit être combiné avec d'autres pour être complet, comme c'est le cas pour tous les critères formels qui ont été utilisés. Aucun n'est apte à produire une qualification homogène et cohérente. Les résultats obtenus au travers des différents critères divergent, ce qui conduit à les écarter, du moins en l'état. Car ils peuvent tout de même être complétés par des critères matériels, susceptibles d'apporter de précieux éclaircissements.

2. Les critères matériels

138. Une fois les aspects procéduraux mis à part, il reste deux traits propres à la mesure d'administration judiciaire, : l'un positif, l'autre négatif. Positivement, elle a pour objet de régir la justice en tant que service public (α). Négativement, elle ne doit pas porter atteinte aux droits des parties (β).

toute personne justifiant y avoir intérêt une ordonnance enjoignant à l'intéressé de faire procéder à sa radiation ».

¹ « Tant qu'aucun héritier n'a accepté la succession, le mandataire successoral ne peut accomplir que les actes mentionnés à l'article 784, à l'exception de ceux prévus à son deuxième alinéa. Le juge peut également autoriser tout autre acte que requiert l'intérêt de la succession. Il peut autoriser le mandataire successoral à dresser un inventaire dans les formes prescrites à l'article 789, **ou le demander d'office** ».

² Renvoi

³ L'art. 1379 al. 1 C. civ. dispose expressément que « Les demandes formées en application des articles 784, 790, 809-1, 810-8, 812-1-1, 813, **813-4**, 814-1, 837, 841-1 et 1031 du code civil sont portées devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué qui statue **dans les formes prévues aux articles 493 à 498** du présent code ».

a. L'objet de l'acte : régir le service public de la justice ou les droits des parties

139. Fondamentalement, et comme son nom l'indique, la mesure d'administration judiciaire a pour objet de permettre au magistrat de gérer son service en qualité d'administrateur. C'est, au fond, pour cela qu'elle est soumise à un régime exorbitant et extraite hors de la fonction juridictionnelle : le juge ne juge rien, et s'il en est ainsi, c'est que la décision se place hors du litige, hors des intérêts des parties. En la matière, il est aujourd'hui devenu classique de distinguer, parmi l'ensemble de ces mesures, celles qui régissent la juridiction dans sa généralité, telle l'ordonnance de roulement, qui répartit de manière automatique les magistrats parmi les différentes chambres composant le tribunal ou la cour, et celles qui visent à régir l'instance elle-même, au plus près des parties¹.

140. La Cour de cassation a déjà fait application de ce critère, dans un arrêt rendu par la deuxième Chambre civile en date du 20 novembre 2003². Le problème portait sur la nature de l'ordonnance rendue par le premier président de la cour d'appel, sur requête de la Caisse nationale des barreaux français, rendant exécutoire le rôle des cotisations dues à cette caisse en application de l'article L. 723-9 du Code de la sécurité sociale. L'un des cotisants ayant saisi le premier président d'un référé-rétractation, la recevabilité de celui-ci, et, par voie de conséquence, la qualification de l'ordonnance, était en jeu. Or, la Cour a décidé, mais sans toutefois apporter de précisions, que « l'ordonnance en vertu de laquelle le rôle des cotisations avait été rendu exécutoire n'était pas de nature juridictionnelle et ne constituait pas une ordonnance sur requête susceptible d'être rétractée ». Commentant cette décision, M. PERROT a tenté d'expliquer la motivation des hauts magistrats. Il estime que l'intervention du premier président s'insère « dans un processus administratif qui consiste à homologuer un état des créances, [...] si, en la circonstance, le premier président a été choisi pour remplir cette fonction, c'est parce que le rôle des cotisations est dressé par la Caisse nationale des barreaux français qui est une personne morale de droit privé dont l'activité intéresse au premier chef le monde judiciaire. Mais il intervient comme une *autorité administrative*³ chargée de parfaire le rôle des cotisations, en tant que détenteur de *l'imperium* seul habilité à délivrer la

¹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 312 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, n° 101 et s. ; Croze et Morel, *Procédure civile*, n° 57 ; G. Couchez et X. Lagarde, *Procédure civile*, Sirey, 16e édition, 2010, n° 217 ; S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, n° 1018.

² Cass. 2^e Civ., 20 novembre 2003, n° 02-10.189, Bull. civ. II, n° 343.

³ Nous soulignons.

formule exécutoire, et non point comme un juge chargé de statuer sur un litige virtuel à l'encontre d'une personne déterminée qui pourrait en demander la rétractation »¹.

La considération de l'objet de l'acte permet de ramener la cohésion dans la catégorie considérée. De ce point de vue, les mesures d'administration judiciaire forment un ensemble homogène, qui, sur le plan matériel, trouve pour critère fédérateur l'administration de la justice. Cette observation est confirmée par le fait que dans l'analyse qui a été menée précédemment, un certain nombre d'ordonnances a précisément été identifié comme correspondant à ce critère². Par ailleurs, une autre certitude existe : ni les ordonnances sur requête provisoires, ni les ordonnances sur requête en la forme ne peuvent être assimilées aux actes d'administration judiciaire, car elles ont toujours pour objet la situation juridique des parties, que ce soit sur le plan du provisoire pour les premières, ou au principal, pour les secondes³.

141. Il résulte de ce qui vient d'être dit qu'il existe, au sein de l'ensemble plus général des ordonnances sur requête, un sous-groupe pouvant être qualifié de mesures d'administration judiciaire. Cette affirmation doit néanmoins être vérifiée à l'aune du critère négatif, celui de l'absence d'atteinte aux droits des parties.

b. L'absence d'atteinte aux droits et obligations des parties

142. Le critère matériel négatif de la mesure d'administration judiciaire n'est que le pendant logique du critère positif. En ce sens, si les mesures n'ont pas pour objet les droits et obligations des parties, elles ne peuvent les affecter. C'est en réalité la seule explication possible de la fermeture des voies de recours à leur encontre, car celles-ci sont un moyen de protéger le justiciable contre une erreur du juge qui affecte ses droits. Or, si la décision du juge, fut-elle viciée, ne lui porte pas préjudice, il n'y a pas lieu d'en permettre la contestation. En d'autres termes, « à partir du moment où la décision d'un juge affecte l'existence ou le contenu des droits et obligations des parties, elle échappe à la pure administration judiciaire, pour verser dans le juridictionnel avec possibilité de recours »⁴. La solution est à rapprocher de la notion de mesures d'ordre intérieur connue du droit administratif⁵. C'est ce

¹ R. Perrot, « Acte juridictionnel : distinction avec les actes administratifs du juge », RTD Civ. 2004, p. 140

² Analyse consistant à confronter l'ensemble des ordonnances nommées au critère matériel de la mesure provisoire par nature, V. *Supra*, n° 96.

³ V° S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 117.

⁴ R. Perrot, *préc.*

⁵ En ce sens, M. Degoffe et E. Jeuland, *préc.* ; R. Guilnard, thèse précitée p. 131 ; H. Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, 1958, p. 296.

qui résulte de la désormais célèbre décision de la chambre sociale en date du 24 mai 1995¹. Dans cet arrêt, qui avait pour cœur du problème la reconnaissance de la maladie professionnelle d'un salarié atteint de surdité, la Régie nationale des usines Renault avait été mise en cause au moyen d'une intervention forcée. Le salarié en question soutenait que le pourvoi de la régie était irrecevable car sa mise en cause revêtait les caractères d'une mesure d'administration judiciaire. La Cour de cassation, dans un attendu très clair, a répondu que la cour d'appel « a prononcé une mesure qui était *susceptible d'affecter les droits et obligations*² de [la Régie], ce dont il découlait qu'elle ne constituait pas une mesure d'administration judiciaire ».

Cette jurisprudence a été appliquée avec profit, pour compléter le critère formel, par le premier président de la cour d'appel de Montpellier dans une ordonnance rendue le 14 février 2001³. Celui-ci était saisi par l'intimé d'un référé-rétractation à l'encontre de sa propre ordonnance autorisant l'appelant à user de la procédure à jour fixe. La question posée n'était autre que celle que nous avons déjà examinée à propos de la nature de l'autorisation d'assigner à jour fixe au stade de l'appel, la laissant sans réponse d finitive⁴. La réponse du magistrat montpelliérain n'est pas dénuée de logique. Il estime, en visant l'article 917 alinéa 1⁵, que « la fixation d'une affaire par priorité ordonnée par le premier président, en application de ce texte, est une simple mesure d'administration judiciaire si elle ne fait pas grief à l'une des parties au procès. [...]Cependant lorsque la fixation par priorité affecte les droits et obligations d'une partie quant au fond du litige, la rétractation peut être ordonnée ». Il prend toutefois soin de préciser qu'« il ne saurait être sérieusement soutenu que le fait de venir plus rapidement devant son juge peut, en lui-même, faire grief ». Voilà donc une solution, qualifiée de « pragmatique »⁶ par le commentateur de l'ordonnance, qui se résume en une double proposition : soit l'ordonnance fait grief, auquel cas elle est susceptible de voies de recours et doit recevoir la qualification d'ordonnance sur requ te⁷, à l'instar de ce qui a été dit pour l'article 1441-4⁸. Soit, inversement, elle ne fait pas grief, auquel cas elle devient une mesure d'administration judiciaire pure et simple. Une telle option est, en dépit de son apparente simplicité de mise en œuvre, éminemment sujette à la critique.

¹ Cass. Soc. 24 mai 1995, né 92-10483, Bull. Civ. V, né 168, p. 122, RTD Civ. 1995 p. 958 obs. R. Perrot.

² Nous soulignons.

³ Montpellier, ord. 1er président, 14 février 2001, Gaz. Pal. 19 juillet 2001, p. 19, obs. F. Watremet.

⁴ V. *Supra*, né 126.

⁵ « Si les droits d'une partie sont en péril, le premier président peut, sur requête, fixer le jour auquel l'affaire sera appelée par priorité. Il désigne la chambre à laquelle l'affaire est distribuée ».

⁶ F. Watremet, obs. précitées.

⁷ Elle relèverait alors des ordonnances sur requête en la forme, n'étant ni provisoire, ni gracieuse.

⁸ V. *Supra*, né 127.

143. De fait, on ne saurait valablement admettre que la nature d'un acte judiciaire dépende d'une démonstration des parties, car ce serait faire de l'opération de qualification une question de circonstances, sans égard à la nature profonde de l'ordonnance. Une autorisation d'assigner à jour fixe fait ou ne fait pas grief, indépendamment des hypothèses auxquelles elle s'applique. En d'autres termes, elle est un acte d'administration judiciaire ou elle ne l'est pas, sans que cette qualification puisse être variable au gré des espèces. Or, en décidant que le simple « fait de venir plus rapidement devant son juge » ne peut faire grief, le premier président a posé la base de la qualification de l'ordonnance. Quel autre grief peut-on en effet admettre de la part de l'intimé ?

Cette question dépasse en réalité le strict cadre de l'article 917 et conduit à s'interroger sur la portée de l'arrêt de 1995 précité, autrement dit sur le contenu du concept de grief. En la matière, la distinction entre les mesures relatives au service et les mesures relatives à l'instance ont été, pour un auteur, le point de départ d'une scission parmi les mesures d'administration judiciaire. Le Doyen WIEDERKEHR a ainsi cru voir, dans les mesures portant sur l'instance, des actes juridictionnels pris « en fonction de l'objet, de la cause et des parties », à l'inverse du reste des mesures à caractère administratif, qui ne touchent le justiciable qu'à titre « d'usager de la justice »¹. Une telle classification est importante car si on devait l'adopter, l'ensemble des ordonnances sur requête serait exclu de la catégorie des mesures d'administration judiciaire. Elles sont en effet toujours rendues à la demande d'un plaideur, le plus souvent dans son intérêt propre, et n'affectent que l'instance qu'elles introduisent, jamais la juridiction au sens large. Nous croyons cependant qu'une telle vision est erronée, pour deux raisons au moins.

144. Premièrement, cette distinction est empreinte d'artifice car en prenant des mesures qui administrent l'instance, même si elles affectent la situation procédurale des parties, le juge ne fait pas moins acte de gestion du service public en général. Celui-ci n'est pas composé uniquement par la juridiction en tant qu'organisme qu'il faut administrer dans sa globalité. Ce service public est surtout constitué par les procès dont il est saisi, et qui requièrent l'adoption de mesures administratives. Ainsi, estime M. CADIET, « dès lors que les parties ont saisi une juridiction et décidé de donner à la solution de leur litige un tour judiciaire, elles doivent accepter les contraintes de l'organisation et du fonctionnement du service public de la justice »². Deuxièmement, et cet argument est la stricte réciproque du premier, ce n'est pas parce qu'une mesure porte sur la juridiction dans son ensemble, comme par exemple l'ordonnance de roulement, qu'elle n'affecte pas les parties. Comme le note M. CHOLET, « certaines mesures telles que l'attribution d'une affaire à une chambre de la juridiction plutôt qu'à une autre, à un juge plutôt qu'à un autre, le dessaisissement d'une juridiction au profit

¹ G. Wiederkehr, « De la distinction entre les actes juridictionnels et non juridictionnels », *préc.*

² L. Cadiet, note sous Cass. Ass. plén., 24 novembre 1989, JCP G 1990, II, 21407, spéc. n° 8.

d'une autre risquent de modifier l'appréciation de la solution au fond »¹. Il ajoute également, qu'à une échelle supérieure, « l'importance de ces mesures est encore plus grande lorsqu'elles sont répétées dans nombre de procès par les juridictions. Ce sont alors tous les justiciables, c'est-à-dire l'ensemble des personnes qui peuvent avoir recours à ces juridictions, qui risquent d'en subir les conséquences. [...] Tel est le cas lorsque s'instaurent des pratiques judiciaires »². Il convient donc de rejeter cette distinction, qui combine le critère du grief avec celui de l'objet de l'acte.

145. Une autre explication de la notion de grief a été avancée par M. PERROT. « On est conduit », dit-il, « à penser que les droits et obligations qui ne doivent pas être affectés par la mesure prise ne concernent uniquement que *la substance du litige au fond*, à l'exclusion des charges de l'instance qui peuvent être altérées sans que la décision du juge cesse pour autant d'être une mesure d'administration judiciaire. [...] Cela ne veut pas dire que la décision du juge est une mesure d'administration judiciaire par cela seul qu'elle n'affecte pas les droits et obligations des parties sur le fond. Mais en sens inverse, toutes les fois que la décision d'un juge cesse d'être vierge de toute incidence au fond, on peut en déduire à coup sûr qu'elle n'est pas une mesure d'administration judiciaire »³. Autrement dit, seules les mesures relatives aux « charges de l'instance » seraient des mesures d'administration judiciaire, dans la mesure où elles n'affectent que la situation procédurale des parties. L'exemple cité par l'auteur est l'injonction de conclure sous peine de radiation, lors de la phase de mise en état⁴. Si on applique ce critère à la lettre, il conduit à la conclusion que les ordonnances sur requête provisoires sont des mesures d'administration judiciaire, dans la mesure où, dénuées de tout lien avec le droit subjectif qu'elles ont vocation à protéger, elles n'ont qu'une efficacité purement procédurale. Ce résultat contredit l'ensemble des observations qui ont été faites jusqu'à présent et qui vont dans le sens d'une complète opposition entre la mesure d'administration judiciaire et l'ordonnance sur requête provisoire.

Par ailleurs, le terme « charges de l'instance » est mal choisi, car sa compréhension renvoie à l'article 2 du Code de procédure civile, qui dispose que « les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent ». La définition desdites charges, même si elle ne figure pas dans le Code, peut être trouvée dans la jurisprudence relative à l'application de l'article 386 relatif à la péremption d'instance par les diligences interruptives. Celles-ci, selon les termes de la Haute juridiction, sont des

¹ D. Cholet, «Le contrôle de l'activité non juridictionnelle des juridictions», Gaz. Pal. 13 octobre 2007, n° 156, p. 8, spéc. n° 6.

² Ibid., n° 7.

³ R. Perrot, « Acte juridictionnel : distinction avec les actes administratifs du juge », *préc.*

⁴ Art. 763 al. 3 CPC : « [Le juge de la mise en état] peut entendre les avocats et leur faire toutes communications utiles. Il peut également, si besoin est, leur adresser des injonctions ».

diligences procédurales effectuées par les parties, qui sont « de nature à faire progresser l'affaire »¹. Hors de l'office du juge, cette définition ne peut servir à qualifier ces actes. C'est donc vers l'article 3 qu'il convient plutôt de se tourner, selon lequel le juge « a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ». Or il s'agit ici de l'office du juge, de la direction et de la police de l'instance... ce qui équivaut à revenir vers le critère de l'objet de l'acte, vidant de son intérêt la notion de grief.

146. Nous croyons que c'est plutôt vers le régime de nullité des actes de procédure qu'il convient de se tourner pour préciser ce que peut être un grief procédural. Dans ce domaine, la nullité pour vice de forme « ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité »². Tentant de donner un contenu clair à ce vocable, la doctrine est parvenue à la conclusion que le grief était caractérisé lorsque « le cours normal de la procédure a été dérangé »³, ou encore lorsque le plaideur a été « perturbé dans l'organisation de son procès »⁴. La plupart des décisions recensées sont relatives à une atteinte aux droits de la défense, et notamment à une impossibilité pour le défendeur d'exercer ceux-ci du fait que, mal informé de la date d'audience, il n'a pas pu s'y présenter⁵. Pour dire les choses autrement, le grief est constitué dès que l'une des parties n'a pas été mise en mesure d'accomplir les actes de procédure qui lui incombaient pour la bonne marche du procès et, de ce fait, a été exposée au risque voir sa demande rejetée.

147. En réalité, si la mesure d'administration judiciaire n'est susceptible d'aucun recours, c'est qu'elle n'occasionne aucun grief aux parties, pas plus procédural que substantiel. Elle est l'émanation de l'autorité dont dispose le juge pour conduire le procès, son *imperium*, à l'abri de toute contestation, non seulement en tant qu'il représente la majesté de la justice mais aussi qu'elle n'affecte que celle-ci, et non les parties. Preuve en est qu'à chaque fois qu'une mesure peut préjudicier aux parties, même sur un plan strictement procédural, elle est soustraite aux règles qui gouvernent la simple administration de la justice. La mise en état en offre une parfaite illustration : en application de l'article 773 alinéa 2⁶, les décisions relatives à l'extinction de l'instance, la communication et la production de pièces, les incidents de procédure, ainsi que les diverses mesures provisoires et conservatoires doivent revêtir la forme d'ordonnances motivées et ne peuvent faire l'objet d'une

¹ Cass. 3^e Civ., 20 décembre 1994, Bull. civ. II, n° 227.

² Art. 114 al. 2 CPC.

³ G. Wiederkehr, «La notion de grief et les nullités de forme en procédure civile», D. 1984, chron., p. 165.

⁴ J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 203.

⁵ V., en première instance : Cass. 2^e Civ., 7 juin 1974, Bull. Civ. II, n° 174 ; au stade de l'appel : Cass. 1^{ère} Civ., 6 janvier 2004, Procédures 2004, n° 70, note R. Perrot.

⁶ « Toutefois, **dans les cas prévus aux articles 769 à 772**, le juge de la mise en état statue par **ordonnance motivée** sous réserve des règles particulières aux mesures d'instruction ».

simple mention dans le dossier. Or, la motivation exigée exclut qu'il s'agisse de simples mesures d'administration judiciaire qui relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge¹.

148. Si on applique le critère de l'absence de grief, ainsi défini, on observe que les résultats obtenus se recourent avec le critère tenant à l'objet de l'acte. Les ordonnances qui sont relatives à une stricte gestion administrative de la justice ne causent aucun grief aux parties, ni procédural, ni substantiel. D'un côté, lorsque le juge enjoint à un commerçant de requérir son immatriculation au Registre du commerce et des sociétés², lève la condition d'ancienneté requise pour l'éligibilité au poste de président du Tribunal de commerce³ ou se contente de constater la caducité de l'acte introductif d'instance⁴, il ne modifie ni la situation procédurale des parties, ni ne statue sur leurs droits substantifs. De l'autre côté, les ordonnances relatives aux saisies, aux nominations, à l'octroi de délais ou à la perfection judiciaire d'un acte peuvent préjudicier aux parties dans la mesure où elles sont susceptibles d'affecter gravement leur situation procédurale ou d'empêcher la reconnaissance du droit substantiel invoqué. A titre d'exemple, si le requérant se voit refuser la nomination d'un expert pour évaluer l'existence et l'étendue du dommage causé aux marchandises transportées⁵, il sera privé de la possibilité d'apporter en justice la preuve de ce dommage et risque fort de perdre son procès au principal. Lorsque la voie unilatérale constitue le seul moyen procédural pour la mise en œuvre d'une prérogative reconnue par le droit positif, comme la faculté de demander au juge de conférer la force exécutoire à une transaction⁶, le refus du juge ou l'impossibilité d'exercer cette faculté entravent le droit substantiel en cause.

149. L'ordonnance autorisant l'appelant à user de la procédure à jour fixe devant l'appel en application de l'article 917 ne peut, à l'aune de ce critère, être considérée comme source de préjudice processuel pour les parties. Son prononcé n'entravera pas la bonne marche de l'instance pour les parties, ni ne les empêchera d'obtenir une décision au fond en leur faveur. Si le bénéfice du jour fixe leur est refusé, il est vrai que l'affaire ne viendra que plus tard au rôle et la solution judiciaire définitive pourra se faire attendre. Mais ce n'est pas cette procédure particulière qui doit protéger les parties si les droits de l'une d'elle ne peuvent supporter une quelconque attente. Il convient dans ce cas de se tourner vers la protection juridictionnelle provisoire du premier président, qui peut rendre tant des ordonnances de référé⁷ que des ordonnances sur requête⁸. Sans oublier que

¹ V. *Supra*, n° 129.

² Art. L. 123-3 C. com.

³ Art. L. 722-13 C. com.

⁴ Arts. 757, 838 et 857 CPC.

⁵ Art. L. 133-4 C. com.

⁶ Art. 441-4 CPC.

⁷ Arts. 956 et 957 CPC.

⁸ Arts. 958 et 959 CPC.

si c'est l'exécution provisoire de la décision de première instance qui est la source du risque encouru, celle-ci peut être arrêtée en application de l'article 524¹. L'objet de l'article 917 est au contraire de permettre au premier président de gérer le rôle de sa juridiction le plus efficacement possible, en laissant aux parties la possibilité de lui prouver qu'une affaire est plus importante qu'une autre. Mais il faut souligner ici que sa décision revêt fondamentalement un caractère administratif. Permettre de contester l'ordonnance rendue va à l'encontre de cet objectif, et peut être une source de ralentissements inutiles de la procédure. Enfin, l'argument textuel selon lequel l'article 917, au contraire de l'article 788², exige la démonstration d'un péril et non d'une simple urgence, ne peut être interprété comme révélateur d'une différence de nature³. Il est normal que, devant la cour d'appel, le bénéfice du jour fixe soit soumis à des conditions plus strictes car une première décision est par hypothèse déjà intervenue et le besoin de célérité pour vider le litige ne peut qu'en être amoindri. Il convient donc, à notre sens, d'aligner une fois pour toutes le régime de l'ordonnance autorisant la fixation de l'audience à jour fixe devant la cour d'appel sur la solution retenue pour l'assignation à jour fixe devant le Tribunal de grande instance⁴ et considérer qu'il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours.

150. A suivre cette logique jusqu'au bout, ni les ordonnances sur requête provisoires, ni les ordonnances sur requête en la forme ne sont qualifiables de mesures d'administration judiciaire et doivent donc être classées parmi les actes juridictionnels. Il pourra certes être reproché à ce raisonnement que certaines décisions du juge, telle la jonction de deux instances ou la radiation d'une affaire du rôle à titre de sanction, ne sont pas sans incidence procédurale par les parties et que, dès lors, leur qualification de mesures d'administration judiciaire pourrait être contestée. On fera alors remarquer que de telles décisions ne font pas obstacle à la bonne marche du procès et sont au contraire prises dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Elles ne diminuent par ailleurs pas les chances des parties de perdre ou de gagner le procès. Au contraire, permettre leur remise en cause par le biais de voies de recours serait source de lenteurs et de désorganisation des procès, préjudiciable à tous les justiciables dans leur ensemble. Il faut, en vérité, admettre que nulle décision n'est purement neutre, dénuée d'incidences pour les parties. Mais pour préserver l'autorité et la cohésion de la justice, il faut considérer que les mesures qui n'ont pas d'effet direct sur les droits processuels ou substantiels doivent échapper aux voies de recours.

¹ « Lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée, elle ne peut être arrêtée, en cas d'appel, que par le premier président statuant en référé et dans les cas suivants : 1° Si elle est interdite par la loi ; 2° Si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives [...] ».

² « En cas d'urgence, le président du tribunal peut autoriser le demandeur, sur sa requête, à assigner le défendeur à jour fixe. Il désigne, s'il y a lieu, la chambre à laquelle l'affaire est distribuée [...] ».

³ V° *Contra*, F. Watremet, obs. sous CA. Montpellier, ord. 1er président, 14 février 2001, Gaz. Pal. 19 juillet 2001, p. 19

⁴ Cass. 2^e Civ., 24 juin 2004, D. 2005 p. 336, obs. P. Julien et N. Fricero.

151. **Conclusion.** L'examen de l'ordonnance sur requête à la lumière des critères de la mesure d'administration judiciaire, eux-mêmes assez fuyants, a permis, une fois encore, de conclure à l'hétérogénéité de l'ensemble. A côté des ordonnances sur requête provisoires et des ordonnances sur requête en la forme, qui ne répondent en rien à la définition de l'acte administratif judiciaire, existe une troisième catégorie, dont la qualification de mesure d'administration judiciaire est avérée au regard des critères formel et matériel. Leur présence est une source de confusion et d'amalgame, car elle a fait douter de la qualité d'acte juridictionnel des ordonnances sur requête dans leur ensemble.

152. Cependant, le résultat obtenu ne peut, à nouveau, qu'être négatif, car la qualification obtenue est elle-même négative. L'analyse menée conduit en effet à conclure que les ordonnances sur requête provisoires et les ordonnances sur requête en la forme ne sont pas des actes d'administration judiciaire. Certes, étant donné que la classification examinée est bipartite, ce qui n'appartient pas à l'une des catégories relève forcément de l'autre. Ce qui ne relève pas de l'administration judiciaire serait alors nécessairement juridictionnel. Mais il importe, préalablement à l'octroi à l'ordonnance sur requête d'une éventuelle autorité de la chose jugée, de démontrer que sa nature d'acte juridictionnel n'est pas une qualification par défaut et correspond à sa véritable place dans la hiérarchie des actes judiciaires.

§2. La qualification positive : la qualité d'acte juridictionnel de l'ordonnance sur requête

La qualification positive, c'est-à-dire par le résultat concordant et pertinent de l'application des critères de l'acte juridictionnel, doit se faire en deux étapes, qui correspondent à la nature profonde de l'ordonnance sur requête. L'analyse de la structure, c'est-à-dire du contenu intellectuel et volitif de l'ordonnance sur requête, revient à lui appliquer le critère de l'acte juridictionnel tel qu'il a été dégagé, de longue date, par la doctrine. Cependant, au vu des nombreuses difficultés et controverses qui ont jalonné la recherche d'une définition satisfaisante tout au cours du XX^e siècle, il est nécessaire de préciser le contenu du critère (A.), avant de procéder à l'opération de qualification proprement dite (B.).

A. La recherche du critère de l'acte juridictionnel

153. La problématique de l'acte juridictionnel a, à l'origine tout du moins, surtout préoccupé la doctrine publiciste, soucieuse de déceler, parmi les nombreux organismes relevant du droit administratif, ceux qui pouvaient recevoir le label de juridiction¹. Plus tardivement, c'est sous un tout autre angle que la question a été abordée au sein du procès civil. Dans ce domaine, si la qualité de juge de l'auteur de l'acte n'était pas contestée, c'est plutôt vers la discrimination des actes de nature juridictionnelle, au sein de l'ensemble des décisions judiciaires, que la recherche s'est tournée². Une telle différence d'approche ne pouvait que faire naître la confusion et obscurcir le concept d'acte juridictionnel, par ailleurs compliquée par la dénégation de cette qualité aux décisions gracieuses, traditionnelle au début du siècle dernier³.

154. Le but des développements à suivre n'est pas de faire un exposé critique de l'ensemble des théories classiques et modernes en la matière, car des études, anciennes⁴, ou récentes⁵, ont brillamment réalisé un tel travail de recensement, auquel il convient par conséquent de renvoyer le lecteur. Si l'évolution d'ensemble sera tout de même brièvement retracée, ce n'est que pour mieux expliquer le choix final du critère à appliquer à l'ordonnance sur requête.

155. Dans la recherche de la notion de juridiction et de celle d'acte juridictionnel, les auteurs de droit public se sont d'abord posé la question même de l'existence d'un troisième pouvoir : le pouvoir judiciaire, au sein de l'Etat⁶. Ils ont en conséquence dégagé des critères organiques et formels. C'est ainsi que CARRE DE MALBERG définit l'acte juridictionnel d'un point de vue purement procédural, comme celui rendu à l'aide de « formes procédurales destinées à fournir aux administrés des

¹ On peut citer, parmi d'autres, L. Duguit, «L'acte administratif et l'acte juridictionnel», RDP 1906, p. 45; R. Bonnard, «La conception matérielle de la fonction juridictionnelle», in *Mélanges Carré De Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. ; G. Jèze, «L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux», RDP 1909, p. 66; Y. Chevallier, «Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle», in (dir.), *Mélanges Stassinopoulos*; R. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920-1922.

² V°, notamment, D. D'Ambra, *op. cit.*; R. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, essai critique*, thèse Bordeaux, 193; J. Jugault, *op. cit.*; P. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 198; G. Wiederkehr, «Qu'est-ce qu'un juge ?», in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges Perrot, Paris, Dalloz, 1995, p. 575.

³ On constate que le poids de la tradition était particulièrement lourd avant l'avènement de la loi du 15 juillet 1944, ouvrant les voies de recours de droit commun aux décisions rendues en matière gracieuse, V° R. Guilmard, *op. cit.*; Henry, *op. cit.*; M. Planiol, *Caractère et effets des décisions rendues en matière gracieuse*, Paris, Ed. Pichon, 1910.

⁴ On retiendra surtout la très remarquable chronique de P. Lampué, «La notion d'acte juridictionnel», RDP 1946, p. 2.

⁵ Pour ne citer que quelques-uns, V° C. Bléry, *op. cit.*, spéc. n°s 18 s. ; K. Salhi, *op. cit.*, spéc. n°s 90 s.

⁶ R. Bonnard, «La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolph Merkl», RDP 1928, p. 668 ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 380.

garanties de vérité, c'est-à-dire de conformité à la loi, ou de haute impartialité, du droit qui doit leur être dit »¹ ; ce à quoi il peut évidemment être reproché que l'acte pris par l'administrateur n'est pas dénué de certaines formes procédurales. C'est la raison pour laquelle la réflexion s'est peu à peu tournée vers un critère matériel², c'est-à-dire l'analyse du but et de la structure de l'acte juridictionnel. JEZE, qui s'est attaché à l'étude de l'autorité de la chose jugée, en a déduit que c'est précisément l'acte doté d'une telle autorité par la volonté du législateur qui peut être qualifié de juridictionnel³. Or, non seulement il est souvent délicat de déceler précisément la volonté du législateur lorsque celui est muet sur ce point, mais surtout le raisonnement est entaché d'une erreur de méthode : c'est parce que l'acte est juridictionnel qu'il est pourvu de l'autorité de la chose jugée, en non l'inverse⁴.

156. C'est la vérification juridictionnelle opérée par le juge qui s'est progressivement affirmée comme le critère fédérateur des opinions en présence. Celle-ci est le plus souvent définie comme un contrôle de légalité, en ce sens que le juge est appelé à statuer sur une question de violation de la loi⁵ ou, plus précisément, comme constatation « qu'il y avait ou non violation du droit objectif ou atteinte à une situation objective ou subjective »⁶. La structure de l'acte a, en revanche, été l'objet d'un moindre consensus, entre les auteurs qui détachaient matériellement la constatation de la décision finale qui la suit et de la prétention qui la précède⁷, et ceux qui les incluaient dans l'acte juridictionnel⁸. Si on sera d'accord pour dire qu'en soi la prétention du justiciable ne détermine pas la nature de l'acte en ce qu'elle lui reste extérieure, ne nous semble pas en revanche que la décision prise par le juge, et qui est la conséquence logique de la constatation qu'il opère, doive en être détachée. La première raison en est que si l'opération intellectuelle du juge a une importance capitale sur la décision qu'il prononce, c'est bien cette dernière, et elle seule, qui intéresse le justiciable. Celui-ci ne saisit pas le juge pour le voir appliquer un raisonnement, mais pour obtenir une mesure qui modifiera l'ordonnement juridique à son égard. Par ailleurs, un auteur fait

¹ R. Carré De Malberg, *op. cit.*, p. 768.

² R. Bonnard, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *préc.*

³ G. Jèze, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », RDP 1913, p. 437.

⁴ K. Salhi, *op. cit.*, n°s 107 et 108.

⁵ R. Guillien, *op. cit.*, pp. 59 s.

⁶ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 3^e éd., 1928, p. 418 ; il est intéressant de noter qu'un auteur a également proposé de définir la constatation opérée par le juge comme la levée du doute qu'éprouve ce dernier à l'égard du contenu obligationnel de la règle de droit ; par conséquent, l'acte juridictionnel a pour effet de rétablir « le lien rompu de l'obligation juridique entre le sujet de droit intéressé et la règle ou la situation qui fait l'objet du doute », V. C. Chaumont, « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », RDP 1942, p. 93.

⁷ G. Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *préc.* ; R. Guillien, *op. cit.*, pp. 136 s. ; plus récemment, une telle séparation a été défendue par M. le Professeur Guinchard, V° S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *op. cit.*, n° 203.

⁸ L. Duguit, *préc.*

remarquer qu'une telle scission entre décision et constatation diviserait à tort l'acte juridictionnel qui est un tout unique, et supposerait un « empiètement du juge sur la fonction administrative »¹.

157. Après avoir exclu un certain nombre de conceptions relatives à l'acte juridictionnel, il reste nécessaire d'en adopter une définition positive, applicable à l'ordonnance sur requête. Tenant en compte ce qui vient d'être dit, et gardant à l'esprit que la définition choisie doit permettre d'englober les décisions gracieuses, le critère le plus complet et le plus cohérent est celui qui, ébauché par BRUILLARD², complété par le Doyen HERON³, a été mis en avant par plusieurs thèses récentes⁴. Combinant les critères formel et matériel, il conduit à reconnaître comme juridictionnel tout acte rendu par juge, tiers impartial, en vue de lever un obstacle entravant la réalisation des droits du requérant par l'application des règles de droit. Le juge, autorité désintéressée au contraire de l'administrateur, est appelé tantôt à lever une entrave d'origine légale – il s'agit là de la matière gracieuse, tantôt factuelle – lorsque, en matière contentieuse, un tiers, le potentiel défendeur, oppose au requérant une résistance injustifiée ou estimée telle au bénéfice du droit subjectif dont celui-là cherche à se prévaloir. Cette définition sera l'étalon de la qualification de l'ordonnance sur requête.

B. L'application du critère de l'acte juridictionnel à l'ordonnance sur requête

158. Dans le domaine particulier et restreint de l'ordonnance sur requête, tous les aspects de la description faite de l'acte juridictionnel ne revêtiront pas le même degré d'acuité. En effet, la qualité de juge du magistrat chargé des requêtes ne présente, par hypothèse, aucune difficulté, pas plus que son impartialité ou son extériorité vis-à-vis de la situation invoquée par le requérant. Ce qui pose problème en revanche, c'est la notion d'obstacle que rencontre ce-dernier. Pour être véritablement juridictionnelle, l'ordonnance doit donc lever un obstacle qui s'oppose au justiciable (1.), en disant le droit (2.).

¹ C. Bléry, *op.cit.*, p. 32.

² G. Brulliard, «L'évolution de la juridiction dite "gracieuse" ou "volontaire" et de celle de juridiction, d'après les récents travaux de la doctrine italienne», RIDC 1957, p. 5, spéc. p. 20.

³ J. Héron et Th. Le Bars, *op.cit.*, n° 315.

⁴ K. Salhi, *op.cit.*, n° 141 ; C. Bléry, *op.cit.*, n° 18.

1. *L'obstacle entravant la réalisation des droits dans la procédure sur requête*

159. Si un justiciable saisit les juridictions en vue de faire prononcer une décision pouvant être qualifiée de juridictionnelle, c'est bien qu'il est, par lui-même, incapable de parvenir au résultat recherché. Pour reprendre les termes de M. BRUILLARD, « un obstacle, matériel ou juridique, empêche certains sujets d'arriver par le seul effet de leur volonté à la satisfaction de leur intérêt légitime »¹. Or, du fait même de la différence du rôle du juge qui, en matière gracieuse, s'appuie sur une volonté efficace du requérant², cet obstacle ne saurait être identique au sein de la juridiction gracieuse qu'en matière contentieuse. Il faut donc préalablement définir la notion d'obstacle (1.), avant d'en faire application à l'ordonnance sur requête (2.).

a. La définition de la notion d'obstacle entravant les droits du requérant

160. L'obstacle, que *Le Littré* définit comme « ce qui empêche d'avancer, ce qui s'oppose à la marche », est susceptible de multiples variations, conséquence inévitable de l'infinie diversité des situations litigieuses. Il n'en est pas moins possible, dans une démarche de schématisation, de les regrouper en deux grandes catégories : les obstacles de droit, caractérisant la matière gracieuse, et les obstacles de fait, spécifiques à la juridiction contentieuse.

161. Dans le premier cas, la décision du juge gracieux se greffe sur une volonté efficace du requérant, c'est-à-dire une volonté en principe capable de produire pleinement les effets juridiques visés. C'est par mesure de précaution et afin de protéger les intérêts de certains tiers – voire du requérant lui-même – que la loi, ponctuellement, prive cette volonté d'efficacité, imposant alors le recours au juge pour lui conférer le « *tertium quid* »³ manquant. Il en résulte un acte hybride qui combine volonté privée et *jurisdictio* étatique, permettant de lever l'obstacle considéré.

Cependant, dans son étude de l'office du juge en matière d'ordonnance sur requête, Mme PIERRE-MAURICE met en avant le fait que certaines ordonnances adoptent justement ce modèle. Il arrive en effet que le requérant possède cette volonté efficace qui lui fait normalement défaut, mais que, en raison de la nécessité de protéger les tiers, et notamment les créanciers éventuels, la loi impose un contrôle préventif du juge en privant cette volonté d'effets à défaut de son intervention. Par

¹ G. Brulliard, *op. cit.*, p. 23.

² V. *Supra*, n° 38.

³ G. Cornu et J. Foyer, *op.cit.*, p. 130.

exemple, citant l'article 1008 du code civil¹, elle estime que « doté en principe d'une volonté efficace, le requérant pourrait théoriquement se dispenser de l'intervention du juge. [...] La formalité de la saisine est exigée parce que le testament olographe est un titre vulnérable, susceptible de falsification ou de supposition et qui ne répond pas aux mêmes garanties que l'acte authentique »². Dans ce dernier cas en revanche, en raison du contrôle effectué par l'officier ministériel rédacteur de l'acte, le juge n'a pas à intervenir et sa saisine est inutile.

Un autre exemple, plus révélateur encore, est fourni par l'article L. 124-1 du code rural qui dispose que « les dispositions des articles L. 123-11 à L. 123-17 et les dispositions du chapitre VII du présent titre sont applicables aux échanges d'immeubles ruraux mentionnés au présent chapitre, qui sont assimilés aux échanges réalisés par voie d'aménagement foncier agricole et forestier. En cas d'opposition du titulaire de droits de privilèges, d'hypothèques ou de baux, l'acte d'échange est soumis, avant sa publication au bureau des hypothèques, à **l'homologation du président du tribunal de grande instance statuant par voie d'ordonnance sur requête** ». Dans la situation visée par ce texte, l'échange d'immeubles ruraux, les parties sont en principe libres de conclure seules ce type de conventions, sans solliciter de décision judiciaire. Ce n'est qu'en cas d'opposition d'un créancier privilégié que le juge intervient pour *homologuer* l'accord, opération gracieuse par essence³. Mme PIERRE-MAURICE en conclut que la requalification de telles décisions en décisions gracieuses est non seulement possible, mais surtout souhaitable⁴.

162. A suivre cette analyse, là où l'article 25 n'a été d'aucun secours pour qualifier l'ordonnance sur requête, l'analyse de l'office du juge au regard du critère de l'acte juridictionnel permet d'identifier avec précision des décisions gracieuses au sein du groupe général des ordonnances sur requête. Le critère serait ainsi l'obstacle de droit qui entrave une volonté potentiellement efficace du requérant, en raison de la nécessité de protéger des tiers pouvant être lésés par l'acte privé d'effets. Ceci est en somme logique : si la requête unilatérale est le mode normal d'introduction de l'instance en matière gracieuse, il aurait été surprenant de ne trouver aucun texte consacrant une ordonnance sur requête qui en relève.

163. Les résultats obtenus obligent à rajouter une quatrième catégorie d'ordonnances sur requête, les ordonnances gracieuses, ce qui scinderait la catégorie générale en quatre sous-catégories : les ordonnances sur requête provisoires, les ordonnances sur requête en la forme, les mesures

¹ « Dans le cas de l'article 1006, si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête, à laquelle sera joint l'acte de dépôt ».

² S. Pierre-Maurice, *op.cit.*, n° 271.

³ I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *préc.*

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n°s 272 à 274.

d'administration judiciaire et les décisions gracieuses. Ceci pose naturellement la question de la cohérence de l'ensemble, d'une part, et de la distinction entre les différents sous-groupes, d'autre part. La coexistence de décisions gracieuses et d'ordonnances sur requête provisoires ne semble pas poser de difficultés, dans la mesure où elles se distinguent quant à leur autorité, les premières étant définitives, les secondes provisoires. Par ailleurs, sur le plan matériel, la fonction de protection juridictionnelle provisoire les oppose radicalement. En ce qui concerne les mesures d'administration judiciaire, leur caractère non juridictionnel empêche toute assimilation aux ordonnances gracieuses ou provisoires par nature. C'est donc entre les ordonnances gracieuses et celles rendues en la forme des requêtes que le départ ne va pas d'évidence.

164. A l'évidence, les deux genres de mesures ont beaucoup en commun : elles tendent directement à la réalisation d'un droit subjectif, et, par voie de conséquence, sont toutes deux définitives, revêtues de la pleine autorité de la chose jugée. Le critère du provisoire ne peut donc servir pour les démarquer l'une de l'autre. Les critères légaux ne sont pas d'un grand secours non plus, étant donné leur inadaptation à l'ordonnance sur requête, tant pour l'absence de litige que pour l'exigence du contrôle judiciaire. Sur la première des deux propositions, on peut dire que même en retenant la conception modernisée du litige, proposé par Mme PIERRE-MAURICE¹, qui est celui de l'adversaire intellectuellement visé, les résultats obtenus sont satisfaisants. Non seulement ce critère conduit à scruter la mentalité du requérant – a-t-il ou non des intentions belliqueuses ? -, procédé contestable en soi, mais surtout il fait dépendre la qualification de l'ordonnance d'un élément qui lui est totalement extrinsèque. Quant à l'obligation de saisir le juge, celle-ci est partagée par la matière gracieuse et par l'ordonnance sur requête en la forme, car dans les deux cas le requérant ne peut obtenir satisfaction que par la voie juridictionnelle.

165. En réalité, c'est encore dans l'étude de l'office du juge qu'il faut chercher le critère de distinction entre les décisions gracieuses et les ordonnances sur requête en la forme. Si la demande s'appuie sur une volonté individuelle potentiellement efficace mais privée de ses effets par la loi, elle sera gracieuse. Dans le cas contraire, elle relèvera des ordonnances sur requête en la forme, car le recours à la voie unilatérale n'est alors justifié que par le fait qu'elle est la seule, au sein du schéma procédural général, à permettre l'intervention de l'appareil judiciaire. Le domaine des dernières est donc spécial et résiduel : pourront recevoir cette qualification les ordonnances qui ne répondent pas aux critères de la mesure d'administration judiciaire, ni à ceux, matériels ou structurels, de la mesure provisoire par nature, ni, enfin, n'appuieront aucune volonté efficace.

¹ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 303 ; la conception tenant à l'assimilation entre litige et potentialité à faire grief doit en effet être d'emblée écartée car inappropriée et insuffisamment discriminante.

Ajoutons enfin que la distinction qui vient d'être mentionnée entre ordonnances gracieuses et celles rendues en la forme des requêtes n'a que peu d'incidence pratique et son intérêt reste presque entièrement théorique. Sa seule implication est de conférer au juge davantage de pouvoirs pour instruire la demande lorsque la qualification gracieuse est retenue¹. Gageons que dans la solitude de son cabinet, le magistrat ne s'embarrassera pas de telles subtilités.²

166. Ainsi précisée la notion d'obstacle entravant la réalisation des droits du requérant en matière gracieuse, reste à préciser la notion d'obstacle de fait qui caractérise la juridiction contentieuse. Celui-ci peut être défini comme la résistance, opposée par un tiers, à la prétention exprimée par le requérant de jouir des effets d'un droit subjectif, soit que ce tiers conteste l'existence de ce droit, soit qu'il s'en réclame lui-même titulaire. Dans les deux cas, il s'oppose, par son comportement matériel, passif ou actif, à ce que se produisent concrètement les effets du droit litigieux : le débiteur ne paye pas, l'occupant sans titre ne libère pas les lieux, etc...

D'emblée, il apparaît qu'une telle conception heurte le caractère unilatéral de l'ordonnance sur requête contentieuse. Le requérant peut avoir exprimé une prétention, de manière judiciaire ou non, qui s'est heurtée à un refus. Mais il peut également n'avoir rien exprimé, et la saisine du juge des requêtes, première passe d'armes dans la bataille judiciaire, est une surprise pour le destinataire de la mesure qui n'a pas encore pu former de résistance. Pour autant, le requérant ne peut obtenir seul le résultat auquel il aspire : comment, dès lors, expliquer la nécessité de recourir au juge ? Au vu de l'insuffisance de la définition proposée, il convient de l'adapter au modèle de l'ordonnance sur requête contentieuse et d'en préciser le contenu.

b. L'application de la notion d'obstacle à l'ordonnance sur requête provisoire

167. La particularité de l'ordonnance sur requête provisoire, qui est d'être la seule décision contentieuse structurellement unilatérale, peut être exploitée pour déterminer précisément l'obstacle qui s'oppose au requérant. Or, il existe deux raisons de justifier l'usage de la voie unilatérale, à savoir *l'effet de surprise*, conditionnant l'efficacité de la mesure, qui est recherché, et *l'indétermination de l'identité de la partie adverse* qui empêche l'utilisation d'un mode d'introduction

¹ Il s'agit de la faculté de prendre en compte des faits hors du dossier (art. 26 CPC), de mettre en cause les tiers (art. 332 CPC) et de relever d'office son incompétence territoriale (art. 93 CPC).

² V., sur l'application des qualifications préalables au cours de la procédure sur requête, V. infra, n°s 1034 s.

de l'instance nominatif¹. La difficulté est alors de procéder à une schématisation de ces cas de saisine du juge des requêtes au regard des critères de l'acte juridictionnel.

Toutefois, à l'analyse de l'infinie variété des situations qui motivent le recours à la juridiction des requêtes, il est possible de dégager deux séries d'hypothèses. Il est, d'une part, des cas où le requérant a la possibilité matérielle d'accomplir la mesure requise, mais son comportement, non avalisé par le juge, serait illégitime (α). D'autre part, il est certaines situations dans lesquelles le requérant est dans l'impossibilité matérielle d'agir, seule l'autorité judiciaire pouvant parvenir au résultat recherché (β).

α . La saisine du juge des requêtes en tant que recherche de la légitimité de la mesure sollicitée

168. Le plus souvent, le recours à la juridiction des requêtes est motivé par le besoin de se conformer à certaines règles du corps social, à s'assurer de la légitimité, à leur égard, de la mesure requise. En ce sens, il faut comprendre que le requérant est potentiellement capable de se satisfaire par ses propres moyens et d'accomplir les actes qu'il estime justifiés. Mais, ce faisant, il contreviendrait à la fois au principe d'interdiction de la justice privée et à l'ensemble des règles relatives à l'administration judiciaire de la preuve.

169. Pour ce qui est du premier, un auteur a pertinemment relevé que « le requérant qui aurait tenté de procéder d'office à la mesure sollicitée se serait mis hors la loi. Procéder à la saisie des biens de son débiteur est un vol, constater l'infidélité de son conjoint, une violation de la vie privée »². En d'autres termes, c'est pour éviter le recours à la justice privée que l'ordonnance sur requête est rendue nécessaire. Lorsque le résultat souhaité implique une action coercitive, voire agressive, la volonté du requérant se heurte au monopole étatique de l'usage de la violence. C'est bien dans cette optique que se place le concept de protection juridictionnelle provisoire dans lequel s'intègre l'ordonnance sur requête. En effet, « le droit et la justice doivent [...] être considérés comme un ordre qui prohibe l'usage de la force en général pour ne l'autoriser que sous la forme d'une sanction devant être exécutée par des individus déterminés dans des circonstances exceptionnelles »³, c'est-à-dire par des agents ou officiers publics habilités en vertu d'un titre judiciaire et limités par lui. C'est le fondement même d'une société organisée et pacifiée par le Droit, « condition première de l'ordre

¹ V. *Infra*, n°s 816 s.

² S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 267.

³ A. Poullard, « Manières de juger. La représentation du pouvoir dans la fonction du juge », Institut des hautes études en sciences sociales 1999, <http://www.reds.msh-paris.fr>, spéc. p. 15.

social »¹. En somme, « le règne de la loi appelle celui du juge : la paix civile semble à ce prix »². Dans cette mesure, il existe bien un obstacle à la réalisation effective du droit invoqué par le requérant.

170. Par ailleurs, il se peut que le requérant n'obtienne pas gain de cause en dehors d'une procédure juridictionnelle, non seulement en raison du caractère blâmable de son comportement, mais aussi parce que les éléments par lui recueillis ne seront pas recevables sur le terrain probatoire. En ce sens, lorsque le but immédiat du requérant est de se procurer la preuve de faits susceptibles d'appuyer une éventuelle demande en justice, même s'il ne commet aucun acte de violence, l'absence d'intervention du juge prive les preuves obtenues de son *imperium*, de sa légitimité première. De la même manière que pour les mesures d'instruction *in futurum*³, l'élément de preuve ainsi obtenu sera contestable, de faible valeur probante, comme c'est notamment le cas pour les expertises officieuses⁴. Le caractère judiciaire de la mesure d'instruction ordonnée en justice lui confère le sceau de l'impartialité et de neutralité à l'égard des faits, la rendant sinon incontestable, du moins hautement fiable.

171. Enfin, et c'est sur ce point que les deux cas de figure précédemment évoqués se rejoignent, il arrive qu'un justiciable soit tout simplement dans l'impossibilité d'obtenir l'élément de preuve nécessaire, du moins sans commettre une grave voie de fait. Il en est notamment ainsi si la preuve en question requiert la collaboration d'un tiers ou est détenue par celui-ci, et que le requérant se heurte à un refus. Ne disposant d'aucun pouvoir de commandement, il ne peut, seul, forcer le tiers à s'exécuter. De plus, il a été jugé que l'article 10 du Code civil⁵ est sans application lorsque le concours en question est requis par un simple particulier⁶. Le pouvoir de l'institution judiciaire se manifeste ici dans son aspect impératif et se matérialise comme « capacité à faire agir – et même contraindre –

¹ J. Béguin, « Rapport sur l'adage "Nul ne peut se faire justice à soi-même" », in (dir.), *Travaux de l'Association Henry Capitant, t. XVIII, Journées lyonnaises*, Paris, Dalloz, 1969, p. 41.

² Ibid.

³ V. *Infra*, n° 862 s.

⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 28 mars 1995, Procédures 1995, n° 122, note R. Perrot ; cette décision, pour écarter les résultats d'une expertise menée officieusement par l'une des parties, mentionne notamment le caractère non-contradictoire de celle-ci, ainsi que le « travail consciencieux » (entre guillemets dans le texte de l'arrêt) de l'expert ; V° également, en matière d'identification des personnes au moyen de prélèvements sanguins extrajudiciaires, TGI Paris, 8 janvier 1991, RTD Civ. 1991 p. 720, obs. D. Huet-Weiller.

⁵ « 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 civile, sans préjudice de dommages et intérêts ».

⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 25 octobre 1994, Bull. Civ. I, n° 306, p. 222 ; l'arrêt mentionne expressément que le concours visé à l'article 10 « est celui qui doit être apporté non aux particuliers, mais à l'autorité judiciaire, en vue de la manifestation de la vérité ».

autrui »¹. C'est l'absence d'un tel *pouvoir* de contrainte qui caractérise alors l'obstacle opposé au requérant.

β. La saisine du juge des requêtes, unique voie de réalisation de la mesure sollicitée

172. C'est également par le biais de la notion de pouvoir que Mme PIERRE-MAURICE explique l'obstacle entravant les droits du requérant, lorsque la mesure voulue est tout simplement irréalisable matériellement par ce dernier. L'exemple topique d'une telle situation est fourni par la saisie conservatoire d'un compte bancaire, qui, pour être valablement pratiquée, exige non seulement une décision judiciaire mais aussi le concours effectif d'un huissier de justice. Mme PIERRE-MAURICE estime en effet que ce qui manque au requérant c'est le *pouvoir*, entendu comme « la prérogative d'exercer un acte, les attributs du droit subjectif »². Elle ne rejoint cependant pas la définition du pouvoir proposée par M. GAILLARD dans sa thèse de doctorat. Pour ce dernier auteur, « le pouvoir se caractérise [...] par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement différent du sien »³. M. GAILLARD fait une distinction fondamentale entre le pouvoir et le droit subjectif, qui est tourné vers la réalisation des intérêts propres de celui qui l'exerce. Il va jusqu'à affirmer que « cette *summa divisio* des prérogatives juridiques en droits subjectifs et en pouvoirs constitue le support essentiel de la découverte de la notion »⁴. Ce point de vue, auquel chacun sera par ailleurs libre de souscrire ou non, ne cache pas l'ambiguïté du terme pouvoir, qui est utilisé dans de nombreux domaines : on parle ainsi de pouvoir politique, du pouvoir dans la représentation en droit civil, etc...

173. C'est plus précisément vers la notion de *capacité*, telle que l'a précisée M. GAILLARD, qu'il convient de se tourner. Celui-ci estime que « si on l'envisage comme l'aptitude à agir dans un intérêt distinct du sien et non plus comme la prérogative ainsi mise en œuvre, le pouvoir s'oppose clairement à la capacité que l'on définit souvent comme l'aptitude à agir valablement pour son propre compte. [...] Le pouvoir désigne à la fois l'aptitude à agir dans un intérêt distinct du sien et le droit de prendre ainsi une décision contraignante pour autrui »⁵. Or, dans l'exemple choisi, celui de la saisie conservatoire, le requérant dispose bien d'une *prérogative*, à savoir le droit de recouvrer sa créance, ou, en d'autres termes encore, réaliser concrètement les effets du droit subjectif dont il est

¹ A. Poullard, *préc.*, p. 12.

² S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 266.

³ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, thèse Paris II, 1981, n° 20.

⁴ *Ibid.*

⁵ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 64.

titulaire. Il n'en a simplement pas la *capacité*, au sens précédemment défini. Le concours du juge est indispensable, dans la mesure où la saisie affecte le patrimoine d'un tiers, le débiteur. Par conséquent, réunir la capacité et la prérogative sur la tête du seul requérant reviendrait à lui conférer la faculté d'interagir avec les libertés fondamentales d'individus tiers, voire de les restreindre, ce qui est évidemment inadmissible. Seule l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles¹, est susceptible de permettre la mise en œuvre d'une telle *prérogative*. En ce sens, ce qui fait donc défaut au requérant, c'est bien la *capacité*, qui caractérise l'obstacle rencontré en matière contentieuse.

174. Il faut ici conclure en disant que la raison qui amène le justiciable devant le juge des requêtes peut se décliner en trois propositions, qui, loin d'être exclusives l'une de l'autre, peuvent se compléter, voire se justifier mutuellement. En amont, le principe général de l'interdiction de la justice privée empêche le requérant de faire usage de la force et réaliser lui-même la mesure qu'il souhaite voir ordonnée. En aval, soit l'ordonnance confère à cette mesure la légitimité qui lui fait défaut pour être pleinement efficace, soit elle met en œuvre un pouvoir de commandement et d'injonction dont, en raison du danger qu'il présente pour les libertés fondamentales d'autrui, le requérant est privé. Il existe bien un obstacle qui entrave la réalisation effective du droit de celui-ci, et l'origine de cet obstacle résulte de circonstances de fait : la résistance matérielle d'un tiers, qu'elle soit actuelle ou éventuelle.

Cependant, caractériser ce seul obstacle est encore insuffisant pour conférer à l'ordonnance sur requête la qualification d'acte juridictionnel. Il faut encore que pour lever cet obstacle le juge des requêtes fasse application du Droit.

¹ Article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

2. La levée de l'obstacle par le juge des requêtes

175. Dans la définition précédemment donnée de l'acte juridictionnel, l'auteur de cet acte doit lever l'obstacle en application de normes juridiques et non en simple opportunité. Or, il a été traditionnellement affirmé que le juge des requêtes, n'usant que de son seul *imperium*, ne dit pas le droit (a.). Force est de constater qu'une telle conception de la *jurisdictio* au sein de l'ordonnance sur requête doit aujourd'hui être écartée, tant au regard de la démarche intellectuelle adoptée par le juge des requêtes qu'à la conception même de la règle de droit (b.).

a. Le déni classique de l'application de la règle de droit par le juge des requêtes

176. La négation du pouvoir juridictionnel du juge des requêtes au profit de son seul *imperium* est due, dans la doctrine processualiste classique, à l'assimilation faite entre les ordonnances sur requête et la matière gracieuse. Cette dernière était traditionnellement placée hors de la fonction juridictionnelle, ce qui justifiait cette position à l'égard des ordonnances sur requête. C'est parce que l'ordonnance se contenterait d'ordonner de simples mesures¹, que le juge ne ferait qu'user de son pouvoir de police des situations juridiques, sans proclamer de droit ni se prononcer sur une violation de la loi. Dans cette optique certains auteurs ont pu, sans évoquer un éventuel rattachement à la juridiction gracieuse, qualifier expressément les ordonnances sur requête de mesures d'administration judiciaire².

177. Or, il a été démontré que les deux premières affirmations sont éminemment contestables et doivent être renversées, tant au regard de la conception moderne de la fonction juridictionnelle, qui se doit d'inclure les décisions gracieuses, qu'à l'absence de confusion entre la matière gracieuse et les ordonnances sur requête³. Quant à la seconde proposition, si certains actes d'administration

¹ Ce qui, du point de vue de la stricte linguistique, peut se défendre, car la mesure est définie comme un « moyen mis en œuvre en vue d'un résultat déterminé », V° *Mesure*, Dictionnaire Le Littré de la langue française, 2012.

² M. Planiol, D. 1906, 1, 337 ; H. Vizios, RTDC 1943 p. 279 ; Cass. Civ. 26 novembre 1867, S. 1868, p. 73, obs. De Peyramont.

³ Et qui résulte de la distribution précédemment opérée entre les mesures provisoires par nature et par objet, V. *Supra*, n°s 78 s.

judiciaire peuvent en effet prendre la forme d'une ordonnance sur requête, il ne faut pas les prendre pour modèle représentatif de l'ensemble de la catégorie¹.

178. Si, négativement, aucune des propositions ci-dessus n'est apte à définir l'office du juge des requêtes, c'est parce que celui-ci applique bien le droit. Positivement, il semble que le juge, dans l'exercice du pouvoir que lui délègue l'Etat, ne peut prendre de décision sans avoir, au préalable, qualifié, apprécié, pondéré les faits et les intérêts en présence. « Le juge », estime M. ROLAND, « lorsqu'il répond à une requête, ne le fait qu'après en avoir vérifié le mérite et après s'être livré à un examen sérieux du droit »². En d'autres termes, le magistrat n'est pas une machine à délivrer des mesures ayant force exécutoire qui pourront attenter au patrimoine, voire aux libertés d'autrui. Estimer que le juge des requêtes décide sans dire le droit est inconcevable tant sur un plan intellectuel que pratique. Comment, sans démarche intellectuelle visant à qualitativement estimer la demande portée devant lui, le juge pourrait-il se décider ? D'un autre côté, si le législateur avait voulu qu'un avantage soit accordé au justiciable sans la faire dépendre d'aucune appréciation juridictionnelle, ce n'est pas au juge qu'une telle mission serait confiée mais à un administrateur. Pourquoi, en somme, ferait-on intervenir un juge si l'on ne voulait pas le voir agir en cette qualité ?

179. Cependant, s'il est incontestable que le juge des requêtes dit et applique le Droit lorsqu'il se prononce sur le mérite de la requête, il existe, en la matière, certaines spécificités. Premièrement, l'absence de contradictoire prive le juge d'un débat propre à l'éclairer et faire naître la vérité, selon la célèbre expression d'Ihéring. On sait par ailleurs que le caractère unilatéral de la procédure n'est pas compensé, comme en matière gracieuse, par une extension des pouvoirs d'investigation du juge³. Enfin, et dans une plus grande mesure en ce qui concerne les ordonnances inconnues, le législateur ne donne au juge que peu, ou pas, d'indications sur la façon de jauger le bien-fondé de la requête. De toutes parts livré à lui-même, le juge mène un raisonnement qui pourrait être soupçonné de subjectivité, voire d'opportunisme. Pour l'ensemble de ces raisons, il est nécessaire d'analyser plus en avant l'activité intellectuelle du magistrat pour en démontrer le rattachement incontestable à l'exercice de la *jurisdictio*.

¹ *Supra*, n°s 122 s.

² H. Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, *op.cit.*, p. 270.

³ En matière gracieuse, l'art. 26 CPC autorise le juge à se servir de connaissances personnelles puisées hors du dossier.

b. La conception renouvelée de la *jurisdictio* en ordonnance sur requête

180. Des trois remarques qui viennent d'être faites quant au processus décisionnel et matière d'ordonnance sur requête, c'est certainement la dernière qui est la source de la plupart des difficultés. Car, quand bien même la procédure serait-elle unilatérale et les pouvoirs d'enquête du magistrat seraient-ils réduits, si le texte sur lequel celui-ci s'appuie lui donne des instructions ou tout du moins des directives pour lui permettre de canaliser son appréciation de la requête, sa tâche en est grandement facilitée et le processus juridictionnel n'en est que plus facilement borné. Ainsi, dans la procédure voisine des référés il existe un certain nombre de notions-clés, certes assez vagues mais dont la jurisprudence et la doctrine, toutes deux mûries par de nombreuses années d'application de cette figure procédurale, ont fourni un descriptif assez précis. Les nombreux écrits parus sur l'obligation non sérieusement contestable, sur le dommage imminent, le trouble manifestement illicite ou encore l'urgence¹, en attestent. Rien de tel n'existe pour l'ordonnance sur requête : le praticien, comme le chercheur ne dispose à sa portée que de cinq articles qui traitant uniquement du régime que doit suivre l'ordonnance.

A cela il pourrait être répondu qu'en matière d'ordonnances nommées les textes sont plus fournis et donc davantage exploitables. Or, à y regarder plus attentivement, il est aisé de remarquer que dans la quasi-totalité des cas, seules deux indications figurent au sein des divers articles recensés. La première indication porte sur le mode d'introduction de l'instance, comme les textes qui disposent que la mesure sera prise par « voie de requête unilatérale » ou par « ordonnance sur requête ». La seconde indication porte sur les mesures que le juge peut prononcer, parfois au moyen d'une liste succincte mais non limitative², parfois par une énumération exhaustive³. Le seul renseignement qu'il est possible de tirer de ces deux indications a trait aux mesures envisageables, sans qu'une conclusion puisse en être déduite quant à l'application du droit par le juge.

181. En réalité, s'atteler à l'examen du rôle du juge dans la procédure sur requête c'est plus largement se poser la question de son rôle au sein de l'institution judiciaire, et, à plus grande échelle encore, dans le corps social. Le caractère très personnel de la procédure, corollaire nécessaire de la

¹ V. *Infra*, n°s 708 s.

² Pour un exemple de liste de mesures non limitative du fait de l'usage de l'adverbe « notamment », V. l'art. 220-1 C. civ. : « Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts. Il peut **notamment** interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints [...] ».

³ Ainsi de l'article 1441-4 CPC, qui ne permet que le seul octroi de la force exécutoire à la transaction soumise au juge.

solitude du magistrat qui en a la charge, ajouté au flou et à l'enchevêtrement des normes qui l'entourent, amènent à penser que c'est une démarche intellectuelle globale, détachée des seules considérations procédurales, qui est alors menée. M. OST, dans son étude du rôle du juge dans la société post-industrielle moderne, a su mettre la lumière sur un tel phénomène¹. Il écrit en ce sens que l'« on comprendra la méthode du juge ainsi conçue [le syllogisme judiciaire strict, entendu comme l'application schématique de normes générales et abstraites] devient aujourd'hui de plus en plus malaisée au fur et à mesure que s'accroissent les tensions, conceptuelles et idéologiques qui affectent le système juridique. Il est clair que lorsque les obligations dont le juge doit assurer le respect prennent la forme de directives souples et de standards, que lorsque les droits subjectifs dont il assure la sanction prennent la forme de simples intérêts, que lorsque des concepts précis comme ceux de « cessation des paiements » ou de « culpabilité » sont remplacés par d'autres comme la « viabilité d'une entreprise » ou de « dangerosité » d'un individu, le juge est contraint de décider en s'inspirant des finalités sociales et politiques qui président aux institutions et mécanismes au sein desquels prennent place ces standards, intérêts et concepts »². Il est intéressant de noter que ce concept de standard est également repris par M. BOLZE dans son étude des mécanismes du raisonnement judiciaire. Cet auteur estime en effet que « le législateur s'empare de la vie concrète et pose des règles qui permettent au juge de déterminer la solution car le présumé n'est plus une catégorie abstraite mais un standard factuel. C'est « l'intérêt de la famille », celui « de l'enfant » ou encore celui de « l'entreprise » qui fait du juge l'administrateur des situations juridiques. Autant dire que le juge décide comme il l'entend »³. Le dictionnaire de la langue française *Le Larousse* associe, quant à lui, l'adjectif *standard* à celui de *normalisé*, qui, à son tour, est défini comme le fait d'avoir « fixé ou appliqué une norme à quelque chose ». Le terme standard peut donc avoir un sens normatif ; il renvoie à un concept-cadre, au contenu volontairement assez large, « une notion connue à priori par intuition, c'est-à-dire une notion ouverte dont la compréhension est toujours relative aux applications qui en sont faites et qui vaut précisément parce qu'elle n'est pas enfermée dans une définition réelle »⁴.

182. Ce sont encore les développements de M. ORIANNE qui font pencher notre opinion vers la considération du standard comme une règle-étalon pour l'appréciation des comportements humains par le juge des requêtes. « Le standard », écrit-il, « ajoute à l'indétermination de la notion dont il se

¹ F. Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ost, Gérard and Van de Kerchove (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacement.*, Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint Louis, 1983, p. 1.

² F. Ost, *op. cit.*, p. 59 ; V° également D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2006, n°9.

³ A. Bolze, « Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit », *Gaz. Pal.* 18 février 2003, p. 4, spéc. n° 19.

⁴ N. Cayrol, « Référé civil », *Rép. Proc. Civ.* 2011, n° 372.

sert une fonction discriminatoire attachée à la *qualité* dont il entend que la présence ou l'absence soit vérifiée. Il tend à l'appréciation d'un écart éventuel entre l'état d'un fait ou d'un comportement et celui qui devrait ou ne devrait pas être le sien pour que la règle s'applique. [...] Ainsi conçu, le standard présente cette caractéristique d'entraîner, dans son application, une comparaison entre l'objet auquel on entend l'appliquer et un autre, idéal, pris pour modèle »¹.

183. Le standard est donc bien un modèle, un étalon permettant une mesure. Or, ce qui permet la mesure peut être identifié comme norme et s'intègre dans le Droit, entendu au sens large. Celui-ci doit en effet être entendu comme « système normatif » au sein duquel « tout jugement s'inscrit nécessairement dans le schéma général de toute expérience normative qui suppose la confrontation d'un objet à un modèle auquel il est ou non-conforme »². Si le standard peut servir de fondement à une appréciation juridictionnelle au sens large, qu'en est-il de la procédure sur requête ? Autrement dit, une fois établi la technique du standard comme modèle de raisonnement du juge des requêtes, il reste encore à identifier plus particulièrement les standards utilisés.

Un examen attentif des textes révèle un certain nombre de notions assimilables à des standards, toutes relatives aux ordonnances innommées. Ce sont des concepts tels que l'urgence et les circonstances qui « exigent que les mesures ne soient pas prises contradictoirement » ou « cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse »³. Ces notions ont toutes trait à la recevabilité de la requête, autrement dit à l'existence des chefs de saisine du juge des requêtes, sans donner aucun indice sur le choix de la mesure à adopter. L'étude des décisions récentes en matière d'ordonnances sur requête rendues par la Cour de cassation est encore plus éclairante. Elles ne portent que sur le contrôle des standards susmentionnés, sans sanctionner aucunement l'ordonnance quant à la nature même de la mesure prise⁴. Par ailleurs, la Haute juridiction reste intransigeante sur le contrôle de motivation, dont elle vérifie l'existence mais non le contenu puisque la jurisprudence selon laquelle le juge peut se contenter de viser la requête est toujours d'actualité⁵. Le pouvoir du juge des requêtes est par conséquent souverain, car si les chefs de saisine permettant son intervention sont caractérisés, et dès lors que l'ordonnance n'est pas dépourvue de toute motivation, sa décision sera valable au regard du contrôle de cassation.

¹ P. Oriane, « Les standards et les pouvoirs du juge », RRJ 1988, p. 1037, spéc. p. 1038-1039.

² D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, op.cit., pp. 10-11.

³ Cette expression se retrouve, outre l'article 493, aux articles 812, 851, 874 et 897 relatifs respectivement au Tribunal de grande Instance, Tribunal d'instance, au Tribunal de commerce et au Tribunal paritaire des baux ruraux, ainsi qu'à l'article 958 qui a trait à la juridiction du premier président de la cour d'appel.

⁴ V°, en matière d'urgence Cass. 2^e Civ. 15 janvier 2009, Bull. civ. II, n° 15 et Cass. 2^e Civ. 7 mai 2008, Bull. civ. II, n° 104 ; en matière de circonstances exigeant l'éviction du contradictoire, Cass. 2^e Civ. 30 avril 2009, Bull. civ. II, n° 105 et Cass. 3^e Civ. 11 février 2009, Bull. civ. III, n° 34.

⁵ Cass. 1^{ère} Civ. 24 octobre 1978, Bull. civ. I, n° 317 ; Cass. 2^e Civ. 6 mai 1999, JCP G 1999, IV, 2153.

184. Tout conduit donc à penser que pour apprécier le bien-fondé de la requête le juge devra sortir du strict cadre du régime des ordonnances sur requête à proprement parler pour s'attacher à des éléments normatifs, ou plutôt des standards, plus généraux encore. Deux aspects peuvent alors rentrer en compte. Pour les mieux les cerner, il faut avoir à l'esprit que le standard est ambivalent, comme M. le Professeur ORIANNE l'a démontré, balançant entre un aspect matériel et un aspect comportemental.

Le standard « matériel » ou « technique » « pourrait réunir les standards dont l'application semble pouvoir se régler en référence à ce qui est observable dans l'ordre des choses auquel appartient le fait analysé »¹. Le juge des requêtes, si l'on suit cette définition, serait susceptible de s'inspirer de ce qu'il observe dans le même « ordre des choses » que la requête qui lui est soumise, autrement dit la protection juridictionnelle provisoire. Au sein de celle-ci, c'est la procédure des référés qui, encore une fois, fournit un objet de comparaison. En fin de compte, l'ordonnance sur requête et l'ordonnance de référé ne sont que les deux facettes complémentaires d'une même branche processuelle, avec pour seule différence le caractère contradictoire ou non de la procédure². Rien ne s'oppose donc à ce que le juge des requêtes, sans y faire expressément référence, puise des renseignements dans les standards qui gouvernent le référé, comme l'existence d'un différend, le dommage imminent, le trouble manifestement illicite et même la contestation sérieuse³.

185. En revanche, « si le standard technique renvoie à la matérialité des faits, le standard comportemental postule, lui, l'appréciation des actes de la personne en ce compris éventuellement les intentions qui ont été les siennes. [...] Leur appréciation s'inscrira le plus souvent dans une analyse de la relation ayant existé ou existant entre les parties, de leurs intérêts respectifs et de ce qu'elles étaient en droit d'attendre l'une de l'autre »⁴. La mesure contenue dans la requête ne peut se contenter de la seule technicité des mécanismes juridiques que le juge prend en considération, il est impératif d'envisager également des aspects humains et relationnels. Leur importance est d'autant plus exacerbée que la procédure est unilatérale et que le destinataire de la décision ne peut efficacement défendre ses intérêts. Le juge doit alors veiller à ce que la mesure qu'il ordonne soit la plus juste possible : elle n'en sera que mieux acceptée par celui qui la subit, ce qui contribuera à

¹ P. Orianne, *préc.*, p. 1044.

² Cette similitude est particulièrement mise en évidence par la répartition des compétences observée en matière de mesures d'instruction *in futurum*, seule la nécessité d'évincer le défendeur potentiel de l'instance opérant la hiérarchisation entre le référé et la requête, V^o Cass. 2e civ., 13 mai 1987, RTD civ. 1988. 181, obs. R. Perrot.

³ Bien que le juge des requêtes ne peut condamner à un paiement par provision, il peut néanmoins être amené à apprécier le bien-fondé apparent, le *fumus boni juris*, d'une créance, notamment lorsqu'il ordonne une saisie conservatoire, V. *Infra*, n^os 763 s.

⁴ P. Orianne, *op. cit.*, pp. 1045-1046.

l'aplanissement rapide du conflit qui l'oppose au requérant. Tout le problème est encore une fois de déterminer à quels standards peut renvoyer cette « juste » mesure.

186. Spontanément, c'est vers l'équité que l'esprit a tendance à se tourner. Sémantiquement, le mot *juste* est défini comme ce qui est « conforme au droit et à l'équité »¹. Si la Cour de cassation censure invariablement les décisions qui se fondent expressément sur l'équité² qu'elle refuse de considérer comme une « source du droit »³, il n'en reste pas moins que le juge, être doué d'une conscience et non dépourvu d'émotions, en fait officieusement usage⁴. Il est possible d'objecter à cette conception de l'office du juge que celui-ci ne peut se fonder que sur des règles de droit au sens formel et non des notions *para* ou *extra* juridiques. Cela renvoie à une définition matérielle de l'acte juridictionnel, qui exclut les décisions rendues en amiable composition⁵. Cependant, une telle opinion, fondée sur une conception stricte de la fonction juridictionnelle, paraît trop étroite. Elle revient *de facto* à remettre sur le métier le débat classique dont les termes sont les suivants : le juge, en tranchant le litige, dit-il le droit applicable à la situation, ou le droit *de* la situation ? Force est de constater que si le juge ne peut s'abstraire de toute règle sous peine de tomber dans l'arbitraire, symbole d'un pouvoir chaotique et malsain⁶, la réponse à cette question est loin d'aller à l'évidence. Certains auteurs ont en effet fait valoir que cette idée trop restrictive de la *jurisdictio* vient de l'interprétation erronée faite de cette notion telle qu'extraite du droit romain. Ainsi, « dans la procédure formulaire romaine, la *juris dictio* consistait dans l'élaboration par le prêteur, aidé des parties, de la formule qui servirait à trancher leur différent. En élaborant cette formule, le magistrat disait alors le droit (*ius dicere*) applicable à l'affaire. Or, on doit bien constater que le prêteur ne procédait à aucune confrontation des faits de l'affaire avec le contenu de la formule qu'il avait élaborée, pas plus qu'il ne décidait de la solution du litige »⁷. L'auteur en conclut que, « puisque la notion de *juris dictio* romaine n'est pas transposable de nos jours, on pourrait la concevoir différemment comme désignant plus largement l'action pour un juge de rendre une décision sur la situation qui lui est soumise, peu important la nature des règles qu'il utilise pour ce faire »⁸. M. le Doyen WIEDERKEHR rejoint cette opinion lorsqu'il écrit que « dire le droit, c'est, pour le juge, déterminer, à l'aide de règles bien sûr, quel est le droit de la situation, c'est-à-dire quelle est la solution correcte du conflit. C'est au juge et à

¹ V° *Juste*, Le Larousse éd. 2011

² Cass. Civ. 16 mars 1937, S. 1937. 1. 184.

³ Cass. Soc. 4 décembre 1996, JCP 1997. I. 4064 n° 11.

⁴ V°, parmi de nombreux autres, D. D'Ambra, *op.cit.*, p. 101 ; Ch. Albiges, «Équité», Rép. Proc. Civ. 2010, n°s 26 s. et, plus généralement, V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, thèse Paris I, 2006.

⁵ L. Cadiet et E. Jeuland, *op.cit.*, n° 324 ; C. Lefort, *Théorie générale de l'appel*, thèse Angers, 2000, p. 54.

⁶ T. Barthouil, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *préc.*

⁷ K. Salhi, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 137.

⁸ *Ibid.*

lui seul qu'il appartient de dire quel est pour une situation donnée et concrète le droit »¹. On voit bien ici que la question se résume à la nature de la règle utilisée : le pouvoir de juridiction peut-il s'accommoder des règles « non-juridiques »² que sont la morale et l'équité ? La réponse peut s'articuler en deux propositions. Premièrement, lorsque le juge utilise la règle de droit telle qu'on l'entend au sens formel, son raisonnement n'est pas dénué d'une certaine dose d'équité³, le droit positif lui conférant par ailleurs, tantôt de manière expresse, tantôt implicite, une telle faculté⁴. Deuxièmement, l'équité ou la morale sont potentiellement utilisables pour dire le droit, car elles permettent d'effectuer le raisonnement syllogistique défini comme une confrontation qualitative entre une norme-étalon et une situation factuelle. En ce sens, dans son étude de la fonction juridictionnelle, Mme D'AMBRA estime que « ce qui distingue les normes juridiques des autres normes, c'est qu'elles sont susceptibles d'être utilisées par un juge ou un arbitre pour trancher un litige. C'est donc l'éventualité d'un jugement, *l'eventus judicii*, qui constitue le critère de la judiciarité »⁵. Or, c'est justement une telle éventualité que prévoit l'article 12 du Code de procédure civile, en son quatrième alinéa⁶. Nous retiendrons donc, pour notre définition de l'acte juridictionnel, une vision large de la *juris dictio*. Il est par conséquent permis de penser que le juge des requêtes peut faire usage de l'équité, même si, ici encore, il n'y fera pas référence expressément.

187. Enfin, il existe un autre standard « comportemental » sur lequel le juge pourra s'appuyer : l'usage. Celui-ci peut être défini comme l'ensemble des pratiques et conduites habituelles des parties, soit qu'elles leur soient propres, soient qu'elles s'étendent au domaine particulier ou sectoriel dans lequel s'inscrivent leurs relations⁷. L'usage est un guide précieux pour déterminer si la mesure sollicitée est justifiée : si elle apparaît comme disproportionnée ou illégitime au regard de ce qui est habituellement pratiqué entre les parties ou dans le milieu dont elles sont issues, elle sera vraisemblablement refusée ou remplacée par une autre, moins agressive⁸. Quant à son caractère normatif, la remarque faite au sujet de l'équité trouve également application ici : *l'eventus judicii* est

¹ G. Wiederkehr, « Qu'est-ce qu'un juge ? », *préc.*, spéc. pp. 581-582.

² V° la très intéressante étude de Ph. Jestaz, « Distinction entre droit et morale », RRJ 1983, p. 334.

³ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs de droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002, p.15.

⁴ J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, Aix-Marseille, PUAM, 2004, pp. 204 s.

⁵ D. D'Ambra, *op.cit.*, p. 16.

⁶ « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

⁷ V. D'Ambra, *op. cit.*, pp. 73 s. ; F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1996, n°s 24 s.

⁸ L'octroi d'une mesure autre que celle sollicitée par le requérant ne contrarie pas le principe dispositif dans la mesure où le résultat requis est la sauvegarde du droit en péril, peu important les moyens mis en œuvre, V° J. Normand, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction », *préc.*

bien présent, de nombreux textes du droit positif faisant par ailleurs expressément référence à l'usage¹.

188. **Conclusion.** Les développements qui précèdent ont permis de démontrer que, loin de se limiter à l'*imperium*, l'office du juge des requêtes consiste bien à lever l'obstacle entravant les droits du requérant par l'exercice d'une fonction juridictionnelle. L'application du critère de l'*eventus judicii*, ainsi que l'usage étendu de la technique du standard en sont la preuve. Cette large marge de manœuvre laissée au juge dans l'appréciation du litige cadre parfaitement avec sa fonction de protection juridictionnelle provisoire, qui exige à la fois souplesse et adaptabilité. Les ordonnances sur requête sont certes porteuses de *mesures*, mais celles-ci ne sont que la conséquence de la vérification juridictionnelle opérée. La qualification d'acte juridictionnel doit donc être retenue à l'égard de l'ordonnance sur requête, entraînant des conséquences directes quant à l'autorité qui doit lui être reconnue.

¹ On prendra pour exemple l'emblématique article 1135 du code civil, qui, mieux que tout autre, illustre la possibilité d'une intervention judiciaire fondée sur l'équité ; V°, pour une étude plus générale, J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, *op. cit.*

Chapitre II. L'autorité de la chose jugée de l'ordonnance sur requête

189. L'étude de l'autorité qui doit être reconnue à l'ordonnance sur requête est la suite naturelle de la qualification d'acte juridictionnel qui a été retenue à son égard. Le juge des requêtes procédant à une vérification juridictionnelle préalable au prononcé de l'ordonnance, celle-ci ne doit pas être laissée au bon vouloir des parties, ni à celui du juge. Une certaine stabilité doit en effet lui être assurée. Ce sont ces deux idées directrices qui guideront les développements à suivre : c'est bien parce que l'ordonnance sur requête affecte les droits des parties qu'elle produit une efficacité (Section I), dont l'autorité de la chose jugée est l'attribut indispensable (Section II).

Section I. L'objet de l'autorité de la chose jugée : l'efficacité procédurale de l'ordonnance sur requête

190. Pour déterminer la nature de l'efficacité que produit l'ordonnance sur requête, il faut préalablement la situer au sein de la *summa divisio* que constituent, d'un côté, les règles de droit substantiel et les règles procédurales, de l'autre (§1). Cette qualification est d'importance puisque, selon la solution retenue, l'impact sur les droits des parties ne sera pas le même. L'efficacité d'une décision est en effet directement dépendante de la règle invoquée, substantielle ou procédurale selon les cas. Une fois qualifiées les règles gouvernant l'ordonnance sur requête, il conviendra de préciser ce que recouvre exactement la notion d'efficacité, et dans quelle mesure les droits des parties seront affectés (§2).

§1. L'ordonnance sur requête, résultat de l'application d'une règle de procédure

191. L'autorité de la chose jugée est une des notions les plus controversées de la procédure civile¹, comme nombre d'autres concepts clés de la matière, telle l'instance ou encore l'action en justice². Le concept de chose jugée a très tôt fait son apparition dans les systèmes judiciaires de l'antiquité ; on en retrouve la trace jusque dans les lois assyriennes³. Son évolution ne s'est pas faite de manière

¹ G. Wiederkehr, «Sens, signifiante et signification de l'autorité de la chose jugée», in Mélanges Normand, Paris, Litec, 2003, p. 507.

² ---, «Une notion controversée : l'action en justice», in Mélanges Simler, Paris, Litec, 2009, p. 903.

³ E. Cuq, *Etudes sur le droit babylonien : les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris, Ed. P. Geuthner, 1929.

unitaire à travers les âges, les lois et leurs applications relevant nécessairement des besoins du corps social appelé au renouvellement¹. Il en a résulté une certaine confusion quant à ses limites et à sa portée. Il est donc indispensable, dans un premier temps, de retracer les fluctuations de l'autorité de la chose jugée et d'en donner une définition. Cette définition, comme nous le verrons, est de nature fonctionnelle pour la majorité de la doctrine moderne, l'autorité du jugement ayant pour fonction d'assurer l'immutabilité de son efficacité substantielle.

192. Parler de conception fonctionnelle en matière d'autorité de la chose jugée revient à lui assigner une fonction, un rôle particulier au sein du procès. Or, si les écrits en la matière ont été particulièrement abondants², c'est que ce rôle n'est pas évident à établir. La confusion provient en premier lieu de l'emplacement que le Code civil réserve à la matière, en la plaçant parmi les présomptions légales à l'article 1351. Par ailleurs, les conditions qu'énonce ce texte³ ne contribuent pas à éclaircir la notion, dans la mesure où il est entendu aujourd'hui qu'elles ont seulement trait à l'exception de chose jugée, qui prend en procédure la forme d'une fin de non-recevoir⁴.

193. En réalité, c'est dans le droit romain que la chose jugée moderne a ses racines. Au départ fondée sur l'idée que le droit qui avait fait l'objet d'un procès était consommé et ne pouvait plus être porté devant les tribunaux⁵, l'autorité de chose jugée a fait l'objet d'une assimilation à la vérité légale⁶. C'est une phrase d'Ulpien, insérée dans le *Digeste*, qui est à l'origine de ce courant de pensée : *Res judicata pro veritate accipitur*. Cette justification de l'autorité des jugements a subsisté tout au long du Moyen-Age, avant d'être entérinée par Pothier dans son *Traité des obligations*⁷. A sa suite, le Code civil a transposé en droit positif l'adage *Res judicata...*, ainsi que le principe de la relativité de la chose jugée, *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*⁸.

L'amalgame du jugement avec la vérité est à juste titre dénoncé par la doctrine moderne, en ce qu'il recouvre une fiction qui s'accommode mal de la logique. Les arguments ne manquent pas. Les plus

¹ V J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 10 ss., cité par C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 32.

² V, entre autres, C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008; J. Dumitresco, *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes physiques*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 193; H. Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, 195; D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, LGDJ, 197.

³ « Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

⁴ Art. 125 CPC ; *adde* Th. Le Bars, «Autorité positive et autorité négative de chose jugée», *Procédures* août-septembre 2007, p. 9.

⁵ H. Jourdan, *La consommation du droit d'agir en justice dans la procédure romaine*, thèse Grenoble, 1900.

⁶ G. Jèze, «De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel», *RDP* 1913, p. 437.

⁷ V., pour un exposé complet de l'évolution de la notion, J. Foyer, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse Paris, 1954, pp. 35 s.

⁸ J. Foyer, *op. cit.*, p. 70.

convaincants sont au nombre de deux. Premièrement, il est constant que le jugement erroné ou rendu en violation des règles de droit n'en acquiert pas moins l'autorité de la chose jugée¹. Deuxièmement, on peut ajouter que la vérité – si tout du moins elle existe² - est seule et unique. Comment dès lors expliquer, en cas de contrariété de décisions, dans le même procès, à l'issue de l'exercice d'une voie de recours, que les deux d'entre elles puissent être considérées comme vraies ? Ces contradictions suffisent à illustrer le caractère artificiel du rattachement de la chose jugée à la vérité, obligeant les auteurs à lui substituer une autre explication.

194. Celle-ci a été trouvée dans la *fonction* de l'autorité de la chose jugée, qui a pour but d'empêcher le renouvellement des procès et de terminer définitivement les contestations portées devant les juridictions³. Pour éviter que la solution donnée ne soit continuellement remise en cause, il faut assurer la stabilité de la décision. La chose jugée a donc un *objet* : la vérification juridictionnelle⁴, le travail du juge.

Or, le besoin d'assurer l'immutabilité du jugement est directement lié au résultat d'une telle vérification. Si la conservation du bénéfice qu'elle procure au justiciable doit être garantie, c'est parce qu'elle produit des modifications dans l'ordonnancement juridique, qu'elle a, en d'autres termes, un caractère normatif. Cette modification a reçu en doctrine le nom d'efficacité substantielle, d'après une terminologie aujourd'hui unanimement adoptée et issue du travail de Mme BLÉRY⁵. L'acte juridictionnel, dès son prononcé, produit un certain nombre d'effets, tant sur le fond du droit que du point de vue de la procédure, qui auront tous des conséquences sur la situation des parties. Parmi ces effets peuvent notamment être cités l'autorité de la chose jugée, l'hypothèque judiciaire, l'interversion des courtes prescriptions, etc... Mais ceux-ci ne résultent pas du travail du juge et sont en réalité attachés automatiquement à la décision du seul fait de son avènement, indépendamment de son contenu propre, des droits qui s'y trouvent tranchés. Ils doivent donc être requalifiés en attributs, et se caractérisent à la fois par leur automaticité et leur extériorité⁶. C'est en effet un tiers, le législateur, qui a attribué de manière systématique et générale un certain nombre de corollaires à une catégorie particulière d'actes judiciaires : les actes juridictionnels. Ils ne peuvent être qualifiés d'effets de la décision. Doivent en revanche être fédérées sous ce terme les réponses

¹ La jurisprudence est constante sur cette question, V, à titre d'exemple, Cass. 2^{ème} Civ., 27 mai 2004, Bull civ. II, n° 243.

² J.-C. Billier, «Vérité et vérité judiciaire», Les cahiers de la justice printemps 2007, p. 195 ; d'un point de vue philosophique, le concept de vérité est en effet difficile à établir.

³ J. Foyer, *op. cit.*, *Introduction*.

⁴ D. Tomasin, *op. cit.*, pp. 159 s.

⁵ C. Bléry, *op. cit.*, ; K. Salhi, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse Caen, 2004, pp. 140 s.

⁶ C. Bléry, *op. cit.*, n°s 168 s.

données par le juge à la question qui lui est soumise, et qui sont, à proprement parler, le résultat de l'application par le juge du syllogisme judiciaire¹.

Il en résulte que l'autorité de la chose jugée serait inutile face à une décision dépourvue d'efficacité substantielle, car cette autorité n'est que le support de l'efficacité produite. L'autorité est une notion fonctionnelle, dont le rôle est d'empêcher la précarité de la solution donnée, mais dépourvue d'autonomie formelle. Autrement dit, il n'y aura pas lieu à autorité de la chose jugée s'il n'y a aucune efficacité dont il faudrait assurer la protection. En ce sens, si justement l'acte juridictionnel en bénéficie, c'est bien qu'il n'est pas neutre et a un impact sur les droits des parties, au contraire de la mesure d'administration judiciaire qui en est dénuée. Il est donc nécessaire de préciser en quoi consiste l'efficacité du jugement pour bien comprendre l'autorité qui l'entoure.

195. Pour cela, après avoir explicité le vocable « efficacité » au sein de la terminologie utilisée, il convient de s'attarder sur l'adjectif « substantielle ». Ce caractère *substantiel* renvoie aux droits qui sont invoqués dans le prétoire et dont les justiciables demandent à reconnaître l'existence ou l'étendue. En ce sens, le terme « substantiel » doit être entendu par opposition à celui de « procédural », car, si l'efficacité est substantielle, c'est qu'elle affecte en premier lieu les droits « substantiels » des parties. Inversement, lorsque la règle invoquée est de nature procédurale, l'efficacité produite le sera nécessairement par voie de conséquence². La détermination de l'autorité d'une décision passe donc en premier lieu par la qualification des règles utilisées par le juge.

196. En matière d'ordonnances sur requête, notre recherche a démontré qu'elles devaient être rangées, sous certaines exceptions³, dans la catégorie des actes juridictionnels. Ceci signifie qu'elles doivent en principe produire des effets sur les droits des parties. Pour préciser quels sont ces effets, il faut appliquer au juge des requêtes la distinction ci-dessus établie, en déterminant la nature des règles gouvernant la procédure unilatérale.

Pour qualifier de substantielle ou de procédurale la règle de droit utilisée par le juge des requêtes, il est possible de partir d'une autre qualification, celle de mesure provisoire par nature. Selon la distinction faite précédemment concernant les mesures provisoires, la mesure provisoire par nature s'oppose à la mesure provisoire par objet en ce qu'elle ne tend pas à réaliser directement la règle de droit substantiel mais reste cantonnée sur un plan purement procédural. Une telle position implique que les dispositions relatives à l'ordonnance sur requête soient des règles de procédure. Il convient à

¹ Dont on sait qu'il constitue, à la suite des travaux de Motulsky, la méthode de réalisation des dispositions de droit substantiel, V. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs de droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002.

² K. Salhi, *op. cit.*, p. 150 ; C. Bléry, *op. cit.*, p. 239.

³ Dans le cas des mesures d'administration judiciaire, V. *Supra*, n°s 122 s.

présent d'expliciter plus avant ce point. A cette fin, il faut en premier lieu dégager une définition satisfaisante de la loi de procédure (A.), avant de l'appliquer à l'ordonnance sur requête (B.).

A. La mise en évidence de la distinction entre droit procédural et droit substantiel

197. La question de la détermination de la nature de la règle de droit invoquée est moins évidente qu'il n'y paraît *a priori*. Parmi la doctrine processualiste, la définition de la procédure est le plus souvent abordée de manière incidente, lors de l'étude de l'application dans le temps de la loi nouvelle¹. Tout au plus, les auteurs des manuels de procédure se contentent-ils de dire que celle-ci est un droit sanctionnateur, un *jura supra jura* qui se superpose aux règles étudiées dans les autres domaines de la science juridique². Difficile, dans une telle imprécision, de faire pencher les textes relatifs à l'ordonnance sur requête vers l'un ou l'autre versant de la distinction ainsi établie et il convient dès lors de rechercher des critères permettant une qualification certaine.

198. Au premier abord, il peut paraître séduisant de s'en tenir à un critère purement matériel, tenant au contenu même de la norme. Serait ainsi procédurale la règle qui concerne « l'organisation et le déroulement du procès »³. Elle pourrait avoir pour objet, soit l'organisation des juridictions dans leur ensemble, soit la gestion d'une instance en particulier⁴. Cependant, les termes mêmes qui composent ce critère ont un contenu incertain. Il est par exemple difficile de s'entendre sur ce qu'est le procès, souvent décrit, rarement défini. On peut notamment lire à son propos qu'il est une « procédure régie par des règles formelles »⁵ ou encore une « difficulté de fait ou de droit soumise à l'examen d'un juge »⁶, ce qui est bien entendu insuffisant pour en faire un critère de qualification d'une règle de droit. La solution la moins imprécise serait encore de définir le procès comme l'ensemble des événements se déroulant postérieurement à la saisine de la juridiction.

En ce qui concerne la notion d'instance, les manuels classiques se contentent d'en donner également une explication descriptive, mais plus rationnelle, en ce sens qu'elle crée des obligations à la charge

¹ V., par ex., G. Roujoux de Boubée, «La loi nouvelle et le litige», RTD Civ. 1968, p. 479.

² P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 4^e éd., 2011, n° 4 ; S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Précis Dalloz, 31^e édition, 2012, *in fine*.

³ K. Salhi, *op. cit.*, p. 150.

⁴ G. Wiederkehr, «De la distinction entre les actes juridictionnels et non juridictionnels», *Justices*, n° 1 janv.-juin 1995, p. 246.

⁵ D. Salas, «Procès», *in* Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 1243.

⁶ *Procès in* Lexique des termes juridiques Dalloz.

du juge et des parties qu'il est facile d'identifier¹. Si l'instance peut servir d'appui à la qualification, elle apparaît cependant trop restrictive car incapable d'appréhender les règles qui ne la concernent pas directement mais dont la qualification procédurale ne semble pas pouvoir être discutée².

De manière plus générale, une telle approche conduit à des résultats trop imprécis dans la mesure où il est parfois difficile de savoir si une disposition a trait au procès en général ou si elle se limite à préciser les modalités d'application d'un droit subjectif spécifique. C'est d'autant plus vrai que le Code de procédure civile n'est pas l'unique siège des règles à vocation procédurale³. On prendra, en guise d'illustration, l'article 257 du Code civil permettant, dès la requête initiale en divorce, de prendre des mesures d'urgence. Comment qualifier ce texte ? Certes son application peut avoir des retentissements sur le déroulement, et peut être même l'issue du procès. Mais l'on peut également dire qu'il est propre au droit au divorce, qu'il en est une émanation ; en ce sens, ses effets sur la procédure ne sont qu'indirects. De plus, un autre argument vient s'ajouter en faveur de la qualification substantielle : les articles 1107 et 1111 du Code de procédure civile font un renvoi exprès à l'article 257. S'il était lui-même une règle de procédure, pourquoi lui adjoindre d'autres dispositions précisant sa mise en œuvre ? Cet exemple permet d'illustrer l'insuffisance du critère matériel, considéré de manière autonome.

199. Pour en accroître la certitude, il faut lui adjoindre un second critère. Celui-ci peut être de nature structurelle et porter sur l'absence d'autonomie d'application de la règle de procédure. Non pas que les règles de procédure excluent de leur énoncé les éléments classiques qui forment toute norme, à savoir un champ d'application, un présupposé, des effets et la sanction de leur inobservation. Au contraire, sur ce plan de pure structure normative, elles sont en tous points semblables aux règles de droit substantiel. Ces deux catégories de règles se fédèrent même au sein de l'ensemble plus général que sont les droits subjectifs, définis comme ceux qui confèrent à leur titulaire une ou plusieurs prérogatives dont il a la faculté d'user et conceptualisés comme des moyens d'action⁴. On pourrait alors adopter ici la terminologie utilisée par MOTULSKY pour qualifier l'action en justice et dire que les règles de procédure sont des droits subjectifs *processuels*⁵.

¹ L. Cadiet, Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 7^e éd., 2011, pp. 301 s. ; S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *op. cit.*, pp. 496 s.

² Ainsi des formalités tant antérieures que postérieures à la formation de l'instance : les formalités régissant la rédaction des actes introductifs d'instance, les modalités de notification, etc...

³ C. Bléry, *op. cit.*, p. 274 *in fine*.

⁴ V, pour une définition récente de la notion de droit subjectif la thèse de F. Luxembourg, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles.*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2008, pp. 143 s. ; *comp.* la notion d'appartenance-maitrise définissant le droit subjectif dans l'œuvre de J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 80 s.

⁵ H. Motulsky, *op. cit.*, n° 31.

Cependant, ce qui les caractérise, c'est leur caractère accessoire ou *non-autonome*, car elles ne servent que de support à l'application du droit substantiel. Pour reformuler, on n'engage jamais un procès pour voir consacrée une prérogative offerte par un droit processuel. La procédure est un droit-matrice permettant l'application du droit substantiel¹, il n'est normalement qu'un outil de travail entre les mains du juge² et un moyen pour les parties d'arriver à leurs fins. Le procès ne se déroule pas sans elle, mais la décision finale sera une application de la règle substantielle. C'est dans cette règle substantielle que le juge va puiser les éléments de son raisonnement, à savoir le présupposé de droit, l'imputation et le résultat que cette règle implique. La procédure, elle, ne régit que l'amont et l'aval de ce processus. En amont, elle permet de rassembler les preuves de faits susceptibles d'étayer la demande ; en aval, elle permet l'exécution forcée de la décision en cas de résistance du perdant. La vérification juridictionnelle, celle qui produira l'efficacité que l'on cherche à qualifier, résulte de la réunion des conditions de la règle substantielle produisant les effets déterminés par elle.

En somme, c'est l'application cumulative des critères matériels et structurels qui permet une qualification satisfaisante de la règle de procédure. Elle est ainsi définie comme celle qui *a trait au déroulement du procès*, entendu au sens large, et qui est *dépourvue d'autonomie structurelle*. Il convient à présent d'appliquer cette définition à l'ordonnance sur requête.

B. L'application de la distinction à l'ordonnance sur requête

200. L'application de ce double critère suit naturellement la classification des diverses ordonnances sur requête précédemment adoptée. En effet, les ordonnances gracieuses et les ordonnances sur requête en la forme ne peuvent avoir qu'une efficacité substantielle, en ce sens qu'elles tendent à réaliser directement une règle de droit substantiel formellement désignée. La meilleure preuve en est que, pour trancher sur le bien-fondé de la requête, le juge n'utilisera ni des règles établies par les articles 493 et suivants, ni des dispositions particulières à chaque juridiction régissant les ordonnances sur requête. Seules rentrent en ligne de compte les exigences établies par le droit substantiel qu'il s'agit de réaliser. Ainsi, pour que le changement de régime matrimonial puisse être

¹ MM. Foyer et Cornu emploient le terme de *droit réalisateur*, V. G. Cornu, Foyer, J., *Procédure civile*, Paris, PUF, 1996, n° 3 ; H. Kelsen dit encore de la procédure qu'elle est une proposition normative non-indépendante visant à compléter les règles de droit matériel, V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit (trad. Ch. Eisenmann)*, Paris, Dalloz, 1962, p. 311.

² L'étymologie du mot procédure nous le rappelle : *procedere* peut se traduire comme « aller de l'avant », progresser vers un but..., V. Y. Strickler, *Procédure civile*, Orléans, Paradigme, 2010, p. 3.

homologué, il est nécessaire que l'intérêt de la famille soit suffisamment préservé¹ ; pour que la transaction puisse recevoir force exécutoire², il faut qu'elle soit conforme à l'ordre public et exempte de fraude. Ces ordonnances ne sont pas accessoires structurellement car elles constituent le but en vue duquel le juge est saisi. Par ailleurs, leur application est étrangère aux modalités du déroulement du procès : elle est l'objet même de ce procès.

201. En ce qui concerne les ordonnances qualifiées de mesures d'administration judiciaire, elles doivent être considérées comme neutres vis-à-vis du requérant car dépourvues de toute efficacité à son égard. En effet, ayant trait à la gestion de l'instance et à l'organisation du service public de la justice, elles n'affectent par hypothèse aucun droit substantiel. A première vue, elles semblent néanmoins avoir une certaine influence sur le cours du procès et se pose donc la question de leur éventuelle efficacité procédurale. Or, celle-ci consiste, comme on le verra³, en la sauvegarde du droit d'agir en justice et porte tant sur la possibilité pour le justiciable de saisir le juge, que sur ses chances de succès dans le prétoire. De ce point de vue, les mesures d'administration judiciaire ne modifient en rien la situation du justiciable, car elles se contentent d'organiser le procès. Un renvoi ou une jonction d'instances n'augmentent ni ne diminuent les chances de succès du requérant de voir sa prétention accueillie⁴. En cela, elles s'opposent aux actes juridictionnels, et c'est pour cette même raison qu'elles ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée.

202. En revanche, les ordonnances sur requête provisoires sont moins aisément qualifiables, se situant spontanément entre ces deux extrêmes. La recherche de leur nature est rendue difficile par un apparent paradoxe. D'un côté, les règles qui régissent les ordonnances provisoires sont autonomes et le prononcé de la mesure marque toujours la fin de l'instance unilatérale. Car c'est bien d'un procès indépendant qu'il s'agit : on en prendra pour preuve le fait que le juge des requêtes peut être saisi concurremment avec le juge du fond ou, plus souvent, précéder son intervention⁵. Il se peut en outre que le juge du fond ne soit jamais appelé à intervenir. De l'autre côté, le justiciable peut invoquer à l'appui de sa requête toute sorte de droit substantiel, comme il peut n'en viser aucun en particulier. Qu'il sollicite une mesure d'instruction à futur pour un éventuel procès en malfaçon immobilière, qu'il souhaite faire acter l'infidélité de son conjoint ou encore expulser des occupants anonymes, c'est la même procédure qui doit être suivie.

¹ Art. 1397 C. civ.

² Art. 1441-4 CPC.

³ V. *Infra*, n°s 851 s.

⁴ Même si on s'accordera sur le fait qu'aucune mesure n'est purement neutre.

⁵ V. *Infra*, n°s 1124 s.

Ces deux aspects peuvent servir d'arguments pour adopter l'une ou l'autre qualification. Mme BLERY, dans son travail de thèse, a approfondi cette question dans les développements qu'elle consacre à l'efficacité produite par les *mesures*, qu'elles émanent du juge de la mise en état ou du juge des référés. Le terme *mesures* doit être entendu, pour cet auteur, comme une décision qui ne dit pas le droit, ne préjuge pas du principal, mais a seulement vocation à aménager le temps de l'instance jusqu'au prononcé du jugement définitif.¹ Ces mesures, dit-elle, ont une efficacité différente selon qu'elles soient de nature anticipatoire ou conservatoire².

203. Concernant les mesures anticipatoires, Mme BLERY prend l'exemple du divorce et s'appuie sur les dispositions de l'article 255 du Code civil, qu'elle considère par ailleurs proches sinon identiques des mesures ordonnées par les juges du provisoire³. Elle estime tout d'abord que les mesures provisoires afférentes à l'instance en divorce mettent en œuvre une règle différente du débat au fond⁴. Il y a, selon cet auteur, des arguments en faveur de la qualification procédurale comme substantielle. Ces mesures peuvent être qualifiées de procédurales, car elles sont destinées à régir l'instance pendant une durée *t*, à l'instar des provisions *ad litem*⁵. En sens inverse, la règle peut être qualifiée de substantielle en raison d'un argument textuel : celui de la localisation du texte au sein du Code civil et non dans le Code de procédure civile⁶. Dans un esprit de compromis, Mme BLERY estime que l'efficacité de ces mesures est hybride, « mi-procédurale, mi-substantielle, en tout cas provisoire car ne valant que jusqu'à l'avènement de la décision définitive »⁷.

204. Une telle solution n'emporte pas notre adhésion, car la qualification de la règle de droit est alternative, soit procédurale, soit substantielle, mais jamais les deux en même temps. Adopter la position contraire serait aller à l'encontre de l'autonomie de la règle de la procédure, qui constitue pourtant un corps normatif distinct⁸, ayant pour but de régir l'application des règles de droit substantiel⁹. Ce serait surtout confondre l'efficacité procédurale avec l'efficacité substantielle, qui sont deux notions conceptuellement indépendantes.

¹ C. Bléry, *op. cit.*, pp. 269 s.

² Sur cette distinction, V. *Infra*, n°s 918 s.

³ C. Bléry, *op. cit.*, p. 274.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ C. Bléry, *loc. cit.*, p. 275.

⁸ G. Rouhette, « L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès », in Mélanges Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 687.

⁹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 312.

Le raisonnement adopté par Mme BLERY, outre la conclusion inexacte à laquelle il aboutit, ne concorde pas avec la classification précédemment adoptée en matière de mesures provisoires¹. L'opération de qualification ci-dessus rapportée est opérée en mettant sur le même plan les mesures ordonnées par le juge aux affaires familiales accessoirement à la procédure de divorce et celles prises par le juge des référés. Or, ces deux types de décisions ne sont pas placées du même côté de la *summa divisio* du provisoire : les premières relèvent des mesures provisoires par objet, tandis que les secondes sont des mesures provisoires par nature. Par conséquent, il n'est pas possible d'en tirer une quelconque conclusion quant à la nature, procédurale ou substantielle de la règle invoquée. Bien sûr, cela suppose que la qualification au regard du *provisoire* ait une influence sur la nature de l'efficacité de la mesure. Or, nous allons voir que tel est bien le cas.

Pour terminer sur l'analyse suivie par Mme BLERY, l'un des éléments retenus pour aboutir à la qualification mixte que cet auteur adopte au regard des mesures anticipatoires est leur caractère *temporaire*, dans la mesure où celles-ci ne sont maintenues que pendant le temps *t* de l'instance. Ici encore, cette observation ne peut valoir pour les mesures provisoires par nature car, si elles peuvent parfois être limitées dans le temps, ce n'est normalement pas le cas².

205. Au regard de ce qui vient d'être dit, il semble qu'une autre qualification puisse être proposée pour les règles appliquées par les juges du provisoire en général et par le juge des requêtes en particulier. Mais, pour aboutir à une solution nouvelle, il est indispensable d'exposer au préalable l'analyse menée par Mme BLERY au sujet des mesures d'anticipation, très évocatrice à cet égard.

En effet, même si le juge des requêtes n'ordonne pas de mesures directement anticipatoires, qui restent l'apanage du juge des référés³, leur structure permet de mettre en évidence la démarche suivie. Mme BLERY propose la démonstration suivante. S'inspirant de l'écriture structurale des décisions telle qu'adoptée en son temps par M. MAYER⁴, elle décompose la structure d'un jugement en l'écrivant « (a) A i B (b) ». Dans cette phrase, « a » désigne les éléments de fait qui constituent, après qualification, le présumé « A » de la règle appliquée. « i » se rapporte au rapport d'imputation rattaché à ce présumé, tandis que « B » et « b » constituent respectivement la conséquence produite par la règle et son aménagement concret pour le juge. Par exemple, dans la règle énoncée à l'article 1382 du Code civil, « a » sont les faits rapportés par le demandeur, « A » leur

¹ V. *Infra*, n°s 53 s.

² V. à titre d'illustration, J. Normand, «Le caractère provisoire ou le caractère temporaire des mesures prises en référé. Le cas des mesures restrictives de la liberté d'expression», RTD Civ. 1997, p. 499.

³ Pour une analyse plus nuancée du caractère *anticipatoire* des mesures ordonnées, V. *Infra*, n°s 914 s.

⁴ P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973.

qualification en tant que fait générateur de responsabilité¹, « i » le rapport d'imputation signifiant que celui par la faute duquel un dommage est arrivé s'oblige à le réparer, « B » la déclaration de responsabilité du défendeur et « b » le montant des dommages-intérêts auquel celui-ci est condamné. Nous adhérons entièrement à cette présentation du syllogisme judiciaire.

Cette écriture est utilisée par Mme BLÉRY pour décrire la structure des mesures d'anticipation adoptées par les juges du provisoire. Le juge, dans cette hypothèse, vérifie l'existence des faits « a » et les qualifie de présumé « A » de la règle sur l'application de laquelle il s'agit d'anticiper. Simplement, pour aboutir à « b », qu'il ordonne effectivement, donnant toute son efficacité à la mesure provisoire, le juge ne constate pas « B ». Il en a simplement la conviction². Autrement dit, la mesure d'anticipation provisoire par nature s'apparente en tous points à son équivalent définitif, tant du point de vue du présumé, du rapport d'imputation que du résultat aménagé, à l'exception du fait que ce résultat ne fait pas suite à la constatation de « B », qui est la conséquence en droit prévue par la règle. C'est, en quelque sorte, une règle amputée de l'une de ses composantes essentielles qu'applique le juge du provisoire. Néanmoins, la conclusion à en tirer est claire, car c'est la règle de fond qui est appliquée : l'efficacité de la décision ne peut être que substantielle dans cette conception des choses³.

En réalité cette approche est assez artificielle et vise à expliquer le fait que les décisions du juge des référés⁴ soient dénuées d'autorité de la chose jugée à l'égard du fond. Il est cependant douteux que le juge puisse aménager des conséquences de fait pour les parties sans avoir au préalable déduit des conséquences de droit. L'écriture structurale n'est cohérente que si elle est complète ; privée de l'un de ses éléments, elle devient inapte à décrire le processus décisionnel.

206. Par ailleurs, Mme BLÉRY elle-même constate que la règle appliquée n'est pas tout à fait la même que celle suivie par le juge du fond car elle doit intégrer les chefs de saisine propres à chaque juge du provisoire. Pour cela, elle incorpore ces données dans la structure de la règle sous la forme « A' (= A + Z) », « A' » se traduisant comme la règle d'anticipation, « A » le présumé de la règle anticipée et « Z » le chef de saisine concerné, par exemple l'urgence ou l'absence de contestation sérieuse⁵. En somme, la règle appliquée au fond serait une sorte d'hybride lorsqu'elle arrive sur le métier du juge du provisoire : non seulement on en retranche une composante structurelle indispensable, mais on lui ajoute ce qu'elle n'a jamais été censée prévoir.

¹ Qui serait, en l'espèce, la réunion d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité.

² C. Bléry, *op. cit.*, p. 277.

³ C. Bléry, *op. cit.*, p. 278.

⁴ Car c'est bien sur cet exemple que raisonne l'auteur.

⁵ C. Bléry, *loc. cit.*, p. 276 ; pour le juge des requêtes, ce pourraient être les circonstances exigeant l'éviction du contradictoire, etc...

Ceci ne veut pas dire que l'écriture structurale ne peut être utilisée pour les règles appliquées par les juges du provisoire, bien au contraire. L'écriture proposée est simplement erronée, et ce sur un double aspect. En premier lieu, elle est incomplète, car le juge déduit nécessairement un « B » avant d'aménager un « b », une conclusion en droit précédant toujours l'aménagement des faits. De plus, les chefs de saisine font partie intégrante du présumé ; elles ne s'ajoutent pas à « A », elles *sont* « A ». Il n'y a qu'une explication cohérente à cela : **le juge du provisoire n'applique pas la même règle que le juge du fond, mais une règle différente, indépendante de celle-ci.** La règle appliquée au provisoire pourrait s'écrire de la manière suivante : « a (C) i (D) d ». Dans cette structure, « a » se rapporte aux faits qui donnent lieu à la saisine du juge, et qui sont les mêmes qui fondent l'action devant le juge du principal. « C » a trait à la qualification de la saisine et « D » est la conséquence induite par l'imputation, c'est-à-dire l'ensemble des mesures que le juge peut ordonner lorsqu'il est saisi sur le chef de saisine correspondant. « d » est la mesure concrètement ordonnée, donc l'aménagement en fait des droits des parties. Appliquée à l'article 812 alinéa 2, cette formule se traduirait de la manière suivante : « A » serait composé de « A' » (l'urgence) et de « A'' » (la nécessité d'évincer le contradictoire). « B » serait alors le membre de phrase « toutes mesures » et « b » la mesure particulière choisie par la juge. On constate donc que *si les faits sont constants entre la demande au provisoire et celle portée au fond, la règle appliquée varie et n'aboutit pas au même résultat.*

207. Bien entendu, si réécrire la règle appliquée lui confère la cohérence nécessaire, cela n'affecte pas la question de la qualification. La seule implication de cette proposition est qu'il n'est plus possible d'affirmer avec certitude que la règle appliquée est substantielle. Pour déterminer la nature de cette règle « C i D » il faut lui appliquer le double critère précédemment dégagé.

208. Au regard de la première branche du critère, qui se réfère au contenu matériel de la règle, il est délicat d'apporter une réponse certaine. L'ordonnance rendue sur le fondement de l'article 812 alinéa 2 a-t-elle trait au déroulement du procès ou au fonctionnement de la juridiction ? Si l'idée de gestion de la juridiction est totalement absente de l'ordonnance sur requête, en revanche son effet sur l'instance est délicat à estimer. L'ordonnance peut en effet être rendue indépendamment de tout procès au fond ou concomitamment à celui-ci. Surtout, dans la même optique, la procédure devant le juge des requêtes constitue une instance autonome. Difficile, au regard de ces considérations, d'opter pour l'une ou l'autre des solutions possibles. Il faut cependant garder en vue que, matériellement, l'ordonnance sur requête participe de la protection juridictionnelle provisoire. Son

objet est de préserver un droit, d'organiser une attente¹, pour permettre un exercice effectif de l'action au fond. Sans la procédure sur requête, ou son parent proche, le référé, l'action sanctionnant le droit substantiel menacé de péril risque de perdre toute utilité en raison de la disparition de son objet². En ce sens, l'ordonnance sur requête provisoire a bien une fonction, une utilité procédurale, qui ne peut s'expliquer que par son appartenance à la catégorie du droit régulateur. Son rattachement le plus logique serait l'action en justice, dont elle serait une émanation. Le droit de saisir les tribunaux est la contrepartie indispensable de la règle « nul ne peut se faire justice à lui-même »³. Si un justiciable a la faculté de s'adresser au juge du fond pour voir son droit reconnu, il a également la faculté de saisir le juge du provisoire pour préserver son droit d'agir. La protection juridictionnelle provisoire intervient pour seconder l'action au fond, lui fournir une soupape de sécurité qui est en même temps une garantie de son efficacité.

209. Au regard du second critère de la règle de procédure, l'indépendance structurelle, le droit de l'ordonnance sur requête s'apparente au premier abord à une règle substantielle. A cet égard, la procédure sur requête semble être une procédure structurellement autonome. En effet, contrairement à la règle procédurale « ordinaire », le prononcé de l'ordonnance est bien la *fin* visée par le requérant et non seulement son *moyen*. Il n'est en outre nul besoin d'invoquer une quelconque disposition de droit substantiel pour motiver la requête.

Malgré cette première impression, il faut constater que l'autonomie observée n'est qu'apparente. En ce sens, même s'il peut n'en viser *aucun*, le justiciable sera susceptible d'invoquer *tout droit substantiel qui nécessite d'être sauvegardé par une intervention juridictionnelle*. L'absence de renvoi textuel à une disposition substantielle particulière ne signifie pas que l'ordonnance sur requête ne se rattache à aucun droit substantiel, mais plutôt qu'elle est susceptible de s'appliquer à *tout* droit substantiel pour en assurer la sauvegarde. Cette proposition est aisée à illustrer pour les ordonnances inconnues car, ne serait-ce que pour prouver que la condition d'urgence est remplie, le requérant sera bien avisé de démontrer que son ou ses droits substantiels sont menacés. Cette absence d'autonomie est plus flagrante encore en ce qui concerne les ordonnances relatives aux saisies et mesures conservatoires⁴, qui impliquent toujours explicitement le support d'un droit

¹ *Rappr.* L. Lorvellec, «Remarques sur le provisoire en droit privé», in Mélanges Weill, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 385.

² Ainsi, en l'absence de saisie conservatoire ordonnée sur requête, le débiteur reste libre de détourner les fonds qui sont l'objet de la créance revendiquée, rendant inefficace toute action en paiement, l'objet de celle-ci ayant disparu.

³ G. Wiederkehr, «La notion d'action en justice selon l'article 30 du Nouveau Code de procédure civile», in Mélanges Hébraud, Toulouse, Univ. Sc. Sociales de Toulouse, 1981, p. 949, spéc. p. 955.

⁴ Qui, rappelons-le, appartiennent au sous-groupe des ordonnances sur requête provisoires au même titre que les ordonnances inconnues.

substantiel nommément désigné, que ce soit un droit de créance, un droit de propriété intellectuelle, etc... Tout ceci illustre le fait que l'ordonnance sur requête n'est pas indépendante structurellement du droit substantiel dont on recherche la protection, car, si celui-ci n'existe pas, il n'y a pas lieu de solliciter l'intervention du juge des requêtes.

Enfin, un dernier argument pousse à opter pour une qualification procédurale des règles applicables à l'ordonnance sur requête. S'il a été vu que les ordonnances gracieuses et celles rendues en la forme des requêtes tendent à réaliser directement un droit substantiel qui est alors l'objet de la procédure¹, les règles utilisées pour aboutir à la mesure sollicitée sont celles des articles 493 et suivants. L'instance qui en résulte porte donc sur l'application d'un droit substantiel, au moyen de règles accessoires dont on fait l'emprunt... c'est-à-dire celles de l'ordonnance sur requête. Que peuvent être ces règles sinon des dispositions procédurales dont la vocation de droit d'application est ici évidente ?

210. En somme, la qualification qui apparaît la plus cohérente et la plus logique celle de règle de procédure. C'est le rôle joué par l'ordonnance sur requête au sein de la protection juridictionnelle provisoire qui explique sa nature procédurale. Attachée aux droits substantiels en général mais à aucun en particulier, elle permet une protection large du justiciable dans le but de préserver l'efficacité d'une éventuelle action devant le juge du fond. Son *efficacité* sera par conséquent *procédurale*, notion qu'il convient à présent de préciser.

§2. L'ordonnance sur requête, source d'une efficacité procédurale pour les parties

211. L'efficacité de la décision ayant été définie comme le résultat du travail du juge, il reste à en déterminer l'impact sur la situation des parties. Etant donné qu'en matière d'ordonnances sur requête provisoires le juge fait application d'une règle de procédure, l'efficacité produite se situera sur le plan procédural. Cependant, la définition de l'efficacité procédurale est loin d'aller de soi et doit être considérée sous un double aspect, positif et négatif. Positivement, la décision qui applique une règle de procédure a un effet direct sur le procès dans lequel le justiciable est engagé. Ainsi a-t-on pu lire à son sujet « qu'elle dote le plaideur d'un moyen susceptible de faire valoir plus efficacement ses droits au cours de l'instance à laquelle il est ou pourra être partie »². Négativement,

¹ Sur les ordonnances gracieuses, V. *Supra*, n°s 86 s. ; pour les ordonnances rendues en la forme des requêtes, V. *Supra*, n°s 114 s.

² K. Salhi, *op. cit.*, p. 154.

elle n'affecte pas les droits substantiels du requérant, puisqu'aucune règle substantielle n'a été mise en œuvre.

Il convient, pour plus de clarté, de considérer deux situations dont les conséquences sont nettement distinctes pour le requérant : celle où le juge fait droit à la requête (A.), et celle où il rejette les prétentions qui lui sont soumises (B.).

A. L'ordonnance fait droit à la requête

212. Les effets processuels de l'ordonnance sur requête sont un reflet direct de la définition de la règle de procédure, qui se caractérise par deux aspects : elle a trait aux règles gouvernant le procès en général, et est dépourvue d'indépendance structurelle. Or, l'ordonnance faisant droit à la demande du requérant a un effet certain sur les droits processuels de celui-ci, qu'elle contribue à sauvegarder (1.). Ce côté procédural n'a, par symétrie, aucune incidence directe sur le droit substantiel dont la protection est recherchée (2.), ce qui fournit un début d'explication sur les spécificités de l'ordonnance sur requête en particulier et de la protection juridictionnelle provisoire en général.

1. L'effet positif de l'ordonnance : la sauvegarde des droits processuels du requérant

213. D'un point de vue purement procédural, au sens matériel de ce terme, l'efficacité de l'ordonnance sur requête intéresse au premier chef le déroulement du procès. Mais il faut alors distinguer entre deux procès qui n'ont rien de comparable à cet égard : la procédure sur requête elle-même et l'éventuel procès au fond qui a pour objet le droit substantiel qu'il s'agit de préserver.

L'effet processuel de l'ordonnance sur requête ne peut être envisagé à l'égard de la procédure suivie devant le juge des requêtes, car elle en représente l'aboutissement ; le prononcé de l'ordonnance clôt l'instance ouverte par la requête. Cependant, le juge des requêtes, comme tout juge, est en principe susceptible de prononcer des mesures à effet procédural au sein même de cette instance, telles des mesures d'instruction, sursis à statuer, etc...¹. Ces mesures sont en revanche aptes à

¹ *Comp.* avec le juge de la mise en état, V. A.-C. Mercier, *La révision des décisions juridictionnelles*, thèse Bordeaux IV, 2000, p. 416.

influencer le cours de la procédure unilatérale, par la gestion des étapes qui la composent. Ce sont en effet les traits du débat judiciaire qui sont modifiés par ces décisions que l'on peut qualifier d'avant-dire-droit : sa durée, sa loyauté, les éléments de fait et droit qui vont intégrer le débat. Techniquement, c'est au moyen de la notion d'instance que peut se décrire l'effet procédural des mesures prises au cours du procès, car elles tendent à régir soit les parties à l'instance, soit l'objet de celle-ci.

214. C'est la considération de l'ordonnance par rapport à la procédure au fond qui apporte l'éclairage nécessaire à la notion d'efficacité processuelle. En modifiant le cours du procès, toute mesure vise à la réussite de l'action, ou à son échec si l'on se place du côté du tiers visé par l'ordonnance. C'est donc bien *l'issue* de la procédure que les parties cherchent à influencer en demandant le prononcé de telles mesures, que ce soit pour introduire des éléments de fait propres à étayer les moyens invoqués, gagner du temps, appeler en cause un garant, etc... L'ordonnance sur requête n'a pas d'effet direct sur la procédure au principal qui aura pour objet le droit que le requérant a souhaité protéger. Mais l'effet processuel de l'ordonnance sur requête est de rendre cette action possible, et, en ce sens, d'en permettre le dénouement favorable.

En outre, si la sauvegarde d'un droit substantiel est rendue nécessaire, c'est en raison d'une menace qui pèse sur son existence ou son étendue. Or, ce péril est purement processuel : il n'est pas question de priver un individu de la jouissance d'un droit qu'il invoque, mais d'en empêcher la reconnaissance en justice. Car c'est bien, *in fine*, de la consécration juridictionnelle du droit substantiel qu'il s'agit ici. Le droit abstrait tel que conféré par l'ordre juridique est en soi insuffisant, il faut encore, lorsque celui-ci est contesté, que le juge en assure le respect.

Considéré ainsi, le droit menacé est nécessairement variable. Tel justiciable aura le droit de divorcer s'il prouve l'adultère de son conjoint, tel autre d'agir contre son ancien employé s'il prouve que celui-ci viole la clause de non-concurrence. La preuve, disait Ihéring, est la rançon des droits. Le premier obstacle à la réalisation des droits en justice est d'ordre probatoire : si le demandeur n'est pas en mesure de réunir les éléments de preuve nécessaires, son action est vouée à l'échec. Il importe de pouvoir obtenir ceux-ci en temps voulu, ou de les préserver si elles sont menacées de dépérissement. L'ordonnance sur requête remplit justement cet objectif, notamment au moyen des mesures de l'article 145 du Code de procédure civile¹, lorsque le requérant est dans l'impossibilité d'obtenir des éléments de preuve utiles par ses propres moyens. C'est également le cas des diverses saisies

¹ V, en matière de mesures d'instruction *in futurum*, V. *Infra*, n°s 862 s.

existant en droit de la propriété intellectuelle, qui ont un caractère essentiellement probatoire et visent à appuyer l'action en contrefaçon¹.

215. Par ailleurs, le droit peut rester sans sanction parce que celle-ci, lorsqu'elle interviendra, sera dénuée d'objet. Tout créancier dispose du droit d'agir en recouvrement de sa créance, mais la décision judiciaire sera impuissante à le réaliser si le patrimoine du débiteur ne dispose d'aucun actif. De même, la nomination d'un administrateur provisoire pourra être nécessaire pour assurer la pérennité d'un bien dont on souhaite revendiquer la propriété, etc... Afin de garantir à l'action future l'effectivité nécessaire, il est vital de préserver son objet. L'ordonnance sur requête est un instrument procédural parfaitement adapté à cela : en autorisant une ingérence conservatoire sur la propriété d'autrui, le juge des requêtes assure le *statut quo* en attendant que le juge du fond statue sur le droit substantiel.

216. L'effet procédural peut donc se résumer à une *modification de la situation procédurale des parties tendant au succès ou à l'échec de l'action sanctionnant un droit substantiel*. L'application de toute règle de procédure produit un tel effet, mais il est nécessaire de distinguer entre les règles de procédure « internes » et « externes » au procès au cours duquel ce droit substantiel est discuté.

D'une part, les jugements avant-dire-droit et les mesures d'administration judiciaire influent directement sur le lien d'instance, que la procédure implique ou non une phase de mise en état. Ces mesures font partie d'une seule procédure, débutant par un acte introductif d'instance et s'achevant par une décision qui se prononce sur l'existence et l'étendue d'un droit substantiel. Pour cela, elles doivent être qualifiées d'« internes », car elles ne sont que le support de la procédure qu'elles intègrent et ne débouchent sur aucune décision autonome². D'autre part, certaines décisions n'intègrent pas la même procédure et le droit substantiel n'y est pas directement discuté. Cependant, elles ont sur l'action au fond un effet certain, dans la mesure où elles en conditionnent la réussite et l'efficacité. Mais, techniquement parlant, elles relèvent d'une procédure structurellement distincte, raison pour laquelle l'appellation « externe » peut leur être attribuée. C'est le cas pour la procédure sur requête et celle des référés, qui sont techniquement indépendantes du procès au principal et aboutissent à une décision mettant fin à l'instance³.

217. Deux conclusions importantes peuvent être tirées de ce qui précède, qui permettent de mieux comprendre la notion de provisoire en procédure. En premier lieu, il apparaît que l'ordonnance sur

¹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, pp. 757 ss.

² D'où découle l'interdiction d'exercer immédiatement une voie de recours contre ces mesures en application de l'art. 150 CPC.

³ La fin de l'instance marque en outre le dessaisissement du juge conformément à l'adage *lata sententia*... V. *Supra*, n° 72.

requête n'est pas la seule voie procédurale permettant la sauvegarde d'un droit substantiel par la préservation de l'effectivité de l'action au principal. L'ordonnance de référé a, dans cette perspective, un rôle sensiblement similaire. De manière plus générale, c'est la notion de protection juridictionnelle provisoire qui s'en trouve précisée. Celle-ci se cantonne sur le plan de la pure procédure, sans effet sur les droits substantiels eux-mêmes. Le principal effet d'une telle protection est de permettre l'exercice de l'action au principal, qui seule peut aboutir à la reconnaissance du droit substantiel.

En second lieu, une telle présentation de l'ordonnance sur requête apporte un éclairage nouveau sur le « provisoire » par opposition au « fond ». Le provisoire par nature, qui regroupe en son sein l'ensemble de la protection juridictionnelle provisoire, ne serait constitué que de règles de pure procédure. Leur absence d'autorité de la chose jugée au principal pourrait alors être le résultat de la dissociation de celle-ci à l'égard du droit substantiel, ce qu'il nous appartient à présent de vérifier.

2. L'effet négatif de l'ordonnance : l'absence d'impact sur le droit substantiel

218. La scission, du point de vue de leurs effets sur les droits des parties, entre les règles de procédure et les règles substantielles, peut être mise en évidence de manière chronologique. Il faut pour cela analyser à la fois les conditions dans lesquelles la décision procédurale est rendue (a.), et le moment de son prononcé (b.).

a. Quant aux conditions du prononcé de la mesure

219. Il est remarquable, du point de vue des conditions requises pour le prononcé de l'ordonnance sur requête, de voir qu'elles diffèrent totalement de celles requises pour la réalisation du droit substantiel. Il a déjà été démontré que l'écriture structurale des règles régissant les ordonnances sur requête provisoires n'a rien en commun avec celle du droit substantiel¹. A la base de la procédure unilatérale se trouvent des concepts cadres comme l'urgence et la nécessité d'évincer le contradictoire, qui en sont les présupposés. Du point de vue de l'écriture structurale, il est bien entendu que les présupposés relatifs aux divers droits substantiels sont aussi nombreux que les droits eux-mêmes. Dans la mesure où les règles appliquées sont structurellement différentes, on ne

¹ V. *Supra*, n° 206.

saurait lier l'ordonnance sur requête à un droit substantiel en particulier ; c'est là une conséquence directe de la nature procédurale de la règle appliquée au provisoire.

Outre les présupposés, les effets de la règle appliquée sont également différents de ceux produits par un jugement de nature substantielle. Le seul effet produit par l'ordonnance sur requête est le prononcé d'une mesure dont le choix sera plus ou moins large selon la nature de l'ordonnance considérée. Cette mesure constitue le résultat que la règle de procédure impute à l'existence du chef de saisine invoqué devant le juge des requêtes. Par exemple, l'application de l'article 812 se traduirait ainsi : *c* (faits d'espèce) *C* (urgence + nécessité d'évincer le contradictoire) *i D* (droit d'obtenir une mesure unilatérale) *d* (prononcé de la mesure)¹. Ce résultat est nécessairement différent de celui auquel conduit la règle de droit substantiel. Cette règle substantielle, il faut le rappeler, est différente dans tous les éléments qui la composent, à la fois dans son présupposé et dans les résultats que le rapport d'imputation fait produire à ce présupposé. Structurellement, la règle s'écrira (a) (A) *i* (B) (b). Pour fournir un exemple concret, le fait d'ordonner un constat d'adultère n'est pas soumis aux mêmes conditions que le divorce pour faute qu'il est susceptible d'entraîner. Par un effet de symétrie, l'issue de la procédure diverge radicalement : dans un cas, une ordonnance prescrivant un constat sera rendue, dans l'autre le lien matrimonial sera rompu.

220. L'indépendance de la mesure procédurale sur le plan de ses effets se manifeste également lorsque celle-ci vient à disparaître du fait de l'avènement d'une décision au fond. Le provisoire est en effet un droit de l'attente qui doit s'effacer dès que survient le définitif attendu². Statuant sur le droit substantiel, le juge du principal, après avoir proclamé « B » correspondant au rapport d'imputation vis-à-vis du « A », devra aménager concrètement la situation des parties, c'est-à-dire « b ». De ce point de vue, la mesure ordonnée au provisoire ne constitue pas pour lui une situation de droit mais un simple fait³. Si le jugement au principal va dans le même sens que la mesure provisoire, aucun aménagement concret ne sera ordonné dans la mesure où les faits correspondent déjà au résultat voulu. Par exemple, lorsqu'une décision définitive consacre une créance sur laquelle une provision a préalablement été obtenue en référé, seule la situation juridique du créancier va changer, car par hypothèse il dispose déjà des fonds. Si, au contraire, le fond contrarie la décision provisoire, un aménagement sera opéré, mais il restera également cantonné sur le plan des faits : l'ordonnance provisoire elle-même ne disparaît pas *de jure*. Elle devient simplement caduque par disparition de son objet. Ceci ne pourrait se produire si l'ordonnance sur requête portait sur ce même droit

¹ Le signe « *i* » désigne systématiquement le rapport d'imputation entre le présupposé et le résultat.

² L. Merland, *op. cit.*, pp. 385 s.

³ En ce sens, C. Bléry, *op. cit.*, p. 282.

substantiel : il faudrait alors la remettre en cause non par une procédure au fond structurellement indépendante, mais par l'exercice des voies de recours.

La dissociation du droit substantiel protégé et du mécanisme procédural qu'est l'ordonnance sur requête s'opère donc en premier lieu par un cloisonnement des conditions de mise en œuvre, ainsi que par un résultat différent imputé à la démonstration de celles-ci. Cependant, ce cloisonnement est susceptible d'une traduction plus technique en termes de protection juridictionnelle provisoire.

221. Pour cela, un rapprochement doit être fait avec la procédure voisine de référé, et plus spécialement avec l'interdiction, aujourd'hui disparue, de préjudicier au principal¹. Celle-ci permet de mieux percevoir le lien entre le caractère procédural de la règle invoquée et la nature provisoire de la décision qui la concrétise. Si, aux termes de l'article 809 de l'ancien Code de procédure civile, il était interdit à l'ordonnance de référé de préjudicier au principal, c'est bien parce qu'elle était rendue « avant un jugement définitif », la prohibition servant à « éviter que le juge du fond ne risque d'être lié par l'interprétation des faits ou du droit telle que retenue par le Président »². Cette formulation originelle étant issue du latin *judicium* signifiant *procès*³, son interprétation a changé pour finalement devenir, à l'aune du nouveau Code de procédure civile, l'exigence de l'absence de contestation sérieuse⁴. Mais aussi, et peut-être surtout, la codification nouvelle a défini le juge des référés comme celui qui n'est pas *saisi* du principal⁵. La notion de principal, dès lors confuse, n'a pas échappé à des tentatives de définition en doctrine, notamment vis-à-vis de la notion de « fond » en procédure civile⁶. Il est délicat de cerner cette notion avec précision lorsque les mêmes termes désignent, tantôt l'opposition entre le juge des référés et le juge du « fond » (ou du principal), tantôt l'ensemble des prétentions des parties au sens de l'article 4. La difficulté est d'autant plus grande que l'ordonnance de référé a elle-même un « fond », dans cette dernière acception⁷.

222. Le concept de « principal » dont, dans une formulation comme dans l'autre, le juge des référés ne saurait connaître, peut apparaître plus clairement à travers le prisme du provisoire et de la règle de procédure à laquelle celui-ci renvoie. Une analyse attentive des décisions censurant le juge des

¹ *Comp.*, en matière de contentieux administratif, l'article L. 511-1 du Code de justice administrative, qui dispose que le juge des référés n'est pas « saisi du principal ».

² Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 59.

³ V. J. Ponelle, *Le référé en cours d'instance*, Sirey, 1934, p. 31 ; adde F. Horlaville, *De la notion de préjudice au principal en matière de référé : Les principes et leur application au contentieux provisoire de l'exécution*, thèse Paris, 1948.

⁴ Y. Strickler, *op. cit.*, pp. 75 s.

⁵ Art. 484 CPC.

⁶ Y. Desdevises, « Variations sur le fond en procédure civile », in *Mélanges Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p. 325.

⁷ Y. Desdevises, *préc.*, spéc. p. 327.

référé montre que celui-ci dépasse le cadre de sa saisine chaque fois qu'au lieu de faire application du corps de règles qui lui est propre, il applique des dispositions substantielles. Il lui est ainsi traditionnellement interdit de « trancher le litige et fixer les droits des parties »¹ ou encore de prononcer des dommages et intérêts². La raison en est simple : le juge de référé doit faire application de la règle de procédure autonome des dispositions substantielles. Celle-ci pourrait, à l'instar de l'ordonnance sur requête, s'écrire structurellement en ces termes : « A (« A' » urgence / « A'' » existence d'un différend / « A''' » absence de contestation sérieuse, etc...) / B (mesure urgente / conservatoire / de remise en état, etc...) ». A partir du moment où le juge du provisoire utilise le présumé et le rapport d'imputation d'une règle de droit substantiel, il encourt inévitablement la censure. Par exemple, allouer à une partie des dommages et intérêts serait mettre en œuvre les règles de la responsabilité délictuelle³ et non plus des articles 808 et 809, ce qui ne peut être admis. En revanche, allouer une provision sur ces mêmes dommages et intérêts consiste bien en l'application de l'article 809, pour autant que la créance de réparation ne soit pas sérieusement contestable. Pour cette même raison, le juge des référés ne peut prononcer l'annulation d'un contrat⁴, mais il lui est possible de constater le jeu d'une clause résolutoire, car ce ne serait que prendre une mesure ne se heurtant à aucune contestation sérieuse ou justifiée par l'existence d'un différend.

Cette question des clauses résolutoires permet d'illustrer de manière parlante la dissociation des règles appliquées au provisoire et au fond. Lorsque les conditions d'une telle clause, que l'on retrouve surtout dans les baux de diverses sortes, se trouvent réunies, elle opère de plein droit et provoque l'anéantissement de la convention qu'elle supporte. Dans ce domaine, il est constant que le juge des référés peut constater le jeu de cette clause lorsque les conditions sont réunies⁵. En parlant de l'intervention de ce juge, M. STRICKLER écrit que « la garantie qu'elle offre au bailleur est puissante : le débiteur sait que s'il est défaillant, la clause jouera de façon automatique et qu'il n'y échappera pas »⁶. Concernant l'autorité dont doit être revêtue l'ordonnance de référé, la Cour de cassation décide qu'elle « n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée et ne s'impose pas au juge

¹ TGI Paris, 11 avril 1973, Gaz .Pal. 1973, 2, 546.

² La solution constante, V. Cass. 3^e Civ. 26 avril 1984, JCP 1984, IV, 210 ; plus récemment, Cass. Soc. 11 mai 2005, D. 2005, IR 1506.

³ Ou contractuelle, etc... sont ici visés tous les faits générateurs de responsabilité.

⁴ J. Normand, « Le juge des référés a-t-il le pouvoir de prononcer l'annulation des actes qu'il tient pour manifestement illicites ? », RTD Civ. 1982, p. 192 ; plus récemment, à propos de la résiliation d'un contrat de travail, Cass. Soc. 18 novembre 2009, Dr. et procédures 2010/02, n° 56.

⁵ V. déjà Cass. Civ., 29 juillet 1952, D. 1952 p. 744 ; plus récemment, la Cour de cassation censure pour violation de l'art. 488 al. 1 CPC la cour d'appel qui déboute l'appelant au seul motif qu'il se borne à critiquer les motifs de l'ordonnance de référé, V. Cass. 2^e Civ., 1^{er} février 2006, n° 04-13991, inédit.

⁶ Y. Strickler, *le juge des référés, juge du provisoire*, thèse préc., p. 441.

du fond saisi aux mêmes fins »¹. Dans le même sens, la Cour décide encore que le juge du fond peut être saisi aux fins d'annulation du commandement ou de suspension de la clause résolutoire après que le juge des référés a déjà constaté le jeu de la clause résolutoire de plein droit². Cette fragilité consubstantielle à l'ordonnance de référé conduit un auteur à estimer qu'en dépit de la célérité qu'elle procure, cette procédure n'est pas toujours avantageuse, car « c'est, en voulant gagner quelques semaines, prendre le risque de devoir plaider deux fois »³, au provisoire et au principal.

Ces solutions, devenues classiques, s'expliquent parfaitement par l'autonomie de la règle appliquée au provisoire, sans qu'il ne soit besoin de diviser la chose jugée en degrés entre l'autorité « au provisoire » et « au principal ». Lorsque le bailleur s'adresse au juge, ce n'est pas seulement pour constater la résolution du bail, mais pour obtenir un résultat concret qui en est la conséquence nécessaire, comme obtenir l'expulsion du preneur, se voir allouer une indemnité d'occupation, etc... La démonstration qu'il produit au provisoire s'attache aux conditions de saisine du juge des référés. Ainsi, s'il agit sur le fondement de l'article 808 du Code de procédure civile, le jeu de la clause résolutoire caractérisera l'absence de contestation sérieuse⁴. C'est uniquement à l'aune de ces notions cadres que le juge des référés appréciera si les conditions de ce texte sont réunies, sans s'intéresser au contenu intrinsèque de la convention ou à sa validité. Preuve en est que s'il existe un doute sur ces derniers points, il en résultera une contestation sérieuse faisant obstacle à l'action en référé⁵. Il faut en déduire que si le juge du fond n'est pas tenu par la décision obtenue en référé, c'est qu'il n'existera entre les deux instances *aucune autorité positive de chose jugée*, laissant libre le juge du principal de trancher en sens inverse de l'ordonnance provisoire.

223. Symétriquement, si l'ordonnance de référé ne peut se fonder sur une règle de droit substantiel, elle lui est possible de passer outre certaines restrictions qui, sinon, auraient pesé sur le juge. A titre d'exemple, il est de jurisprudence constante que le président du Tribunal de commerce, peut, sur le

¹ Cass. 3^e Civ., 9 janvier 1991, JCP 1991. II. 21729, note H. Lévy, Rev. loyers 1991. 251, note P. Vaissette, RD imm. 1991. 394, obs. Brière de l'Isle et Derruppé ; Cass. 3^e Civ., 6 mars 1996, Bull. civ. III, no 15 ; D. 1996. IR 102.

² Cass. 3^e Civ., 12 octobre 1994, Bull. civ. III, n° 174, RD imm. 1995. 173, obs. Collart-Dutilleul et Derruppé ; Cass. 3^e Civ., 6 mars 1996, Bull. civ. III, n° 62, JCP E 1996. II. 874, note crit. Lévy, Loyers et copr. 1996. Comm. 475, RD imm. 1997. 144, obs. Collart-Dutilleul et Derruppé.

³ N. Cayrol, *Référé civil*, Rép. Proc. Civ., 2011, n° 71.

⁴ V. Cass. 3^e Civ., 16 janvier 2013, n° 11-25262, à paraître au Bulletin ; il est à noter que dans ce « référé contractuel », l'urgence n'est pas exigée, le juge tirant alors ses pouvoirs de la convention des parties et non de la loi, V. Y. Strickler et M. Foulon, « Les pouvoirs du juge des référés », Gaz. Pal. 26 mai 2012 n° 147, p. 17.

⁵ Cass. 3^e Civ., 23 mars 1988, Rev. Loyers 1988 p. 215 ; Paris, 1^{ère} ch., 5 février 1979, Rev. loyers 1980 p. 246, note J. V.

fondement de l'article 873, ordonner à titre de mesure conservatoire la continuation d'un contrat qui aurait cessé en application des règles de droit substantiel¹.

Ce détour dans le domaine du référé permet d'illustrer la dichotomie existant entre la règle de procédure et le droit substantiel, caractérisant la protection juridictionnelle provisoire dans son ensemble et l'ordonnance sur requête en particulier. L'efficacité de ce type de décisions est procédurale et, pour cette raison, exclut tout aspect substantiel. Si elles préservent le droit d'agir du titulaire du droit substantiel, les décisions rendues n'affectent nullement ce-dernier. Cette précision a une importance particulière, comme nous le verrons, pour la détermination de la portée de l'autorité de la chose jugée en matière de décisions provisoires par nature².

b. Quant au moment du prononcé de la mesure

224. Un autre aspect important de la dissociation entre procédure et droit substantiel a trait au moment du prononcé de la mesure. De ce point de vue, il faut constater que la procédure unilatérale peut avoir cours concomitamment à la procédure au fond, sans que l'exception de connexité trouve application. Cette exception permet de joindre deux instances lorsqu'il existe entre elles « un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble »³, ceci pour permettre au juge d'avoir une vue sur l'ensemble du litige et éviter les contrariétés de décisions. Cela implique que les deux demandes soient de même nature⁴. Or, la jurisprudence décide que tel n'est pas le cas pour une procédure de référé, qui ne peut être jointe à une procédure au fond⁵. Bien entendu, il est aussi simple qu'habituel de justifier cette solution en disant que le provisoire et le fond ne se confondent pas. Cependant, une telle explication n'apporte pas plus de détails sur ce qu'est le provisoire. L'ensemble de ce qui a été dit à propos de la règle appliquée permet de clarifier cette solution. En ce sens, si une ordonnance de référé peut coexister avec une décision au fond sans être inconciliable avec elle, c'est parce qu'elle n'a pas le même *objet*. Il ne s'agit pas de deux décisions portant sur le même droit, dont l'une serait provisoire et l'autre définitive. Il s'agit de deux

¹ V. Cass. 1^{ère} Civ., 7 novembre 2000, D. 2001, p. 256, note C. Jamin et M. Billiau et p. 1137, obs. D. Mazeaud ; Cass. Com., 14 février 1989, D. 1991 p. 11 note F. Derrida.

² Sur cette notion, V. *Supra*, n° 58.

³ Art. 101 CPC.

⁴ En ce sens, J. Barrère, «La rétractation du juge civil», in Mélanges Hébraud, Paris, Dalloz, 1981, p. 1, spéc. n°31.

⁵ Cass. 3^e Civ., 20 octobre 1993, n° 91-17.264, Bull. civ. III, n°126 : la décision repose sur le fait que le référé et le fond ont un « fondement » différent ; la solution est ancienne, V. déjà Rouen, 8 mars 1949, D. 1949, somm. 52, RTD Civ. 1950 p. 97 obs. P. Raynaud ; Agen, 7 décembre 1951 JCP A 1952, IV, 1887, obs. G. Mandray, RTD Civ. 1953 p. 146 obs. P. Hébraud.

décisions distinctes, mettant en œuvre des règles de droit qui ne peuvent être assimilées, règle de procédure d'un côté, droit substantiel de l'autre.

En matière d'ordonnances sur requête, le raisonnement est sensiblement identique. L'article 494 permet d'ailleurs expressément au requérant d'user de la voie unilatérale même si une procédure au fond est pendante, en disposant que « si elle est présentée à l'occasion d'une instance, elle doit indiquer la juridiction saisie ». La dissociation de l'ordonnance sur requête et du fond est d'autant plus évidente que les termes mêmes du texte impliquent que deux juridictions distinctes sont susceptibles d'être saisies. Enfin, l'article 497 étend la solution au référé-rétractation, qui peut être introduit « même si le juge du fond est saisi de l'affaire »¹. Or, un même droit ne saurait être discuté de manière concomitante devant plusieurs juridictions à la fois, sans du moins que puisse être invoquée l'exception de litispendance ou de connexité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Encore une fois, la distinction entre fond et provisoire épouse la démarcation entre la règle de procédure et le droit substantiel. Le juge des requêtes n'ordonnant des mesures que si les conditions de sa saisine sont remplies, il ne peut statuer sur le droit substantiel, pour lequel le juge du principal est seul compétent.

225. Dans cette optique, il est remarquable que le terme « affaire », figurant dans l'article 497, obscurcit la différenciation entre les deux notions. Le juge du fond n'est par hypothèse pas saisi du même litige que le juge des requêtes. Une interprétation de ce vocable, au regard de la protection juridictionnelle provisoire, pourrait alors être proposée : l'« affaire » serait le procès au cours duquel est discuté le droit substantiel en péril, celui dont la protection provisoire est sollicitée auprès du juge des requêtes.

Vue ainsi, l'efficacité procédurale de l'ordonnance sur requête fournit une explication cohérente à l'absence de lien entre la décision obtenue sur requête, provisoire et procédurale, et le jugement au fond, définitif et substantiel. L'étude des conditions et du moment du prononcé de l'ordonnance sur requête montre clairement la scission entre ces deux aspects de l'intervention juridictionnelle que sont la procédure et le fond. Mais, symétriquement, l'ordonnance sur requête a également un effet sur les droits des parties lorsque le juge rejette la requête qui lui est présentée.

¹ V. Cass. 2^e Civ. 7 janvier 2010, n° 08-16.486, Procédures 2010/4, comm. 113, obs. R. Perrot.

B. L'ordonnance ne fait pas droit à la requête

226. Dans l'hypothèse où le juge des requêtes ne fait pas droit à la demande du requérant, l'ordonnance sur requête n'en a pas moins une efficacité procédurale. Il convient d'abord de préciser l'écriture structurale de la décision de rejet (1.), avant d'en détailler les effets (2.).

1. L'écriture structurale de la règle appliquée

227. Apporter des éclaircissements sur le mécanisme procédural de rejet de la demande en procédure civile en général (a.) est un préalable nécessaire à la démonstration de l'efficacité procédurale de l'ordonnance sur requête (b.), tant la question est, aujourd'hui encore, controversée.

a. Présentation de la controverse sur l'efficacité des jugements de débouté

228. La principale difficulté en matière d'efficacité substantielle -ou procédurale- des décisions rejetant la demande, est le désaccord doctrinal sur l'existence même d'une telle efficacité. Mme BLÉRY elle-même, dans son travail de thèse, nie toute efficacité aux jugements de débouté. Selon cet auteur, lorsque le juge rejette la demande portée devant lui, ce rejet est susceptible de trouver trois explications : soit les faits a ne correspondent pas au présumé « A » ; soit il n'existe aucun rapport d'imputation entre un présumé « A » et un résultat « B » ; soit, enfin, le présumé « A » n'induit pas un résultat « B » mais un autre, ne correspondant pas à la demande formée par le justiciable¹. M. MAYER, en préfaçant l'ouvrage de Mme BLÉRY, avait exprimé des doutes sur cette position en estimant qu'il était peu cohérent de considérer qu'une décision juridictionnelle, fût-elle négative, soit dépourvue de toute efficacité². Depuis lors, plusieurs voix se sont élevées pour contester cette solution et rétablir une efficacité aux jugements de débouté. Les justifications proposées, comme nous allons le voir, présentent malheureusement des incohérences et peinent à expliquer pourquoi ce type de décisions modifie la situation des parties et dispose par conséquent d'une efficacité.

¹ C. Bléry, *op. cit.*, n° 106 p. 78.

² P. Mayer, Préface à *L'efficacité substantielle des jugements civils*, *op. cit.*, p. VI.

229. En premier lieu, Mme PEROZ, dans son étude de la réception en France des jugements étrangers, estime que l'efficacité d'un jugement de débouté est toujours procédurale, peu importe le fondement sur lequel la demande a été formée, au sens où l'effet le plus immédiatement perceptible est la fin de l'instance¹. On observera en premier lieu qu'ici se trouve le premier point d'achoppement de la théorie de Mme PEROZ : non seulement la qualification de la règle de droit est alternative et non cumulative, mais par ailleurs, il paraît difficilement acceptable que la décision du juge change de nature selon qu'elle fait ou non droit à la demande. De plus, il est aisé d'opposer à cet argument le fait que les jugements qui font droit à la demande mettent, eux aussi, fin à l'instance. Pour autant, ils sont bien susceptibles d'avoir une efficacité substantielle. Poursuivant son raisonnement, Mme PEROZ estime que le rejet des prétentions du demandeur a « des conséquences juridiques » mais qu'elle « ne modifie pas la situation juridique envisagée »² et demeure dans le domaine des faits. Au vu de cette affirmation, il est légitime de se demander comment une décision pourvue d'un effet juridique peut être étrangère au droit dans ses effets. On décèle dans cette explication une part de vérité : il semble logique de considérer que la décision de refus implique bien des conséquences juridiques pour les parties. Mais la justification avancée est impuissante à en décrire le mécanisme.

230. Une analyse semblable a été proposée par M. SALHI dans son travail sur les voies des recours en droit judiciaire privé. Cet auteur estime qu'il existe en procédure une règle générale de débouté, en application de laquelle le juge rejeterait la demande si celle-ci est mal fondée, quel qu'en soit le fondement, en refusant de « modifier la situation juridique du demandeur dans le sens demandé par ce dernier »³. L'efficacité de cette règle est variable : tantôt procédurale, tantôt substantielle selon la nature de la règle dont le bénéfice est refusé⁴. Le même reproche que celui adressé à Mme PEROZ peut être fait à une telle position, car la règle de débouté, si on doit en reconnaître l'existence, ne saurait être de nature variable et devrait pouvoir recevoir une qualification unitaire. Vouloir dégager une règle générale dans le domaine des jugements de débouté semble artificiel ; les termes de l'article 30 alinéa 1⁵, qui visent la prétention en particulier et non la demande dans son ensemble, vont à l'encontre d'une généralisation excessive.

Si les théories exposées ne parviennent pas à définir un régime cohérent du jugement de débouté, elles s'appuient néanmoins sur une idée qui paraît fondée, selon laquelle la décision rejetant la

¹ H. Peroz, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2005, n°s 71.

² Ibid.

³ K. Salhi, *op. cit.*, p. 182.

⁴ Ibid., p. 185.

⁵ « 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 ».

demande a bien une efficacité qui modifie les droits des parties à l'instance¹. Sinon, rien ne pourrait expliquer que celle-ci soit recouverte de l'autorité de la chose jugée et dessaisisse le juge². Dès lors, une analyse nouvelle pourrait être proposée en prenant pour point de départ ce qui vient d'être exposé.

b. La conception renouvelée des jugements de débouté

231. C'est justement à partir du concept d'autorité de la chose jugée, et plus précisément de l'exception de chose jugée, que la démonstration de l'existence d'une efficacité des jugements de débouté peut être faite. L'autorité de la chose jugée a pour objet l'efficacité de la décision dont elle assure l'immutabilité ; à défaut d'efficacité, il n'est point nécessaire d'assurer à une décision une quelconque autorité. Or, il est incontestable que les jugements de rejet ont une autorité, car sinon l'exception de chose jugée ne pourrait être invoquée et le justiciable débouté pourrait revenir à l'envi devant les tribunaux. Ce n'est évidemment pas le cas. Une fois la demande rejetée, il n'est plus possible de solliciter à nouveau le bénéfice de la même règle de droit... à moins qu'il n'y ait un changement de circonstances de fait caractérisant une variation de la cause au sens de l'article 1351 du Code civil³. Il en résulte que la situation du demandeur a bel et bien changé : en s'adressant aux tribunaux, il a demandé l'application à son profit d'une règle générale et abstraite, procédurale ou substantielle. Or, le jugement s'insère dans le système normatif pour constituer la base des droits des parties à l'issue de l'intervention juridictionnelle. En ce sens, il est lui-même une norme⁴. Très tôt, la doctrine classique a attiré l'attention sur le fait que l'œuvre de la justice était le prolongement nécessaire de la loi dont elle assurait l'application. Selon la formule de KELSEN, « pour pouvoir être appliquées, les normes générales [...] ont besoin d'être individualisées »⁵. Plus récemment, M. MAYER a clairement mis en avant, dans sa thèse de doctorat, la distinction entre les règles et les décisions⁶. La règle, dit-il, est une norme générale et abstraite définissant un rapport d'imputation entre une série de conditions et d'effets ; elle est permanente et, en ce sens, susceptible d'un

¹ K. Salhi, *op. cit.*, p. 184.

² H. Peroz, *op. cit.*, n° 73 p. 53.

³ Sur la notion de cause de la demande, V. *Supra*, n° 160.

⁴ V. H. Peroz, *op. cit.*, n° 73.

⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 310.

⁶ P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, op. cit.*

nombre infini d'applications¹. Inversement, la décision, qui fait application de la norme, « est concrète, catégorique et non permanente »².

232. En concrétisant la norme générale, la décision devient la source des droits des parties. Là où le demandeur avait un droit abstrait à réparation, il a un droit concret à tel résultat, par exemple à telle somme. Ce droit ne découle plus de la loi, mais bien de la décision qui ordonne la condamnation. Une norme nouvelle est créée, résultat de l'efficacité de la décision. Mme BLÉRY a démontré que la force obligatoire du jugement ne s'assimile pas à son efficacité substantielle : elle n'en est qu'une composante, car le jugement a un caractère obligatoire en raison de sa qualification de norme³. Autrement dit, et pour reprendre la distinction de M. ANCEL entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat⁴, le jugement, tel un contenant, est susceptible de recevoir plusieurs contenus. Positivement, lorsque le juge fait droit à la demande, le contenu aura trait à une autorisation, à une habilitation, à la reconnaissance d'un droit. Négativement, lorsque la demande est rejetée, il devient difficile d'affirmer que la décision du juge est dépourvue de tout contenu. Celui-ci est alors un refus de consacrer un droit, une interdiction d'en revendiquer le bénéfice. Mais, dans un cas comme dans l'autre, le jugement aura bien ces deux mêmes aspects : d'une part, le caractère de norme, concrète et spéciale, qui viendra désormais fonder les droits des parties, auparavant issus d'une norme abstraite et générale ; d'autre part, sur le plan obligationnel, il aura un contenu qui aménagera les droits des parties et qui peut varier. Pour être effectives, les obligations issues du jugement devront passer du monde du droit dans celui des faits par le biais de l'exécution. Si le juge fait droit à la demande, l'exécution sera ostensible, car la situation matérielle du demandeur aura changé. Ainsi, tel bien qu'il a revendiqué avec succès devra lui être restitué, telle créance dont l'existence a été reconnue devra lui être versée. Si, au contraire, le juge rend une décision de débouté, le changement en droit ne correspondra à aucune modification en fait. L'exécution se produira par le seul prononcé du jugement, qui maintient le *statu quo* du demandeur. Mais cela résulte de la décision et non plus de la règle. Autrement dit, si l'article 1382 du Code civil donne à *Primus* le droit abstrait d'agir contre *Secundus* en réparation du dommage que ce dernier lui a causé par sa faute, le jugement de débouté qui rejette cette demande en réparation sera désormais la norme qui régira la situation de *Primus*. Le contenu de cette norme sera le suivant : pour tels faits, la faute de *Secundus* n'est pas caractérisée et vous, *Primus*, n'avez pas droit à

¹ P. Mayer, *op. cit.*, p. 48 ; *comp.* J. Dumitresco, *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes physiques*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934, pp. 31-32.

² P. Mayer, *op. cit.*, p. 51.

³ C. Bléry, *op. cit.*, p. 108.

⁴ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771.

réparation. Il n'y aura alors nul besoin d'une exécution autre que le prononcé de ce jugement : *Secundus* ne devait rien verser avant, il ne devra rien verser après.

233. Cette analyse démontre que les jugements de débouté ont bien une efficacité. Ils créent une norme qui a un contenu propre et qui régit les droits des parties. Mais cette conclusion ne répond pas à la question de savoir si l'efficacité que produit cette norme est substantielle ou procédurale. A notre sens, au rebours des positions de Mme PEROZ et de celle de M. SALHI, il est faux de considérer que le jugement de débouté produit en toutes circonstances une efficacité procédurale. Tout comme il semble trop artificiel de voir créer de toutes pièces une règle de débouté à vocation universelle et dont l'efficacité serait variable au gré des procédures. En réalité, il semble plus simple, plus logique et plus cohérent, de voir toute demande portée devant le juge comme une question à laquelle il peut répondre positivement ou négativement, une *prétention* dont il peut dire qu'elle est *bien* ou *mal* fondée. Mais, en faisant cela, il n'applique pas une règle extérieure à celle qui est directement discutée. Le juge ne répond qu'à la question posée, ne tranche que le problème de droit que lui soumet le justiciable. La règle abstraite ne prévoit pas seulement l'hypothèse où elle bénéficiera aux individus. Elle prévoit toujours, implicitement, que si le présupposé qu'elle énonce n'est pas démontré, le résultat correspondant au rapport d'imputation ne se produira pas. Mais ce résultat *néгатif* n'en est pas moins un *résultat*, produit de la *même règle* qui, dans l'hypothèse inverse, produit un résultat positif.

Pour dire les choses autrement encore, la norme particulière sera dans tous les cas le résultat de l'application de la norme générale. C'est bien le contenu obligationnel de cette norme qui sera variable, tantôt permissif, tantôt prohibitif pour le demandeur, en fonction de la réponse que donnera le juge à la question posée. Par conséquent, *la nature de l'efficacité de la décision de débouté ne peut que correspondre à la nature de la règle discutée*, ce en quoi notre position rejoint celle de M. SALHI. Le rejet, comme la décision y faisant droit, d'une demande fondée sur une règle substantielle, donnera lieu à une décision dotée d'une efficacité substantielle. Inversement, si la règle, objet du litige, est procédurale, l'efficacité du jugement de débouté répondra à la même qualification.

Une fois clarifiées tant la structure que la nature des décisions rejetant la demande, il convient de voir à présent dans quelle mesure l'ordonnance rejetant la requête affecte les droits du requérant.

2. La modification des droits du requérant

234. En appliquant ce qui précède à l'ordonnance de rejet, il faut considérer que celle-ci, à l'instar de l'ordonnance qui accueille la requête, crée une norme nouvelle qui va s'imposer au requérant. Lorsque le juge des requêtes constate que l'une des conditions de sa saisine fait défaut, il déclarera qu'il n'y a pas lieu à ordonner de mesure pour assurer provisoirement la protection d'un droit en péril. Ce rejet ne sera pas sans conséquences sur le droit du requérant. Celui-ci, en premier lieu, aura changé de source : il ne résultera plus de la règle abstraite et générale mais de l'ordonnance elle-même. En second lieu, cette ordonnance aura un contenu précis, à savoir le maintien en l'état de la situation processuelle du requérant. L'efficacité de l'ordonnance de rejet est procédurale et, à l'instar de l'ordonnance faisant droit à la requête, n'affecte pas le droit substantiel dont la protection est refusée. Le requérant reste libre de saisir le juge du fond car sa demande aura un fondement et un objet différents. Cette dernière question dépasse le domaine de la seule efficacité et renvoie à la portée de l'autorité dont l'ordonnance sur requête est revêtue, qu'il faut à présent préciser.

Section II. La portée de l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance sur requête

235. En qualifiant l'ordonnance sur requête de provisoire, l'article 493 suscite le doute quant à la portée de l'autorité dont elle est susceptible de bénéficier. Le point de départ de la recherche devrait être l'admission de l'existence d'une certaine autorité, étant donné que la nature d'acte juridictionnel de l'ordonnance, ainsi que l'efficacité procédurale qu'elle produit, imposent de lui conférer un caractère de stabilité. Cependant, il n'existe dans ce domaine aucun texte comparable à l'article 488¹ en matière de référé, précisant les limites de l'autorité de la chose jugée. Il importe donc de voir précisément ce que recouvre l'autorité qui doit être reconnue à l'ordonnance sur requête, du point de vue de l'ensemble des acteurs de l'intervention juridictionnelle : le juge (§1) et les parties (§2).

§1. L'autorité à l'égard du juge

236. L'autorité de l'ordonnance sur requête doit être analysée vis-à-vis du juge du principal, pour définir précisément les rapports que celle-ci entretient avec la procédure au fond (A.), et au regard du juge des requêtes lui-même, tenu de respecter sa propre décision (B.)

A. L'autorité à l'égard du juge du principal

237. Le premier aspect auquel fait immédiatement penser l'adjectif *provisoire*, en matière de procédure, est le lien entre la décision ainsi qualifiée et le jugement définitif, c'est-à-dire le jugement rendu au principal. Par analogie avec l'ordonnance de référé, on est amené à considérer que, même si l'ordonnance sur requête doit se voir accordée une *certaine* autorité, elle ne peut interférer avec l'autorité reconnue *au principal* ; l'autorité de la chose jugée proprement dite, en quelque sorte. Cette dernière trouve son siège dans l'article 1351 du Code civil, qui range la chose jugée parmi les présomptions légales. Pour mieux cerner l'autorité de l'ordonnance sur requête au regard du juge du

¹ « L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ».

principal, il faut donc préalablement la confronter à ce texte (1.), avant de voir quel peut être son lien avec la procédure menée devant le juge du principal (2.).

1. L'autorité de l'ordonnance sur requête au regard de l'article 1351 du Code civil

238. Lorsqu'on examine les textes de droit positif relatifs à l'autorité de la chose jugée, un constat s'impose : aucun d'entre eux ne mentionne formellement le terme « autorité au provisoire ». Ce vocable a été forgé par la doctrine pour exprimer une idée directrice en la matière, selon laquelle la décision prise par le juge du provisoire ne lie pas le juge du principal¹. Cependant, il reste difficile de se départir de l'absence de distinction dans les termes de la loi, car *ubi lex non distinguit...* Cela ne signifie pas pour autant que l'idée d'introduire dans le lexique procédural le terme d'autorité au provisoire soit faux, bien au contraire. Cette notion peut simplement être traduite techniquement pour correspondre au vocabulaire utilisé par les articles 1351 du Code civil et 480 du Code de procédure civile, qui définissent l'autorité de la chose jugée. Le premier de ces deux articles a trait à l'exception de la chose jugée qui exige, pour sa mise en œuvre, la réunion de la triple condition de communauté de parties, d'objet et de cause. La seule indication fournie quant au domaine de l'autorité conférée est le membre de phrase selon lequel « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement ». Ceci renvoie aux termes de l'article 480 du Code de procédure civile qui dispose qu'est revêtu d'une telle autorité « le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal », le principal étant alors entendu comme « l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4 ». Ce qui, à son tour, renvoie aux « prétentions respectives des parties »², telles qu'elles résultent de l'acte introductif d'instance. En somme, ces dispositions fournissent à l'analyste une triple grille de lecture : quant au domaine de la chose jugée (*ie* les jugements qui tranchent tout ou partie du principal), quant à son objet (les prétentions respectives des parties, c'est-à-dire ce qui a fait l'objet de la vérification juridictionnelle et sera source d'effectivité procédurale ou substantielle) et, enfin, quant aux moyens de sa mise en œuvre (l'exception de chose jugée). **Il en résulte que l'autorité de la chose jugée, en tant que telle, est insusceptible de degrés. Elle est ou elle n'est pas, mais elle ne saurait être qu'à moitié.** Si la décision considérée rentre dans le domaine de cette autorité (première étape), alors cette dernière

¹ Y. Strickler, *op. cit.*, pp. 427 s.

² Art. 4 CPC ; *comp.*, en matière d'application de l'article 544 relatif aux jugements mixtes, qui utilise également le terme de « principal », Cass. Com. 15 décembre 2009, Procédures 2010/3, comm. 69, obs. R. Perrot.

s'appliquera à ce que le juge aura tranché (deuxième étape), sanctionnant toute nouvelle action tendant au même résultat par une fin de non-recevoir (troisième étape).

239. Quant au domaine de la chose jugée tout d'abord, l'ordonnance sur requête mérite incontestablement d'y figurer. Tant sa qualification d'acte juridictionnel que l'efficacité qu'elle produit ne permettent pas de lui dénier toute autorité, ce qui l'assimilerait à une mesure d'administration judiciaire. En outre, l'ordonnance a bien un objet, une efficacité procédurale, qui résulte de la question posée par le requérant quant à l'application à son profit de la protection juridictionnelle provisoire unilatérale. C'est bien de *prétention*, au sens de l'article 4 du code, dont il s'agit alors. C'est la troisième étape du raisonnement qui pose traditionnellement problème, car la jurisprudence refuse de manière constante de faire jouer la fin de non-recevoir issue de l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance sur requête¹. Si on suit la logique précédemment exposée jusqu'au bout, il ne paraît pas possible de dénier à l'ordonnance rendue le bénéfice de cette fin de non-recevoir et d'admettre la recevabilité d'une nouvelle requête aux mêmes fins, sous réserve toutefois d'un changement de circonstances. Il convient donc de considérer, à titre de conclusion logique, que la troisième et dernière étape du raisonnement relatif à l'autorité de la chose jugée trouve bien application en manière d'ordonnances sur requête. Cette autorité doit être par conséquent leur être reconnue.

240. L'autorité de la chose jugée étant insusceptible de degrés mais ayant seulement vocation à s'appliquer ou ne pas s'appliquer, l'ordonnance sur requête se voit appliquer les articles 1351 et 480 précités. Il peut paraître choquant d'affirmer, au regard de la théorie classique des décisions provisoires, que l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance sur requête est pleine et entière. Cela ne veut cependant pas dire que cette autorité ne se limite pas au provisoire et qu'elle lie le juge du principal. En effet, dans la mesure où le provisoire s'assimile à la règle de procédure, les deux affirmations sont parfaitement compatibles, comme il nous appartient de le montrer à présent.

¹ V. Cass. 2^e Civ. 19 décembre 1998, RTD Civ. 1999, p. 464, obs R. Perrot ; Toulouse 14 février 2002, D. 2003, p. 160, obs. crit. Y. Strickler.

2. L'autorité de l'ordonnance sur requête au regard du droit substantiel discuté devant le juge du principal

241. A considérer les effets de l'ordonnance unilatérale quant au juge du fond saisi du droit substantiel qu'elle sauvegarde, les deux aspects de l'autorité de la chose jugée doivent être pris en compte, tant l'autorité positive que l'autorité négative.

242. Du point de vue de l'autorité négative, toute la question est de savoir si le juge du principal, statuant après que le juge des requêtes a ordonné une mesure, peut opposer au demandeur la fin de non-recevoir issue de l'autorité de la chose jugée. Il est constant que, pas plus qu'en matière de référé, une telle solution ne saurait être admise, car, dit-on, ces ordonnances sont dépourvues de l'autorité de chose jugée *au principal*. Mais l'impossibilité d'opposer cette fin de non-recevoir peut techniquement recevoir une explication différente : **il ne peut être fait obstacle à l'exercice de l'action devant le juge du principal parce que la triple condition de l'article 1351 du Code civil n'est pas remplie**. Certes, les parties à l'instance au fond sont susceptibles d'être les mêmes que devant le juge des requêtes, le tiers visé recevant la qualité de partie dès la signification de l'ordonnance rendue à son encontre¹. La cause de la demande, si on en retient une conception purement factuelle², peut encore être identique, bien que cette situation n'apparaît pas devoir être systématique ; les mêmes faits qui auront motivé la saisine du juge des requêtes pourront pousser le requérant à saisir le juge du fond. Cependant, la troisième condition de l'article 1351, *l'objet de la demande*, diffère toujours entre l'instance au provisoire et l'instance au fond. Ce qui est demandé au juge des requêtes, c'est de prendre une *mesure*, simple aménagement factuel de la situation des parties, leur permettant d'agir ultérieurement au fond si elles le souhaitent. Au contraire, le juge du principal ne statue pas sur une mesure mais décide de l'existence, de la validité ou de l'étendue d'un droit substantiel dont l'une des parties se réclame bénéficiaire. Ainsi, ordonner une saisie conservatoire n'est pas la même chose que décider de l'existence du droit de créance correspondant à la somme saisie. Pour cette raison, aucune fin de non-recevoir ne pourra être opposée au demandeur au fond : l'exception de chose jugée n'aura simplement pas vocation à jouer.

243. Sur un autre plan, l'ordonnance sur requête ne peut avoir, au regard du principal, d'autorité positive de chose jugée³. Cette autorité consiste pour le juge à prendre pour acquis un fait ou une situation juridique qui a antérieurement fait l'objet d'une décision judiciaire distincte. La première

¹ V. *Infra*, n°s 272 s.

² Sur cette question, V. *Infra*, n°s 252 s.

³ Sur cette notion, Th. Le Bars, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *préc.*

décision, à laquelle cette autorité est reconnue, ne peut porter sur le même droit que la procédure pendante, faute de quoi l'exception de chose jugée devrait jouer. Seule subsiste l'identité des parties, entre lesquelles une contestation a déjà été tranchée, sur laquelle le juge saisi n'a pas à revenir et qui est influée sur la solution du litige en cours. Pour reprendre les mots de M. LE BARS, « il n'est plus question ici de faire obstacle au renouvellement d'un procès [;] il est question d'imposer la prise en compte au cours d'une instance B de ce qui a été jugé lors d'une instance A »¹. Le Code ne consacre expressément qu'un seul cas d'autorité positive, à l'article 95 : « lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence, sa décision a autorité de chose jugée sur cette question de fond ».

L'existence même d'une telle autorité implique que quelque chose ait été tranché, qu'un juge ait préalablement réalisé une vérification juridictionnelle et aménagé la situation des parties. Or, le juge des requêtes ne prend pas position sur le droit substantiel du requérant. Il effectue certes une vérification juridictionnelle quant à l'existence des conditions de sa saisine, ordonne une mesure et aménage la situation factuelle des parties en conséquence. Mais sa décision reste sur un plan purement procédural et n'affecte pas les droits substantiels des parties. Il n'y a alors aucun renseignement à tirer de l'ordonnance sur requête pour le juge du principal : aucune question de droit relative au litige qui lui est soumis n'a été tranchée.

Cette absence d'autorité positive de l'ordonnance à l'égard du fond doit cependant être tempérée. Dans la mesure où le juge des requêtes a déjà aménagé la situation de fait des parties, parfois même de façon irréversible, le juge du principal saisi doit en tenir compte, *mais sur le plan des faits seulement*. Il ne peut ignorer, lorsqu'il aménage concrètement les droits des parties après en avoir proclamé l'existence, la situation qui préexiste à sa décision². Par exemple, *Primus*, qui se prétend titulaire d'une créance à l'égard de *Secundus*, obtient en référé une provision pour le tout. Ultérieurement, il voit sa demande rejetée par le juge du fond qui nie l'existence de la dette de *Secundus*, et ordonne la restitution des sommes versées. Cette décision ne constitue pas la censure de l'ordonnance de référé, elle n'est qu'un aménagement de la situation de fait des parties : à défaut de dette, aucune somme ne doit être versée, et ce qui a été versé indument doit être restitué. Inversement, lorsque c'est le juge des référés qui refuse le versement d'une provision et le juge du fond qui reconnaît l'existence d'une créance, la décision de ce dernier affecte le *fait* et non le *droit*. La créance est fondée, et aucun versement n'est intervenu : il convient d'ordonner le paiement des sommes dues.

¹ Ibid., n° 10

² En ce sens, C. Bléry, *op. cit.*, p. 282.

244. En somme, cette démonstration ne vise qu'à apporter un éclairage technique nouveau à une idée préexistante et parfaitement justifiée : l'ordonnance sur requête n'a pas autorité de la chose jugée au fond. Il n'est en réalité nul besoin de distinguer entre divers degrés d'autorité de la chose jugée qui, par ailleurs, n'existent pas. Le fait que l'ordonnance sur requête reste sans effet sur la saisine du juge du fond s'explique parfaitement par le recours à l'article 1351 du Code civil et à l'exception de chose jugée qu'il établit. De même, si le juge du principal tiendra compte de la situation issue de l'exécution de la mesure ordonnée par le juge des requêtes, ce sera sur un plan purement factuel. En revanche, il n'en sera pas de même sur le plan de l'instance au provisoire, au cours de laquelle l'autorité de la chose jugée trouvera pleinement à s'appliquer, sous tous ses aspects.

B. L'autorité à l'égard du juge du provisoire

245. L'autorité de l'ordonnance sur requête au regard du provisoire, ou, a-t-on l'habitude de dire, l'autorité *au provisoire*, pose tout d'abord un problème de domaine, car il n'y a pas *un* mais *des* juges du provisoire à l'égard desquels cette décision peut avoir autorité. Il faut donc distinguer, en la matière, la portée de l'ordonnance rendue quant au juge des requêtes lui-même (1.) et quant au juge des référés (2.).

1. L'autorité de l'ordonnance sur requête à l'égard du juge des requêtes lui même

246. L'application à l'ordonnance sur requête de l'article 1351 du Code civil a pour conséquence, à l'égard du juge des requêtes, son dessaisissement. En application de l'adage *lata sententia, judex dessinit esse judex*, aussitôt l'ordonnance rendue, le juge ne peut la rétracter ni la modifier¹. Raisonner ainsi n'est rien de plus qu'aligner le régime de l'ordonnance sur requête sur celui du droit commun de l'autorité de la chose jugée. Il n'est pas possible de ranger celle-ci dans la catégorie des actes juridictionnels, l'opposant aux mesures d'administration judiciaires et aux jugements avant-dire-droit², et prétendre autoriser le juge à revenir librement sur sa décision.

¹ V, en matière de référé, Y. Strickler, *op. cit.*, p. 463.

² Aux termes de l'article 483 CPC, « le jugement avant dire droit ne dessaisit pas le juge ».

Pourtant, les termes de l'article 496 introduisent un doute sur le dessaisissement consécutif au prononcé de l'ordonnance. Ce texte dispose qu'en cas d'appel formé contre l'ordonnance, celui-ci sera « formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse ». Or, en application des articles 950 et 952 relatifs à la procédure d'appel en matière gracieuse, celui-ci est formé par déclaration d'appel faite au greffe de la juridiction qui a rendu la décision et non à celui de la cour. Cela permet au juge de pouvoir réexaminer sa décision, qui dispose d'un mois pour rétracter ou modifier cette dernière, ou, dans le cas contraire, la transmettre aux juges d'appel. Cette faculté particulière est un emprunt au pourvoi de droit local ayant cours en Alsace-Moselle¹. Sa justification traditionnelle était l'absence d'autorité de la chose jugée des décisions gracieuses ; à défaut d'autorité, pas de dessaisissement, le juge étant alors libre de revenir sur sa décision pour éviter que celle-ci ne fasse l'objet d'un appel². Cette conception n'étant plus de mise aujourd'hui, car l'autorité de la chose jugée doit être reconnue aux décisions gracieuses³. Une autre explication doit donc être apportée à ce mécanisme.

247. L'usage, en matière d'ordonnances sur requête, de la procédure d'appel propre à la matière gracieuse ne peut être considéré comme un aveu, de la part du législateur, de l'appartenance de la première à la seconde. L'usage, par l'article 496, de l'adverbe « comme », témoigne plutôt d'un emprunt. Celui-ci est certainement dû au rattachement traditionnel des ordonnances sur requête au domaine de la juridiction gracieuse, dont il est une survivance. Mais il relève surtout d'une question d'opportunité : l'appel des décisions gracieuses a été forgé de toutes pièces pour permettre de réexaminer une décision unilatérale. L'ordonnance sur requête étant la seule autre décision de ce type au sein de notre système procédural, il est beaucoup plus simple et raisonnable de se référer à un système déjà existant plutôt que d'en créer un nouveau. Il reste qu'il est difficile de concilier cette possibilité de rétractation avec le dessaisissement du juge des requêtes. Corrélativement, se pose la question de savoir s'il convient ou non d'exiger la survenance de faits nouveaux préalablement à la rétractation de la décision par ce biais.

Deux justifications sont possibles pour le mécanisme instauré par l'article 952. Soit on considère que le juge est effectivement dessaisi au moment du prononcé de l'ordonnance et que l'exercice de cette faculté est en réalité une voie de recours portée devant le juge des requêtes lui-même. Soit, inversement, on admet que le dessaisissement est reporté, suspendu, jusqu'à l'exercice de l'appel ou jusqu'à l'écoulement du délai de 15 jours prévu pour son exercice. Il est aisé de constater que la

¹ V, sur les origines de l'introduction de ce mécanisme dans ce qu'était encore le nouveau Code de procédure civile, G. Cornu, « L'élaboration du Nouveau Code de procédure civile », in Beigner (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 71 ; sur le droit local positif, V. Dalloz Action *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la direction de S. Guinchard, éd. 2011/2012, n° 721.21.

² V J. Barrère, « La rétractation du juge civil », *préc.*, spéc. pp. 21-22.

³ V. *Supra*, n° 79.

première branche de l'alternative ne trouve aucun fondement solide au sein du Code, car il est impossible de qualifier cette prétendue voie de recours. Il ne peut s'agir de l'opposition car celle-ci ne peut par hypothèse être ouverte qu'alternativement à la voie d'appel, jamais concomitamment à lui. Il ne peut pas non plus s'agir du recours en révision car cette voie de recours est ouverte en matière gracieuse¹ et il semble n'y avoir nul besoin de l'insérer au sein même de la procédure d'appel. Enfin, il ne peut s'agir de la tierce opposition car l'appel n'est ouvert qu'au requérant lui-même.

Par suite, la solution la plus logique est de considérer que le dessaisissement n'opère qu'à l'expiration du délai d'appel, ou lorsque, celui-ci ayant été exercé, le juge des requêtes prend la décision de maintenir l'ordonnance en l'état et de la transmettre à la cour. Dans ce dernier cas, le délai durant lequel le juge reste saisi est nécessairement plus long, car aux 15 jours dans lesquels est enfermé l'exercice de l'appel² s'ajoute une période pouvant durer jusqu'à un mois en application de l'article 952 précité.

On peut exprimer des doutes sur l'utilité de différer ainsi le dessaisissement. Sans doute il y a-t-il des raisons propres à la matière gracieuse qui ont poussé le législateur à adopter un tel système, et qui ne se retrouvent pas en matière d'ordonnances sur requête pour lesquels l'article 496 constitue un emprunt procédural. On peut penser notamment que le juge gracieux ne traitant majoritairement que des changements d'état et des homologations d'actes privés, il peut avoir été autorisé à revenir sur sa décision sur demande du requérant, même si on l'imagine mal changer d'avis si la situation n'évolue pas dans l'intervalle³. Néanmoins, en l'absence de dessaisissement, aucun fait nouveau n'est nécessaire pour que le juge rétracte ou modifie l'ordonnance ; s'il change d'opinion, sa décision ne pourra encourir aucun reproche.

248. L'ordonnance sur requête n'étant pas seul instrument de la protection juridictionnelle provisoire, il convient de s'interroger sur son éventuelle autorité vis-à-vis de l'ordonnance de référé. Cette recherche n'est pas inutile dans la mesure où, fondamentalement, l'objet des deux procédures est le même : sauvegarder l'action du justiciable sanctionnant un droit substantiel. Le référé et l'ordonnance sur requête ne sont distingués que par l'application du principe du contradictoire : complète dans le premier cas, mise en sommeil dans le second. Il convient de voir si cette différence justifie une approche radicalement différente des deux procédures ou si leur appartenance commune au genre de la protection juridictionnelle provisoire peut avoir des incidences sur l'autorité de la chose jugée.

¹ V, pour un jugement d'adoption, Versailles, 22 novembre 2001, RTD Civ. 2002 p. 282 obs. J. Hauser.

² Art. 496 CPC.

³ V. L. Camensuli-Feuillard, « Appel en matière gracieuse », J.-Cl. Proc. Civ., fasc. 728, n° 68.

2. *L'autorité de l'ordonnance sur requête à l'égard du juge des référés*

249. La problématique de l'autorité de l'ordonnance sur requête vis-à-vis de l'ordonnance de référé pose en réalité la question de l'unité ou de la diversité, au sein du schéma procédural, de ces deux types de décisions. Avant de poursuivre, une précision terminologique est toutefois nécessaire : le juge des référés dont il s'agit ici n'est pas le juge de la rétractation saisi, à l'encontre d'une ordonnance sur requête, d'un référé-rétractation en application de l'article 496. Est ici envisagée l'hypothèse où le même justiciable saisit consécutivement le juge des requêtes puis, dans le cadre d'une instance différente sans lien avec la première, le juge des référés. Les termes du débat sont les suivants : soit il convient de considérer que l'intervention du juge des requêtes est radicalement différente de celle du juge des référés et qu'il n'y a rien de commun entre elles qui justifierait une éventuelle autorité de la chose jugée ; soit, inversement, on reconnaît à ces deux procédures une parenté proche, avec pour seule cloison le principe du contradictoire. Il serait dans ce dernier cas important de considérer leur articulation aux yeux du justiciable qui est susceptible de faire feu de tout bois et d'user à sa guise de ces deux voies pour obtenir ce qu'il désire, sans égard aucun pour ses précédentes demandes.

250. Plusieurs raisons amènent à prendre parti pour la seconde branche de l'alternative. Premièrement, l'objectif de ces deux types de mesures est le même, à savoir la sauvegarde du droit processuel du justiciable, obstacle à la justice privée. Deuxièmement, on peut observer une similarité de structure de la règle de droit appliquée, car, dans les deux cas, un ensemble de chefs de saisine aux contours larges donnent au juge le pouvoir d'ordonner une grande variété de mesures. Troisièmement enfin, tant l'ordonnance sur requête que l'ordonnance de référé produisent une efficacité procédurale et sont qualifiées provisoires par la loi. Un rapprochement est donc permis entre ces deux types de décisions. Il faut cependant en préciser le domaine, car « la concurrence entre requête et référé est d'appréhension inégale »¹. Il y a certaines matières au sein desquelles il n'y a pas lieu de s'attarder sur l'articulation des procédures simplement parce qu'il n'existe pas, pour telle ordonnance sur requête, d'équivalent en référé, et inversement. Par exemple, seule la voie contradictoire est possible lorsque le justiciable désire obtenir une provision sur sa créance non sérieusement contestable ou encore voir ordonnée une injonction de faire sur le fondement de l'article 809 alinéa 2. C'est encore le cas pour toutes les dispositions particulières dispersés au sein

¹ S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, p. 281.

du droit positif et qui prévoient spécifiquement le recours à une procédure donnée et notamment, en ce qui concerne la procédure sur requête, l'ensemble des ordonnances nommées. Dans ces hypothèses, le justiciable n'aura pas le choix, la procédure à emprunter étant imposée par le législateur et aucune concurrence n'est permise.

251. A l'autre extrême, le référé peut expressément concurrencer la requête, comme c'est le cas en matière de mesures d'instruction *in futurum*, pour lesquelles l'article 145 dispose qu'elles peuvent ordonnées « sur requête ou en référé ». Dans ce cas, et la solution est constante¹, le recours à la voie unilatérale est strictement subsidiaire et subordonné à la preuve de la nécessité d'évincer le contradictoire. La question de l'autorité de la chose jugée se pose ici avec âpreté : peut-on imaginer qu'un plaideur dont la requête a été rejetée puisse se tourner vers le juge des référés pour tenter à nouveau sa chance ? Il semble quelque peu incohérent de le considérer, à moins de voir dans le caractère contradictoire de la procédure une variation de la nature profonde de la décision qui en découle. De plus, si l'on examine la réponse judiciaire sous l'angle de l'écriture structurale, c'est bien la même règle qui est appliquée, et qui peut alors s'écrire A (« motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ») / B (« les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées »). Enfin, avec une première ordonnance, qu'elle soit rendue sur requête ou en référé, la règle générale et abstraite sera devenue individuelle et concrète. La situation du plaideur sera alors régie par cette nouvelle norme qu'est la décision judiciaire et il ne devrait pas être admis, à moins de rapporter une évolution des faits, de solliciter une nouvelle fois l'application de l'article 145.

252. Entre l'hypothèse de l'exclusion totale du concours et celle de la concurrence manifeste, existe une vaste zone d'ombre au sein de laquelle le référé et la requête peuvent coexister. Ainsi, estime Mme PIERRE-MAURICE, « lorsque l'ordonnance sur requête n'est prévue par aucun texte et qu'elle résulte de l'urgence et de la nécessité, elle recouvre nécessairement une situation où la saisine du juge des référés était théoriquement possible. En ce sens, le recours concurrent entre référé et requête est implicite »². C'est alors les articles 808³ et 809 alinéa premier⁴ qui sont visés par le concours, et se pose la question de l'autorité de l'un type de décisions sur l'autre.

¹ V. Cass. 2^e Civ., 5 juin 1985, Bull. civ. I, n° 111, p. 74, D. 1986, IR, 52, obs. R. Lindon, RTD Civ. 1986 p. 404, obs. J. Normand ; *contra* M. Jeantin, *préc.*

² S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, p. 281.

³ « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

⁴ « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

Si une telle autorité devait être caractérisée, elle impliquerait la possibilité pour le juge des référés d'opposer au demandeur l'exception de chose jugée issue d'une précédente ordonnance sur requête, et inversement. Techniquement, ceci n'est possible qu'à condition qu'existe la triple identité issue de l'article 1351 du Code civil. Il faut, en application de ce texte, que soient identiques les parties, l'objet et la cause de la demande. L'identité de parties, tout d'abord, n'est pas contestable en soi car si le requérant est bien seul lorsqu'il se présente devant le juge des requêtes, son adversaire, le potentiel défendeur en référé, n'est pas loin la qualité de partie à l'instance lui est conférée dès la signification de l'ordonnance¹. De plus, c'est bien contre lui que la mesure sollicitée est dirigée, qu'elle soit ordonnée sur requête ou en référé. En revanche, c'est sur les notions de cause et d'objet, plus délicates à cerner, que l'on doit davantage s'attarder.

Si on définit l'objet de la demande comme le « résultat économique et social recherché »², il y a bien identité d'objet entre une demande fondée sur l'article 808 et celle qui s'appuie sur l'article 812 du Code de procédure civile. Dans les deux cas, ce que recherche le demandeur – ou le requérant, c'est bien la sauvegarde de son droit d'action au principal. On constate également que le juge des requêtes et le juge des référés ont même un chef de saisine en commun : l'urgence³. Les notions de trouble manifestement illicite et de dommage imminent, qui figurent à l'article 809 alinéa 1, impliquent elles aussi une intervention judiciaire rapide même s'ils n'exigent pas formellement l'urgence. En ce sens, l'objet des demandes formées en référé et par requête est identique : le justiciable requiert une réponse judiciaire à bref délai à peine de disparition du droit d'agir sanctionnant un droit substantiel dont il est titulaire.

En ce qui concerne la notion de cause de la demande, il a déjà été vu qu'au lendemain de la jurisprudence *Césaréo* deux conceptions étaient possibles⁴. Soit on considère qu'à la suite de cet arrêt la Cour de cassation fusionne purement l'objet et la cause, assimilant la seconde au premier⁵. Dans ce cas de figure, la cause de la demande est identique entre requête et référé et l'exception de chose jugée peut être opposée à la seconde demande. Soit on estime que cette décision consacre une définition purement factuelle de la cause, ce qui est notre opinion⁶. Mais dans ce cas encore, il y aura entre la procédure unilatérale et contradictoire une identité de cause. Ceci bien sûr sous réserve d'un changement des circonstances de fait, mais alors il n'y a aucune raison de priver le justiciable d'un second recours aux tribunaux car la cause de la demande aura elle aussi changé.

¹ V. *Infra*, n°s 272 s.

² S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *op. cit.*, p. 265.

³ Même si cette condition n'est pas exigée par l'art. 809 al. 1 ; sur l'urgence et son déclin en droit positif, Renvoi

⁴ Cass. Ass. plén. 6 juillet 2006, *Césaréo*, JCP G 2007, 10070, obs. G. Wiederkehr, D. 2006, p. 2135 note L. Weiller, RTD Civ. 2006 p. 825, note R. Perrot V, pour une analyse extensive de cette jurisprudence, Renvoi

⁵ En ce sens L. Weiller, note préc.

⁶ V. *Supra*, n° 60.

253. En somme, l'interaction du référé avec la procédure sur requête a un domaine relativement limité. D'un côté, un grand nombre de textes prévoit spécifiquement le recours à l'une de ces deux voies à l'exclusion de l'autre. Dans cette hypothèse, où aucun concours n'est possible, il n'y a pas lieu à autorité de la chose jugée. De l'autre côté, lorsque les chefs de saisine prévus pour l'intervention de l'un ou l'autre des juges du provisoire se recoupent, le concours est implicitement rendu possible. En ce cas, le concours est en principe résolu au profit de la voie contradictoire, la voie sur requête étant subsidiaire et réservée aux seuls cas où les circonstances exigent que la mesure « ne soit pas rendue contradictoirement »¹. La Cour de cassation exerce un contrôle constant et rigoureux de cette exigence dans le but d'éviter un détournement en opportunité de la procédure unilatérale². Cependant, l'existence d'un principe de subsidiarité ne peut en pratique empêcher le justiciable de réitérer sa demande devant un autre juge du provisoire, car celui qui peut le plus peut toujours le moins. Rien n'interdit au requérant dont la demande a été rejetée par le juge des requêtes de se tourner ensuite vers le juge des référés, combien même les circonstances exigeraient que la mesure ne soit pas rendue contradictoirement. Il ne serait pas cohérent d'estimer, par exemple, qu'il n'y a pas urgence au cours de la première instance, et décider l'inverse lors de la seconde. La protection juridictionnelle doit être un tout harmonieux, avec pour deux faces d'une même médaille la voie contradictoire et la voie unilatérale. Il est donc nécessaire de reconnaître à l'ordonnance sur requête innommée, véritablement provisoire parmi toutes les autres décisions relevant de cette appellation³, une autorité de la chose jugée à l'égard de l'ordonnance de référé relevant des articles 808 et 809 alinéa 1 du Code de procédure civile. Une telle autorité est parfaitement justifiée sur le plan technique par le recours à l'exception de chose jugée issue de l'article 1351 du Code civil. Il en résulte également que si l'ordonnance sur requête doit s'imposer au juge, du principal ou du provisoire, elle doit également lier le requérant qui doit en respecter le caractère normatif.

¹ Art. 812 CPC.

² V Cass. 2^e Civ., 13 mai 1987, Bull. Civ. II, n° 112 ; Cass. Com., 26 janvier 1999, Bull. Civ. IV, n° 28, RTD Civ. 1999 p. 463, obs. R. Perrot.

³ V. *Supra*, n° 58.

§2. L'autorité de l'ordonnance sur requête à l'égard des personnes privées

254. Présentée ainsi, l'ordonnance rendue s'impose incontestablement aux justiciables concernés pas la mesure. Créant une norme nouvelle qui s'insère dans l'ordonnement juridique, elle doit être respectée tant par le requérant lui-même (A.) que par les tiers (B.).

A. L'autorité à l'égard du requérant

255. L'autorité de l'ordonnance sur requête est au cœur des débats, très controversés, sur la nature juridique de cette dernière. Son rattachement traditionnel à la matière gracieuse faisait écho au déni de toute autorité de la chose jugée aux décisions gracieuses elles-mêmes¹. Priver l'ordonnance sur requête de toute autorité de chose jugée revient à offrir au requérant la possibilité de revenir indéfiniment par-devant le juge des requêtes pour réitérer sa demande². Cette position est évidemment nuisible au service public de la justice, car il n'est pas bon de permettre aux justiciables de forcer à l'infini les portes du prétoire dans l'espoir que par lassitude ou par erreur³ le juge leur accorde le bénéfice de la mesure ainsi sollicitée. Aujourd'hui, l'opinion de la majorité des auteurs tend vers la reconnaissance d'une *certaine autorité* à l'ordonnance sur requête, sans toutefois que le fondement de celle-ci soit clairement précisé.

La lecture de la doctrine processualiste à ce sujet donne l'impression que l'argumentation donnée en faveur de l'autorité des ordonnances sur requête s'inspire davantage d'un sentiment que de considérations de technique juridique, peu d'affirmations doctrinales recevant l'appui d'une véritable démonstration. Ainsi peut-on lire que « pour provisoire qu'elle soit, l'ordonnance sur requête n'en est pas moins un acte dont les effets interdisent qu'ils soient subordonnés au caprice de son auteur et qu'ils puissent être remis en cause sans raison sérieuse »⁴. Mme AMRANI-MEKKI estime quant à elle que « si la loi ne pose aucune condition particulière pour la modification des

¹ V. *Supra*, n°s 79 s.

² V., pour une illustration récente, Toulouse, 14 février 2002, précité, D. 2003, p. 160, obs. crit. Y. Strickler.

³ Dans l'espèce précitée du 14 février 2002 le requérant avait profité de l'absence du juge ayant rejeté la première requête pour présenter une nouvelle demande devant le remplaçant de ce-dernier et obtenir gain de cause.

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 233 p. 150.

ordonnances sur requête, il paraît logique que celle-ci ne soit possible que dans l'hypothèse de la survenance d'un fait nouveau »¹.

256. Certains développements offrent néanmoins une tentative d'explication à cette forme d'autorité dont serait revêtue l'ordonnance sur requête. Henri MOTULSKY s'est par exemple fondé sur la grande proximité structurelle entre la requête et le référé pour estimer que l'autorité de chose jugée au provisoire du second s'étendait à la première². A suivre cette analyse, il faut encore définir clairement ce qu'est, en matière de référé, l'autorité au provisoire. C'est M. STRICKLER qui, dans ses travaux sur le provisoire en matière de référé, a versé la lumière sur la portée de l'article 488 alinéa 2 du Code de procédure civile. Ce texte dispose que l'ordonnance de référé « ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles », ce qui suffit à lui conférer une autorité car sa révocation n'est pas inconditionnelle. Cependant, cette autorité doit être cantonnée « au provisoire » car l'alinéa premier du même texte énonce que « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ». M. STRICKLER estime que la possibilité de révision en cas d'évolution des circonstances est le résultat d'un dessaisissement limité du juge des référés suite au prononcé de l'ordonnance. « Bien qu'il semble avoir épuisé sa saisine », écrit cet auteur, « le juge des référés peut revenir en arrière. Le dessaisissement du Président se trouve ainsi limité. La notion de provisoire explique et justifie [cette] faculté »³. Le même raisonnement semble avoir été adopté en matière d'ordonnances sur requête par Mme PIERRE-MAURICE qui traite de l'exigence de circonstances nouvelles dans une sous-partie intitulée « les limites au dessaisissement du juge des requêtes »⁴. Or, cette démarche est critiquable. Le dessaisissement, à l'instar de l'autorité de la chose jugée, ne peut être démembré ou partiel ; il est ou il n'est pas. De deux choses l'une : soit tel acte judiciaire est doté de l'autorité de la chose jugée et le juge qui l'a rendu est dessaisi par son prononcé, soit il n'est revêtu d'aucune autorité et le juge reste saisi, avec la faculté de rétracter ou de modifier inconditionnellement sa décision. Il n'est donc pas possible de considérer l'ordonnance, de référé comme sur requête, comme juridictionnelle et d'estimer que le dessaisissement est partiel⁵.

257. Cependant, l'idée que recouvrent ces démonstrations est fondée, en ce sens que l'ordonnance sur requête doit en effet être revêtue d'une autorité. Mais celle-ci, comme il a déjà été vu par

¹ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Paris, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, p. 492.

² H. Motulsky, « Rapport de synthèse », in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 55, spéc. p. 53 ; Motulsky estime que l'ordonnance sur requête sur requête ressemble à l'ordonnance de référé « au caractère unilatéral près ».

³ Y. Strickler, thèse préc., p. 467.

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, pp. 150 s.

⁵ Sous la réserve particulière du dessaisissement différé déduit de l'article 952, V. *Supra*, n° 247.

ailleurs¹, résulte de l'article 1351 du Code civil. C'est donc une autorité de la chose jugée au sens propre du terme, qui ne s'étend pas à l'égard du litige porté devant le juge du principal parce que la triple condition requise pour pouvoir opposer l'exception de chose jugée n'est pas réunie. Or, en ce qui concerne le requérant lui-même, cette exception a vocation à jouer, interdisant toute nouvelle requête fondée sur les mêmes faits. Il y a bien alors identité de parties, de cause et d'objet de la demande. Une telle conclusion rejoint l'ensemble des développements qui précèdent : l'ordonnance sur requête est un acte juridictionnel, porteur d'une vérification juridictionnelle et produisant une efficacité procédurale. Elle doit par conséquent être recouverte de l'autorité de la chose jugée et provoquer le dessaisissement complet du juge des requêtes. Dans cette optique, l'exigence de circonstances nouvelles² ne peut se traduire que comme un changement de cause. Par hypothèse, la partie requérante reste la même, et l'objet ne subit aucune variation car il s'agit toujours d'obtenir la préservation de l'action en justice sanctionnant un droit substantiel menacé de péril. Ceci rejoint la conception factuelle de la cause que nous avons précédemment adoptée.

258. En conclusion, **toute nouvelle requête présentée par le justiciable en l'absence d'évolution des circonstances de fait devra se heurter à la fin de non-recevoir issue de l'autorité de la chose jugée de la précédente ordonnance.** Son régime doit être aligné sur celui de l'article 488 du Code de procédure civile. La très grande proximité entre la procédure des référés et sur requête favorise par ailleurs cette intégration. On verrait mal pourquoi, alors que quasiment la même palette de mesures peut être ordonnée à l'issue de ces deux voies procédurales, l'une serait dotée d'une stabilité certaine et l'autre inconditionnellement modifiable. C'est, en outre, protéger le tiers visé par la décision, ordonnée à son insu qui plus est, que de refuser au requérant la possibilité de solliciter à l'infini la mesure souhaitée. Enfin, il n'est pas concevable que le système juridictionnel puisse être encombré par des demandes à répétition sans pouvoir faire jouer la sanction processuelle de l'irrecevabilité.

259. Pour aller jusqu'au bout de la logique adoptée, la question de l'utilité même de l'article 488 au sein du Code de procédure civile pourrait être posée. Car, au final, ce texte n'ajoute rien par rapport aux enseignements de l'article 1351 du Code civil quant à l'exception de chose jugée. Toute décision, provisoire comme de fond, peut en effet être remise en cause par une demande nouvelle si la situation factuelle a changé. Cependant, il faut au moins reconnaître à l'article 488 un rôle didactique : il rappelle que l'ordonnance de référé, même provisoire, n'en est pas moins revêtue

¹ V. *Supré*, n° 242.

² La notion de circonstance nouvelle ayant déjà fait l'objet d'études très complètes, il convient d'y renvoyer le lecteur, V. Y. Strickler, thèse préc., p. 467 ; S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 234 ; C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, pp. 307 s.

d'une certaine stabilité. Pour cette raison, une précision identique dans la sous-section relative aux ordonnances sur requête aurait certainement pu éviter bien des controverses doctrinales et jurisprudentielles. **Son introduction pourrait être envisagée, sous la forme de deux alinéas nouveaux à l'article 493 ainsi rédigés :**

- Rédaction actuelle : « *L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* ».
- Alinéas proposés :
 - o « *L'ordonnance sur requête n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée* ».
 - o « *Elle ne peut être modifiée ou rapportée qu'en cas de circonstances nouvelles* ».

Ces modifications auraient une double utilité. D'une part, elles rapprocheraient textuellement l'ordonnance sur requête de celle des référés, avec qui elle partage sa qualification de mesure provisoire par nature. D'autre part, elles lèveraient le doute sur l'autorité dont l'ordonnance doit être revêtue, ainsi que les conditions de sa modification, subordonnée à l'existence de circonstances nouvelles.

260. Outre l'autorité à l'égard du requérant, et dans la mesure où l'ordonnance sur requête crée une norme nouvelle intégrant l'ordonnancement juridique, les tiers ne sauraient lui être complètement étrangers. Il convient à présent d'exposer l'influence qu'exerce sur eux la décision du juge des requêtes.

B. L'autorité à l'égard des tiers

261. Le terme *autorité* peut sembler en soi contestable lorsque sont en cause les tiers à la décision juridictionnelle. La chose jugée n'est-elle par hypothèse pas relative, restreinte aux seules parties ? La problématique de la portée de l'ordonnance sur requête au-delà du requérant et du juge peut se résumer à deux séries d'interrogations. En premier lieu, il convient de déterminer quels rapports entretiennent les tiers, de manière générale, avec une décision à laquelle ils n'ont pas été parties : c'est toute la question de l'opposabilité des actes juridictionnels (1.). En second lieu, il est indispensable de proposer un critère fonctionnel permettant de distinguer les tiers en question, ce qui apparaît plus délicat (2.).

1. L'opposabilité de l'ordonnance sur requête

262. La portée de l'ordonnance sur requête au-delà des parties passe tout d'abord par la démonstration de l'existence de l'opposabilité en tant que notion (a.), dont il est ensuite nécessaire de préciser les limites, notamment vis-à-vis de l'autorité à proprement parler (b.).

a. La normativité de l'ordonnance sur requête, fondement de l'opposabilité

263. L'intérêt doctrinal pour les effets du jugement civil à l'égard des tiers a été croissant au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, amorcé par la chronique restée célèbre de L. BOYER¹. La réalité économique et sociale, génératrice de liens de plus en plus étroits entre les individus, a conduit les auteurs à remettre progressivement en cause l'idée que le jugement est, pour les tiers, une *res ignota*, une « feuille de papier blanc »². Même absents de l'instance qui, *a priori*, ne les concerne pas, les tiers ne peuvent ignorer l'avènement d'une décision juridictionnelle susceptible de les affecter indirectement. Nul ne peut prétendre que le créancier chirographaire soit insensible à une condamnation de son débiteur envers un autre, du changement de régime matrimonial de celui-ci, etc... Mais la thèse de la neutralité des jugements envers les tiers a été pendant longtemps vigoureuse dans les esprits. La confusion est due au texte de l'article 1351 du Code civil, qui mentionne expressément l'identité des parties pour que joue l'autorité de la chose jugée. Or, il semble bien que les rédacteurs du Code ont repris directement une idée de Pothier dans son *Traité des obligations*. Ce dernier semble bien avoir amalgamé l'autorité et l'exception de chose jugée, assimilant l'une à l'autre³. Ces deux concepts sont pourtant bien distincts : tandis que l'autorité de la chose jugée fonde l'immutabilité de la vérification juridictionnelle, l'exception de chose jugée n'est que le moyen technique de sa mise en œuvre. Les confondre serait réduire, en quelque sorte, une notion juridique à son seul régime. Or, cette distinction conceptuelle doit nécessairement entraîner une dissociation fonctionnelle des conditions d'application. Autrement dit, si l'identité de parties est une exigence justifiée pour pouvoir opposer l'exception de chose jugée, elle n'est aucunement transposable à l'autorité elle-même. L'exception remplit en effet un rôle particulier : elle permet que soit respectée la chose déjà jugée entre les mêmes litigants sans que ceux-ci puissent perpétuer le procès par l'introduction d'une demande nouvelle. Mais cela ne signifie pas qu'au-delà du cercle

¹ L. Boyer, «Les effets des jugements à l'égard des tiers», RTD Civ. 1951, p. 163.

² J. Carré et A. Chauveau, *Lois de procédure civile*, 4^e édition, 1867, t. IV, p. 256.

³ En ce sens, H. Roland, *op. cit.*, pp. 189-190.

restreint des parties la décision judiciaire n'ait aucune existence, bien au-contre. Il convient de reconnaître, à l'égard des tiers, non pas l'autorité, mais l'opposabilité de l'acte juridictionnel.

264. Comme l'a démontré M. DUCLOS¹, un ensemble de raisons logiques plaident pour son admission. Premièrement, il serait irrationnel de considérer, au regard de la cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble, que les conventions puissent être pourvues d'une opposabilité vis-à-vis des tiers, sans que la même qualité soit reconnue aux actes juridictionnels. Le contrat, même rendu obligatoire par la loi, n'est que l'œuvre de volontés privées, alors que le juge est un organe étatique, détenteur à la fois de la *jurisdictio* et de l'*imperium*. Deuxièmement, l'existence d'une voie de recours spécifiquement ouverte aux tiers, la tierce-opposition, témoigne de l'existence d'un effet du jugement à leur égard². A défaut, il suffirait au tiers d'ignorer totalement la décision à laquelle il est étranger, sans qu'il n'ait besoin de la contester. Aux termes de l'article 591 du Code de procédure civile « la décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte ou ne réforme le jugement attaqué que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant » et « le jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés ». En réalité, cette dissociation des conséquences de l'admission de la tierce opposition ne peut s'expliquer que par l'existence d'une opposabilité de la décision à l'égard des tiers. Comment, sinon, justifier que le jugement soit maintenu entre les parties³ et réformé à l'égard des seuls *penitus extranei* ? Ceci fait dire à un auteur qu'en dépit de la lettre de l'article 591, « le jugement qui accueille la tierce opposition ne rétracte ni ne réforme la décision attaquée, il la rend inopposable au tiers opposant »⁴.

265. Au-delà de la logique, les raisons de l'existence de l'opposabilité doivent être recherchées dans la nature même de l'acte juridictionnel. En ce sens, à la suite des travaux de M. Pierre MAYER et Mme Corinne BLERY, la décision judiciaire doit être considérée comme constitutive d'une norme nouvelle, concrétisant la règle substantielle, abstraite et générale. Or, ce caractère normatif insère inévitablement l'ordonnance sur requête dans l'ordonnement juridique. Dès lors, il s'impose à tous, parties ou tiers. Ceci ne signifie pas qu'ils soient placés sur le même plan, car les parties sont en plus liées par l'effet obligatoire de la décision. Pour reprendre la distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel⁵, si la première vaut *erga omnes*, la seconde ne concerne que les parties. L'idée que l'acte juridictionnel s'étend au-delà du cercle restreint des parties, du fait de sa nature, a

¹ J. Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984, pp. 101 s.

² Ibid., p. 118 ; adde D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, op. cit., p. 77.

³ Sauf le cas particulier de l'indivisibilité, qui entraîne la disparition des chefs de jugement annulés tant à l'égard des tiers que pour les parties originelles, V. Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2007, Bull. civ. I, n° 127 ; adde D. Tomasin, op. cit., p. 97.

⁴ R. Martin, *Tierce opposition*, J.-Cl. Proc. Civ., n° 24.

⁵ V. *Supra*, n° 232.

été émise tout d'abord par M. BOYER¹, qui a distingué entre effet créateur valant à l'égard de tous et effet probatoire restreint aux parties. M. ROLAND, de son côté, évoque plutôt un effet obligatoire vis-à-vis des parties, et probatoire à l'égard des tiers². Si les systèmes proposés par ces auteurs sont finalement assez dissemblables, ils se rejoignent pour admettre la présomption de vérité de la chose jugée comme fondement commun à leurs réflexions, ce qui est contestable³. Il revient à Mme PEROZ d'avoir fait une synthèse convaincante des effets du jugement à l'égard des tiers en faisant expressément recours au concept de normativité⁴. C'est parce que la décision revêt les caractères d'une norme qu'elle est à la fois obligatoire pour les parties et opposable aux tiers. D'un côté, le pouvoir étatique de contrainte, matérialisé par la force publique, permet d'imposer le jugement à ses destinataires directs, c'est-à-dire les parties⁵. De l'autre côté, les tiers sont tenus de « respecter une certaine situation juridique »⁶, née de la décision. Il s'agit alors de l'opposabilité : parce que l'ordonnance existe en tant que norme, elle ne peut être ni ignorée ni méconnue, même par ceux qui n'en subissent pas directement les effets.

266. En somme, l'ordonnance sur requête est bien opposable aux tiers, mais il importe encore de préciser ce que recouvre précisément la notion d'opposabilité et la manière dont elle s'articule avec l'effet obligatoire de la décision.

b. La portée de l'opposabilité de l'ordonnance sur requête

267. Sur ce point encore, le parallèle avec le contrat est parlant, entre force obligatoire liant les parties et l'effet relatif opposable aux tiers. Car c'est bien entre ces deux concepts que la distinction doit être opérée, et non entre opposabilité et autorité. L'autorité de chose jugée doit être considérée comme existante à l'égard de tous, y compris des tiers, au contraire de l'exception de chose jugée, qui ne s'impose qu'aux parties. C'est la conséquence nécessaire du jugement considéré en sa qualité de norme, l'ordonnancement juridique valant *erga omnes*. En ce sens, l'autorité du jugement est *absolue*, sans que cette affirmation ne remette en cause la relativité établie à l'article 1351 du Code civil. Ces deux aspects ne sont en rien contradictoires, ils sont au contraire strictement

¹ L. Boyer, article préc.

² H. Roland, *op. cit.*, pp. 165 s.

³ Le fondement de l'autorité de la chose jugée doit en effet être recherché dans sa fonction, qui est d'assurer l'immutabilité de la vérification juridictionnelle, plutôt que dans une prétendue présomption de vérité légale, V. *Supra*, n° 11.

⁴ H. Peroz, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, pp. 42 ss.

⁵ H. Peroz, *op. cit.*, n°s 47-49.

⁶ H. Peroz, *op. cit.*, n° 52 *in fine*.

complémentaires. S'il ne doit pas être permis au tiers d'ignorer l'existence de l'ordonnance, son efficacité ne doit s'étendre qu'aux parties, qui seules peuvent être condamnées à l'exécution forcée. Distinguer entre force obligatoire et opposabilité, c'est faire le départ entre le contenant et le contenu.

268. Le *contenu obligationnel* de la norme ne s'étend par hypothèse qu'aux parties, qui voient leur situation procédurale modifiée et sont obligées d'exécuter la décision, autrement dit de subir la mesure contenue dans l'ordonnance. Réciproquement, seules les parties peuvent se voir opposer l'exception de chose jugée, qui vise à préserver l'immutabilité de la vérification juridictionnelle envers eux. Cette vérification n'a pas lieu à l'égard des tiers, et le juge ne peut les rendre directement débiteurs ou créanciers. Par conséquent, si rien n'a été jugé, il est logique qu'un tiers ne puisse exciper de la chose jugée pour se défendre à un procès auquel il serait attiré, même si une question identique ou similaire a déjà été tranchée en justice par ailleurs.

269. L'*opposabilité* de la décision reflète le fait qu'elle existe en tant que contenant, norme porteuse d'obligations. Si ces obligations ne peuvent concerner les tiers, ceux-ci doivent néanmoins les respecter. Cela suppose que les parties puissent les obliger à ne pas violer la situation issue du jugement, de la même manière qu'un tiers ne saurait se rendre auteur ou complice de la violation d'une convention à laquelle il est étranger. A moins, bien sûr, de prétendre lui-même au bénéfice du droit discuté au procès opposant les parties originelles. Par exemple, si un premier jugement reconnaît la propriété de *Primus* sur un bien, au détriment de *Secundus*, un tiers ne saurait venir perturber l'exercice de ce droit, à moins qu'il n'en réclame lui-même la propriété en justice. En réalité, cet aspect de l'opposabilité n'a trait qu'à l'exécution de la décision rendue. Respecter la situation qui en est issue revient à ne pas mettre d'obstacles à l'exécution de l'acte juridictionnel. Or, en la matière, deux hypothèses peuvent se présenter. Dans une série de cas, le jugement n'a nul besoin de mesures d'exécution pour se matérialiser dans les faits, son seul prononcé étant suffisant. Ainsi, l'homologation d'un régime matrimonial, la reconnaissance d'une filiation ou, pour reprendre l'exemple précédent, d'un droit de propriété, se suffisent à elles-mêmes et le recours aux mesures d'exécution est inutile. Dans une autre série d'hypothèses, le recours aux voies d'exécution est rendu nécessaire par l'inadéquation de la situation de fait à la décision. Si *Primus* est déclaré créancier de *Secundus*, cela ne signifie pas que les fonds seront versés par le seul fait de l'intervention judiciaire. Dans les deux cas, les tiers doivent adopter une attitude négative et ne pas nuire à l'exécution. Ceci résulte expressément de l'article L. 123-1 alinéa 1 du Code des procédures civiles d'exécution¹, qui dispose que « les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou

¹ Anc. art. 24 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des voies d'exécution.

de la conservation des créances ». Cependant, une collaboration active des tiers n'est pas exclue, lorsqu'elle est nécessaire à la bonne marche des opérations d'exécution. L'article 24 précise, par analogie avec l'article 10 du Code civil¹, que lorsqu'ils en sont requis, les tiers « doivent apporter leur concours » actif à l'exécution².

Inversement, l'opposabilité implique que les tiers soient en mesure d'opposer aux parties une décision précédemment rendue entre elles. C'est alors l'autorité dite « positive » de chose jugée qui doit jouer, en ce sens qu'un tiers doit pouvoir invoquer à son profit un point de droit déjà jugé qui a modifié la situation procédurale ou substantielle d'une partie³. Ainsi, une précédente condamnation pénale⁴, une filiation établie en justice ou encore la nullité d'une société sont autant de décisions susceptibles d'avoir des répercussions sur les tiers et d'être produites par eux.

Cette distinction établie, il convient encore de déterminer qui peut être considéré tiers à l'ordonnance sur requête, ce qui n'est pas le moindre des problèmes.

2. La détermination des tiers à la mesure ordonnée sur requête

270. Etablir un critère permettant de discriminer les tiers des parties (a.) est un préalable nécessaire à la détermination des personnes qui sont, au sein de la procédure unilatérale, soumises à l'effet obligatoire et celles qui peuvent uniquement se voir opposer l'ordonnance sur requête (b.).

a. La recherche d'un critère discriminant les tiers

271. Dans le cercle des acteurs de la scène judiciaire, il est des personnes pour lesquelles le doute ne semble pas permis. Il en est ainsi du juge qui, incontestablement, n'est ni tiers, ni partie. Par ailleurs, l'auteur de l'acte introductif de l'instance et son destinataire doivent naturellement recevoir la qualification de parties⁵. Ce sont bien elles qui ont, à l'occasion de l'instance, la faculté de conclure et

¹ V. A. Leborgne, *Voies d'exécution*, Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2009, p. 100 n° 208.

² Pour une étude plus détaillée sur le rôle des tiers dans l'exécution de l'ordonnance sur requête et sur les obstacles pouvant surgir lors de cette exécution, V. *Infra*, n°s 636 s.

³ V. Cass. Com. 23 janvier 2007, RTD Civ. 2007, p. 383, obs. R. Perrot.

⁴ V. D. Caron, *Autorité de chose jugée au pénal sur le civil*, J.-Cl. Proc. Civ., fasc. 556.

⁵ Sous réserve de ce qui sera dit au regard du tiers visé par la mesure, qui n'acquiert la qualité de partie que lorsque l'ordonnance lui est signifiée, V. *Infra*, n° 272.

d'alimenter le débat contradictoire pour orienter la religion du juge en leur faveur. Mais au-delà de ces évidences subsiste une vaste zone d'ombre au sein de laquelle il est parfois délicat de dire si tel individu doit être rangé dans la catégorie des parties ou écarté au rang des *penitus extranei*.

Une première proposition pourrait être de cibler ceux qui subissent un préjudice du fait de la décision. Serait partie celui à qui la décision rendue fait grief. Cependant, outre la difficulté de définir avec précision la notion de grief¹, celui-ci est l'une des conditions d'ouverture de la tierce opposition², rejoignant l'exigence plus générale de l'intérêt à agir³. S'il paraît difficilement contestable que la décision porte préjudice aux parties, en tout cas au perdant, les tiers peuvent également en subir les conséquences. La proposition aboutit donc à une distinction incertaine voire fluctuante et doit être rejetée.

La recherche d'un critère efficace peut également prendre pour point de départ deux mécanismes inscrits dans le Code de procédure civile : l'intervention et la tierce opposition. Si ces deux concepts sont de nature différente, l'un étant un incident de l'instance et l'autre une voie de recours, ils se rejoignent en ce qu'elles ne concernent que les tiers. L'étude de leur domaine d'application est donc susceptible de fournir de précieux indices en la matière. Si l'intervention est ouverte plus largement que la tierce opposition⁴, il reste que le tiers qu'elle désigne est celui qui n'a été ni partie ni représenté à l'instance⁵. Même si la jurisprudence a étiré parfois à l'excès la notion de représentation⁶, il n'est pas faux de proposer que soit qualifié de tiers celui qui n'a pas été physiquement⁷ présent à l'instance et n'a pas été en mesure de défendre ses intérêts. Autrement dit, ce critère résiderait dans la participation à la procédure, ou, plus techniquement, dans le lien d'instance. Celui-ci ne lie que les parties et, inversement, tous ceux qui en sont exclus doivent être qualifiés de tiers⁸. Un auteur a proposé de compléter ce premier critère formel par un second, de nature matérielle : serait partie celui qui est auteur ou destinataire d'une prétention⁹. A notre sens, cette précision est superflue car redondante : l'instance étant formée par un acte introductif, celui-ci

¹ V., à titre d'illustration, G. Wiederkehr, «La notion de grief et les nullités de forme en procédure civile», D. 1984, chron., p. 165.

² Cass. Com., 13 décembre 1983, Bull. civ. 1983, IV, n° 351 ; Cass. 2^e Civ., 3 mai 1990, Bull. civ. 1990, II, n° 91 ; Cass. 3^e Civ., 26 juin 2002, JurisData n° 2002-014974 ; JCP G 2002, IV, 2435.

³ Art. 31 CPC.

⁴ G. Wiederkehr et D. D'Ambra, *Intervention*, Rép. Proc. Civ. Dalloz, n° 13.

⁵ V., pour la tierce opposition, l'article 583 Code de procédure civile ; pour l'intervention : Cass. 2^e Civ., 18 décembre 1958, Bull. Civ. II, n° 872 et Paris, 7 juin 1969, JCP G 1969, II, 15954 note D. Ruzié.

⁶ En ce sens, L. Boyer, *préc.* ; D. Veaux et P. Veaux-Fournerie, «Les surprises de la tierce opposition», in Mélanges Cosnard, Paris, Economica, 1990, p. 409.

⁷ Ou par le biais de son conseil.

⁸ En ce sens F. Bussy, «La notion de partie à l'instance en procédure civile», D. 2003, p. 1376.

⁹ Ibid.

contient nécessairement une prétention, de même que des conclusions en défense comporteront des contre-arguments, voire des demandes reconventionnelles.

On pourrait objecter à cela que le fait que le défendeur défaillant à un jugement par défaut garde la qualité de partie démontre la fausseté du critère proposé. Or, selon le juste mot de Mme BUSSY, « à partir du moment où le juge constate que le lien d'instance est régulièrement formé, peu importe que le défendeur accomplisse ou non des diligences procédurales ; sa qualité de partie est acquise »¹. La participation au lien d'instance est donc un critère pertinent permettant de discriminer de manière suffisamment sûre les tiers des parties. Il convient à présent de l'appliquer à l'ordonnance sur requête à proprement parler.

b. L'application du critère à l'ordonnance sur requête

272. La difficulté première, s'agissant d'une procédure unilatérale, est évidemment de pouvoir qualifier avec certitude le tiers visé par la requête. D'un côté, le requérant introduit effectivement l'instance et ne peut qu'être rangé dans la catégorie des parties. De l'autre, les tiers non visés par la mesure sollicitée sont étrangers à la procédure, sinon à l'exécution de l'ordonnance. Cette dernière leur est alors pleinement opposable.

Le tiers concerné par la mesure est en revanche entre ces deux extrêmes : ne participant pas à l'élaboration de la décision, il n'en subit pas moins les effets. Comment faut-il le situer par rapport à la distinction précédemment établie ? La stricte application du critère du lien d'instance ne donne pas *a priori* de résultats satisfaisants, car si c'est bien à son encontre que la mesure est demandée, aucun acte ne lui est notifié dès l'introduction de l'instance par le requérant. Il ne prend connaissance de la procédure qu'au moment de l'exécution de l'ordonnance, et jusque-là, il doit donc être considéré comme tiers. Or, l'article 495 du Code de procédure civile prévoit, à peine d'irrégularité de l'ordonnance rendue², que celle-ci doit être signifiée accompagnée de la requête. Il s'agit d'une formalité exorbitante de droit commun puisqu'il n'est pas normalement nécessaire de faire accompagner la décision signifiée de l'acte introductif d'instance. Cette obligation à la charge de l'huissier vise à faire connaître au potentiel défendeur les moyens de requérant utilisés à l'appui de sa demande, ainsi que, plus important encore, la liste des pièces invoquées, fournie en annexe³. C'est, en quelque sorte, la formalité de l'assignation exécutée à retardement. Elle tend en effet aux

¹ F. Bussy, *op. cit.*, spéc. n° 13.

² V. par exemple Cass. 2^e Civ. 18 novembre 2004, Bull. Civ. II, n° 499, D. 2004 IR 3195.

³ C'est l'une des conditions de recevabilité de la requête posée par l'article 494.

mêmes fins, c'est-à-dire permettre une préparation effective de la défense par la discussion des moyens et éléments de preuve fournis. Le lien d'instance se forme alors, intégrant le tiers destinataire de la mesure à la procédure. De tiers, il se mue en partie. Ceci est, somme toute, logique : il n'est pas possible de suivre le cheminement normal de l'instance contradictoire sous peine de ruiner l'efficacité pour laquelle la procédure unilatérale a été conçue. Mais il n'est pas possible non plus de maintenir ce tiers particulier en cette qualité après que la mesure soit exécutée contre lui. Il ne peut alors être question d'opposabilité, mais bien d'efficacité de la décision, procédurale en l'occurrence.

273. En conclusion, l'ordonnance sur requête produit à l'égard des tiers deux catégories d'effets. Pour les tiers non visés dans la requête, seule joue l'opposabilité. L'ordonnance, élément normatif, ne peut être ignorée par eux. Ces tiers doivent respecter la situation qui en est issue et s'abstenir de nuire à son exécution. Toute autre est en revanche la condition du tiers qui est visé par le requérant, à l'encontre duquel la mesure sera exécutée. Envers celui-ci, deux phases sont à distinguer. Lors de l'introduction de la procédure et de l'instruction de la demande, il reste tiers puisque le lien d'instance ne s'étend pas à lui. La signification de la requête lors de l'exécution de l'ordonnance par l'huissier instrumentaire change la donne, et de tiers il devient partie. La remise de la requête qui est opérée à ce moment joue le rôle de l'acte introductif d'instance dans la procédure contradictoire, retardé pour préserver l'efficacité de la décision. Dès lors, toutes les conséquences de la qualité de parties trouvent à s'appliquer. La plus importante d'entre elles est la possibilité d'exciper à l'encontre de ce nouveau venu de la chose jugée, les conditions de l'article 1351 étant réunies. Pour cette raison précise, il ne lui est pas possible de présenter une nouvelle requête pour contester l'ordonnance et seule la voie du référé-rétractation lui est ouverte.

Titre II. Les suites de l'ordonnance sur requête

274. L'étude de la portée de l'ordonnance sur requête a permis d'aboutir à une double conclusion : celle que l'ordonnance des articles 493 et suivants est provisoire par nature, et qu'elle doit être revêtue de la pleine autorité de la chose jugée en sa qualité d'acte juridictionnel. S'il permet de comprendre la nature profonde de l'institution des requêtes, ce constat ne fait qu'exposer les causes du caractère substantiellement provisoire de l'ordonnance sur requête. Il en reste encore à en déterminer les effets sur le régime de l'ordonnance postérieurement à son prononcé et qui subit pleinement l'influence du provisoire. L'analyse des conséquences de la nature de l'ordonnance sur requête sur les voies de recours dont elle est susceptible de faire l'objet (Chapitre I), ainsi que sur le régime de son exécution (Chapitre II), apparaît nécessaire pour compléter l'examen du provisoire substantiel.

Chapitre I. Les voies de recours en matière d'ordonnances sur requête

275. Le prononcé de l'ordonnance sur requête ne marque pas la fin de son cheminement au sein du système juridictionnel. Tout au contraire, il n'en constitue que le point de départ. En effet, la décision du juge des requêtes est susceptible d'évoluer, se déplaçant alors entre les différents niveaux de la hiérarchie judiciaire. C'est alors toute la question des voies de recours qui s'impose avec force ; le procès étant par essence un *continuum* dynamique¹ et non une situation statique, figée dans l'espace – temps. Il importe par conséquent de voir comment la notion de provisoire s'articule avec les différentes étapes de la procédure. Il a déjà été vu que « provisoire » ne s'identifie ni véritablement à « temporaire » pas plus qu'à « définitif ». Il s'agit d'une notion conceptuellement et structurellement indépendante dans le schéma procédural général et dont l'articulation avec les voies de recours dans leur ensemble n'a jamais été précisément définie pour objet d'étude².

276. Si l'ordonnance sur requête a été suffisamment explicitée *per se* dans les chapitres qui ont précédé, la notion de voie de recours nécessite en revanche quelques éclaircissements. Longtemps restée dans la confusion quant à sa définition et quant à sa typologie³, elle a récemment fait l'objet de plusieurs travaux importants qui en ont précisé les contours⁴. Une définition, de nature fonctionnelle, a été proposée par M. SALHI dans sa thèse de doctorat portant sur la théorie générale des voies de recours. Après une étude des voies de recours nommément visées dans le Code de procédure civile, et par un raisonnement inductif pris à partir de celles-ci, cet auteur parvient à la conclusion que la finalité caractéristique de toute voie de recours est l'anéantissement de la décision primitive qui en fait l'objet⁵. C'est en effet la raison d'être des voies de recours que de permettre de

¹ On rappellera à cette occasion que le terme *procès* vient du latin *procedere*, qui signifie littéralement avancer, aller de l'avant et qui est également à l'origine du terme *procédure*.

² Pour quelques exemples de travaux dans ce domaine : Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, pp. 675 s., qui, bien qu'analysant de manière extensive les voies de recours ouvertes en matière d'ordonnances de référé, n'élargit pas la recherche conduite sur ce point aux mesures provisoires en tant que concept ; inversement, Mme L. Merland, appréhendant le provisoire dans son ensemble, exclut l'incidence des voies de recours, V. L. Merland, *Recherches sur le provisoire en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001.

³ V. S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Précis Dalloz, 31^e édition, 2012, pp. 1143 s. ; J. Héron, Le Bars, Th., *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2012, pp. 515 s.

⁴ V. notamment K. Salhi, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse Caen, 2004, C. Bouty, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, ainsi que A.-C. Mercier, *La révision des décisions juridictionnelles*, thèse Bordeaux IV, 2000.

⁵ K. Salhi, *op. cit.*, pp. 203 s.

revenir sur ce qui a déjà été jugé une première fois pour pallier les risques d'erreur des juges, ce qui constitue une garantie fondamentale de bonne justice¹. Le terme même de recours indique ce schéma fonctionnel : il provient du vocable latin *recursus*, qui signifie littéralement revenir en arrière, revenir sur ses pas. De manière plus médiata, les voies de recours servent également à remplacer la décision anéantie par une décision nouvelle, supposée plus favorable à celui qui prend l'initiative de la contestation. En définitive, il s'agit bien là de la fonction même des voies de recours, car la partie qui critique ce qui a déjà été décidé ne cherche pas à user des voies procédurales pour le simple plaisir d'entrer dans le prétoire, mais bien pour obtenir une décision nouvelle plus avantageuse que la précédente. Cette analyse a été affinée par M. BOUTY qui ajoute au critère fonctionnel un critère de nature matérielle. Il démontre que les voies de recours sont une espèce appartenant au genre de l'action en justice, et en sont la continuation temporelle au sein du procès². La notion de voie de recours s'en trouve davantage précisée, notamment quant aux conditions de sa mise en œuvre. Pour les besoins de la recherche à ce stade, les voies de recours peuvent donc être doublement définies. Elles constituent l'ensemble des voies de droit qui appartiennent à la catégorie plus vaste du droit d'agir³, et qui ont pour objet de remettre en cause la décision qu'elles attaquent pour la retirer de l'ordre juridique et la remplacer, dans la plupart des cas, par une décision nouvelle.

277. En partant de cette description, il devient possible de mettre en exergue les deux éléments dont il faut étudier l'interaction : les voies de recours et l'ordonnance sur requête. Plus précisément, c'est des ordonnances provisoires qu'il sera question, car les ordonnances classées dans la catégorie des décisions définitives n'appellent pas de commentaires particuliers, en ce sens qu'elles rentrent bien dans le domaine de l'article 480 au titre de jugements « tranchant le principal ». Les voies de recours exercées contre elles ont les mêmes conditions d'ouverture et les mêmes effets qu'à l'égard des décisions au fond, puisqu'elles relèvent elles-mêmes de cette catégorie. Il convient donc de renvoyer le lecteur aux ouvrages classiques⁴ à cet égard.

En revanche, l'adaptation du provisoire à l'exercice des voies de recours est loin d'aller de soi, en raison des nombreuses zones d'ombre qui ont jusqu'à présent entouré cette notion. Définir le provisoire en tant qu'institution procédurale ayant pour but la sauvegarde des droits processuels implique d'en tirer les conséquences, non seulement sur l'efficacité et l'autorité des décisions

¹ J.-L. Thireau, *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, Paris, PUF, 1995.

² C. Bouty, *op. cit.*, pp. 76 s.

³ Pour peu que l'action en justice puisse être considérée comme étant un droit... sur cette controverse en doctrine, V. G. Wiederkehr, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du Nouveau Code de procédure civile », in Mélanges P. Hébraud, Toulouse, Univ. Sc. Sociales de Toulouse, 1981, p. 949.

⁴ A titre non exhaustif, V. Y. Strickler, *Procédure civile*, Orléans, Paradigme, 2011; H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Paris, Sirey, 1999; J. Héron, Le Bars, Th., *op. cit.*; S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *op. cit.*; G. Couchez et X. Lagarde, *Procédure civile*, Sirey, 16e édition, 2010.

provisaires, mais également sur leur évolution postérieurement à leur prononcé. L'objet des présents développements est d'apporter des éléments de réponse sur ce dernier point.

278. En réalité, une telle recherche est rendue nécessaire en raison de l'objet même des voies de recours. Elles ne visent en effet que les seuls actes juridictionnels¹, à l'exclusion des mesures d'administration judiciaire² et des autres actes du juge de nature non juridictionnelle³. Le domaine des voies de recours se trouve ainsi limité car elles remettent en cause l'efficacité que produit la décision. Ce qui est remis sur le métier à chaque fois qu'une partie s'estime insatisfaite par le prononcé d'une décision, c'est la vérification juridictionnelle opérée par le juge, autrement dit la réponse donnée à la prétention qui lui a été soumise. Pour dire les choses autrement, c'est l'application du droit aux faits, formant la réponse judiciaire au litige, qui est en cause, et dont le juge de la voie de recours devra vérifier la validité. L'efficacité que produit la décision contestée, et les droits qui en découlent pour les parties, est l'objet de la voie de recours qui la frappe. Or, l'ordonnance sur requête produit une efficacité procédurale qui a pour double effet de laisser intacts les droits substantiels des parties tout en modifiant leur situation procédurale. L'étude des voies de recours en matière d'ordonnances sur requête conduit précisément à s'interroger sur l'impact qu'auront celles-ci sur celle-là, ainsi que les conséquences qui en découlent, tant pour le requérant que pour le tiers visé dans la requête. A cette fin, le mécanisme de remise en cause de l'efficacité de l'ordonnance sera tout d'abord expliqué (Section I), avant que soient détaillées les modalités de sa mise en œuvre (Section II).

¹ K. Salhi, *op. cit.*, pp. 61 s.

² Comme en témoigne la prohibition générale de l'article 537 du Code de procédure civile.

³ Tels les jugements de donné-acte, etc... pour une définition plus complète de l'acte juridictionnel, V. *Supra*, n°s 153 s. ; *adde* M. Bandrac, «De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas», in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 178.

Section I. La finalité des voies de recours en ordonnance sur requête : la remise en cause de l'efficacité procédurale de la décision rendue

279. Adoptant un raisonnement syllogistique, les voies de recours, en tant que majeure, peuvent être confrontées au régime de l'ordonnance sur requête, qui sera la mineure. Dans cette optique, il convient d'exposer l'objet des voies de recours, à savoir l'anéantissement de la vérification juridictionnelle opérée par le juge des requêtes (§1). L'effet des voies de recours, à savoir le remplacement de la vérification juridictionnelle anéantie, devra ensuite être précisé (§2).

§1. L'objet de la voie de recours : l'anéantissement de la vérification juridictionnelle opérée par le juge des requêtes

280. Alors que les techniques de remplacement de la décision attaquée varient au gré des diverses voies de recours, son anéantissement se produit en revanche de manière uniforme¹. La vérification juridictionnelle fait l'objet d'un contrôle de la part du juge de la voie de recours (A.), contrôle qui est susceptible de déboucher sur une sanction dont l'étendue doit être précisée (B.).

A. Le mécanisme de la remise en cause de la vérification juridictionnelle

281. Dans l'expression « remettre en cause », le vocable *cause* est défini comme l'événement qui « produit un effet, détermine un phénomène »²; *remettre en cause*, dans un contexte juridique, conduit donc à s'interroger sur la validité, la conformité au droit³ de ce qui produit les effets de l'ordonnance rendue. Ce ne peut alors être que la vérification juridictionnelle opérée par le juge des requêtes au vu de la demande qui lui est présentée. Le juge statuant sur la voie de recours exerce alors la censure en vertu d'une règle qui lui est propre, celle qui très précisément institue la voie de recours mise en œuvre, et dont les conditions d'application doivent tout d'abord être vérifiées (1.). L'objet de la censure se trouve alors être la vérification juridictionnelle, et, partant, l'efficacité contenue dans l'ordonnance sur requête (2.)

¹ K. Salhi, *op. cit.*, pp. 274 s.

² V. *Cause*, Dictionnaire Le Littré de la langue française.

³ Au sens large.

1. La technique de remise en cause de la décision attaquée

282. L'efficacité d'une voie de recours implique la possibilité, pour le juge qui statuera sur son bien-fondé, de revenir sur la décision attaquée. S'il dispose d'une telle faculté, c'est en raison de l'existence d'une règle de droit indépendante, impliquant un présupposé et une conséquence liés par un rapport d'imputation. L'énoncé de cette règle est important pour cerner au mieux le mécanisme de la voie de recours et en évaluer la portée en ce qui concerne la procédure sur requête. On précisera que les développements qui suivent ne traiteront pas de chaque voie de recours dans sa spécificité, mais des traits qui leur sont communs, pour poser des bases conceptuelles d'abord, et en faire une application particulière ensuite¹.

La règle qui permet au juge de la voie de recours d'exercer son contrôle peut être traduite par l'écriture structurale qui suit : (A) *i* (B), (A) correspondant aux cas d'ouverture de la voie de recours considérée, (B) à l'anéantissement de la décision attaquée, *i* étant le rapport d'imputation entre le présupposé et le résultat. Si *a priori* le principe d'une telle règle ne semble pas étonnant, certaines précisions s'imposent toutefois. Celles-ci ont majoritairement trait à la nature de la règle et à son *modus operandi*, autrement dit le processus menant à la destruction de la décision primitive².

283. En ce qui concerne tout d'abord la nature, procédurale ou substantielle, de la règle appliquée, et subséquemment de son efficacité, M. SALHI a proposé une solution qui rejoint sa conception générale de la règle de débouté³. Pour cet auteur, l'efficacité⁴ de la décision statuant sur la voie de recours est variable selon la nature de la décision primitive, procédurale si cette dernière relève de la procédure, substantielle dans le cas inverse⁵. Or, cette proposition souffre plusieurs critiques. *Négativement*, la qualification juridique ne saurait être modulable lorsqu'il s'agit de placer l'objet à qualifier d'un côté ou de l'autre d'une *summa divisio* aussi majeure que la distinction entre règle de procédure et droit substantiel. Celle-ci ne peut qu'être exclusive, jamais alternative. De plus, *positivement*, la règle permettant l'exercice de la voie de recours répond au double critère de la règle de procédure⁶, à la fois matériel et fonctionnel. Celle-ci, en effet, influe directement sur les chances de voir recueillie ou rejetée la prétention substantielle émise par le demandeur, autrement dit, elle

¹ L'étude de chaque voie de recours ouverte en matière d'ordonnances sur requête sera effectuée plus spécifiquement dans la Section II, V. *Infra*, n°s 322 s.

² Afin d'éviter par avance toute confusion d'ordre terminologique, le terme « décision primitive » désignera dans les développements qui vont suivre la décision contestée au moyen de la voie de recours et qui en fait l'objet.

³ V., pour une étude d'ensemble concernant la règle de débouté, V. *Supra*, n° 228.

⁴ Et, par induction, la nature de la règle appliquée.

⁵ K. Salhi, *op. cit.*, p. 247.

⁶ V. *Supra*, n°s 191 s.

impacte de manière immédiate la situation procédurale des parties. Il est facile d'objecter à cela que si un tel impact existe c'est parce que la règle instituant la voie de recours est elle-même substantielle. Or, c'est oublier la seconde branche, fonctionnelle, du critère : la règle de procédure est *fongible* et s'applique à tous les procès quel que soit le droit substantiel mis en cause. Cela signifie qu'un justiciable n'intente jamais un procès pour le voir aboutir à la simple application d'une règle de procédure, mais bien pour que soit déclaré à son bénéfice l'application d'un droit substantiel dont il se réclame titulaire. La procédure n'est jamais que le *moyen* d'un procès, jamais sa *fin*. Par conséquent, la règle de procédure est fongible en ce sens qu'elle est susceptible de s'appliquer à n'importe quel droit substantiel. Or, l'application de ce qui précède aux diverses voies de recours amène à un constat univoque : les cas d'ouverture de celles-ci, ainsi que le résultat de leur exercice, sont invariables quel que soit l'objet de la décision contestée. Par exemple, les cas d'ouverture à cassation resteront les mêmes que la décision frappée de pourvoi statue sur changement de régime matrimonial ou le montant d'une indemnité d'éviction. Et il en sera de même pour le recours en révision, le recours en retranchement¹... et de manière plus générale pour toute voie de recours, même si elle est très largement ouverte, comme c'est le cas pour l'appel. Il faut en conclure que la qualification des diverses règles instituant les voies de recours est invariable et permanente : il s'agit bien de dispositions procédurales.

284. Pourtant, dans les faits, exercer avec succès une voie de recours aboutira à la modification de la situation substantielle des parties. Pour expliquer ce phénomène, qui semble au premier abord incompatible avec la qualification qui vient d'être retenue, il faut analyser plus précisément le mode opératoire de la voie de recours. La décision rendue sur voie de recours est bien un acte juridictionnel et produit pleine efficacité, de nature procédurale comme nous venons de le voir. Son prononcé entraîne deux conséquences. Comme toute décision juridictionnelle, celle statuant sur la voie de recours est porteuse d'une norme nouvelle, provoquant ainsi une novation normative : là où le droit à l'exercice de la voie de recours était général et abstrait, il devient, par une application syllogistique de la règle, spécial et concret. Mais cette nouvelle strate de l'ordonnement juridique n'a pour unique objet que l'anéantissement de la norme contestée. Pour reprendre le mot de M. SALHI, « parce que la décision d'anéantissement a pour finalité propre et spécifique d'entraîner la suppression de l'efficacité de la décision attaquée qu'elle désigne, sa valeur normative l'emporte nécessairement sur la valeur de cette décision-objet »². A ce stade, aucune modification directe des droits substantiels des parties n'est produite ; le juge a simplement décidé, au vu de la règle

¹ Le terme *recours en retranchement* désigne, dans les développements qui vont suivre, le recours particulier ouvert par l'art. 464 CPC contre les décisions par laquelle le juge aura statué *ultra petita* ; inversement, pour les décisions ayant statué *infra petita*, le recours de l'article 464 sera dénommé *recours en complément*.

² K. Salhi, *op. cit.*, p. 248.

procédurale ouvrant la voie de recours, que les faits (a) correspondaient au présupposé (A), c'est-à-dire qu'était caractérisé au moins l'un des cas d'ouverture de la voie de recours, et que par conséquent que le résultat, l'anéantissement de la décision primitive, devait être déclaré. Le juge n'a pas appliqué la règle de droit substantiel, qui ne viendra à jouer que dans la phase de remplacement de la décision disparue¹. Mais c'est parce que l'efficacité de cette dernière a bel et bien disparu que les droits substantiels des parties sont modifiés. L'exercice de la voie de recours ramène à la fois le demandeur et le défendeur au *statut quo ante*, et tout bénéfice éventuel de la règle substantielle invoquée est anéanti en même temps que l'efficacité de la décision primitive. Le résultat le plus visible et le plus immédiat – la modification des droits substantiels – n'est en réalité qu'un effet indirect et secondaire de l'application de la règle instituant la voie de recours. Les propos du Doyen HERON et de M. LE BARS résument parfaitement cette proposition, car « par nature, toute voie de recours tend, de façon immédiate à la remise en cause de la décision rendue, et, de façon médiate, à la remise en cause de la solution sur le fond »².

Il convient à présent de voir que si la mise en œuvre d'un tel mécanisme est rendue possible, c'est en raison de l'objet même de la voie de recours, qui porte sur l'efficacité de la décision contestée.

2. L'objet de la remise en cause : l'efficacité de la décision contestée

Si l'étude de la règle instituant la voie de recours est importante pour comprendre la *technique* selon laquelle opère le mécanisme de destruction-remplacement, il faut encore en cerner l'*objet*, c'est-à-dire l'efficacité produite par la décision discutée, remise en cause tant dans son principe (a.), que dans les corollaires qui en découlent nécessairement (b.).

¹ V. *Infra*, n°s 303 s.

² J. Héron, Le Bars, Th., *op. cit.*, n° 658.

a. La remise en cause de l'efficacité de la décision attaquée

L'exposé de la proposition de principe consistant à comprendre l'efficacité produite comme objet de la voie de recours (α .) doit ici précéder son application en matière d'ordonnances sur requête (β .).

α . Le principe

285. Deux raisons militent pour retenir l'efficacité produite par la décision contestée comme objet de la voie de recours. Tout d'abord, on observera que les voies de recours, qui ne sont ouvertes qu'à l'encontre des actes juridictionnels, sont fermées en application de l'article 537 du Code de procédure civile contre les mesures d'administration judiciaire¹. La justification la plus logique de cette limitation serait que les premiers, contrairement aux secondes, produiraient un effet qu'il serait dans l'intérêt des parties de contester. Ensuite, le Code refuse d'accorder l'autorité de la chose jugée aux décisions qui se bornent à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire², et en revêt celles qui tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal³. Cette solution vise à assurer la stabilité de ce qui influe effectivement sur les droits des parties, tout en laissant fluctuer ce qui ne modifie en rien leur situation.

286. Cette dichotomie repose sur l'existence d'une vérification juridictionnelle. Lorsqu'une telle vérification existe, il est nécessaire de la préserver ; lorsqu'elle est absente il n'apparaît en revanche pas utile de rendre une décision immuable, tant au sein du procès que dans le schéma processuel général dans son ensemble. En termes d'écriture structurale⁴, plusieurs éléments peuvent être contestés au moyen de la voie de recours, qui constitue le cœur même de la vérification juridictionnelle. La critique peut porter tant sur la caractérisation du présumé de fait (a), que sur l'existence du rapport d'imputation (i) ou même de la règle invoquée (A i B). Pour dire les choses autrement, soit le juge dont la décision est contestée n'a pas caractérisé les faits nécessaires à l'application de la règle de droit, soit il n'a pas imputé à l'existence d'un certain nombre de faits les résultats qui devaient leur correspondre par application de cette même règle, soit encore a-t-il appliqué une règle inexistante.

¹ Ce texte dispose simplement que « les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours ».

² Art. 482 CPC.

³ Art. 480 CPC.

⁴ V. *Supra*, n°s 205 s.

287. Les deux raisons qui viennent d'être énoncées conduisent à considérer l'efficacité produite par la décision comme objet propre de la voie de recours. En effet, la vérification juridictionnelle (B) n'est pas l'aboutissement mais seulement une étape. C'est l'aménagement factuel (b) qui constitue un résultat tangible pour l'ensemble des parties. Autrement dit, si la vérification juridictionnelle est le processus, l'efficacité en est le résultat final. De la même manière, c'est parce que l'acte juridictionnel comporte tant la vérification juridictionnelle que l'aménagement factuel qu'il est susceptible d'être contesté au moyen d'une voie de recours. Or, l'ordonnance sur requête est susceptible de contenir une vérification juridictionnelle. Par conséquent, c'est l'efficacité procédurale de l'ordonnance contestée qui sera remise en jeu tant pour le requérant que pour le tiers visé par la mesure. Le processus d'anéantissement ainsi exposé doit à présent être appliqué à l'ordonnance sur requête.

β. Application à l'ordonnance sur requête

288. L'anéantissement de l'efficacité produite par l'ordonnance implique deux conséquences, tant sur le plan de la procédure que du fond, c'est-à-dire du droit substantiel susceptible de faire l'objet d'un éventuel procès ultérieur.

289. **En premier lieu**, l'application du processus d'anéantissement à l'ordonnance sur requête entraîne à l'égard du requérant des effets purement procéduraux. L'exercice d'une voie de recours, lorsque la critique est fondée, entraîne l'anéantissement rétroactif de la norme créée par l'ordonnance. La norme nouvelle créée par la décision du juge de la voie de recours n'a, dans un premier temps, qu'un effet destructeur. Ce remplacement normatif provoque le retour des droits des parties à l'état qui était le leur avant le prononcé de l'ordonnance. L'efficacité de cette ordonnance étant de nature purement procédurale, ce sont les droits procéduraux des parties qui s'en trouvent affectés. Vu du côté du requérant, celui-ci est rétroactivement privé de tout avantage relatif au succès d'une éventuelle action au fond visant à obtenir le bénéfice d'un droit substantiel. Quant au tiers visé par la mesure sollicitée, deux hypothèses peuvent survenir, selon que la voie de recours soit exercée avant ou après sa signification¹. Dans le premier cas, lorsque la mesure n'a pas été signifiée, donc pas exécutée, la situation du tiers n'a subi aucune modification ; c'est le cas lorsque la requête ayant été rejetée, le requérant la frappe d'un appel. Inversement, et sauf à réserver le cas des saisies

¹ Rappelons à cette occasion que la signification de l'ordonnance au tiers confère à celui-ci la qualité de partie, V. *Supra*, n°s 272 s.

conservatoires¹, lorsque le tiers a déjà subi la mesure, ses droits processuels ne sont affectés qu'indirectement. C'est parce que le requérant a davantage de chances de voir son action au fond accueillie que le tiers, potentiel défendeur, se retrouve défavorisé car sa défense en devient plus difficile. La disparition de l'ordonnance a alors pour lui un effet bénéfique, processuel et indirect, du fait du retour au *statu quo ante* du requérant. Ce tiers bénéficie également d'un avantage matériel direct, à savoir la remise en cause de la mesure exécutée, qui peut entraîner des restitutions voire des réparations².

En somme, l'exercice d'une voie de recours à l'encontre de l'ordonnance sur requête produit un effet procédural à un double titre. D'une part, la décision appliquant les règles de procédure régissant la voie de recours a une efficacité nécessairement procédurale. D'autre part, la disparition de l'ordonnance, qui a également une efficacité procédurale, remet les droits des parties dans leur état primitif, tels qu'ils étaient avant la mise en œuvre de la procédure sur requête : c'est l'effet procédural indirect.

290. **En second lieu**, l'exercice d'une voie de recours à l'encontre d'une ordonnance produit une série de conséquences substantielles. Celles-ci sont purement négatives car l'ordonnance sur requête ne dispose pas d'une efficacité substantielle³ et son anéantissement n'a en principe aucun impact sur le droit substantiel lui-même. Des conséquences substantielles se manifestent néanmoins par une série d'effets tant sur l'exercice de la voie de recours que sur son aboutissement.

En ce qui concerne tout d'abord le moment où la voie de recours est susceptible d'être exercée, il faut constater que l'indépendance par rapport à l'éventuel procès au fond est permise en raison du fait que la destruction de l'ordonnance n'affecte en rien le droit substantiel. L'article 497 constitue une confirmation de cette proposition, puisqu'il autorise le juge des requêtes soit à rétracter ou à modifier son ordonnance même si le juge du fond est saisi de l'affaire. En conséquence, il importe peu que le droit substantiel dont la protection avait été visée au moyen de la procédure unilatérale soit ou non déjà discuté au moyen d'un procès au fond : le recours contre l'ordonnance sur requête sera toujours possible.

De plus, dans la suite logique de ce qui vient d'être dit, le dénouement de l'instance en voie de recours est indifférent aux droits substantiels protégés. Peu importe que l'ordonnance sur requête soit ou non anéantie à ce stade de la procédure, l'existence du droit substantiel n'en sera pas affectée. Ceci confirme qu'il existe une indépendance complète entre les instances au provisoire et

¹ Ces saisies, en rendant indisponibles les sommes qui en font l'objet, sont alors une manifestation tangible de l'ordonnance, par opposition aux effets processuels, indirects.

² V. *Infra*, n°s 684 s.

³ V. *Supra*, n°s 218s.

au fond, car l'infirmité, le maintien, ou l'octroi de nouvelles mesures de protection juridictionnelle provisoire n'influencera en rien la décision du juge du fond.

b. La remise en cause de l'autorité de la chose jugée revêtant l'efficacité anéantie

291. Il a déjà été vu qu'afin d'assurer une certaine stabilité à l'efficacité produite par un acte juridictionnel, le droit positif confère à celle-ci l'autorité de la chose jugée, qui en est à la fois un corollaire et un attribut¹. L'autorité de la chose jugée assure à la fois le respect de la vérification juridictionnelle et sa cohérence en tant que norme. Or, la destruction de cette vérification entraîne dans son sillage la disparition de l'autorité qui la recouvre : devenue sans objet, elle ne peut subsister de manière autonome.

L'anéantissement de l'autorité de la chose jugée subséquent à l'efficacité produite par l'ordonnance affecte tant l'autorité positive que négative de chose jugée. Ainsi, l'autorité négative, qui se manifeste au moyen de l'exception de chose jugée, ne pourra plus être invoquée². Le requérant ne sera pas pour autant en mesure d'introduire une procédure unilatérale identique à la première, car la décision détruite a vocation à être remplacée par une ordonnance nouvelle, pouvant à son tour donner lieu à une exception de la chose jugée. Mais, tant que la phase de remplacement n'est pas intervenue, l'autorité négative de la chose jugée doit être considérée comme détruite par suite de la disparition de l'efficacité procédurale dont elle assure la stabilité.

La même solution doit être retenue en ce qui concerne l'autorité positive de la chose jugée, de par sa fonction. Il n'est plus ici question de s'opposer au renouvellement des procès, mais d'imposer, lors d'une instance différente et postérieure à la première, les points déjà jugés au juge saisi en second lieu³. Or, ce qui a été jugé dans l'ordonnance discutée, c'est très précisément ce qui est remis en cause au moyen de la voie de recours, c'est-à-dire l'efficacité produite par cette ordonnance. Rien ne subsiste alors qui puisse s'imposer lors d'un procès nouveau et l'autorité positive ne pourra jouer.

En conclusion, on peut dire que l'exercice de la voie de recours à l'encontre d'une ordonnance sur requête implique, dans son aspect technique, la mise en œuvre d'une règle processuelle spécifique. Son objet est l'efficacité produite par la décision attaquée et dont l'application n'a pour effet que d'effacer la norme que celle-ci aura introduit dans l'ordonnancement juridique. Résumée ainsi, la

¹ V. *Supra*, n° 81.

² Sur l'autorité négative de chose jugée et sa mise en œuvre en matière d'ordonnances sur requête, V. *Supra*, n°s 255 s.

³ V. Th. Le Bars, «Autorité positive et autorité négative de chose jugée», *Procédures* août-septembre 2007, p. 9.

présentation du *modus operandi* de la voie de recours reste incomplète : il reste encore à en examiner la portée.

B. La portée de la remise en cause de la vérification juridictionnelle

292. La question de la portée de l'anéantissement opéré par l'exercice de la voie de recours est d'une importance capitale. La raison en est qu'il apparaît indispensable de connaître les parties de la décision primitive appelées à subsister avant d'étudier le mécanisme de remplacement subséquent à la voie de recours. La question doit être abordée sous deux aspects qui en constituent également les limites supérieure et inférieure : l'anéantissement peut être restreint (1.), ou, tout au contraire, étendu dans sa portée (2.).

1. La limite inférieure de l'anéantissement : le bornage de l'étendue de la voie de recours

293. La limite inférieure de l'anéantissement résulte d'une restriction de la dévolution du litige au juge de la voie de recours. En fonction de la nature de la voie de recours exercée et de la teneur des conclusions des parties, la dévolution peut être tantôt totale, tantôt partielle, laissant parfois subsister des parties de la décision contestée. Deux sortes de limitations peuvent donc se dégager ici, les unes tenant au bornage la dévolution par les écritures de celui qui critique la décision contestée, les autres à la nature même de la voie de recours.

294. **En premier lieu, ce sont les parties qui peuvent elles-mêmes limiter, à certains griefs seulement, la critique portée à la décision primitive**, et donc la dévolution du litige au juge de la voie de recours. L'exemple le plus parlant en la matière est constitué par l'effet dévolutif de l'appel. Ce dernier est décrit à l'article 562 du Code de procédure civile, qui dispose que « l'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent. La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ». Ce texte, dans l'ensemble de ses deux alinéas, n'est que la traduction en droit positif de l'adage aujourd'hui assez ancien, « *tantum devolutum quantum judicatum* » et de sa contrepartie nécessaire, « *tantum*

devolutum quantum appellatum »¹. En d'autres termes, soit l'appelant se contente de critiquer dans sa généralité la décision de première instance, auquel cas on estime que l'appel tend à l'annulation du jugement et la dévolution s'opère pour le tout. Soit l'appelant se contente de critiquer certaines dispositions du jugement précisément visées dans l'acte d'appel : elles seront alors les seules dévolues à la cour. En matière d'ordonnances sur requête, la solution ne pose pas de difficultés particulières, dans la mesure où il sera délicat pour le requérant de ne critiquer qu'une partie de l'ordonnance de rejet. Ce qu'il conteste nécessairement, c'est le rejet dans son principe. Par conséquent, lorsque l'appel sera formé en application de l'article 496, la dévolution ne pourra qu'être totale.

295. Par ailleurs, en matière de tierce-opposition², l'énoncé de l'article 582 invite, dans ses termes mêmes, à la limitation de la dévolution qu'il permet. Ce texte dispose que «la tierce opposition [...] remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit». On comprendra que dans la formulation de ce texte le législateur a souhaité inciter les tiers à la décision primitive à ne pas la contester de manière trop systématique et générale, pour ne pas déstabiliser l'ordonnement juridique. Dans cette optique, la jurisprudence décide que les chefs du jugement non critiqués par le tiers opposant sont définitivement acquis à son égard³, les autres devant être rejugés en fait et en droit⁴. La faculté est donc expressément offerte aux tiers de limiter leur recours aux points qui leur font grief.

296. **D'autre part, la limitation de la dévolution peut résulter de la nature même de la voie de recours exercée.** Ici encore, c'est un exemple classique qui sera le plus illustratif. Le pourvoi en cassation, de par son classement dans la catégorie des voies extraordinaires de recours, n'est par hypothèse pas ouvert contre toute décision, mais seulement lorsqu'il existe un cas d'ouverture à cassation⁵. Le fait que la Cour de Cassation n'est pas le juge du fait a autrefois donné lieu au sein de la doctrine à des controverses sur l'existence même d'un effet dévolutif du pourvoi⁶. Cette question

¹ V., sur la portée de ces adages au regard de l'effet dévolutif, P. Julien, «L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'appel tendant à l'annulation du jugement», BICC Hors-série, Les rencontres Université-Cour de cassation, La procédure civile 2002; Ph. Gerbay, «Nouvelles réflexions sur les effets de l'appel voie d'annulation», Gaz. Pal. 24-25 janvier 2003, doctr., p. ; J.-P. Duhamel, «L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'acte d'appel et des écritures des parties», BICC Hors-série, Les rencontres Université-Cour de cassation, La procédure civile 2002, p. 6.

² Voie de recours dont nous verrons qu'elle est bien ouverte à l'encontre des ordonnances sur requête, Renvoi

³ Cass. 1^{ère} Civ., 21 novembre 2001, Bull. civ. I, n°300.

⁴ Cass. 2^e Civ., 8 février 2007, Bull. civ. II, n° 27, D. 2007, AJ 666, Procédures 2007 comm. 107 obs. R. Perrot.

⁵ V., à titre non exhaustif, X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 125 s. et J. Barthélémy, « Le droit au pourvoi » in *Mélanges Draï*, Dalloz, 2000, p. 185.

⁶ V. par ex. : O. de Bouillane de Lacoste, J.-Cl. Procédure pénale, Art. 567 à 575, Fasc. 50 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec 2002, n° 1452 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel : Procédure pénale*, Cujas, 1997, n° 866 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 2002, n° 950.

semble aujourd'hui tranchée dans le sens de l'affirmative car « en réalité, toutes les voies de recours, quelle qu'elles soient, opèrent une dévolution » et « c'est bien l'entier litige qui est dévolu à la Cour de cassation, mais son pouvoir de juridiction étant limité aux questions de droit, elle est liée par toutes les appréciations de fait qui résultent de l'arrêt attaqué »¹. Cependant, si dévolution il y a, elle est doublement limitée. D'un côté, chaque cas d'ouverture à cassation implique l'énoncé d'un grief particulier : le juge d'appel a violé la loi, n'a pas répondu aux conclusions des parties, n'a pas fourni de motivation suffisamment explicite pour justifier l'application de la loi, etc... De l'autre côté, seul le chef de dispositif expressément critiqué encourt la cassation, les autres devenant en principe irrévocables², car la Cour de Cassation, comme tout autre juge, ne peut statuer que sur ce qui est demandé³. Ce n'est que par exception que la dévolution est totale. C'est notamment le cas dans deux hypothèses : soit que tous les chefs de dispositif puissent être visés par un cas d'ouverture à cassation, soit que le seul et unique chef de dispositif visé est lié à tous les autres par un lien « d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire »⁴.

297. Par ailleurs, il arrive au contraire que la dévolution soit nécessairement totale. C'est notamment le cas en matière de référé-rétractation. Sans pour l'instant se prononcer sur la nature de cette voie procédurale particulière, il convient d'observer que c'est bien l'ensemble du litige que le juge de la rétractation doit rejuger. Ce qui est critiqué dans son principe, c'est le prononcé même de l'ordonnance, que le tiers visé par la mesure souhaite voir disparaître. La dévolution est même à ce point globale que non seulement les parties conservent leurs qualités procédurales d'origine⁵, mais que le juge doit tenir compte de tous les événements survenus depuis le prononcé de l'ordonnance contestée⁶.

S'il est donc possible tant pour le requérant que pour les tiers de limiter dans certaines hypothèses l'étendue de la voie de recours exercée, la situation inverse peut aussi se produire, lorsque l'anéantissement dépasse le strict cadre de la simple ordonnance critiquée.

¹ L. Boré, De Salve de Bruneton, J., « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », D. 2005, p. 180, n° 10 ; *Contra*, V. la pensée du Doyen Héron dans l'ancienne édition de son ouvrage sur le droit judiciaire privé, Montchrestien, 1991, n° 680.

² Cass. 3^e Civ., 22 février 1972, Bull. civ. III, p. 87 ; Cass. Com. 3 mai 1976, Bull. civ. IV p. 121.

³ J. Voulet, « L'étendue de la cassation en matière civile », JCP G 1977, I, n° 2877, n° 3.

⁴ Cass. Com. 16 octobre 1969, Bull. civ. IV, p. 494 ; Cass. 3^e Civ., 4 décembre 1973, Bull. civ. III p. 446.

⁵ Le requérant conserve ainsi sa qualité de demandeur et supporte le risque de la preuve, V. Cass. 2^e Civ., 21 octobre 1987, Bull. civ. II, n° 209.

⁶ Cass. 2^e Civ., 2 octobre 2001, RTD Civ. 2001 p. 146 obs. R. Perrot.

2. La limite supérieure : l'extension de l'anéantissement produit par l'exercice de la voie de recours

298. L'extension de l'anéantissement de l'ordonnance critiquée n'est pas surprenante en soi. Il en est ainsi lorsqu'existent certains actes immédiatement subséquents à celle-ci, car ils sont eux aussi retirés de l'ordonnancement juridique (a.). Par ailleurs, il n'est pas inutile de considérer l'effet de cet anéantissement au-delà du requérant et du tiers visé par la mesure sollicitée (b.).

a. Le sort des actes subséquents à la décision anéantie

299. Lorsqu'un acte de procédure est annulé, les actes qui lui sont subséquents, liés à lui par un lien de dépendance nécessaire, suivent le même sort¹. Cette solution est logique, puisque lorsque l'acte annulé sert de support nécessaire à certains actes qui lui sont postérieurs, ceux-ci se trouvent rétroactivement privés de fondement. En matière d'ordonnances sur requête, il ne saurait en aller différemment. Deux types d'actes peuvent avoir été intégrés dans la procédure unilatérale avant l'anéantissement de l'ordonnance qui en a été l'aboutissement. Dans ce domaine, les nullités de procédure fournissent un exemple éclairant.

300. Il peut en premier lieu s'agir d'actes de procédure à proprement parler, c'est-à-dire d'éventuelles mesures d'instruction que le juge des requêtes a pu ordonner pour éclairer sa religion. Mis à part la requête introductive d'instance, aucun autre acte de procédure n'est à ce stade véritablement concevable, étant donné que dans la phase antérieure à l'exécution de la mesure la procédure se résume à un dialogue entre le juge et le seul requérant. Si par conséquent une mesure d'instruction a été ordonnée, tant la décision avant dire droit qui en est à l'origine, que le résultat de cette mesure à proprement parler², doivent être considérés comme nuls et non avenue.

En second lieu, en aval de la phase d'instruction, il peut s'agir d'actes d'exécution, lorsque l'ordonnance matérialise pour le tiers visé par l'intervention de l'huissier instrumentaire. Ces actes tombent nécessairement lorsque l'ordonnance exécutée est anéantie. Dans ce cas, et étant donné

¹ Paris, 2 déc. 1963, JCP A, 1964. IV. 4414, obs. J. A. ; Dijon, 9 mai 1990, Gaz. Pal. 1991.1. somm. 222 ; *adde* D. Tomasin, « Remarques sur la nullité des actes de procédure » *in* Mélanges Hébrard, Univ. sciences soc. de Toulouse, 1981, p. 871.

² Tel un constat, un rapport, etc...

que l'exécution provisoire de l'ordonnance sur requête se fait aux risques et périls du créancier poursuivant, ce risque se réalise¹. L'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution s'applique alors pleinement au requérant, l'obligeant non seulement à restituer les éventuelles sommes perçues, mais également à réparer les dommages causés par l'exécution de la mesure, sans qu'une faute de sa part puisse être exigée².

Un autre aspect d'élargissement de l'anéantissement de l'ordonnance critiquée a trait non pas, objectivement, aux actes de procédure, mais, subjectivement, aux personnes concernées.

b. L'extension aux tiers non visés par la requête

301. Il a déjà été vu que l'effet produit par la règle relative à la voie de recours produit un double effet procédural³. D'une part, parce que la règle qui instaure la voie de recours a elle-même une nature procédurale et, d'autre part, parce qu'elle conduit à la destruction de l'efficacité procédurale produite par l'ordonnance anéantie. Ces effets en cascade concernent en tout premier lieu le requérant, mais aussi le tiers visé par la mesure, si celle-ci a déjà été exécutée contre lui⁴. Cependant, ce ne sont pas les seules personnes affectées par la disparition de l'ordonnance. La raison en est que, comme toute décision juridictionnelle, l'ordonnance sur requête ne produit pas seulement une efficacité ; elle irradie également, à l'égard des tiers à l'instance, une opposabilité imposant son respect. Par conséquent, l'anéantissement de l'ordonnance a pour corollaire nécessaire la disparition de cette opposabilité. Ainsi, par exemple, le tiers saisi lors des éventuelles opérations d'exécution ne sera plus tenu de collaborer aux opérations en cours⁵. Tel est également le cas du séquestre, tenu de se dessaisir des sommes ou des biens qu'il détenait en exécution de l'ordonnance anéantie⁶. De manière plus générale, ni le requérant, ni le tiers visé, ne pourront plus opposer à quiconque la situation issue de l'ordonnance⁷. C'est en ce sens que l'on peut parler ici d'un d'élargissement subjectif de l'anéantissement provoqué par l'exercice de la voie de recours.

¹ Ph. Hoonakker, «Exécution provisoire», Rép. Proc. Civ. 2010, n°s 98 s.

² V., en matière de constat d'adultère ordonné sur requête, Cass. 2^e Civ., 9 janvier 2003, Bull. civ. II, n° 3 ; sur la question des réparations consécutives à l'exécution de la mesure, V. *Infra*, n°s 684 s.

³ V. *Supra*, n°s 282 s.

⁴ Auquel cas il peut être considéré comme partie, V. *Supra*, n°s 272 s.

⁵ V. Cass. 2^e Civ. 5 juillet 2000, n° 97-22.287, Bull. Civ. II, n° 113, D. 2001 p. 714.

⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 20 mai 2009, n° 08-20.317, Bull. civ. I, n° 104.

⁷ V. D. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, LGDJ, 1975, pp. 76 s. ; *adde* J. Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984.

302. En conclusion, il est possible de résumer l'effet immédiat de l'exercice de la voie de recours à l'encontre d'une ordonnance sur requête par la destruction de la vérification juridictionnelle qu'elle contient, ainsi que de tous ses corollaires nécessaires. Cette destruction a une portée variable selon que la dévolution opérée par la voie de recours peut être ou non limitée de par sa nature ou par les conclusions des parties. L'étendue de cet anéantissement est variable et peut englober à la fois les actes de procédure et les actes d'exécution qui en sont la suite nécessaire.

Cependant, le seul anéantissement de l'ordonnance critiquée n'est pas l'objectif recherché par la partie qui exerce la voie de recours. Ce qui l'intéresse, dans la plupart des cas, c'est le remplacement de la solution qui lui est défavorable par une autre, plus avantageuse. Dans un ordre à la fois logique et chronologique, l'étude du remplacement de la vérification juridictionnelle doit suivre celle de sa disparition.

§2. L'effet de la voie de recours : le remplacement de la vérification juridictionnelle anéantie

303. Le remplacement de l'ordonnance détruite soulève deux interrogations fondamentales, celle relative à l'auteur de ce remplacement (A.), et celle relative au contenu de la norme nouvelle se substituant à la précédente (B.).

A. L'auteur du remplacement

304. Suivant la logique de la distinction entre voies de réformation et voies de rétractation, il sera vu que c'est le plus souvent le juge ayant anéanti l'ordonnance qui prononce la décision de remplacement, que ce soit le juge des requêtes lui-même (1.), ou un autre juge, hiérarchiquement supérieur (2.). Il convient de noter, à titre liminaire, que la question des pouvoirs du juge de la voie de recours ne sera pas abordée ici, mais sera analysée en détail conjointement à l'étude de l'ouverture des diverses voies de recours à l'encontre des ordonnances sur requête¹.

¹ V. *Infra*, n°s 322 s.

1. *Le juge des requêtes lui-même*

305. Lorsque la voie de recours exercée est une voie de rétractation, impliquant que l'affaire revient devant le juge qui a rendu l'ordonnance primitive ou son *alter ego* au sein du tribunal¹, c'est alors ce même juge qui reçoit corrélativement le pouvoir de remplacer la décision anéantie. Selon le mot d'un auteur, « la rétractation se manifeste [...] par la substitution à une première décision d'une nouvelle décision qui la contredit [et qui] implique l'anéantissement de la décision initiale »². En matière d'ordonnances sur requête, les deux voies de rétractation ouvertes sont le référé-rétractation et la tierce-opposition³. La solution est logique, étant donné qu'il ne peut y avoir aucun renvoi de l'affaire à un autre juge, comme en matière de cassation ou encore lorsqu'un juge de la réformation annulera l'acte introductif d'instance, laissant les parties introduire une nouvelle demande pour remplacer la décision disparue.

En revanche, le processus de remplacement s'opère différemment lors de l'exercice d'une voie de réformation, portée devant un juge hiérarchiquement supérieur.

2. *Le juge hiérarchiquement supérieur*

306. Au sein de la juridiction hiérarchiquement supérieure, pour permettre l'économie des moyens procéduraux et accélérer le traitement des dossiers, l'anéantissement et le remplacement de la décision critiquée sera le plus souvent l'œuvre d'un seul et même magistrat. Cependant, ce schéma n'étant pas toujours également respecté, il convient de distinguer l'hypothèse de l'appel (a.), de celle du pourvoi en cassation (b.).

¹ Il est en effet de jurisprudence constante que le juge de la rétractation peut ne pas être la personne physique qui a rendu l'ordonnance critiquée, V. Cass. 2^e Civ., 11 mai 2006, D. 2006, IR. 1705.

² S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1997, p. 285.

³ Sur la fermeture de l'opposition matière d'ordonnances sur requête, V. *Infra*, n°s 410 s.

a. Le juge d'appel

307. L'appel, voie de recours largement ouverte et expression par essence du double degré de juridiction, n'a pas, en principe, vocation à la simple destruction de la décision qu'il critique. L'article 561 du Code de procédure civile dispose en effet que « l'appel remet la chose jugée en question, devant la juridiction d'appel *pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit*¹ ». Ce texte n'a pas seulement trait à l'effet dévolutif de l'appel, mais établit avant tout l'obligation pour le juge hiérarchiquement supérieur de remplacer la décision qu'il infirme. Si la doctrine autrefois hésitait sur la portée de l'appel en tant que voie de nullité du jugement², la question est aujourd'hui textuellement résolue par l'article 562 dans son second alinéa, qui dispose désormais que « la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel [...] tend à l'annulation du jugement ». Autrement dit, le terme « annulation » n'a pas le même sens que celui de « cassation ». La cour d'appel, que le recours tende explicitement à l'annulation ou se contente d'une dévolution générale du jugement, ne peut pas se contenter de l'anéantir et se voit obligée de donner une solution au litige³.

308. Par exception, l'annulation de la décision de première instance n'est pas suivie d'un remplacement lorsque l'appelant critique la régularité de l'acte introductif d'instance. Dans ce cas, la cour d'appel ne donne pas de réponse, ni positive, ni négative, à la question de fond. Elle se contente alors de statuer sur la question de la validité de l'acte qui a amorcé le procès. Dans l'hypothèse de son annulation, c'est l'instance dans son ensemble qui se trouve rétroactivement invalidée : tout se passe comme si elle n'avait jamais existé⁴. Les juges d'appel laissent alors aux parties le soin « de retourner devant les premiers juges, sans d'ailleurs ordonner quelque renvoi que ce soit »⁵. Si l'appelant principal souhaite néanmoins voir l'affaire tranchée au fond, il doit déposer des conclusions à cette fin⁶.

309. Les conséquences de ce qui précède en matière d'ordonnances sur requête peuvent être résumées en deux propositions. En premier lieu, l'appelant peut critiquer sur le fond, dans leur totalité ou pour partie seulement, les conditions du prononcé de l'ordonnance. La cour d'appel, dont

¹ Nous soulignons.

² V., à titre d'exemple, H. Motulsky, « Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême », JCP G 1953, I, 1095, spéc. n° 15, et « Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et de l'évocation », JCP G 1958, I, 1423.

³ La solution est ancienne et constante, V. Cass. Civ., 26 décembre 1910, 1912, 1, 89, note Wahl ; Cass. 3^e Civ., 16 avril 1969, Bull. civ. III, n° 288 ; Cass. Soc., 21 février 1980, Gaz. Pal. 1980, 448.

⁴ Cass. Com., 6 octobre 1992, n° 90-19.598, Bull. civ. IV, n° 282.

⁵ K. Salhi, *op. cit.*, n° 309 *in fine* ; V. Cass. Com., 22 décembre 1975, Gaz. Pal. 1976. 1. 275, note R. P.

⁶ Cass. 2^e Civ., 25 mai 2000, Bull. Civ. II, n° 87.

la saisine épouse celle du juge des requêtes¹, ne pourra alors se prononcer que sur les conditions d'ouverture de la voie unilatérale, comme l'urgence ou encore les circonstances exigeant l'éviction du contradictoire. Les plaideurs peuvent également critiquer les diverses formalités dont l'ordonnance est entourée et qui sont destinés, en filigrane, à préserver le principe du contradictoire qui sera rétabli lors de la phase d'exécution². Il s'agit notamment des exigences énoncées par l'article 494, relatives à la motivation et à l'indication des pièces invoquées par le requérant. Si ces mentions sont manquantes, la nullité de la procédure sera encourue pour violation du principe de la contradiction³. De telles précautions sont bien entendu nécessaires pour réglementer au plus près l'utilisation d'une procédure qui doit rester exceptionnelle du fait même de son caractère unilatéral. Dans la même optique, les prescriptions du troisième alinéa de l'article 495 sont également requises à peine de nullité de la requête. Ce texte dispose que « copie de la requête et de l'ordonnance est laissée à la personne à laquelle est opposée ». Ainsi, en matière de saisie conservatoire, l'omission par l'huissier de cette formalité rend la demande en dénonciation de la saisie fondée⁴. Dans les deux cas précités la sanction porte sur l'ensemble de la procédure, entraînant sa disparition rétroactive et replaçant les parties au jour du dépôt de la requête. Il ne sera donc pas procédé au remplacement de l'ordonnance par une décision nouvelle.

Les développements qui valent pour l'appel ne s'étendent cependant pas au pourvoi en cassation, car la nature même de cette autre voie de recours implique le renversement tant du principe que de l'exception.

b. Le juge de cassation

310. En raison de son caractère particulier, le pourvoi en cassation implique une dissociation des phases d'anéantissement et de remplacement. Le but de cette voie de recours étant uniquement de sanctionner la mauvaise application du droit par les juges du fond⁵, il n'appartient pas à la Cour de Cassation, sauf exceptions, de trancher le fond du litige. C'est la raison pour laquelle l'article 626 dispose qu' « en cas de cassation l'affaire est renvoyée, sauf disposition contraire, devant une autre juridiction de la nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ». En principe donc, à

¹ Sur les limites des pouvoirs du juge d'appel, V. *Infra*, n°s 1130 s.

² V. M. Foulon et Y. Strickler, « Le constat sur requête avant tout procès », *Procédures* 2006, chron. 71.

³ Cass. 2^e Civ., 6 mai 1999, *Procédures* 1999 Comm. 177 obs. R. Perrot ; Cass. 1^{ère} Civ., 20 octobre 2011, n° 10-19615, inédit ; Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n° 08-21469, *Bull. civ. II*, n° 34, *RTD Civ.* 2010 p. 374 obs. R. Perrot.

⁴ Cass. 2^e Civ., 6 décembre 2001, *Bull. civ. II*, n° 184.

⁵ L'article 604 CPC dispose en effet que « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

supposer le pourvoi bien fondé, l'affaire sera renvoyée devant une cour d'appel de renvoi, saisie en qualité de juge des requêtes, à qui incombera la fonction de remplacement à proprement parler.

A titre d'exception, parce que cela ne relève pas de sa mission d'unification du droit, la Cour peut procéder à une cassation sans renvoi en application de l'article 627 du Code de procédure civile, reprenant à l'identique l'article L. 131-5 du Code de l'organisation judiciaire. Ce texte prévoit deux hypothèses dans lesquelles la saisine d'une juridiction de renvoi ne s'avère plus nécessaire après cassation¹ : soit la cassation ne soulève plus aucun problème de droit, soit la Cour de Cassation tranche le fond du litige car l'ensemble des faits, tels que qualifiés par le juge du fond, permet de le faire. Si cette dernière hypothèse ne présente pas de spécificités en matière d'ordonnances sur requête, la première de ces deux propositions appelle en revanche quelques précisions.

311. Dans son étude de la cassation sans renvoi, Mme FABRE relève cinq types d'hypothèses dans lesquelles aucune suite procédurale n'est à envisager après la cassation : le prononcé de l'inexistence du droit d'agir, le relevé d'incompétence de la juridiction saisie en premier lieu, l'excès de pouvoir et l'*ultra petita*, ainsi que la perte d'objet de la décision critiquée par l'effet du passage du temps².

La première des situations citées recouvre deux hypothèses : soit le droit d'action n'existait pas lors de l'introduction de l'instance, soit l'appel était fermé contre la décision primitivement rendue. En matière de procédure sur requête, il est peu probable que le droit d'action soit éteint dès l'origine par le biais de la forclusion ou de la prescription car, par hypothèse, aucun délai n'est prévu pour l'introduction de la requête. Ceci est vrai qu'il s'agisse d'ordonnances sur requête provisoires, en la forme, ou même définitives. Il se peut en revanche que fasse défaut l'intérêt à agir du requérant, qui ne se confond pas avec les conditions de saisine du juge des requêtes³ ; il est tout à fait possible que, bien que les circonstances exigent l'éviction du contradictoire et caractérisent l'urgence, le requérant n'a pas directement intérêt à l'obtention de la mesure sollicitée. Certes, cette situation risque de se révéler rare en pratique, mais l'intérêt à agir et la saisine n'en sont pas moins conceptuellement distincts⁴. Par ailleurs, il se peut que la cassation soit prononcée parce que l'appel était en l'espèce fermé contre l'ordonnance contestée. Dans ce cas, de deux choses l'une : soit le délai d'exercice de quinze jours prévu à l'article 495 s'est écoulé, soit le tiers visé par la mesure tente d'interjeter appel

¹ V., sur l'ensemble de ces questions, M. Fabre, «La cassation sans renvoi en matière civile», JCP G 2001, I, 34; A. Perdriau, «Usage actuel des cassations sans renvoi», JCP G 2001, I, 334.

² M. Fabre, *préc.* n°s 24 s.

³ V. *Infra*, n°s 705 s.

⁴ Ce qui explique que, inversement, la voie unilatérale puisse être fermée alors que le requérant justifie d'un intérêt à agir, V. en matière de mesures d'instruction à futur Cass. 2^e Civ., 11 mai 2006, Bull. civ. II, n° 128, Procédures 2006 comm. 154 obs. R. Perrot.

sans avoir au préalable assigné le requérant en référé-rétractation¹. Si l'irrecevabilité n'a pas été relevée d'office par les conseillers de la cour d'appel, il envisageable qu'elle soit prononcée au stade de la cassation, sans qu'il y ait alors besoin d'ordonner un renvoi.

312. En ce qui concerne la deuxième hypothèse de cassation sans renvoi, si la Cour de cassation constate que le juge des requêtes ayant rendu l'ordonnance primitive est incompétent, l'ensemble de la procédure est soumis à la censure, sans qu'il ne soit besoin d'examiner à nouveau l'affaire au fond. L'incompétence en cause peut être matérielle, car le Code de procédure civile établit des règles précises en la matière, en dotant chaque juridiction, à l'exception du conseil de prud'hommes, d'un juge des requêtes compétent dans les mêmes limites que la juridiction à laquelle il appartient. Il peut en outre s'agir de compétence territoriale dont les composantes ont été clairement établies par un arrêt de la deuxième Chambre civile en date du 30 avril 2009² ; le requérant dispose désormais d'une véritable option et peut saisir soit le juge qui appartient à la juridiction compétente pour trancher le litige au fond, soit celui du lieu où la mesure sollicitée doit être exécutée. La violation de ces règles constatée en cassation invalide toute la procédure depuis la requête introductive : la solution est logique et n'est pas exclusive à la seule ordonnance sur requête³. Ce qui lui est en revanche plus spécifique, c'est que la constatation de l'absence de l'un des chefs de saisine requis pour justifier la saisine du juge des requêtes et l'utilisation de la voie unilatérale entraîne sensiblement les mêmes effets⁴. Il est par exemple constant que l'absence de caractérisation de circonstances exigeant l'éviction du contradictoire entraîne la censure de l'ordonnance en l'absence de justification de la saisine⁵. Ici encore, il ne peut y avoir de renvoi, puisque par hypothèse c'est l'utilisation même de la voie unilatérale qui est remise en cause : il ne reste plus qu'à inviter les parties à mieux se pourvoir.

313. Le troisième cas de cassation sans renvoi qui ne laisse plus rien à juger concerne la partie de la décision critiquée rendue *ultra petita*. Si le juge s'est prononcé sur des points qui n'étaient pas soumis à son examen, et si la critique est enserrée non pas dans un recours en retranchement mais dans un pourvoi en cassation, la simple annulation des chefs de dispositif « excédentaires » suffit à satisfaire le demandeur au pourvoi. Ce mécanisme ne peut cependant trouver application en matière d'ordonnances sur requête en raison de l'articulation particulière entre la juridiction du provisoire et

¹ Dans ce cas il est de jurisprudence constante que l'appel doit être rejeté comme irrecevable, V. à titre d'exemple Cass. 2^e Civ., 22 janvier 1997, D. 1997, AJ p. 47 ; *Adde* les observations de R. Perrot à la RTD Civ. 1977 p. 828.

² V°, sur cette décision, S. Pierre-Maurice, «La compétence territoriale en ordonnance sur requête : l'apport de l'arrêt du 30 avril 2009», D. 2009, p. 2321.

³ Notamment lorsque le litige ne relève pas de la compétence des juridictions judiciaires, comme en matière de contestation sur l'aide personnalisée au logement, V. Cass. soc., 14 octobre 1997, n° 94-44.692, inédit.

⁴ V., sur l'étendue du contrôle de cassation sur les chefs de saisine du juge des requêtes, V. *Infra*, n°s 389 s.

⁵ V. Cass. 1^{ère} Civ., 10 février 1993, D. 1993, IR 63 et Cass. 2^e Civ., 13 mai 1987, Bull. civ. II, n° 112.

le principe dispositif¹. Ce qui est demandé au juge des requêtes, ce n'est pas tant la mesure visée dans la requête introductive que la protection du droit substantiel sous-jacent. Par conséquent, le juge peut parfaitement, et sans encourir la censure, substituer une autre mesure, qu'il estime plus appropriée, à celle sollicitée par le requérant. Par ailleurs, étant donné que le juge des requêtes ne peut ordonner que des *mesures*, il lui est impossible de statuer *ultra petita*. Seul compte le résultat obtenu, à savoir la protection au provisoire du droit menacé de péril.

314. Enfin, il est possible que la décision critiquée soit devenue, le temps de parcourir les divers degrés de la hiérarchie judiciaire, sans objet² : le temps aura eu raison du litige. Plusieurs événements peuvent en être la cause : l'une des parties est décédée sans que ses ayants-cause reprennent l'instance, la disposition sur laquelle s'est fondée la décision a entre-temps été abrogée ou déclarée illégale, etc... En matière d'ordonnances sur requête, la raison première et spécifique pour laquelle la protection juridictionnelle provisoire est susceptible d'être privée d'objet, c'est le prononcé d'une décision au fond, statuant sur le droit substantiel dont la protection est demandée. La simple introduction de l'instance au fond n'est pas suffisante pour rendre inutile la saisine du juge des requêtes³ : non seulement le juge du principal ne peut rendre que des décisions contradictoires, mais, de manière plus générale, l'effet de surprise peut être requis pour garantir l'intégrité de certains éléments de preuve. En revanche, une fois la décision au fond rendue, le droit d'agir est épuisé et n'a plus besoin de protection dans son existence ou dans son efficacité de la part du juge du provisoire. En conséquence de quoi, si la cassation intervient postérieurement à la décision au fond relative au droit substantiel protégé, le renvoi n'est plus nécessaire. La protection juridictionnelle provisoire ayant été remplacée par la protection juridictionnelle définitive, celle-ci se retrouve privée d'objet. Une telle solution suppose de reconnaître un lien étroit entre le droit substantiel invoqué au fond et le mécanisme procédural spécifique constitué par la procédure sur requête, pourtant structurellement indépendant. Cette proposition a cependant le mérite de la cohérence, dans la mesure où l'existence même de la protection juridictionnelle provisoire ne peut être justifiée s'il n'existe plus rien à protéger. Or, c'est bien sur le droit d'agir que porte la protection accordée par la juridiction du provisoire. Une fois ce droit épuisé, le requérant n'a plus d'intérêt à solliciter des mesures de protection par voie unilatérale. Il n'est ainsi plus utile de demander des mesures d'instruction à futur pour un procès qui a déjà eu lieu, ou encore de demander une saisie conservatoire alors qu'un titre exécutoire au fond a déjà été accordé au créancier. C'est encore sur ce

¹ Sur ce point, V. J. Normand, «Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction», in Tarzia and Van Compernelle (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 137.

² M. Fabre, *préc.* n°30.

³ L'article 494 prévoit d'ailleurs expressément une telle possibilité en disposant que si la requête « est présentée à l'occasion d'une instance, elle doit indiquer la juridiction saisie ».

point que l'impact de la nature provisoire des ordonnances sur requête issues des articles 493 et suivants est plus aisé à constater. Car, s'agissant des ordonnances sur requête en la forme ou gracieuses, elles ne perdent pas leur objet après le prononcé d'une décision au fond : elles constituent cette décision.

315. En somme, les hypothèses de cassation sans renvoi ne constituent pas à proprement parler des exceptions au principe selon lequel le juge de cassation ne remplace pas immédiatement la décision qu'il anéantit. Cependant, elles représentent bien une atténuation au processus classique de destruction-remplacement qui marque la marche ordinaire de la voie de recours, ce qui soulève inmanquablement la question plus générale de la portée du remplacement effectué.

B. La portée du remplacement

316. La détermination de l'étendue du remplacement effectué par le juge de la voie de recours est directement liée à la portée de l'anéantissement. Deux points méritent particulièrement d'être soulevés à ce stade de la recherche. D'un côté, le remplacement ne s'effectue que dans les strictes limites de l'effet dévolutif opéré par la voie de recours (1.). De l'autre, le contenu de la norme de remplacement doit être exposé (2.).

1. La limitation du remplacement par l'effet dévolutif de la voie de recours

317. S'interroger sur l'ampleur du remplacement effectué renvoie immédiatement à la question des pouvoirs du juge de la voie de recours, car celui-ci procède, sauf les exceptions ci-dessus énoncées, lui-même au remplacement. Etant donné que le remplacement ne peut porter que sur ce qui a été anéanti, son étendue est inmanquablement dépendante de l'effet dévolutif de la voie de recours.

Or, la dévolution opérée par la voie de recours varie en fonction de deux éléments : d'une part, les conclusions des parties, qui limitent en la dévolution aux chefs de dispositif qu'elles critiquent et, d'autre part, à la nature même de la voie de recours, qui peut exiger une dévolution totale tendant à l'annulation de la décision critiquée. De ce point de vue, il est aisé de déterminer dans quelles bornes s'exercera le remplacement, car il doit se substituer très exactement aux dispositions sanctionnées. En revanche, le contenu de la norme de remplacement peut considérablement varier, tantôt pour produire une efficacité nouvelle, tantôt pour se contenter de supprimer celle de la décision critiquée.

2. *Le contenu de la norme de remplacement*

318. Si la portée du remplacement effectué par le juge de la voie de recours épouse fidèlement les contours de l'anéantissement, ce n'est pas le cas du contenu de la norme nouvelle qui remplace les dispositions anéanties. C'est la conséquence du mécanisme même de la voie de recours : la norme qui commande la disparition de l'ordonnancement juridique de l'efficacité attaquée se distingue de la norme de remplacement. Deux hypothèses peuvent alors se présenter. Dans une première série de cas, lorsque le juge de la voie de recours sanctionne la décision primitive, il prononce une décision nouvelle en application des mêmes règles que le juge originaire. Autrement dit, le juge qui statue sur la voie de recours et qui procède au remplacement, se voit doté dans cette phase du procès des mêmes pouvoirs juridictionnels que le juge qui a rendu la décision critiquée, et dans les mêmes limites. En matière d'ordonnances sur requête, le référé-rétractation constitue une illustration topique de cette proposition : le juge de la rétractation, bien que saisi selon la procédure des référés par une assignation, statue bien en qualité de juge des requêtes et n'est pas tenu de caractériser l'existence de l'un des cas de saisine propres au référé¹. De la même manière, lorsque le référé-rétractation est exercé contre une ordonnance rendue en la forme des requêtes, le juge de la rétractation statuera en la forme des référés, c'est-à-dire par une décision définitive².

319. Dans une seconde série d'hypothèses, la voie de recours n'aboutira pas à la création d'une norme nouvelle mais s'arrêtera au prononcé de la « norme-anéantissement ». Outre les situations, dans lesquelles la contestation porte sur la requête introductive d'instance, ce sera le cas lorsque sera constatée l'absence de l'une des conditions de saisine du juge des requêtes, telle l'urgence ou la nécessité d'évincer le contradictoire. Ce n'est alors pas la sanction d'un mal jugé qui nécessite une application nouvelle, et plus adéquate, des règles de droit invoquées ; il s'agit de la censure de l'utilisation de la procédure sur requête, indiquant qu'une autre voie procédurale doit être empruntée. Cette autre voie pourra être le référé si la condition faisant défaut lui est inapplicable, comme l'exigence d'éviction du contradictoire³, ou une instance nouvelle au fond, s'il s'agit d'une condition commune au référé et à la procédure sur requête, comme l'urgence.

¹ La solution est constante. V., pour l'urgence, Cass. 2^e Civ., 3 janvier 1979, Bull. civ. II, n° 6 ; pour l'absence de contestation sérieuse, Cass. 2^e Civ., 20 février 1980, JCP 1980, IV, 177.

² V. Y. Strickler et M. Foulon, «Le référé-rétractation», D. 2010, p. 456, *spéc.* n°s 15 s.

³ *Rappr.* les solutions retenues pour l'application de l'art. 145 CPC, V. Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n° 09-11.342, D. 2010 p. 2102 obs. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger.

320. Enfin, la situation particulière de la tierce opposition à l'égard du mécanisme de remplacement mérite d'être relevée. L'effet de cette voie de recours n'est pas d'anéantir l'efficacité de la décision pour la remplacer, mais de déclarer la décision inopposable au tiers qui l'attaque¹. Par conséquent, les deux phases décrites pour expliquer le fonctionnement de la voie de recours sont ici faussées : la « norme-anéantissement » rendue par le juge de la tierce opposition n'a qu'un effet limité à l'opposabilité.

De plus, et c'est ce point qui nous intéresse plus spécifiquement, aucune décision nouvelle ne pourra être prononcée. Autrement dit, le seul effet possible de la tierce opposition est négatif, à savoir l'anéantissement de l'opposabilité. C'est le résultat de la limitation de l'effet dévolutif en la matière² et une conséquence de la définition que donne de la tierce opposition l'article 582, qui dispose que celle-ci « remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique ». Le tiers opposant ne peut donc introduire à son profit aucune demande nouvelle qui n'ait été tranchée par la décision primitive³, telle une demande reconventionnelle en dommages-intérêts⁴.

321. La finalité des voies de recours, qui a été l'objet de cette première section, est donc d'opérer un processus d'anéantissement et de remplacement de la décision critiquée. Cette considération générale doit à présent être complétée par une étude particulière des voies de recours dans le domaine des ordonnances sur requête.

¹ Art. 582 CPC.

² R. Perrot, « Tierce opposition : son effet dévolutif », RTD Civ. 2008, p. 555.

³ Cass. 2^e Civ., 7 janvier 1999, n° 95-21.197, Bull. civ. II, n° 5, RGDP 1999 p. 630, obs. G. Wiederkehr ; Cass. 1^{ère} Civ., 25 juin 2008, RTD civ. 2008 p. 555, obs. R. Perrot.

⁴ Paris, 31 mars 1962, Gaz. Pal. 1962. 2. 120, RTD civ. 1963 p. 166, obs. P. Raynaud.

Section II. La mise en œuvre des voies de recours

322. Si l'analyse de la finalité des voies de recours a permis de préciser les principes de remise en cause de l'efficacité des ordonnances sur requête, elle serait incomplète sans l'analyse concrète des diverses voies de recours ouvertes contre ces décisions. Certaines questions ont été immanquablement laissées de côté dans les développements qui précèdent du fait même de leur généralité, comme l'articulation des diverses voies de recours entre elles, les conditions de leur ouverture, ainsi que leur régime. De même, l'étendue de la dévolution opérée ne préjuge pas des pouvoirs du juge de la voie de recours, qu'il faut également développer. Suivant un ordre logique, seront analysées les voies de recours ouvertes en matière d'ordonnances sur requête (§1), celles qui doivent être fermées (§2), ainsi que celles dont l'utilité apparaît *a priori* contestable (§3).

§1. Les voies de recours ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête

323. Suivant la classification, devenue classique, qui distingue les voies de recours selon le niveau hiérarchique du juge qui est amené à rejurer le litige, l'analyse des voies de rétractation (A.) précédera celle des voies de réformation (B.).

A. Les voies de rétractation

324. Le vocable *rétractation* provient étymologiquement du mot *re-tractare*, signifiant « traiter de nouveau, revenir sur une question », et dérive du terme latin *retractatio*, littéralement le « remaniement de ce que l'on a dit »¹. En droit positif, il s'agit donc de la « substitution de l'expression d'une volonté actuelle différente de la déclaration antérieure que le sujet avait lui-même formulée »². Rien d'étonnant alors à ce que cette dénomination serve aujourd'hui à répertorier les voies de recours ayant pour effet de faire revenir l'affaire devant le même juge qui l'a déjà précédemment tranchée. Ces voies de recours³ sont au nombre de trois : l'opposition, la tierce

¹ J. Barrère, «La rétractation du juge civil», in Mélanges Hébraud, Paris, Dalloz, 1981, p. 1.

² Ibid.

³ L'attribution de la qualification de voie de recours au référé-rétractation est en soi discutable et sera discutée par ailleurs, V. *Infra*, n°s 325 s. ; il est en revanche certain qu'elle amène bien le même juge à rejurer du litige.

opposition, et le référé-rétractation. Si l'opposition, de par ses conditions d'ouverture, se trouve fermée en matière d'ordonnances sur requête¹, il n'en est pas de même du référé-rétractation (1.), ni de la tierce opposition (2.).

1. Le référé rétractation

325. Le référé-rétractation est une figure atypique dans le schéma procédural actuel, ce qui a attiré sur lui l'attention de la doctrine à plusieurs reprises². Son régime particulier, ainsi que la procédure unilatérale dans laquelle il s'insère ont provoqué des difficultés pour sa qualification et laissent jusqu'à aujourd'hui subsister des doutes sur sa nature profonde³. La doctrine s'accorde cependant de manière générale pour dire que le mécanisme même du référé-rétractation se rattache sur le plan théorique à l'article 17 du Code de procédure civile, qui dispose que « lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief »⁴. Le principe de la contradiction, mis en sommeil lors de l'introduction de la requête unilatérale, doit pouvoir revenir au sein du prétoire. En raison des caractères qui lui sont propres, il est nécessaire de faire préalablement état du débat existant quant à la qualification de voie de recours du référé-rétractation (a.), avant de faire l'analyse plus étendue de son régime (b.).

a. La nature du référé-rétractation

326. La controverse, récurrente en doctrine, porte sur le point de savoir si le référé-rétractation est une véritable voie de recours ou si ce n'est qu'un simple moyen de rétablir la contradiction primitivement évincée. Si les arguments apparaissent *a priori* fondés d'une part comme de l'autre, il faut néanmoins remplacer la question dans son contexte en mettant l'accent sur les enjeux de cette

¹ Car le débiteur ne peut pas être cité à personne dans une procédure non contradictoire, pas plus que l'ordonnance n'est rendue en premier et dernier ressort.

² V., à titre non exhaustif, Y. Strickler et M. Foulon, *préc*; S. Pierre-Maurice, « Nature du référé-rétractation et notion de voie de recours », RRJ 2007-4, p. 1893.

³ K. Salhi, *op. cit.*, pp. 448 s.

⁴ V. P. Julien, « Ce que la raison ou la nécessité commandent (à partir des articles 17 et 462 du NCPC) », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges Normand*, Paris, Litec, 2003, 241.

qualification discutée (α). Suivront l'exposé, critique, des thèses en présence (β), et une proposition de qualification qui guidera la suite de la recherche (γ).

α . Les enjeux du débat

327. La remarque liminaire aux développements qui vont suivre, et qui a son importance, est que les enjeux de la qualification de voie de recours du référé-rétractation sont limités en pratique et se cantonnent majoritairement à un débat académique¹. Parce que le référé-rétractation est doté par les articles 497 et suivants d'un régime propre, il n'est pas nécessaire de l'insérer dans l'une des catégories existantes dans le genre plus vaste des voies de recours pour connaître les modalités de sa mise en œuvre. C'est la question des cas d'ouverture, non réglée par les dispositions établissant le régime général du référé-rétractation, qui a en revanche un certain impact pratique. Le problème se pose en ces termes : lorsqu'apparaît un cas d'ordonnance rendue sur requête, qu'elle soit provisoire, rendue en la forme ou gracieuse, et qu'une disposition de droit positif vient interdire tout recours à son encontre, est-il possible d'assigner le requérant en rétractation devant le juge qui a rendu l'ordonnance ? Autrement dit, il existe certaines hypothèses dans lesquelles la qualification de voie de recours conditionne l'ouverture du référé-rétractation et il importe alors de donner une réponse certaine à cette interrogation.

328. Il revient à M. BERTIN d'avoir, parmi les premiers, soulevé le problème en ce qui concerne l'article 1107 du Code de procédure civile². Ce texte interdit tout recours contre l'ordonnance initiale de divorce, rendue sur requête, et au moyen de laquelle le juge aux affaires familiales peut ordonner, en application de l'article 257 du Code civil, des mesures d'urgence ou des mesures conservatoires. On perçoit immédiatement le danger : l'époux à l'insu duquel des mesures, parfois graves³, auront été prises, risque de n'avoir aucune voie procédurale pour les contester. L'auteur, commentant une décision de la cour d'appel de Rennes en date du 8 décembre 1982, qui a retenu que le référé-rétractation est une voie de recours et se trouve fermée en l'espèce en application de l'article 1107, exprime son désaccord face à une telle position. Il invoque deux arguments à l'appui de ses

¹ Pour une synthèse, V. S. Pierre-Maurice, « Nature du référé-rétractation et notion de voie de recours », *préc.*

² Ph. Bertin, « Le référé afin de rétractation de l'ordonnance rendue sur la requête initiale en divorce est-il un "recours" interdit par l'article 1107 du nouveau Code de procédure civile ? », JCP G 1984, I, 3146.

³ Tel par exemple le blocage d'un portefeuille de valeurs mobilières, V. Versailles, 31 mars 2008, RG n° 07/01265, inédit ; *adde*, sur l'apposition de scellés, C.-P. Barrière, « Qui appose les scellés en matière de divorce ? », Gaz. Pal. 1987.2, doct. 684.

développements, qui seront tous les deux discutés en détail plus loin¹. D'une part, estime-t-il, le référé-rétractation ne figure pas dans le Titre XVI du Code de procédure civile relatif aux voies de recours et ne peut par conséquent pas recevoir une telle qualification. D'autre part, et cette deuxième proposition a certainement plus de poids que l'argument textuel², M. BERTIN affirme que « le droit d'en référer au juge n'est pas un véritable recours mais l'un des éléments substantiels de l'ordonnance [qui] repose sur deux piliers : la décision prise unilatéralement d'une part et le droit par la partie adverse de lui en référer d'autre part »³. Ce point de vue place l'auteur du côté des partisans de la qualification du référé-rétractation en tant que voie d'élévation du contradictoire⁴.

329. L'article 1107 n'est pas la seule disposition de droit positif interdisant tout recours contre une décision déterminée. Il existe un certain nombre d'ordonnances nommées qui interdisent tout recours contre la mesure ordonnée, et dont les caractéristiques ont été étudiées lors de l'analyse des sous-groupes constituant la catégorie générale des ordonnances sur requête⁵. La qualification qui doit être retenue à leur égard est celle d'ordonnances sur requête en la forme, car elles ne peuvent être assimilées ni aux décisions gracieuses, ni aux mesures provisoires par nature⁶. Les solutions qui seront retenues à l'égard de la qualification du référé-rétractation devront néanmoins leur être appliquées car la catégorie des ordonnances rendues en la forme des requêtes se caractérise justement par sa soumission au régime des articles 493 et suivants⁷.

De plus, les exemples exposés *de lege lata* n'enlèvent rien au caractère plus général de la problématique abordée, car il importe de déterminer une solution unique et dotée de fondements théoriques solides, dans toutes les hypothèses similaires d'interdictions. Celles-ci peuvent en effet évoluer avec le droit et d'autres prohibitions identiques peuvent l'avenir apparaître à l'encontre d'ordonnances rendues sur requête. Elles ne manqueront pas de faire ressurgir un débat douloureux, surtout pour les praticiens incapables d'expliquer à leurs clients pourquoi ils sont dans l'impossibilité de contester une décision qui non seulement leur fait grief, mais a été rendue à leur insu. C'est la raison pour laquelle les points de vue en présence doivent être soigneusement décrits, pondérés et évalués pour pouvoir ensuite se prononcer sur l'une ou l'autre des qualifications possibles du référé-rétractation.

¹ V. *Infra*, n°s 330 s.

² Qui ne peut être considéré comme déterminant lorsqu'on sait par exemple que personne ne songe à dénier au contredit de compétence la qualification de voie de recours alors même qu'il ne figure pas au sein du titre précité.

³ Ph. Bertin, *préc.* n° 5.

⁴ V. *Infra*, n° 331.

⁵ V. les arts. R. 228-78 et R. 223-11 C. com., L. 1423-10 C. trav., R. 261-2, R. 262-4 et R. 262-6 C. constr. et hab.

⁶ V. *Supra*, n° 114.

⁷ *Ibid.*

β. Les éléments de qualification

330. Les diverses positions doctrinales en la matière peuvent être grossièrement regroupées en trois catégories : deux propositions extrêmes, qui soit dénie, soit accordent pleinement la qualification de voie de recours au référé-rétractation. Un troisième groupe d'auteur se situe entre ces deux extrêmes, proposant des solutions de compromis.

331. Un premier courant d'opinion, dont M. PERROT est l'auteur le plus représentatif, tend à dénie au référé-rétractation le caractère de voie de recours pour en faire un *recours* ou une *voie de droit* innommée qui tend à rétablir la contradiction évincée par le caractère structurellement unilatéral de la procédure. M. PERROT ne saurait être plus clair lorsqu'il explique que « ce que l'on appelle le « recours en rétractation » a pour seul rôle d'initier un premier degré contentieux et de parachever contradictoirement une procédure en deux temps »¹. Autrement dit, la procédure dans son ensemble ne saurait être complète sans un débat contradictoire ; tant que celui-ci ne sera pas intervenu elle demeure démembrée et un recours spécifique doit être prévu afin de garantir l'élévation du débat.

M. BERTIN, dans les chroniques précitées², adopte sensiblement le même point de vue³. Cette solution n'est finalement que l'écho de la conception que ces deux auteurs ont de l'ordonnance sur requête, qui est présentée comme fondamentalement gracieuse⁴. En tant que telle, il est nécessaire de réintroduire le litige sous forme contradictoire pour le rendre contentieux, avant que soit ouverte la voie d'appel⁵. Or, il a déjà été vu que l'ordonnance sur requête ne peut être considérée comme universellement gracieuse⁶ ; si certaines ordonnances le sont en effet, en ce qu'elles répondent aux conditions de l'article 25⁷, il n'est pas possible de généraliser à partir de leur cas. Sans pour l'instant contester la nature de voie d'élévation du contradictoire du référé-rétractation qu'implique ce

¹ R. Perrot, « Ordonnance sur requête : étendue des pouvoirs du juge saisi d'une demande en rétractation », RTD Civ. 1984, p. 367 ; en ce sens également P. Hébraud, obs. à la RTD Civ. 1951 p. 412 ; S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *op. cit.*, n° 985 et 1585.

² Ph. Bertin, *préc.* ; ---, « Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale », Rev. arb. 1983, p. 281.

³ Il est toutefois utile de préciser que dans ses écrits sur l'arbitrage, M. Bertin dénie au référé-rétractation la qualification de voie de recours pour la simple raison que celui-ci n'est pas porté devant un juge hiérarchiquement supérieur, ce qui est évidemment contestable en raison de l'existence des voies de recours dites de rétractation, V. Bertin, *op. cit.*, Rev. arb. 1983 p. 281, spéc. p. 287.

⁴ Cass. Soc., 24 mai 1995, Bull. civ. V, n° 168, RTD Civ. 1995 p. 958 obs. R. Perrot.

⁵ V., pour une illustration, R. Perrot, obs. sous Paris, 28 mars 1977, RTD civ. 1977. 829 et Versailles, 26 nov. 1979, Gaz. Pal. 1980. 2. Somm. 480 ; *adde*, sur le mécanisme procédural de l'élévation du contentieux propre à la matière gracieuse, P. Callé, « L'élévation du contentieux », Procédures 2003/4, p. 3.

⁶ En ce que les décisions gracieuses sont provisoires par objet alors que l'ordonnance sur requête est provisoire par nature, V. *Supra*, n°s 78 s.

⁷ « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

premier groupe d'opinions, ses fondement théoriques se révèlent contestables et donc sujets à la critique.

C'est dans ce même courant de pensée que se situent MM. STRICKLER et FOULON, qui considèrent également que le référé-rétractation est un recours destiné à élever le contentieux¹. Ils divergent cependant de M. BERTIN en ce qu'ils rattachent cette fonction du référé-rétractation à son origine historique, c'est-à-dire la clause « de réserve d'en référer » que le magistrat des requêtes faisait figurer dans son ordonnance et qui permettait de faire revenir par devers lui le tiers visé par la mesure².

332. Par ailleurs, à l'extrême inverse, il est possible d'affirmer que le référé-rétractation est bien une voie de recours, tout simplement parce qu'il se conforme au mécanisme précédemment mis en exergue de destruction-remplacement. M. BOUTY va notamment dans ce sens, dans son ouvrage relatif à l'irrévocabilité de la chose jugée³. Après avoir défini les critères de qualification d'une voie de recours, il constate que ces derniers sont parfaitement remplis par le référé-rétractation. Deux critères sont mis en avant⁴ : un premier critère, formel, postule que la voie de recours relève de la catégorie des actions en justice et est soumise aux mêmes conditions. Un second critère, de nature fonctionnelle, implique que l'objet de la voie de recours est la destruction et le remplacement consécutif de la décision attaquée. Or, l'application combinée de ces deux critères conduit effectivement à qualifier de voie de recours le référé-rétractation. Cette position a le mérite de la cohérence et s'inscrit parfaitement dans la fonction des voies de recours telle qu'elle a été mise en avant⁵. Rien ne s'oppose donc *a priori* à ce qu'elle soit retenue pour la suite des développements. Cependant, il sera vu que cette qualification ne pourra être retenue en définitive car le délai de prescription est un élément discriminant les voies de recours comme un genre à part, et que le référé-rétractation en est dénué⁶.

333. Une troisième voie, médiane, se propose d'accorder la qualification de voie de recours au référé-rétractation *justement parce qu'il permet le retour de la contradiction dans la procédure unilatérale*. Initiée par le Doyen HERON, ce courant doctrinal tend à affirmer que le référé-

¹ Y. Strickler et M. Foulon, *préc.*, n° 1.

² En ce sens, R. Perrot, obs. à la RTD civ. 1980. 816, spéc. p. 817 ; *adde* P. Cuche et J. Vincent, *Procédure civile et commerciale*, Précis Dalloz, 12^e éd., 1960, n° 80, spéc. p. 80 ; M. Borysewicz, « La rétractation de l'autorisation de saisir. Etude sur les pouvoirs du juge des référés dans le domaine des saisies-arrêts et des saisies et mesures conservatoires de la loi du 12 nov. 1955 », RTD civ. 1964 p. 437, n° 31 s. ; H. Motulsky, obs. sous Paris, 14^e ch., 2 févr. 1967 et TGI Seine, réf., 13 avr. 1967, JCP 1967. II. 15181, et *in* H. Motulsky, *Ecrits - Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 373.

³ C. Bouty, *op. cit.*, pp. 57 s.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. *Supra*, n°s 281 s.

⁶ V. *Infra*, n° 340.

rétractation « est une voie de recours dont l'objet essentiel est de rétablir la contradiction »¹. Mme PIERRE-MAURICE se place dans son sillage en écrivant que « il paraît en effet tout à fait artificiel de dissocier ces deux finalités [que sont la restauration de la décision et la critique de la décision primitive]. On ne rétablit pas la contradiction pour le plaisir de voir s'épanouir un débat contradictoire qui aurait fait défaut [mais] parce que la première décision est contestée »². Un autre auteur va même jusqu'à affirmer que l'exercice d'une voie de recours est le seul moyen de rétablir le mal jugé issu de la violation du principe du contradictoire³. Ce troisième point de vue sur la qualification du référé-rétractation a l'avantage de la conciliation des antagonismes précédemment décrits. Prendre appui sur la finalité de toute voie de recours pour y rattacher le mécanisme du référé-rétractation n'est pas en soi contestable. Cependant, on peut y opposer une critique prohibitive de toute assimilation : si la voie de recours a pour objet de réparer un mal jugé, qu'il soit *in procedendo* ou *in judicando*, l'éviction du contradictoire dans le cadre de la procédure unilatérale ne résulte pas d'une erreur du juge mais d'une prévision de la loi. Il n'est pas possible de mettre sur le même plan une violation de l'article 16 et le prononcé d'une ordonnance sur requête. Dans le premier cas, l'absence de contradictoire sera circonstancielle ; dans le second, elle sera structurelle.

334. Pour terminer ce bref aperçu d'ensemble des diverses qualifications proposées pour le référé-rétractation et des arguments invoqués à leur profit, il faut encore s'attarder sur la présentation originale de cette voie de droit faite par M. SALHI dans sa « Contribution à une théorie générale des voies de recours ». La première étape du raisonnement adopté par M. SALHI est d'opérer une distinction entre les voies de recours et les voies de révision ouvertes à l'encontre de certaines décisions en cas de circonstances nouvelles⁴. Pour cet auteur, la voie de recours vise à rétablir un mal-jugé initial, tandis que mécanismes de révision pour circonstances nouvelles doivent être qualifiées de voies d'adaptation car elles ne font qu'ajuster la décision à une réalité changeante, sans qu'il y ait pour autant d'erreur dans la décision originelle. La différence majeure se situe donc dans la cause de la modification de la décision contestée ; dans le premier cas c'est une erreur qui l'affecte dès son prononcé ; dans le second, ce sont les circonstances qui viennent à rendre inadaptée une décision initialement justifiée. Dans la catégorie des voies d'adaptation sont rangées par exemple les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale ou encore les condamnations au paiement d'une pension alimentaire⁵. Ce sont, autrement dit, toutes les mesures que nous avons

¹ J. Héron, «Convention européenne des droits de l'homme et voies de recours», in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Draï, Dalloz, 2000, p. 369, spéc. P. 396.

² S. Pierre-Maurice, «Nature du référé-rétractation et notion de voie de recours», *préc.* n° 40.

³ K. Salhi, *op. cit.*, n° 627.

⁴ *Ibid.*, pp. 320 s.

⁵ *Ibid.*, pp. 323-324.

précédemment qualifiées de provisoires par leur objet¹. En ce sens, la conception de M. SALHI ne s'éloigne pas de la nôtre, car nous avons par ailleurs établi que la modification de ces mesures était justifiée par une conception factuelle de la notion de cause de la demande et ne pouvait relever de l'exercice d'une voie de recours². C'est effectivement une préoccupation d'adaptation qui provoque leur retour devant le juge : destinées à régir une situation évolutive, elles doivent suivre les fluctuations de celle-ci pour remplir leur rôle et rester efficaces.

Ce qui est en revanche plus original, ce sont les conséquences que M. SALHI déduit de l'application au référé-rétractation de cette distinction entre voies de recours et voies d'adaptation. Il aborde la question dans un chapitre intitulé « les voies de droit à qualification variable »³ et vient à considérer que c'est une qualification duale qu'il convient d'attribuer au référé-rétractation. L'auteur commence par établir que rien ne s'oppose à ce que le référé-rétractation soit assimilé à une voie de recours lorsqu'il vise à rétablir une erreur dont l'ordonnance est affectée depuis l'époque de son prononcé⁴. Mais, par ailleurs, le référé-rétractation doit *aussi* être considéré comme une voie d'adaptation si ce sont les circonstances survenues postérieurement à son prononcé qui rendent l'ordonnance inadaptée⁵.

Il existe, au vu des propositions qui viennent d'être exposées, des raisons de ne pas y adhérer. Tout d'abord, il faut insister sur le fait que si on s'accorde sur une *summa divisio* entre voies de recours et voies d'adaptation, l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie doit être considérée exclusive et ne saurait être alternative. Les deux qualifications n'ont pas le même objet, ni le même but. Les voies d'adaptation ne visent pas à corriger une erreur du juge en prolongeant l'instance initiale dans le cadre d'une voie de recours, mais à obtenir une décision nouvelle par une demande nouvelle qui ne se heurtera pas à l'exception de chose jugée du simple fait que les conditions de l'article 1351 du Code civil feront défaut. Il est donc impossible de considérer que le référé-rétractation appartient aux deux catégories à la fois : cette solution est un constat d'impuissance à le classer dans l'une ou l'autre des versants de la distinction. Par ailleurs, et c'est là le second point d'achoppement de la théorie de M. SALHI, même si l'on considère que la qualification devait être variable et non cumulative, c'est-à-dire que le référé-rétractation serait tantôt une voie de recours, tantôt une voie d'adaptation, on ferait dépendre la qualification de circonstances externes et non de la nature propre du référé-rétractation. Confronté à un cas d'application de l'article 496, le praticien ou le chercheur devrait se poser systématiquement la même question : le référé-rétractation est-il en

¹ V. *Supra*, n°s 59 s.

² V. *Supra*, n°s 61 s.

³ K. Salhi, *op. cit.*, pp. 447 s.

⁴ *Ibid.*, pp. 455 s.

⁵ *Ibid.*, p. 465.

l'espèce ouvert en raison d'un mal jugé initial (auquel cas on retient la qualification de voie de recours), ou en raison de circonstances postérieures à son prononcé (auquel cas c'est la qualification de voie d'adaptation qui doit être retenue). Une solution faisant dépendre la qualification d'éléments extérieurs à l'objet à qualifier, variables qui plus est, ne peut être considérée comme suffisamment fiable. Enfin, un dernier argument plaide pour le rejet de la thèse de la nature duale du référé-rétractation : *quid* de la situation, qui risque d'être fréquente en pratique, dans laquelle il existe à la fois un mal jugé initial et des circonstances nouvelles exigeant une modification de l'ordonnance contestée ? Doit-on retenir la qualification de voie de recours, de voie d'adaptation, voire les deux ? La solution en devient on ne peut plus incertaine.

Dans la conclusion par laquelle il clôt ses développements, M. SALHI fait lui-même l'aveu que « la méthode proposée peut paraître quelque peu empirique »¹. Pour cette raison, et pour toutes celles qui viennent d'être énoncées, cette thèse de la nature évolutive, ou duale, du référé-rétractation, doit être écartée.

335. La présentation d'un tableau d'ensemble des opinions en présence a permis de voir que la nature du référé-rétractation n'est pas aisée à cerner, tant il s'écarte des mécanismes communs au genre particulier des voies de recours, dans ses cas d'ouverture comme par son régime. Les propositions doctrinales énoncées ne permettent pas de retenir avec certitude une qualification unique ; toutes présentent des insuffisances ou sont critiquables à un ou plusieurs titres. Avant de poursuivre l'étude de la mise en œuvre de cette voie de droit à part, il apparaît nécessaire de proposer et de justifier une qualification du référé-rétractation sur laquelle il serait possible de s'appuyer pour la suite de la recherche.

γ. Proposition de qualification du référé-rétractation

336. A ce stade de l'analyse, il est important de se prononcer sur la qualification à retenir pour le référé-rétractation. Non pour en déterminer le régime, car celui-ci résulte expressément des articles 496 et 497, mais plutôt pour répondre à la question posée lors de la présentation des enjeux du débat². A chaque fois qu'un texte prohibe tout recours contre une ordonnance rendue sur requête, convient-il d'étendre cette prohibition au référé-rétractation ? La réponse doit être suffisamment universelle pour pouvoir s'appliquer à tous les cas d'interdiction relevés en droit positif, mais

¹ Ibid., n° 645.

² V. *Supra*, n° 327.

également à ceux qui pourraient être créés à l'avenir. La solution retenue doit également être la conséquence directe de la nature profonde du référé-rétractation, ce qui en expliquera la généralité.

Le débat impose de trancher entre deux propositions : soit le référé-rétractation est bien une voie de recours, auquel cas il est nécessairement concerné par les prohibitions susmentionnées, soit il n'en est pas une, auquel cas il sera ouvert lorsque tout recours est proscrit. Mais, dans ce dernier cas, il faut alors proposer une qualification alternative à la voie de recours, soit celle de voie d'élévation du contradictoire, soit une qualification *sui generis*.

337. C'est en réalité par un examen attentif des caractères propres aux voies de recours, et à leur application au référé-rétractation, que la question peut être tranchée. Ce qui est absent du débat doctrinal présenté plus haut, c'est la considération d'un élément discriminant de manière fondamentale les voies de recours des autres mécanismes procéduraux : le délai de prescription ou de forclusion dans lequel elles se trouvent renfermées. Si un tel délai devait être retenu comme critère de qualification de la voie de recours, le référé-rétractation ne pourrait être rangé dans cette catégorie puisqu'il peut être exercé à tout moment.

L'idée directrice doit être la suivante : si l'objet de la voie de recours est l'efficacité produite par la décision critiquée, alors il n'est pas bon d'en permettre une contestation perpétuelle. Une limite chronologique doit être établie, non seulement pour éviter les comportements dilatoires, mais surtout pour éviter la perpétuation du procès à l'infini. Cette problématique n'est pas celle de l'autorité de la chose jugée, qui a trait aux limites horizontales du procès : ce qui a déjà été jugé par un juge ne doit pas pouvoir être rejugé par un autre. C'est dans une perspective processuelle verticale que la voie de recours doit être insérée : combien de fois et pendant combien de temps peut-on continuer le même procès en contestant les décisions successives ? En d'autres termes encore, c'est là toute la question de l'irrévocabilité de la chose jugée¹.

338. Une thèse de doctorat récente, consacrée à cette notion, apporte des éléments de réflexion précieux². La synthèse qu'elle opère sur la notion même de voie de recours amène à se demander si le délai est véritablement un élément de qualification de celle-ci.

L'auteur, M. BOUTY, propose de classer les voies de recours selon leur effet sur l'irrévocabilité de la chose jugée. Sont appelées résolutoires celles qui n'affectent pas l'accession à l'irrévocabilité. Elles sont ainsi classées car attendre l'écoulement du délai dans lequel elles sont enfermées reporterait à l'excès l'accession de la décision à l'irrévocabilité. Dans cette optique, on leur dénie donc tout effet

¹ *Rapp.*, pour l'étendue de la chose jugée, *Supra*, n°s 255 s.

² C. Bouty, thèse précitée.

en la matière. Sont au contraire qualifiées de suspensives les voies de recours qui affectent l'irrévocabilité, en ce sens que la décision ne peut accéder à ce stade avant qu'elles soient toutes épuisées ou que le délai pour les exercer soit écoulé.

Il est important de noter, avant d'aller plus loin, que pour M. BOUTY le délai n'est pas un élément de qualification de la voie de recours. Au contraire, deux autres critères sont mis en avant¹ : un critère formel (la voie de recours relève de la catégorie des actions en justice et est soumise aux mêmes conditions) et un critère fonctionnel (l'objet de la voie de recours est la destruction et le remplacement consécutif de la décision attaquée)². Pour cet auteur les voies de recours résolutoires peuvent même être caractérisées par une absence de délai, le référé-rétractation étant cité à titre d'exemple³.

339. Si notre opinion rejoint celle de l'auteur sur le fait que les voies de recours « suspensives d'irrévocabilité »⁴ retardent l'accession de la décision à ce stade, il n'apparaît pas possible d'adhérer à l'analyse des voies de recours dites « résolutoires ». Selon M. BOUTY elles n'influencent pas sur l'accession à l'irrévocabilité pour deux raisons. En premier lieu, elles sont trop rares en pratique et attacher l'irrévocabilité à leur épuisement conduirait à ne pratiquement jamais rendre une décision irrévocable. Ce raisonnement vaut certainement en opportunité, car il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de permettre que la décision devienne rapidement irrévocable. Il ne peut cependant servir de critère solide pour la simple raison qu'il se fonde sur des éléments circonstanciés et contingents à la voie de recours et non sur sa nature propre ; la qualification juridique n'est en effet pas un outil de statistique sociologique et ne saurait découler de pures observations empiriques. Par ailleurs, s'il est bien évident qu'il importe de réduire le délai d'accession à l'irrévocabilité, il convient de ne pas oublier qu'il importe tout autant de permettre le réexamen de la décision lorsque des circonstances particulièrement graves le justifient

Par ailleurs, les voies de recours résolutoires permettent d'attaquer une décision déjà irrévocable, ce qui signifie, *a contrario*, que la décision a pu atteindre le stade de l'irrévocabilité sans que leur délai d'exercice soit écoulé. Or, par définition, ce qui est irrévocable est quelque chose « sur quoi il est impossible de revenir »⁵. Il est quelque peu illogique de qualifier d'immuable une décision sur laquelle il reste possible de revenir... par une voie de recours qui n'est pas censée affecter

¹ V. S. Pierre-Maurice, « Nature du référé-rétractation et notion de voie de recours », RRJ 2007-4, p. 1893, *spéc.* p. 1903 ; il est cependant à noter que l'auteur refuse de faire de la présence d'un délai un élément caractéristique de la voie de recours, sans toutefois expliquer véritablement sa position, V. n° 36 p. 1908.

² C. Bouty, *op. cit.*, pp. 89 s.

³ L'autre exemple cité de voie de recours résolutoire est la tierce opposition, mais elle est en revanche enfermée dans le délai trentenaire de l'article 586 al. 1 CPC ; V. *Ibid.*, pp. 163-164.

⁴ Et non d'exécution.

⁵ V. ce mot, Dictionnaire Le Littré de la langue française.

l'irrévocabilité. La décision n'est donc pas irrévocable tant que ces voies de recours peuvent être exercées, à moins de donner à l'irrévocabilité un sens restreint à l'excès.

340. Pour conclure sur la division proposée entre les voies de recours suspensives et résolutoires, il faut ajouter que les critères de qualification de ces dernières manquent de cohérence et de netteté, si bien qu'il devient difficile de s'en servir pour forger des catégories aux frontières rigoureusement tracées. Une autre proposition consisterait alors à remettre en question le principe même de séparation des voies de recours en « suspensives » et « résolutoires ». Si l'on s'écarte d'une telle *summa divisio* il devient nécessaire de la remplacer par d'autres fondements théoriques fiables afin d'articuler la notion de voie de recours avec le mécanisme d'accession à l'irrévocabilité d'un acte juridictionnel.

Puisque l'objet de toute voie de recours est de mettre en œuvre la destruction et le remplacement de la décision critiquée, il est possible de se servir de cet élément de qualification comme point de départ pour la recherche. En ce sens, les critères formel et fonctionnel précédemment définis sont particulièrement utiles : ne peuvent être considérées comme voies de recours que les voies de droit qui répondent à ces deux exigences. La notion d'irrévocabilité est un point d'équilibre entre la nécessité d'organiser un système procédural permettant de contester le bien-fondé d'une décision et le besoin de ne pas laisser le procès se perpétuer à l'excès. Toute la question est encore de savoir à quel moment cet équilibre est atteint dans la chronologie processuelle. La réponse ne peut résider dans une séparation artificielle des différentes voies de recours entre plusieurs catégories car par hypothèse *toute voie de recours* provoque l'anéantissement de la décision et son remplacement par une décision nouvelle. Le seul et unique moyen de mettre un terme au procès est en définitive l'instauration de délais. Ceux-ci sont loin d'assurer le seul rôle de prévention des comportements dilatoires : ils servent de bornes efficaces à la durée du procès. L'exercice d'une voie de recours est susceptible de remettre en cause l'efficacité de la décision qui en fait l'objet, et par conséquent les droits des parties qui en découlent. L'ordre juridique ne peut permettre que cette remise en cause puisse se faire indéfiniment. Toute voie de recours doit donc être enfermée dans un délai qui devient alors un élément de qualification de celle-ci. La possibilité d'affecter l'efficacité substantielle ou procédurale d'un acte juridictionnel doit nécessairement aller de pair avec un délai de prescription ou de forclusion. L'article 528 du Code de procédure civile, situé dans un sous-titre relatif aux dispositions communes à toutes les voies de recours, va en ce sens puisqu'il dispose que « *le délai à l'expiration duquel un recours ne peut plus être exercé*¹ court à compter de la notification du jugement ». Cela implique *a fortiori* que *toute* voie de recours doit être soumise à un délai. Le texte

¹ Nous soulignons.

de l'article 528-1 va encore plus loin en établissant un délai de deux ans qui ferme définitivement l'ensemble des voies de recours à la partie qui a comparu en l'absence de notification du jugement. L'objectif de cette disposition est clair : il s'agit d'empêcher qu'une décision puisse être perpétuellement remise en cause par une partie qui pourrait discrétionnairement choisir le moment de la notification et donc le point de départ des délais en matière de voies de recours. Un tel délai butoir participe non seulement de la bonne administration de la justice mais surtout de la stabilité et de la cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble.

341. Par ailleurs, d'autres arguments textuels confirment que l'existence d'un délai doit être retenue comme critère de qualification de la voie de recours. A chaque fois qu'une voie de droit est susceptible de provoquer l'anéantissement de l'efficacité d'une décision, elle se trouve enfermée dans un délai. En revanche, si la vérification juridictionnelle n'est pas susceptible d'être remise en cause, aucun délai nécessaire pour en assurer la stabilité. Ici encore, les exemples peuvent être trouvés dans les deux sens. Ainsi, l'article 463 du Code de procédure civile, qui ouvre le recours en retranchement ou en complément selon que l'on se trouve dans un cas d'*infra* ou d'*ultra petita*, constitue incontestablement une atteinte à la chose premièrement jugée¹. Dans ce cas en effet, les droits des parties sont immanquablement revus soit dans le sens d'une augmentation, soit dans le sens d'une diminution, sans que la décision originale soit conservée dans son intégralité. En ce sens, le recours en complément doit bien être classé dans la catégorie des voies de recours car il participe du mécanisme de destruction-remplacement². En conséquence, cette voie procédurale particulière se trouve enfermée dans un délai d'un an qui court à compter du jour où la décision est devenue irrévocable³.

De plus, le délai d'exercice d'une voie de recours ne court pas nécessairement dès la notification de la décision. Le point de départ est en réalité indifférent à la qualification, car ce qui importe c'est l'existence d'un délai. L'exemple le plus topique est celui du recours en révision, figurant dans la section du Code relative aux voies extraordinaires de recours. Il s'agit bien d'une voie de recours qui affecte la vérification juridictionnelle. On en voudra pour preuve l'article 593 qui dispose que « le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ». C'est la connaissance par la partie qui agit en révision de l'un des

¹ V. Particulièrement R. Perrot, « Jugement. Omission de statuer : le délai d'un an et sa portée », RTD Civ. 1994, p. 683 ; pour cet auteur, le délai d'un an est nécessaire pour préserver l'immutabilité de la vérification juridictionnelle ; au-delà, il faut introduire une nouvelle instance pour le chef de demande omis (uniquement pour l'*infra petita*).

² K. Salhi, *op. cit.*, pp. 241 s.

³ Au sens d'épuisement de toutes les autres voies de recours, de rétractation comme de réformation

quatre cas d'ouverture¹ qui marque le point de départ du délai de deux mois dans lequel cette voie de recours est enfermée².

Inversement, la procédure en rectification d'erreur matérielle ou en interprétation du jugement, établie à l'article 462 du Code de procédure civile ne modifie en rien l'efficacité substantielle ou procédurale de la décision originaire. Plusieurs arguments militent en effet en ce sens. Tout d'abord, le recours en rectification est susceptible de se superposer aux autres voies de recours dont est susceptible la décision originelle, notamment l'appel ou le pourvoi en cassation. Par ailleurs, la décision rectifiée ou modifiée, est elle-même susceptible des mêmes voies de recours : c'est bien la preuve que la qualification de voie de recours ne saurait être retenue pour la voie de droit établie par l'article 462, faute de quoi elle créerait une superposition incompatible avec l'articulation établie par le Code³. Le critère fonctionnel de destruction-remplacement n'est en l'espèce pas rempli et la vérification juridictionnelle reste intacte. La Cour de cassation veille scrupuleusement à ce que seules les erreurs purement matérielles puissent être rectifiées selon cette procédure, à l'exclusion de tout raisonnement juridique nouveau⁴. Il n'est dès lors pas étonnant de constater qu'aucun délai n'est prévu en la matière : il ne serait de toute façon pas utile dans la mesure où la décision originelle ne peut être affectée dans l'efficacité qu'elle produit.

342. En conclusion, il est possible d'affirmer que l'existence d'un délai est bien un critère de qualification de la voie de recours. Couplé aux critères formel et fonctionnel précédemment énoncés⁵, il permet de formuler la définition de la voie de recours par la proposition suivante : la voie de recours est une voie de droit qui :

¹ Ils sont limitativement énumérés par l'article 595 : « Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes :

1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ;
2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ;
3. S'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ;
4. S'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement.

² Art. 596 CPC.

³ Parmi l'ensemble des voies de recours qu'il prévoit, le Code de procédure civile établit en effet une articulation en prohibant un chevauchement qui retarderait à l'excès le cours du procès ou conduirait à des incohérences ; par exemple, l'appel est ouvert alternativement à l'opposition afin que la procédure ne s'alourdisse d'un degré supplémentaire de juridiction.

⁴ V., pour une illustration de l'abondante jurisprudence en la matière, A. Perdriau, «La rectification des jugements civils», JCP G 1995, I, 3886, n°s 17 s. ; pour une analyse d'ensemble du recours en rectification, V. A. Dorsner-Dolivet, «A propos du recours en rectification», RTD Civ. 1989, p. 205.

⁵ V. *Supra*, n° 283.

1. Appartient au genre plus général des actions en justice et par conséquent est soumise aux conditions d'existence de cette dernière ;
2. A pour objet d'anéantir puis de remplacer la vérification juridictionnelle opérée par le juge primitivement saisi ;
3. Est enfermée dans un délai d'exercice qui, par son écoulement, marque une limite à la durée du procès et empêche qu'une décision puisse être indéfiniment remise en cause par l'exercice tardif d'une contestation ; en ce sens, c'est l'irrévocabilité de la chose jugée et non l'autorité qui marque, verticalement, la fin du procès.

L'application de cette définition au référé-rétractation conduit à exclure la qualification de voie de recours, précisément parce que ce dernier critère n'est pas rempli. Il faut alors trouver une qualification alternative. Immédiatement, la tentation est forte de se trouver vers l'autre solution proposée : considérer que le référé-rétractation est une « voie d'élévation du contradictoire ». Cependant, ce vocable est un néologisme et n'a de sens que celui que l'on veut bien lui donner. Ce n'est, finalement, qu'un terme descriptif qui dépeint le mécanisme issu de l'article 496 sans en donner une véritable définition. Bien entendu, il est loin d'être faux ou inapproprié : l'exercice du référé-rétractation par le tiers visé réintroduit effectivement la contradiction là où la procédure en était dépourvue. Doit-on alors user du terme « recours » ? Le Code de procédure civile utilise indifféremment les mots « recours » et « voies de recours »¹, ce qui rend difficile l'emploi univoque de ce vocable.

343. Au-delà d'un problème de terminologie, il faut s'interroger sur la nature profonde du référé-rétractation. Il ne peut s'agir d'un mécanisme d'élévation du contradictoire car l'ordonnance sur requête n'est pas, à certaines hypothèses près, gracieuse. Il est possible de se demander si ce n'est pas, néanmoins, un autre emprunt fait à la procédure gracieuse par pure commodité, comme c'est le cas pour le régime de l'appel dont l'article 496 dit qu'il sera « formé, instruit et jugé *comme*² en matière gracieuse ». C'est une possibilité à laquelle il est impossible de renoncer *a priori*, même si elle conduit à appliquer un régime par pure analogie avec la matière gracieuse. Une dernière possibilité³, enfin, serait que le référé-rétractation serait l'écho de l'article 17 qui dispose que « lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief ». Il semble que ce soit très précisément une situation telle que celle de l'article 1107 que vise ce texte : des mesures sont

¹ Par exemple, l'article 528, situé dans le titre XVI intitulé « Les voies de recours », dispose que « le délai à l'expiration duquel un **recours** ne peut plus être exercé court à compter de la notification du jugement [...] ».

² Nous soulignons.

³ Qui rejoint la présentation théorique première réalisée lors de l'approche de la question, V. *Supra*, n° 331.

ordonnées hors la présence de l'une des parties qui en subissent un préjudice. La Cour de cassation s'est récemment prononcée en ce sens, dans une décision remarquable rendue par la première chambre civile en date du 13 juillet 2005¹. En usant volontairement des mêmes termes que l'article 17, la Cour décide que, d'une part, « le référé afin de rétractation de constitue pas une voie de recours », et, d'autre part, « qu'il s'inscrit dans le nécessaire respect du principe de la contradiction qui commande qu'une partie, à l'insu de laquelle une mesure urgente a été ordonnée, puisse disposer d'un *recours approprié*² ». Deux conséquences découlent directement de cette décision. Premièrement, en déniait le caractère de voie de recours au référé-rétractation, alors qu'était en cause une ordonnance du juge aux affaires familiales rendue sur le fondement de l'article 1107, la première Chambre civile semble vouloir indiquer expressément que le référé-rétractation n'est pas concerné par la prohibition de « tout recours » qu'établit ce texte. Deuxièmement, en rattachant de manière non moins univoque cette solution à l'article 17, la Cour donne un fondement théorique à la solution donnée, qui, par sa généralité, porte bien au-delà du seul article 1107. C'est en réalité sur l'ensemble des interdictions du même type que se prononce l'arrêt et met ainsi fin à la controverse. Ceci a un avantage pratique indéniable : la levée de l'incertitude qui pouvait jusque-là s'établir tant au sein des prétoires que dans les cabinets d'avocats.

344. Finalement, toutes les positions en présence exposées, départagées qui plus est par la Cour de cassation elle-même, que reste-t-il à dire sur la nature du référé-rétractation ? En pure opportunité, une telle solution doit évidemment être approuvée, en ce que l'on comprendrait mal qu'une partie à l'insu de laquelle une décision a été ordonnée ne puisse la contester. Sur le plan théorique, le rattachement à l'article 17 semble être la voie la plus adéquate pour le référé-rétractation ; les deux autres possibilités, l'assimilation à la matière gracieuse et la qualification de voie de recours sont à exclure car elles ne sont compatibles ni avec la nature de l'ordonnance sur requête, ni avec le mécanisme propre du référé-rétractation. Ceci souligne l'importance du contradictoire parmi les principes directeurs du procès civil³ et confirme la thèse de M. PERROT sur la scission de la procédure sur requête en deux étapes⁴.

Enfin, sur un plan technique, il ne semble pas que le terme *recours* soit le plus approprié, car l'article 1107 interdit justement tout *recours*. L'emploi de ce vocable est toutefois rendu nécessaire pour deux raisons. D'une part parce qu'il n'en existe aucun autre plus approprié, les deux mots utilisés pour désigner la remise en cause d'une décision de justice étant *voie de recours* et *recours*. D'autre

¹ Cass. 1^{ère} Civ. 13 juillet 2005, Bull. Civ. n° 334, D. 2005, IR 2339, RTD Civ. 2005. 753 obs. J. Hauser JCP 2005. I. 199, obs. J. Rubellin-Devichi ; RJPF 2005-12/22, obs. F. Eudier ; Dr. Fam. 2006 comm. 42 note M. Farge.

² Nous soulignons.

³ V. G. Wiederkehr, « Le principe du contradictoire », D. 1974 chron. 95.

⁴ Même si le rattachement théorique est cette fois différent.

part, utiliser l'expression *recours approprié* était à l'évidence nécessaire pour signifier le rattachement à l'article 17. Il faut à notre sens en déduire que le référé-rétractation est une voie procédurale *sui generis*, créée pour un besoin spécifique, tout comme l'est la procédure sur requête en général. Là où il est apparu nécessaire d'évincer, provisoirement, l'adversaire potentiel de l'instance, il a été non moins indispensable d'assurer son retour¹. Encore une fois, les problèmes de qualification ont la même origine que pour la détermination de la nature de l'ordonnance sur requête elle-même. Tandis que le chercheur s'efforce d'essayer de ranger un certain nombre de notions parmi un certain nombre de catégories, le législateur, à l'approche plus pragmatique, répond par la création d'outils procéduraux aux besoins de la pratique, sans se soucier de savoir si ce qu'il engendre rentrera dans l'une ou l'autre des divisions établies. Par conséquent, si une notion refuse obstinément de se plier aux tentatives de classification en utilisant des critères pertinents, il faut bien se résoudre à la laisser hors de l'ordre établi, dans toute sa particularité. Reconnaître une procédure comme étant hors catégorie ne signifie pas renier sa nature mais permet au contraire de souligner son originalité.

Après avoir précisé la nature du référé-rétractation, il importe de voir que son régime reflète son autonomie structurelle et substantielle à l'égard des procédures voisines, et notamment du référé.

b. La mise en œuvre du référé-rétractation

345. La spécificité du référé-rétractation trouve toute son expression à l'examen de son régime. Empruntant au référé sa procédure tout en abandonnant les contraintes, sa singularité se manifeste par des conditions d'ouverture volontairement larges. L'objectif est de ne pas faire peser sur le tiers visé des limitations qui feraient manquer au référé-rétractation son but de rétablissement du contradictoire. Deux aspects sont à distinguer dans ce bref aperçu du régime du référé-rétractation : celui-ci sera vu, d'une part, du côté du juge (α) et, d'autre part, du côté des parties (β).

α . La mise en œuvre du référé-rétractation quant au juge

346. Le juge de la rétractation, saisi sur le fondement de l'article 496, rétablit le débat en laissant le défendeur conclure au fond là où auparavant seuls existaient les arguments du requérant. Le rôle du

¹ V. également M. Foulon et Y. Strickler, *préc.*

juge doit être analysé sous une double perspective, celle des conditions de sa saisine tout d'abord, de ses pouvoirs ensuite.

59. Le terme *référé* au sein de l'expression *référé-rétractation* est un élément trompeur : il peut entraîner des confusions pour celui qui n'y prend garde. C'est en effet l'un des effets pervers de l'extension de la procédure de référé, victime de son succès en matière de désengorgement des juridictions : le Code de procédure civile pullule d'expressions mal définies, qui parfois se ressemblent, mais ne se confondent jamais¹. Ainsi peut-on parfois lire que le juge est saisi « comme en matière de référé », « en la forme des référés », etc... Ce qu'il est possible de reprocher au législateur, ce n'est pas tant d'utiliser une procédure qui a fait ses preuves pour accélérer le traitement de certains types de litiges qui peuvent se passer de la collégialité, mais plutôt de favoriser le mélange des genres et de regrouper sous un même vocable des notions divergentes, voire totalement antagonistes. Le « référé » en la forme n'a de référé que le nom : il s'agira le plus souvent d'une décision définitive ne bénéficiant des règles du référé que par emprunt².

C'est vrai également en matière de référé-rétractation : seule reste du référé la procédure, contradictoire et amorcée par une assignation en bonne et due forme. Il est en effet constant que le juge des requêtes n'est aucunement obligé de relever l'un des chefs de saisine indispensables pour le juge des référés. Ne sont ainsi exigées ni l'existence d'une contestation sérieuse³, ni l'urgence⁴. Une telle ouverture volontairement large du référé-rétractation témoigne de son rôle procédural particulier. Son régime le situe loin des schémas classiques, tant du référé que des voies de recours à proprement parler. Sans être enfermé dans un délai d'exercice, et sans s'apparenter à une action nouvelle en référé, le référé-rétractation apparaît comme la véritable continuation de la procédure unilatérale.

347. Les pouvoirs du juge de la rétractation vont également en ce sens, car ils sont exactement ceux du juge ayant prononcé l'ordonnance contestée. Dans le cas d'une ordonnance sur requête provisoire, le juge de la rétractation statuera avec les mêmes pouvoirs⁵, ou plutôt, étant donné le

¹ *Rappr.* Y. Strickler et M. Foulon, « Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ? », *Gaz. Pal.* 08 décembre 2012, p. 10.

² ---, « De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC », *D.* 2009, p. 2963.

³ *Cass. Com.*, 30 mai 2000, *Bull. civ. IV*, n° 113 ; *Cass. 2^e Civ.*, 1er juin 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. p. 167, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *Cass. Com.*, 1er décembre 1987, *JCP G* 1988, II, 21091, note L. Cadiet, *Bull. civ. IV*, n° 258, *D.* 1987, IR 260.

⁴ *Cass. 2^e Civ.*, 3 janvier 1979, *Bull. civ. II*, n° 6, *JCP G* 1979, IV, p. 80, *D.* 1979, IR 191, obs. P. Julien.

⁵ V. R. Perrot, *chron. à la RTD civ.* 1994, p. 426. - *Cass. 2^e Civ.*, 9 décembre 1987, *Bull. civ. II*, n° 262. ; *Cass. 2^e Civ.*, 8 février 1989, *Bull. civ. II*, n° 33 ; *Cass. 1^{re} Civ.*, 4 mai 1994, *Bull. civ. I*, n° 161.

caractère désormais contradictoire de la procédure, en qualité de véritable juge des référés¹. Etant donné que le référé et la procédure sur requête ne se distinguent que par le caractère contradictoire du premier, et appartiennent tous deux au genre plus général de la protection juridictionnelle provisoire, la décision rendue sur référé-rétractation sera bien provisoire par nature. En revanche, dans le cas d'une ordonnance gracieuse ou rendue en la forme des requêtes, le juge de la rétractation statuera exactement dans les mêmes limites : sa décision sera alors définitive². C'est encore une fois la manifestation de la continuité de la procédure et de l'application générale qui doit être faite du référé-rétractation dans tous les cas d'ordonnance rendue à la suite d'une requête : quelle que soit la nature de la décision primitive, dès lors qu'elle a été prise non contradictoirement, un mécanisme procédural existe pour que le juge puisse rétablir la contradiction avec exactement les mêmes pouvoirs et dans les mêmes conditions que lorsque le défendeur avait été évincé du prétoire.

348. Enfin, il convient de noter que l'appréciation des faits par le juge de la rétractation dépasse le cadre primitif de la procédure unilatérale. Il est en effet autorisé à prendre en compte tout fait survenu postérieurement au prononcé de l'ordonnance critiquée³. Le fait nouveau en tant que tel peut être considéré sous deux aspects : il peut s'agir d'un élément ou événement factuel véritablement nouveau qui n'existait pas lorsque la procédure unilatérale a été introduite. Mais ce peut être également un fait ancien qui était inconnu au moment de la saisine du juge des requêtes⁴. L'admission de ces faits « nouveaux » peut faire l'objet d'une double justification, qui ne peut être celle de la nature variable du référé-rétractation pour les raisons qui ont déjà été exposées auparavant⁵. En premier lieu, les faits anciens mais inconnus au jour du prononcé de l'ordonnance primitive peuvent avoir été sciemment occultés par le requérant dans l'hypothèse, probable, où ils lui étaient défavorables. Ce serait manquer à l'objectif poursuivi par le référé-rétractation que d'interdire au tiers visé d'en faire état lorsqu'il provoque le retour de l'affaire devant le juge. L'admissibilité des faits véritablement nouveaux se justifie en revanche d'un autre point de vue, qui est la conséquence directe de la qualification *sui generis*, ou celle de voie d'élévation du contradictoire, du référé-rétractation. Le juge des requêtes parachève ce qu'il a déjà commencé et s'assure de l'opportunité de la mesure ordonnée au regard de l'objectif de la protection

¹ Qui statue au provisoire sans toutefois être tenu par aucun des chefs de saisine des référés, V. Y. Strickler et M. Foulon, « De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC », *préc.* n°s 15 s.

² Ibid.

³ La solution est constante : Cass. 2e civ., 20 nov. 1985, Bull. civ. 1985, II, n° 176, Cass. 2e civ., 12 janv. 1994, Bull. civ. 1994, II, n° 25 ; RTD civ. 1994, p. 426, obs. R. Perrot.

⁴ S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, p. 151 ; la solution résulte également, *a contrario*, de Cass. 2^e Civ., 3 octobre 1984, Bull. civ ; II, n° 161 ; *adde* C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, pp. 307 s.

⁵ V. *Supra*, n° 334 *in fine*.

juridictionnelle provisoire, c'est-à-dire de la protection du droit d'agir au fond des parties. Selon le mot de M. PERROT, « le juge de la rétractation, parce qu'il est au point extrême d'un processus d'élaboration à plusieurs étages, doit examiner la situation telle qu'elle se présente à lui quand il statue »¹. Interdire l'invocation de faits nouveaux serait encore une fois contraire à la logique du mécanisme, car le référé-rétractation doit vider le litige dans tous ses points. Décider le contraire conduirait inmanquablement à la multiplication des contestations et à un accroissement des appels en la matière. C'est, encore une fois, l'expression d'un pragmatisme juridique qui ne se préoccupe pas des classifications théoriques : tant qu'à permettre la rétractation, il faut qu'elle soit la plus large possible pour permettre de clore le procès.

Vu du côté des parties, la qualification *sui generis* a également des conséquences procédurales non négligeables.

β. La mise en œuvre du référé-rétractation quant aux parties

349. Deux aspects particulièrement significatifs doivent être détaillés ici : d'un côté, les sujets actifs du référé-rétractation, et, de l'autre, la position procédurale des parties lors de l'instance en rétractation.

350. En ce qui concerne tout d'abord la question des sujets actifs, le texte de l'article 496, qui dispose que « tout intéressé » peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance, peut laisser croire que le référé-rétractation répond à la condition classique de l'intérêt à agir commune à toutes les voies de recours. Par conséquent, tout justiciable ayant un intérêt à contester la mesure ordonnée pourrait, semble-t-il, saisir le juge des requêtes sur le fondement de ce texte. Or, s'il n'est pas possible de réfuter l'exigence d'un intérêt pour l'exercice du référé-rétractation, ne serait-ce que parce qu'elle figure de manière expresse dans le texte², il n'apparaît pas possible de lui donner une portée excessivement large. Considérée sous l'angle de voie d'élévation du contradictoire, la question de l'ouverture du référé-rétractation conduit à en limiter les sujets actifs. Car de deux choses l'une : soit la qualification de voie de recours est retenue et dans ce cas toute personne qui y a intérêt peut contester l'ordonnance ; dans cette hypothèse, la tierce opposition devrait être considérée comme exclue en matière d'ordonnances sur requête en application de la maxime *specialia generalibus*

¹ R. Perrot, « Ordonnances sur requête. Rétractation : à quel moment le juge doit-il se placer ? », RTD Civ. 2002, p. 146.

² « S'il est fait droit à la requête, **tout intéressé** peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance ».

*derogant*¹. Soit, et c'est notre position, le référé-rétractation est pris en sa qualité de voie de droit *sui generis* et c'est alors sa fonction d'élévation du contradictoire qui devrait primer toute autre considération. Il n'y a alors qu'un seul sujet actif à l'action en rétractation : le tiers visé par la mesure ordonnée, car c'est bien lui qui est privé de la possibilité de contester les arguments présentés par le requérant lors de la première phase de la procédure. Historiquement, c'est d'ailleurs bien l'objectif de la « clause de réserve d'en référer », imaginée par le président De Belleyme². Elle n'avait pas pour but d'indiquer que tout un chacun pouvait forcer les portes du prétoire pour prétendre que l'ordonnance lui faisait grief, mais d'indiquer à celui contre lequel la mesure est dirigée qu'il n'était pas privé de tout recours. En conséquence de quoi, seul le tiers visé par la mesure doit avoir la possibilité d'agir sur le fondement du référé-rétractation³.

351. Par ailleurs, la conservation par les parties de leurs qualités procédurales lors de l'instance en rétractation confirme cette première idée. Il est constant en jurisprudence que, à la suite de l'exercice de la faculté offerte par l'article 496, c'est bien le requérant qui garde sa qualité de demandeur et supporte le risque de la preuve, et non le tiers visé, qui est pourtant à l'origine de l'assignation en rétractation⁴. Cette solution marque encore une fois une différence profonde avec le régime des voies de recours, où c'est celui qui conteste la décision attaquée qui doit en démontrer les vices. L'objectif est de permettre le réexamen contradictoire du dossier sans pénaliser le tiers visé et sans offrir au requérant, qui a déjà bénéficié de l'avantage d'une procédure unilatérale, le confort de la position de défendeur. C'est, en d'autres termes, la confirmation que le régime retenu par le Code de procédure civile n'est que le reflet de la nature particulière du référé-rétractation.

352. Il en résulte que prétendre fermer la voie de l'article 496 aux tiers autres que celui visé peut être générateur de critiques à l'encontre des développements qui précèdent. Cependant, les tiers dans leur ensemble ne sont pas dépourvus de toute protection juridictionnelle contre les éventuels griefs que peut leur causer l'ordonnance sur requête : il leur reste toujours la voie de recours de droit commun, la tierce opposition, dont il faut préciser le rôle en la matière.

¹ V., pour l'articulation entre le référé-rétractation et la tierce opposition, V. *Infra*, n°s 354 s.

² V. la note n°2 p. 230 ; *adde* G. Bonjean, *Traité des ordonnances sur requête*, Paris, Pédone, 1899.

³ A l'argument qui voudrait, à juste titre, que l'ordonnance est susceptible de préjudicier à des tiers autres que celui directement visé par la mesure, on répondra que la voie de la tierce opposition leur est ouverte dans les conditions de droit commun.

⁴ R. Perrot, «Qualité des parties et inversion du contentieux», *RTD Civ.* 2003, p. 351.

2. La tierce opposition

353. La tierce opposition peut paraître incongrue, voire inutile, en matière d'ordonnances sur requête. Son ouverture même peut susciter des doutes. A quoi bon, en effet, ouvrir la voie des articles 582 et suivants alors que l'article 496 prévoit déjà une possibilité de contestation à tout intéressé¹ ? Il est dès lors nécessaire de plaider au préalable pour l'ouverture de la tierce opposition contre les ordonnances sur requête (a.), car cette voie de recours a, par son objet, un véritable rôle dans l'évolution de l'ordonnance postérieurement à son prononcé (b.).

a. L'ouverture de la tierce opposition contre les ordonnances sur requête

354. L'argument premier et primordial en faveur de la fermeture de la tierce opposition contre les ordonnances sur requête est d'affirmer que l'article 496 exclut les articles 582 et suivants en raison du principe *specialia generalibus derogant*. Puisqu'il existe une disposition particulière régissant un *recours* particulier, il conviendrait d'exclure la tierce opposition, qui ferait alors double emploi. Cette solution a été celle de nombreux arrêts de la Cour de cassation². Pour autant, la position de la Haute juridiction n'est pas clairement établie puisqu'à d'autres occasions elle a au contraire admis la recevabilité de la tierce opposition à l'encontre d'ordonnances rendues sur requête³. Cette confusion jurisprudentielle résulte, comme pour les autres éléments du régime de l'ordonnance sur requête, du flou entourant sa nature profonde et des notions corollaires qui l'entourent, et dont le référé-rétractation fait partie. En posant de manière claire et non équivoque des bases théoriques fiables permettant de retenir une qualification satisfaisante, il est possible d'en déduire des conséquences pratiques qui permettront d'apaiser les controverses.

355. C'est le cas concernant l'ouverture de la tierce opposition, dont l'articulation avec le référé-rétractation est rendue complexe par les difficultés de qualification qui affectent ce dernier. L'argument précédemment énoncé ne peut plus être raisonnablement invoqué si l'on retient la voie d'élévation du contradictoire comme qualification pour le référé-rétractation. Pour que joue la maxime *specialia...*, il faut en effet que non seulement les deux mécanismes soient de même nature, mais par ailleurs qu'ils portent sur le même objet. Or, si la tierce opposition est une voie de recours,

¹ En ce sens, N. Fricero, « Tierce opposition », Rép. Proc. Civ. Dalloz, 2012, n° 43.

² V., à titre d'exemple, Cass. 2^e Civ., 3 janvier 1979, D. 1979, IR p. 291 obs. P. Julien.

³ V., entre autres, Cass. 1^{ère} Civ. 1er janvier 1977, Gaz. Pal.1977, 2, 455 note J.V.

le référé-rétractation n'en est pas une, en application du critère de l'existence d'un délai¹. Il n'y a donc pas de véritable concurrence entre ces deux voies de droit. La seconde des conditions énoncées n'est pas non plus remplie : le référé-rétractation porte sur l'efficacité produite par l'ordonnance contestée, tandis que la tierce opposition a pour objet principal son opposabilité². Par conséquent, le spécial ne peut ici exclure le général, puisque les fonctions et la portée des deux notions en présence sont radicalement divergentes. La conclusion doit être qu'il n'existe aucune raison valable de fermer la tierce opposition à l'encontre des ordonnances sur requête, qui doit dès lors suivre les règles de droit commun.

356. La question qui se pose immédiatement au vu de cette proposition est celle des sujets actifs à la tierce opposition. Ici encore, c'est la qualification précédemment retenue qui doit servir de guide. Le référé-rétractation, voie d'élévation du contradictoire, ne vise qu'à rétablir le contradictoire primitivement évincé. La seule personne qui en subit un préjudice et qui doit pouvoir contredire les moyens du requérant, c'est bien le tiers visé par la mesure ordonnée. De plus, et il importe de le souligner à ce stade, le référé-rétractation est *la seule* voie de droit ouverte à ce tiers pour contester l'ordonnance qui lui fait grief. Le tiers visé par la mesure, a bien la qualité de tiers lors de la première phase, unilatérale, de la procédure sur requête. Mais il convient de rappeler que la notification de cette mesure, concomitante à son exécution, étend à son égard le lien d'instance : de tiers il se mue en partie³. La condition fondamentale de l'article 582, qui dispose que « la tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque » n'est donc pas remplie, et la tierce opposition doit être fermée à son égard. Il existe donc, entre la tierce opposition et le référé-rétractation, une distinction fondamentale à l'égard de leurs sujets actifs respectifs. La première doit être ouverte aux seuls tiers non visés par la mesure, tandis que le second est réservé au défendeur potentiel visé dans la requête initiale. Une telle répartition n'est que la conséquence de la nature du référé-rétractation et permet de délimiter avec précision les domaines respectifs de chacun de ces deux mécanismes.

357. Tout ceci étant dit, il faut observer que la jurisprudence retient une position différente et ferme la voie de la tierce opposition aux tiers à l'ordonnance primitive, les obligeant à exercer le référé-rétractation lorsque celle-ci leur fait grief⁴. Ces décisions s'appuient sur la formulation de l'article 496 alinéa 2, qui dispose que le référé-rétractation est ouvert à « tout intéressé ». Nul besoin alors, selon

¹ La tierce opposition, au contraire du référé-rétractation, est enfermée dans un délai trentenaire en application de l'art. 586 al. 1 CPC.

² V. *Supra*, n° 339.

³ V. *Supra*, n°s 272 s.

⁴ Paris, 27 août 1973, Gaz. Pal. 1974. 1. 187 ; Paris, 28 mars 1977, Gaz. Pal. 1977. 2. 446, note J. Viatte, RTD civ. 1977 p. 828, obs. R. Perrot ; Cass. 2^e Civ., 3 janvier 1979, préc.

les arrêts rapportés, de recourir à la tierce opposition, alors même que le référé-rétractation se trouve ouvert de manière suffisamment large pour englober les tiers à l'ordonnance. Ce raisonnement ne peut qu'être contesté au vu de ce qui vient d'être dit au sujet de la qualification du référé-rétractation. Si celui-ci pouvait être qualifié de véritable voie de recours, il exclurait certainement la tierce opposition par application de la maxime *specialia...*, qui se profile en filigrane dans ces décisions. Mais ce n'est pas la qualification retenue, le référé-rétractation étant un recours *sui generis* ayant pour seul objet le *rétablissement de la contradiction*. La contradiction n'ayant pas été évincée à l'égard des tiers à l'ordonnance, elle n'a pas à être rétablie à leur endroit. On voit ici encore combien les incertitudes relatives à la qualification des ordonnances sur requête en général et du référé-rétractation en particulier mènent à une confusion des genres et des régimes.

Enfin, il existe dernier argument pour fermer le référé-rétractation à l'égard des tiers absolus. L'absence de délai pour l'exercice du référé-rétractation permettrait une contestation indéfinie de l'ordonnance sur requête, ce qui est préjudiciable à la cohérence normative des décisions. S'il est vrai que le délai trentenaire de la tierce opposition est certes assez long en soi pour permettre une contestation *quasi* indéfinie de l'ordonnance, il n'en reste pas moins que sur le plan des principes l'absence de tout délai est à proscrire.

Une fois admise comme ouverte la tierce opposition contre les ordonnances sur requête, il convient encore d'en préciser l'objet.

b. L'objet de la tierce opposition

358. Ainsi cantonnée dans un domaine nécessairement résiduel, la tierce opposition peut légitimement soulever des doutes quant à son utilité en matière d'ordonnances sur requête. Il est certes difficilement contestable que le premier lésé sera dans l'immense majorité des cas le tiers directement visé par la mesure, et que le référé-rétractation est suffisant pour pallier un éventuel mal-jugé. La tierce opposition n'en conserve pas moins une fonction qui lui est propre : elle remet en cause l'opposabilité de l'ordonnance attaquée, tout en laissant intacte son efficacité.

359. Les tiers autres que celui visé par la mesure sont susceptibles, indirectement, d'en subir des effets néfastes. Ceci est peut-être moins vrai pour les ordonnances sur requête provisoires que pour celles qui sont définitives, qu'elles soient gracieuses ou en la forme des requêtes. Car, dans le premier cas, ce n'est que le droit processuel d'action du tiers visé qui est fondamentalement affecté, tandis que dans ces deux dernières hypothèses, c'est le patrimoine et les droits du défendeur

potentiel à la procédure sur requête qui risque d'en pâtir. Par exemple, l'ordonnance homologuant un changement de régime patrimonial risque davantage de léser les créanciers de l'époux qu'une décision de saisie conservatoire, qui, à ce stade, ne fait que geler l'utilisation des fonds qui en font l'objet. Mais, du point de vue du régime de la tierce opposition, ces considérations n'ont que peu d'importance, car la nature de l'ordonnance y est indifférente.

Or, lorsqu'un tiers voit ses droits, et notamment son droit de gage général, amoindri par l'ordonnance sur requête, et que le référé-rétractation lui est fermé, un recours doit lui être ouvert. Ce recours, c'est précisément la tierce opposition. Cependant, son objet est nécessairement différent de celui du référé-rétractation. Ce dernier vise, en rétablissant la contradiction, à remettre en cause l'ordonnance contestée dans son ensemble, et porte donc sur l'efficacité que celle-ci produit. La tierce opposition n'affecte pas l'efficacité de l'ordonnance car, par hypothèse, celle-ci n'en produit aucune à l'égard des tiers ; seules les parties sont affectées par l'efficacité procédurale de l'ordonnance sur requête, ce qui les caractérise par ailleurs en tant que parties¹. A l'égard des véritables tiers², la décision du juge des requêtes ne produit qu'une simple opposabilité³. L'objet de la tierce opposition est alors d'attaquer cette opposabilité, et seulement celle-ci. Preuve en est qu'entre les parties l'ordonnance conserve tous ses effets, même ceux des chefs de dispositifs annulés par la décision rendue sur tierce opposition⁴. Le tiers peut alors ignorer l'ordonnance et faire comme si elle n'existait pas à son égard. La seule exception à cette règle est l'indivisibilité entre les chefs de dispositif contestés par la tierce opposition et les parties non attaquées, ce qui peut résulter notamment de l'impossibilité d'exécuter les deux décisions⁵, ou en cas de leur contrariété manifeste⁶. Dans ce cas, qui demeure l'exception, la tierce opposition affecte aussi bien l'opposabilité que, par corollaire, l'efficacité de l'ordonnance.

360. En conclusion, il convient d'ajouter que les développements qui précèdent n'ont pas de spécificité particulière en matière d'ordonnances sur requête vis-à-vis des autres décisions juridictionnelles qui peuvent faire l'objet de la tierce opposition : il s'agit dans tous les cas de remettre en cause leur opposabilité et non leur efficacité. Il n'en existe pas moins un intérêt particulier pour la présente démonstration, car elle a permis de souligner que la tierce opposition ne

¹ V. *Supra*, n°s 279 s. ; *adde.* F. Bussy, «La notion de partie à l'instance en procédure civile», D. 2003, p. 1376.

² *Je* ceux que ne vise pas la mesure sollicitée.

³ V. *Supra*, n°s 262 s.

⁴ Cass. 3^e Civ., 13 octobre 1981, Bull. civ. III, n° 155 ; Cass. 2^e Civ., 16 décembre 1985, Bull. civ. II, n° 200 ; Cass. 2^e Civ., 18 juin 2009, Procédures 2009, comm. 308, obs. Perrot.

⁵ Cass. Soc., 17 novembre 1960, JCP 1961. II. 19924, note R. L., RTD civ. 1961. 564, obs. P. Raynaud ; Cass. 2^e Civ., 18 juin 2009, préc.

⁶ Cass. 2^e Civ., 30 avril 2003, Bull. civ. II, n° 127, D. 2003. IR 1411, JCP 2003. IV. 2092, Gaz. Pal. 8-10 févr. 2004, p. 28, obs. E. du Rusquec.

diffère pas du référé-rétractation par sa seule nature, mais également par son objet. Dans cette optique, ces deux voies de droit sont complémentaires et l'une comme l'autre doivent être ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête. Elles ne sont pas en concurrence l'une avec l'autre, mais constituent deux aspect connexes de la possible remise en cause de l'ordonnance discutée.

Les voies de rétractation s'articulent donc harmonieusement, dotées chacune d'un domaine et d'un régime qui leur est propre. Parmi les voies de recours dont peut faire l'objet l'ordonnance sur requête, il faut encore faire l'étude des voies de réformation, pour déterminer tant leurs conditions d'ouverture que leur portée.

B. Les voies de réformation

361. Portées devant un juge hiérarchiquement supérieur au juge des requêtes, ces voies de recours sont au nombre de deux : l'appel (1.) et le pourvoi en cassation (2.).

1. L'appel

362. L'analyse de la voie d'appel sous l'angle du provisoire ouvre plusieurs pistes de recherche, d'un intérêt inégal pour les présents développements. La problématique de la portée de l'appel, c'est-à-dire de son effet dévolutif, a déjà été abordée lors de l'étude de la notion de voie de recours en général¹. Il faut donc mettre en exergue deux points jusque-là passés sous silence : l'articulation de l'appel avec le référé-rétractation (a.) et avec les autres voies de recours ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête (b.).

¹ V. *Supra*, n°s 281 s.

a. L'articulation de l'appel avec le référé-rétractation

363. L'enchaînement de la procédure sur requête, entre appel et référé-rétractation, ne pose au premier abord aucun problème. L'article 496 participe directement à cette apparente clarté en distinguant explicitement entre les hypothèses d'admission et de rejet de la requête. Si le juge fait droit à la demande du requérant, l'appel est fermé au profit du référé-rétractation. Si le juge la rejette, l'inverse se produit et seule la voie de l'appel se trouve ouverte. Cette dichotomie parfaitement réglée se trouve perturbée dans l'hypothèse où, s'agissant des ordonnances gracieuses, le juge prend l'initiative d'appeler un tiers à l'instance sur le fondement de l'article 332. Ce texte dispose, dans son alinéa second, que, « en matière gracieuse, [le juge] peut ordonner la mise en cause des personnes dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la décision à prendre ». Le référé-rétractation se trouve alors fermé au tiers appelé à l'instance au profit du seul appel¹. Deux observations peuvent être formulées à l'égard de cette solution.

364. Premièrement, cette position jurisprudentielle confirme de manière implicite la qualification de voie d'élévation du contradictoire retenue au profit du référé-rétractation. Lorsque la première phase de la procédure sur requête voit renaître le contradictoire par la volonté du juge, aucune étape supplémentaire n'est nécessaire car l'ensemble des parties ont pu s'exprimer. C'est donc une situation équivalente à celle dans laquelle le référé-rétractation aurait déjà été exercé, et rien ne s'oppose à ce que la procédure suive son cours vers les étages supérieurs de la hiérarchie judiciaire.

365. Deuxièmement, aussi séduisant que paraisse ce raisonnement, il se heurte à un obstacle de taille : le domaine de l'article 332 alinéa 2. Ce texte vise expressément la matière gracieuse, ce qui contrarie directement les déductions qui viennent d'être faites quant à la nature de l'ordonnance sur requête, qui est loin d'être uniformément gracieuse. La logique qui a animé les rédacteurs du Code transparaît en filigrane : il s'agit, dans une procédure unilatérale, de préserver les intérêts des absents, de la même manière que l'obligation faite au juge gracieux de relever d'office son incompétence. Faut-il, dès lors, considérer ce texte applicable aux ordonnances sur requête dans leur ensemble, même à celles de nature contentieuse ? Il y a tout lieu de croire que cette question doit recevoir une réponse négative. Ce sont en effet les ordonnances gracieuses qui sont soumises au régime des articles 493 et suivants, et non l'inverse. Le seul emprunt fait par le régime général des ordonnances sur requête à la matière gracieuse est la procédure d'appel ; cela reste cependant un simple emprunt, et l'utilisation de l'adverbe « comme »² en témoigne. Par conséquent, les règles

¹ Cass. 1^{ère} Civ., 7 novembre 1979, Bull. civ. I, n° 274, RTD Civ. 1980 p. 164 obs. Perrot.

² L'article 496 dispose en effet que « l'appel est formé, instruit et jugé **comme** en matière gracieuse ».

générales de l'intervention forcée s'appliquent à l'ordonnance sur requête. Elles sont énoncées par l'alinéa premier du même article 332, qui dispose que le juge « *peut inviter*¹ les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige ». La différence avec le second alinéa est frappante, car dans le domaine contentieux le juge n'a pas de pouvoir d'injonction et ne peut que formuler une *invitation* à mettre en cause un tiers à l'instance. Les parties destinataires de cette invitation restent libres de la mettre ou non en œuvre². En somme, si la solution de principe, selon laquelle en cas d'attrait d'un tiers à l'instance l'appel est seul ouvert, mérite approbation, ses assises théoriques sont fortement contestables. Une base conceptuelle plus solide doit lui être substituée.

366. En réalité, une solution à ce problème existe déjà en droit positif. Il convient, pour la mettre en avant, de se tourner vers les voies d'exécution, en particulier vers l'article R. 511-5 du Code des procédures civiles d'exécution. Ce texte dispose qu'en « autorisant la mesure conservatoire le juge [de l'exécution] peut décider de réexaminer sa décision ou les modalités de son exécution au vu d'un débat contradictoire ». Cela reste une faculté pour le juge, mais son exercice permet de garantir efficacement la sauvegarde des droits du défendeur absent. La mesure sera certes ordonnée à son insu, mais la date de son examen contradictoire est déjà fixée : les intérêts de l'ensemble des parties sont préservés.

367. Cette dernière tournure procédurale est certes très intéressante, mais c'est en droit comparé que les solutions les plus avantageuses peuvent être trouvées, et notamment dans la procédure italienne des *cautele*³. Son déroulement est simple. Le requérant commence par saisir unilatéralement le juge au moyen d'une requête, mais c'est au magistrat qu'il appartient de décider de la nature de l'instance qui va suivre. S'il estime que le contradictoire doit être évincé, il ordonne la mesure, à charge pour le tiers visé d'agir en rétractation. Si, au contraire, il juge qu'aucune dérogation n'est justifiée, il convoque le défendeur et un véritable débat contradictoire s'installe. Le juge devient alors un véritable pivot entre les équivalents transalpins des requêtes et des référés. Une seule demande introductive, deux issues possibles. Voilà une manière bien élégante d'assurer l'articulation des procédures.

368. Dans son état actuel, le droit positif français, à l'exception notable de la saisie conservatoire, ne permet au juge des requêtes que de formuler une *invitation* à mettre en cause un tiers, certes non

¹ Nous soulignons.

² V., pour une critique nuancée, R. Perrot, « Intervention forcée : l'invitation d'un juge n'est qu'une simple faculté », RTD Civ. 2008, p. 15; « Intervention forcée : mise en cause d'office par le juge. », RTD Civ. 1994, p. 163.

³ C. Chainais, *op. cit.*, pp. 45 s.

dénuée de valeur morale¹, mais dépourvue de sanction en tant que telle. Une réforme des textes actuels pourrait donc être envisagée dans deux directions. Une évolution de moindre envergure des textes serait simplement d'élargir la solution de l'article R. 511-5 précité, donnant au juge la faculté de fixer par avance la date d'une audience contradictoire. Un changement plus ambitieux impliquerait la possibilité pour le juge d'appeler directement le tiers à l'instance, la transformant en un véritable débat contradictoire. Il s'agirait alors d'un emprunt plus prononcé à la procédure de *cautele*. Le référé-rétractation ne serait dans ce cas plus de mise, seul l'appel devant alors être ouvert.

369. Pour schématiser ces deux propositions, **un article 496-1 nouveau pourrait trouver sa place dans le Code de procédure civile**, ainsi rédigé :

« Dans le cas où les circonstances justifient que soit appelée la partie adverse, le juge peut ordonner l'attrait à l'instance du tiers visé la mesure sollicitée. Celle-ci se poursuit alors en application des articles 484 à 492.

S'il fait droit à la requête sans user de la faculté donnée à l'alinéa précédent, le juge peut fixer la date du réexamen contradictoire de l'affaire en présence du tiers visé par la mesure ordonnée »

370. La décision d'attirer à l'instance le tiers visé, immédiatement ou postérieurement à l'exécution de l'ordonnance serait ainsi une simple mesure d'administration judiciaire. Cette qualification est justifiée à l'égard des critères précédemment énoncés de ce type de mesures². Sur le plan formel constituent des critères de la mesure d'administration judiciaire d'une part la faculté du juge de prononcer la mesure d'office et, d'autre part, l'absence d'exigence de motivation. A conférer au juge des requêtes le pouvoir de rendre la procédure contradictoire, une telle prérogative doit répondre à ce double critère. Le juge doit pouvoir appeler d'office le tiers à l'instance, car ce ne peut être l'œuvre du requérant qui a par hypothèse choisi d'user de la procédure unilatérale. Ce pouvoir ne peut qu'être discrétionnaire, car exiger une motivation serait à la fois frustrant et inutile pour le magistrat, les raisons de la réintroduction du contradictoire étant toujours les mêmes : l'usage de la procédure unilatérale n'est pas justifié par les circonstances.

En outre, la mesure d'administration judiciaire se caractérise, sur le plan matériel cette fois, par deux éléments alternatifs. Elle peut viser soit à la gestion du service public de la justice, comme les ordonnances de roulement prises par le président de la juridiction pour établir la composition de celle-ci. Elles peuvent également relever de la gestion d'une instance en cours, sans pour autant

¹ V. R. Perrot, observations précitées à la RTD Civ. 2008 p. 154.

² V. *Supra*, n°s 122 s.

affecter les droits des parties, ce qui leur a valu l'appellation d'« actes processuels non juridictionnels »¹. Pour reprendre le mot d'un auteur, ces actes sont nécessaires pour « organiser l'activité du juge [...] pour permettre ainsi de faire des actes juridictionnels »². La réintroduction d'office du contradictoire relèverait certainement de cette catégorie d'actes afférents à la gestion de l'instance. Toute la question est de savoir si une telle décision affecte véritablement les droits des parties, et notamment ceux du requérant. On peut certes y répondre par l'affirmative en estimant que prévenir le tiers visé de la procédure diligentée contre lui ruine l'effet de surprise et risque d'entraîner l'inefficacité de la mesure sollicitée. Ce n'est néanmoins pas en ce sens que va notre opinion, pour deux raisons. La première raison est qu'aucune mesure, fût-elle de pure administration judiciaire, n'est totalement neutre à l'égard des droits des parties à l'instance. Par exemple, un simple renvoi à une audience ultérieure risque d'entraîner un préjudice pour la partie qui subit un retard dans la réalisation de son droit. L'instance étant un processus dynamique qui s'inscrit dans la durée, toute décision qui affecte son déroulement aura nécessairement certaines conséquences pour les parties. Sous cette réserve, la seconde raison d'admettre que l'introduction du contradictoire n'affecte pas les droits du requérant est que le magistrat exerce un contrôle préalable. S'il décide que la procédure doit être contradictoire et non unilatérale, c'est qu'il a estimé que l'efficacité de la mesure n'exigeait pas l'effet de surprise, ce qui réduit grandement le risque de préjudice. Au-delà de ces arguments, c'est vers la finalité de la qualification de mesure d'administration judiciaire qu'il faut se tourner. Elle permet d'exclure tout recours contre la décision du magistrat en application de l'article 537 du Code de procédure civile qui dispose que « les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours ». Retenir la qualification d'acte juridictionnel conduirait à en permettre la contestation, ralentissant grandement la procédure sur requête. En somme, la faculté d'appeler un tiers à l'instance relève de l'administration judiciaire à un double titre : parce qu'elle remplit les critères de la mesure d'administration judiciaire, et parce qu'interdire toute contestation à son encontre est souhaitable pour le bon déroulement de la procédure sur requête.

371. L'appel serait en revanche ouvert à la fois contre la décision de rejeter la requête, et contre l'ordonnance rendue à l'issue de l'instance contradictoire. Cela permettrait au juge de sauvegarder efficacement les intérêts de l'ensemble des parties en accord avec le souci de célérité sous-jacent dans la juridiction du provisoire. Par ailleurs, le renvoi aux articles 484 à 492, c'est-à-dire au référé, sans l'emploi des expressions « comme en matière des référés » ou « selon la procédure applicable aux référés », évite toute confusion : il s'agit bien d'un véritable référé et non d'un référé en la

¹ H. Motulsky, *Droit processuel*, textes de cours par M. Capel, Montchrestien, 1973, p. 17.

² G. Wiederkehr, obs. sous Cass. 1^{ère} Civ., 6 avril 1994, *Justices* 1995, 283, n° 2, spéc. p. 287.

forme. Cette solution est plus avantageuse que d'autoriser le juge des requêtes à renvoyer les parties à se pourvoir en référé. Il n'y aurait aucune innovation par rapport au droit positif, puisqu'en cas de rejet de la requête, le requérant reste libre de se tourner vers la juridiction des référés. Organiser une véritable *passerelle* entre le référé et la requête serait en revanche véritablement novateur. On voit difficilement pourquoi, alors que le passage s'est organisé assez largement entre la juridiction des référés et le juge du fond¹, il ne pourrait pas en être de même entre les divers juges du provisoire. Les procédures rapides y gagneraient en clarté, en lisibilité et en célérité.

b. L'articulation de l'appel avec les autres voies de recours

372. La place de l'appel parmi les autres voies de recours ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête peut être définie par sa confrontation avec la tierce-opposition (α) et les voies particulières de rétractation, c'est-à-dire le recours en révision, en rectification, en complément ou en retranchement (β). Il est à noter, à titre liminaire aux développements qui vont suivre, que toute concurrence entre l'appel et ces diverses voies de recours est impossible antérieurement à l'exercice du référé-rétractation, en raison du caractère restrictif de l'article 496². Seule la phase de la procédure postérieure à l'ordonnance rendue sur l'instance en référé-rétractation nécessite de déterminer l'articulation des voies de recours entre elles.

α . L'articulation de l'appel avec la tierce opposition

373. De par leurs fonctions divergentes, l'appel et la tierce opposition sont peu susceptibles d'entrer en concours. Tandis que l'appel vise à la réformation de la vérification juridictionnelle, la tierce-opposition ne vise en principe qu'à restreindre l'opposabilité de l'ordonnance, sauf le cas particulier de l'indivisibilité des chefs de dispositifs attaqués³. La délimitation de leurs domaines respectifs a donc trait à leurs sujets actifs. L'appel n'est par hypothèse ouvert qu'aux parties⁴, tout au contraire

¹ Le système, à l'origine empirique, de la *passerelle* a été considérablement étendu par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, JORF n°302 du 29 décembre 2005, p. 20350 ; V. également le travail de J.-B. Racine, « La technique de la "passerelle" en droit judiciaire privé », in Mélanges Julien, Paris, Edilaix, 2003, p. 354.

² Il sera démontré plus loin que les voies de recours énumérées par ce texte sont exhaustives, tout du moins dans la première phase de la procédure sur requête, V. *Infra*, n° 427 s.

³ Il sera notamment ainsi lorsqu'il sera juridiquement impossible d'exécuter en même temps les deux décisions, V. Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2007, Bull. civ. I, n° 127 ; Cass. 2^e Civ., 30 avril 2003, Bull. civ. II, n° 127.

⁴ L'art. 546 al. 1 CPC dispose que « l'appel est ouvert à toute partie qui y a intérêt ».

de la tierce opposition qui est réservée à ceux qui n'ont été ni parties, ni représentées à l'instance primitive¹.

374. Or, cette distinction, *a priori* dénuée de difficulté, devient plus délicate en ce qui concerne les ordonnances sur requête. Le cercle des parties à la procédure unilatérale est fluctuant, d'abord restreint au seul requérant, puis étendu au tiers visé par la mesure lors de la signification de l'ordonnance. Le schéma classique implique alors l'enchaînement entre le référé-rétractation et l'appel. En revanche, les tiers véritables, ceux qui ne sont pas directement visés, mais à qui la décision du juge des requêtes cause grief, se voient ouvrir la voie de la tierce opposition. La question de l'articulation de cette voie de recours avec l'appel se pose néanmoins sous trois aspects : leur exercice exclusif, successif ou concomitant.

375. **L'exercice exclusif de l'appel au profit des tiers absolus.** La question de l'ouverture de l'appel aux tiers qui ne sont pas visés par la mesure sollicitée n'est pas dénuée de sens et mérite d'être posée. En effet, le régime de la matière gracieuse permet au juge de notifier sa décision à certains tiers. Ces derniers se voient alors ouvrir les portes de l'appel en application de l'article 546 alinéa 2². Il est tout à fait envisageable, au vu de la traditionnelle confusion faite entre les ordonnances sur requête et les décisions gracieuses, qu'un juge des requêtes décide de notifier l'ordonnance rendue à certains tiers qu'il estime devoir mettre au courant de la procédure. Il convient d'insister, ici encore, que le régime des ordonnances sur requête est totalement autonome vis-à-vis de la matière gracieuse. Le juge ne doit donc en aucun cas notifier, à sa guise, la décision à quelque tiers que ce soit ; il est par ailleurs aisé d'imaginer le danger que cela peut représenter pour le requérant, par ailleurs soucieux de préserver l'effet de surprise. La seule exception porte sur les ordonnances qui relèvent de la matière gracieuse au sens de l'article 25 du Code, peu nombreuses en droit positif et auxquelles le régime de la juridiction gracieuse doit être appliqué³. Il faut conclure de ce qui précède que l'appel est fermé aux tiers absolus contre l'ordonnance primitive, sauf lorsque cette ordonnance est véritablement de nature gracieuse, et que sa notification est décidée par le juge au profit de ces tiers.

376. **L'exercice successif de la tierce-opposition et de l'appel.** L'appel peut ensuite s'articuler chronologiquement avec la tierce-opposition, en application de l'article 592 qui dispose que « le jugement rendu sur tierce opposition est susceptible des mêmes voies de recours que les décisions de la juridiction dont il émane ». En d'autres termes, dans un schéma procédural classique, l'exercice

¹ Art. 583 al. 1.

² Ce texte dispose qu' « en matière gracieuse, la voie de l'appel est également ouverte aux tiers auxquels le jugement a été notifié ».

³ Telle la rectification des actes d'état civil en application de l'article 99 du Code civil.

de la tierce opposition ne fait qu'ajouter une étape au procès, qui est susceptible par ailleurs d'évoluer vers un appel et éventuellement un pourvoi en cassation. Une application à la lettre de ce texte pourrait cependant conduire à des résultats aberrants en ce qui concerne les ordonnances sur requête.

377. Il faudrait, si l'on suivait jusqu'au bout la logique de l'article 592, faire une distinction selon que le référé-rétractation ait ou non été introduit préalablement à la tierce opposition. En effet, en application de l'article 496, l'appel n'est ouvert qu'en cas de rejet de la requête, au profit du requérant, ou à l'encontre de l'ordonnance rendue sur référé-rétractation. Imaginons deux hypothèses. Dans un premier cas, l'ordonnance sur requête est frappée de tierce opposition avant que soit exercé le référé-rétractation. Cette ordonnance étant insusceptible d'appel, la décision rendue sur tierce opposition ne pourrait donc pas, par transposition, être frappée d'appel. Dans un second cas, la tierce opposition exercée contre l'ordonnance rendue sur référé-rétractation aboutirait à un résultat exactement inverse. L'appel pouvant être interjeté après le référé-rétractation, il devrait être ouvert contre la décision rendue sur tierce opposition dans cette hypothèse. En d'autres termes, l'ouverture ou la fermeture de l'appel contre l'ordonnance statuant sur la tierce opposition serait totalement dépendante de l'exercice préalable du référé-rétractation, c'est-à-dire de la volonté du tiers visé.

378. Cette solution est inacceptable car elle conduit à rendre aléatoire la garantie d'un double degré de juridiction au profit des tiers absolus¹. L'appel doit être considéré toujours ouvert contre la décision statuant sur la tierce opposition. Cette solution doit d'autant plus être privilégiée qu'elle trouve une assise théorique dans le caractère dérogatoire des dispositions de l'article 496 qui impose de considérer que la liste des voies de recours qu'il établit est limitative. En conséquence de quoi, toutes les voies de recours autres que l'appel ne peuvent être exercées jusqu'à ce qu'il soit statué sur le référé-rétractation et que la contradiction soit rétablie. Or, il y a tout lieu de croire que cette restriction ne s'applique pas à la tierce opposition.

379. En effet, imposer des limitations à l'ouverture de l'appel ne peut se justifier que par la nécessité de rétablir préalablement le contradictoire évincé dans la première phase de la procédure sur requête, pour ne pas priver le tiers visé du double degré de juridiction. La procédure des référés, qui ne se distingue de l'ordonnance sur requête que par son caractère contradictoire, n'est pas sujette à de telles restrictions, ce qui confirme cette idée. L'objet de l'article 496 est de rétablir le contradictoire... à l'égard de celui qui en a été privé, c'est-à-dire le tiers visé par la mesure sollicitée. L'articulation limitative des voies de recours de l'article 496 ne peut donc que concerner les parties, à

¹ C'est-à-dire ceux non visés par la mesure sollicitée dans la requête introductive.

savoir le requérant et le tiers visé dans la requête, qui a vocation à devenir le défendeur à l'instance en référé-rétractation. Les tiers absolus ne peuvent être soumis à de telles restrictions : l'éviction primitive du contradictoire ne change rien à leur égard. Peu importe alors, du point de vue de la tierce opposition, que le référé-rétractation ait ou non été exercé : l'appel doit être ouvert contre la décision qui en résulte.

380. L'exercice concomitant de l'appel et de la tierce opposition. En ce qui concerne l'ouverture de la tierce opposition lorsque l'instance en appel est pendante, le régime des ordonnances sur requête rejoint les solutions de droit commun. Une précision utile cependant : l'appel dont il s'agit ici ne peut qu'être celui qui frappe l'ordonnance rendue sur instance en référé-rétractation. L'appel qu'interjette le requérant pour contester le rejet de sa requête n'intéresse par hypothèse pas les tiers qui ne peuvent être affectés par la décision attaquée.

381. Or, il est de jurisprudence constante que l'appel rend irrecevable la tierce opposition contre la décision contestée¹. Le tiers ne dispose alors que de la voie de l'intervention volontaire² ou forcée³ pour intégrer l'instance d'appel. L'articulation entre ces voies de recours est réglée de manière simple et élégante par l'exclusion pure et simple de la tierce opposition au profit de l'appel.

β. L'articulation de l'appel avec les voies particulières de rétractation

382. Sur ce point encore, le droit commun rejoint le régime des ordonnances sur requête, précision faite de ce que la restriction apportée par l'article 496 est applicable. Les recours en rectification, révision et complément ne sont donc possibles qu'après le rétablissement de la contradiction par l'exercice du référé-rétractation.

383. Le recours en rectification. Le principe de l'articulation entre l'appel et le recours en rectification est l'usage alternatif de ces deux voies de recours, sous la réserve du caractère moins onéreux de la seconde. L'article 462 ouvre une option puisqu'il dispose que « les erreurs ou omissions matérielles [...] peuvent toujours être réparées *par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle [le jugement] est déféré* ». En d'autres termes, chaque partie est libre de choisir la voie

¹ Cass. Soc. 31 mai 1989, RTD Civ. 1990, p. 150, obs. R. Perrot.

² Art. 554 : « Peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité ».

³ Art. 555 : « Ces mêmes personnes peuvent être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause ».

préférable, entre l'appel et la procédure en rectification. Gageons que l'option de l'appel ne sera choisie que s'il existe d'autres griefs adressés à l'ordonnance qu'une simple erreur matérielle.

384. **Le recours en complément ou en retranchement.** La précision précitée de l'article 462 ne se retrouve pas dans le texte de l'article 463. Il n'existe donc pas, en la matière, d'option similaire au recours en rectification. Pour critiquer un éventuel *infra* ou *ultra petita*, les parties devraient donc obligatoirement introduire une requête sur le fondement des articles 463 ou 464. Cependant, la jurisprudence décide qu'en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, toute malfaçon de la décision attaquée peut être corrigé, y compris les *infra* et *ultra petita*¹. L'importance de cet effet dévolutif ne doit pas être sous-estimée et la Cour de cassation sanctionne le renvoi devant les juges de première instance au motif que l'invocation du grief d'*ultra petita* en appel prive l'adversaire du double degré de juridiction². L'articulation est donc ici alternative : les deux parties ont le choix entre la voie de l'appel et l'introduction d'une requête sur le fondement des articles 463 et 464.

385. **Le recours en révision.** Les conditions d'ouverture du recours en révision régulent son articulation avec l'appel. L'article 593 restreint le champ d'application de ce recours aux décisions passées en force de chose jugée, c'est-à-dire insusceptibles de voies de recours suspensives. Il s'ensuit qu'il ne peut être exercé que postérieurement à l'appel, ou si le délai pour interjeter appel est expiré. Il s'agit donc d'une articulation purement chronologique, où l'appel doit nécessairement précéder le recours en révision.

2. *Le pourvoi en cassation*

386. L'analyse du pourvoi en cassation en matière d'ordonnances sur requête a une importance capitale, non pas tant au niveau de son régime, qui ne présente pas de spécificités particulières, mais en ce qui concerne le contrôle exercé par le juge de cassation. Le pourvoi tend en effet à « faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit »³. La portée du contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur le régime de l'ordonnance sur requête contribue directement à délimiter les notions autour desquelles s'articule la procédure unilatérale. En termes techniques, il s'agira d'évaluer, au travers des exigences de motivation, la portée du contrôle de qualification exercé en matière d'ordonnances sur requête.

¹ Cass. 2^e Civ., 19 juin 1975, Bull. civ. II, n° 192 ; V. A. Perdriau, «La rectification des jugements civils», *préc.* n° 42

² Cass. Com., 16 juin 1987, Bull. civ. IV, n° 145.

³ Art. 604 CPC.

387. La qualification est le lien nécessaire entre le monde du fait et celui du droit, consistant à « identifier une situation de fait à une notion légale [...] et, par suite, à apprécier quelle règle juridique lui est applicable »¹. Le contrôle de qualification est un instrument à portée variable entre les mains de la Cour de cassation, qui tantôt le restreint, tantôt l'étend en raisons de diverses considérations de politique juridique pas toujours incontestables². Certaines notions, en raison de leur importance et d'un besoin d'uniformisation, sont soumises à ce contrôle. D'autres en revanche sont laissées à l'appréciation souveraine du juge des requêtes, ne laissant subsister qu'un simple contrôle de motivation. Parce qu'il s'agit fondamentalement de savoir si une situation peut donner lieu à la saisine du juge des requêtes, c'est bien par un contrôle de la qualification des faits qu'il est possible de sanctionner une mauvaise utilisation de la procédure unilatérale.

388. Une remarque liminaire s'impose cependant pour expliquer la division retenue et qui a trait à la délimitation du champ de la présente recherche. Pour des raisons qui tiennent à la perspective adoptée pour l'analyse, les conditions de saisine du juge des requêtes dans *tous* les cas d'ordonnance rendue sur requête ne seront pas abordées. Face à la grande diversité des textes et des branches du droit, tant substantiel que procédural, dont ils relèvent, des arbitrages ont été nécessaires. Etant donné que l'optique de la démonstration est celle du provisoire, de sa signification et de son influence sur les notions fondamentales de la procédure sur requête, seules seront abordées les cas de saisine qui relèvent des ordonnances sur requête provisoires, à l'exclusion des ordonnances gracieuses ou en la forme des requêtes. Sera donc examiné le contrôle de la qualification des cas de saisine pour les ordonnances provisoires innommées, ou générales (a.), et les ordonnances provisoires nommées, ou spéciales (b.).

a. Le contrôle de qualification en matière d'ordonnances provisoires innommées

389. Parmi les deux chefs de saisine « généraux », ouvrant la voie aux ordonnances innommées, le contrôle de qualification ne s'exerce pas de manière uniforme : tandis qu'il est relativement strict en matière de circonstances exigeant l'éviction du contradictoire (α.), l'urgence est quant à elle assez largement abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond (β).

¹ J. et L. Boré, « Pourvoi en cassation », Rép. Proc. Civ. 2008, n°331.

² V. A. Perdriau, « Réflexions désabusées sur le contrôle de cassation en matière civile », JCP G 1991, I, n° 3538.

α. Les circonstances exigeant l'éviction du contradictoire.

390. En raison du caractère essentiel des notions abordées, le contrôle de qualification des faits ayant donné lieu à la saisine du juge des requêtes ne pouvait être délaissé au profit de l'appréciation des juges du fond. Dans leur étude de la technique de cassation, Mme JOBARD-BACHELLIER et M. BACHELLIER ont synthétisé les raisons qui poussent la Cour de cassation à contrôler la qualification dans certains domaines et non dans d'autres. Les critères principaux, selon ces auteurs, sont le caractère objectif des situations de fait, excluant toute appréciation trop subjective, factuelle ou technique, ainsi que la nécessité d'unifier les solutions jurisprudentielles que l'ensemble du territoire national¹. A titre subsidiaire, c'est l'importance des notions en jeu qui motive l'exercice de ce contrôle². Force est de constater que tous ces critères sont remplis concernant le contrôle de qualification des conditions de saisine du juge des requêtes. Il s'agit bien de situations factuelles qui n'impliquent pas de sonder les esprits, mais d'apprécier objectivement des faits et notamment, de savoir si ceux-ci exigent que soit évincé le contradictoire. Par ailleurs, il importe que les solutions s'articulent harmonieusement entre les juridictions : il ne faudrait pas permettre, dans la mesure du possible, que le recours au juge des requêtes soit systématiquement accordé à Paris et très difficile à obtenir à Brest³. Il existe un véritable besoin d'unification des solutions dans ce domaine. Enfin, en ce qui concerne le troisième critère retenu, c'est l'importance des notions en jeu qui justifie un contrôle. L'accès au juge des requêtes doit être contrôlé et ne saurait être laissé à la libre appréciation des juges du fait. La procédure unilatérale doit rester une exception, utilisée dans des circonstances restrictivement admises.

391. La lecture combinée des articles 493 et suivants, ainsi que des textes relevant de chaque juridiction en particulier, tel l'article 812 et ses équivalents, conduit à mettre en évidence deux chefs de saisine pour les ordonnances innommées : l'urgence et les circonstances exigeant l'éviction du principe du contradictoire. Pour des raisons qui seront examinées plus loin⁴, seule la seconde de ces deux notions fait l'objet d'un contrôle de qualification, l'urgence étant laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il est en revanche constant que le requérant doit faire état de circonstances justifiant le recours à la procédure unilatérale, évinçant ainsi toute contradiction. Si tel

¹ X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, pp. 107 s.

² *Ibid.*, p. 111.

³ Et ce même si le Conseil constitutionnel décide qu'égalité n'est pas uniformité, V. notamment C. const., 29 décembre 2009, *Taxe carbone*, déc. n° 2009-599 DC, J.O. du 31 décembre 2009, p. 22295, cons. 80 ; *adde* F. Melin-Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », Cahiers du Conseil constitutionnel octobre 2010, n° 29.

⁴ V. *Infra*, n° 393 *in fine*.

n'est pas le cas, la requête doit être rejetée comme mal fondée en raison de l'absence de l'une des conditions de saisine du juge des requêtes. A ce titre, il n'est pas possible de justifier le recours à la procédure unilatérale par le possible retour de la contradiction *via* l'exercice *a posteriori* du référé-rétractation : un tel subterfuge est systématiquement sanctionné¹.

392. Techniquement parlant, le défaut de caractérisation de circonstances justifiant une procédure unilatérale peut être sanctionné au moyen de deux cas distincts d'ouverture à cassation. Dans une première série d'hypothèses, le juge des requêtes peut ne pas avoir suffisamment explicité les faits qui permettent de caractériser de telles circonstances. Le contrôle de cassation ne pouvant s'exercer en raison d'un manque de motivation, c'est une sanction *a priori* disciplinaire qui s'applique : le défaut de base légale². C'est au premier abord l'insuffisance de la motivation qui est ainsi sanctionnée, la Cour de cassation reprochant au juge du fond de n'avoir pas suffisamment détaillé les éléments de fait caractérisant la saisine du juge des requêtes. Cependant, ce cas d'ouverture ne sera souvent disciplinaire qu'en apparence car « si la Cour de cassation casse une décision pour ne pas avoir effectué telle ou telle recherche, c'est bien souvent parce qu'elle a le sentiment que, si cette recherche avait été effectuée, elle aurait conduit à une décision différente »³. Autrement dit c'est pour les Hauts magistrats un moyen direct de contrôler le contenu de cette notion, de baliser les circonstances qui exigent l'éviction du contradictoire. En pointant les insuffisances, la Cour souligne *a contrario* les exigences et délimite avec plus ou moins de précision, au fil des décisions, les contours de la saisine du juge des requêtes.

393. C'est en outre par la notion de violation de la loi que peut s'effectuer ce contrôle. C'est notamment le cas lorsque, bien qu'ayant suffisamment explicité en quoi le recours à l'ordonnance sur requête était nécessaire, le juge du fond a mal appliqué, ou plutôt mal interprété la loi. Il s'agit alors de violation de la loi par fausse interprétation, lorsqu'en présence de plusieurs sens possibles à une disposition légale le juge du fond n'a pas retenu celui que la Cour de cassation estime le plus pertinent⁴. Par exemple, une demande de constat portant sur un document conservé dans une étude notariale, une cour d'appel est sanctionnée pour violation de la loi après avoir considéré justifié le recours à la procédure unilatérale car le constat aurait permis de révéler « un acte de déloyauté »⁵. L'arrêt est cassé au motif que « la conservation de la pièce détenue dans la comptabilité d'un notaire était assurée et sa production devait donner lieu à un débat contradictoire [et] la cour d'appel a violé

¹ V., à titre d'exemple, Cass. 3^e Civ., 27 mai 1998, Bull. civ. III, n° 111 p. 74.

² V., parmi les nombreuses décisions explicitant ce cas d'ouverture en matière d'ordonnances sur requête, Cass. Com, 26 janvier 1999, Bull. civ. IV n° 28 p. 23 ; Cass. 2^e Civ., 23 novembre 1994, Bull. civ. II, n° 241 p. 139 ; *contra*, en cas de motivation suffisante, Cass. Com, 22 mars 1988, Bull. civ. IV n° 123 p. 86.

³ X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, p. 149.

⁴ J. et L. Boré, *op. cit.*, n° 372.

⁵ V. Cass. 1^{ère} Civ., 10 février 1993, Bull. civ. I n° 70 p. 46.

le texte susvisé [l'article 812] ». Dans cette espèce l'indication donnée est claire : la seule pertinence de la mesure ordonnée est insuffisante, il faut encore que le requérant démontre clairement en quoi la procédure contradictoire du référé était insuffisante à préserver ses intérêts. Il ne reste alors plus au requérant qu'à se pourvoir en référé, ce que manifeste par ailleurs l'usage par la Cour de la cassation sans renvoi permise par l'article 627 : la saisine n'étant pas caractérisée, la cassation n'implique pas que l'affaire soit renvoyée au juge des requêtes.

β. L'urgence.

394. Sans qu'il soit besoin ici d'aborder le contenu de la notion d'urgence¹, il suffit de relever qu'au regard de la Cour de cassation, le contrôle de qualification a été abandonné au profit du pouvoir souverain des juges du fond, autrement dit un simple contrôle d'existence de la motivation². Plusieurs raisons pourraient être avancées à titre de justification. En premier lieu, il importe de laisser aux juges du fait une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation de l'urgence pour pouvoir réguler au plus près du quotidien l'accès au prétoire. Plus qu'une notion figée, l'urgence s'apparente davantage à un concept cadre, fluctuant dans son contenu, et parfois même dans ses limites. Une unification de la jurisprudence dans ce domaine n'aurait donc que peu d'utilité, et pourrait même être contre-productive. De plus, et c'est là une seconde justification possible, la condition d'urgence est elle-même en déclin, déclin qui a commencé avec le référé et qui s'est étendu à la procédure sur requête³. Le contrôle de motivation s'est ainsi vu réduire, dans un premier temps, à la vérification de la simple mention, dans l'ordonnance rendue, des mots « vu l'urgence »⁴. Il convient de préciser que, bien que les décisions citées soient relatives au référé, elles sont parfaitement transposables à la procédure sur requête dans la mesure où l'urgence est bien un chef de saisine commun à tous les juges du provisoire⁵.

¹ Sur laquelle, V. *Infra*, n°s 758 s.

² V., à titre d'exemples, Cass. 1^{ère} Civ. 22 avril 1997, Bull. civ. I, n° 120 ; Cass. 3^e Civ., 1^{er} avril 1992, Bull. civ. III, n° 111.

³ Sur laquelle, V. *Infra*, n° 726.

⁴ Cass. 2^e Civ., 27 novembre 1957, Bull. civ. II n° 706.

⁵ Même si cette condition n'est pas la seule justifiant aujourd'hui le recours à ces juges.

b. Le contrôle de qualification en matière d'ordonnances provisoires nommées

395. Au sein de la classification opérée parmi la généralité des ordonnances sur requête, les ordonnances véritablement provisoires sont celles dites innommées ou générales, ouvertes en toute matière par l'article 812 alinéa 1¹ et ses homologues devant les autres juridictions que le tribunal de grande instance. Quatre types d'ordonnances font cependant exception, étant à la fois nommées et provisoires par nature. Il s'agit des saisies conservatoires de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution (α .), des mesures d'instruction à futur de l'article 145 du Code de procédure civile (β .), des diverses saisies contrefaçon relevant du Code de la propriété intellectuelle (γ .), ainsi que des mesures d'urgence de l'article 220-1 du Code civil (δ .).

α . Les cas de saisine relatifs à la saisie conservatoire.

396. L'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution énonce deux conditions cumulatives qui doivent être réunies pour fonder une demande de saisie conservatoire. Ce texte dispose que « toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur [...] si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ». Deux chefs de saisine peuvent être ici isolés : l'existence d'une créance qui paraît fondée en son principe et une menace qui pourrait en empêcher le recouvrement.

397. **La créance paraissant fondée dans son principe.** Le premier chef de saisine qui fonde le recours au juge de l'exécution statuant sur requête est l'apparence du droit de créance. A la fois circonstance et condition d'intervention privilégiée du juge du provisoire, le droit *apparent* renvoie intuitivement à une notion quelque peu floue, qui échappe à la rigueur. C'est le *fumus boni juris*, qui symbolise une approche superficielle du litige par le juge qui ne peut statuer au fond. Il a déjà été vu² que ce n'est pas le droit substantiel, démembré de son élément « définitif » qui est alors en jeu. Il s'agit de règles procédurales propres dont les conditions d'application divergent du droit substantiel en soi et qui ne peuvent conduire qu'au prononcé de *mesures* et non d'une condamnation.

Le contrôle exercé par la Cour de cassation dans ce domaine est double. D'une part, la notion d'apparence est contrôlée et peut être sanctionnée sur le fondement de la violation de la loi ; d'autre

¹ « Le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi ».

² V. *Supra*, n° 206.

part, si le juge a correctement appliqué cette notion, son appréciation des faits est souveraine et échappe au contrôle de cassation.

398. Pour définir la créance qui *paraît* fondée dans son principe, il est tentant de procéder par emprunt à la procédure voisine des référés, et notamment au référé-provision. Le concept de droit non sérieusement contestable semble en effet s'apparenter à la créance fondée en son principe, au premier abord en tout cas. Car la Cour de cassation ne confond pas les deux propositions et se montre pointilleuse dans la délimitation de leurs domaines respectifs, n'exerçant pas le même contrôle dans un cas comme dans l'autre. Dans une décision rendue le 19 décembre 2002 par la deuxième Chambre civile¹, la Cour a sanctionné pour violation de la loi par refus d'application la cour d'appel qui a refusé d'infirmier une ordonnance de mainlevée d'une saisie conservatoire au motif que l'étendue de la créance était incertaine. Ce raisonnement est censuré dans des termes clairs par l'arrêt qui énonce « qu'en statuant ainsi, alors que l'appréciation de l'existence d'une créance paraissant fondée en son principe dépendait de la *question qui était litigieuse entre les parties*², la cour d'appel a méconnu ses pouvoirs et a violé les textes susvisés [l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991³ et l'article L. 311-12-1 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire] ». Par cette décision, la Cour distingue clairement l'apparence de la contestation sérieuse. Cette dernière implique de se demander si le juge du fond aurait, au vu des mêmes éléments, estimé la créance fondée. Il en résulte qu'en matière de référé provision le juge doit vérifier s'il n'existe pas un doute sérieux sur l'existence de la créance, qui empêcherait la demande de prospérer au principal. Parmi les contestations sérieuses que le juge des référés ne peut trancher peuvent être cités en exemple l'applicabilité de la loi⁴ ou encore l'interprétation d'une clause imprécise de la convention⁵. Dans le même sens, encourt la cassation pour défaut de base légale la cour d'appel qui ne caractérise pas en quoi la créance alléguée est dénuée de contestation sérieuse⁶.

399. Rien de tel en matière de saisie conservatoire, puisqu'il suffit que le juge vérifie, « si, à l'égard du débiteur, la créance semble fondée au vu des apparences »⁷. La jurisprudence est en ce sens

¹ Cass. 2^e Civ. 19 décembre 2002, RTD Civ. 2003, p. 357, obs. R. Perrot.

² Nous soulignons.

³ Devenu l'article L. 511-1 CPCE par l'effet de l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du Code des procédures civiles d'exécution, JO 20 décembre 2011 p. 21464.

⁴ Cass. 2^e Civ., 5 octobre 1994, Bull. civ. II, n° 191, Justices 1995, 2, 281 note J. Héron.

⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 31 mars 1998, Bull. civ. I n° 282.

⁶ Cass. Ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20.114, Bull. civ. n° 13, JCP G 2001, II, 10646 conc. R. Gouttes, note A. P., D. 2002 p. 598 obs. C. Puigelier ; *adde* A. Boujeka, « L'étendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de référé-provision », D. 2001, p. 1580.

⁷ R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, 2e éd., Dalloz, n° 774.

constante, tout autant que le contrôle exercé¹. La solution a été confirmée par une décision plus récente, rendue par la Chambre commerciale, le 19 décembre 2009². En d'autres termes, ce n'est pas sur la possible *validité* de la créance que doit s'interroger le juge des requêtes, mais sur sa simple *existence* ou au moins l'apparence de celle-ci³. Ceci fait dire à M. PERROT que cette interprétation « ouvre en effet au juge de l'exécution un champ de prospection plus étendu »⁴ qu'en matière de référé-provision. Ce dernier suppose en revanche, au regard de ce qui vient d'être dit à propos de la notion de contestation sérieuse, une appréciation de fond⁵, faute de quoi l'ordonnance sera censurée pour violation de la loi⁶ ou défaut de base légale⁷.

400. Il serait légitime de s'interroger sur une telle différence de traitement face à des situations apparemment similaires ou pour le moins proches. Que ce soit dans le cas du référé-provision ou dans celui de la saisie conservatoire, il appartient au juge du provisoire d'apprécier des apparences, de s'en tenir non au droit substantiel lui-même mais au *fumus boni juris*. Pourquoi, alors, exercer un contrôle exigeant pour l'octroi d'une provision, et superficiel pour la saisie conservatoire ? Les raisons derrière cette modulation du contrôle ne peuvent qu'être devinées car elles ne figurent jamais expressément dans les décisions analysées. Deux propositions peuvent être faites pour expliquer cette disparité. En premier lieu, bien que nous ayons démontré que cette conception était fausse⁸, il reste traditionnel de considérer que l'octroi d'une provision reste subordonné à une certaine forme d'examen au fond de la demande. Si l'on considère les choses de ce point de vue, un contrôle assez poussé est nécessaire pour ne pas laisser prospérer des demandes fantaisistes qui seraient rejetées devant le juge du fond. D'autre part, la saisie conservatoire n'a pas pour effet, au contraire du référé-provision, de permettre la remise des fonds au créancier. C'est donc, matériellement, une mesure beaucoup moins grave, qui s'accommode d'un contrôle plus léger.

401. En contrepartie de ce contrôle de la notion d'apparence, la Cour de cassation abandonne au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation des éléments de fait qui la caractérisent. Autrement dit, le rôle de la Haute juridiction est de borner la recherche du juge, d'éviter que l'appréciation du juge des requêtes dépasse l'apparence d'existence de la créance. Mais, dès lors que

¹ Cass. 2^e Civ., 12 décembre 1984, Bull. civ. II, n° 195, Gaz. Pal. 1985. 1. Pan. 126. ; Cass. 3^e Civ., 3 juillet 1991, n° 89-16.703, Bull. civ. III, n° 201, D. 1991. IR 216.

² Cass. Com., 15 décembre 2009, Procédures 2010, n° 35, obs. R. Perrot.

³ A tel point qu'il importe peu que la contestation au fond relève de l'ordre administratif, V. Cass. 2^{ème} Civ., 20 novembre 2003, Bull. civ. II n° 350 p. 285.

⁴ R. Perrot, obs. précitées sous Cass. 2^e Civ. 19 décembre 2002.

⁵ J. Normand, «De quelques limites du référé provision», RTD Civ. 1999, p. 177.

⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 5 avril 2012, n° 11-12000, inédit ; Cass. 2^e Civ., 11 décembre 2008, n° 07-20255, Bull. civ. II n° 262.

⁷ Cass. 2^e Civ., 22 septembre 2005, n° 04-12032, inédit ; Cass. 2^e Civ., 7 mai 2003, n° 01-17016, Bull. civ. II n° 131.

⁸ V. *Supra*, n° 206.

ces limites sont respectées, le contrôle de qualification est délaissé au profit du simple contrôle de motivation. En d'autres termes encore, l'apparence se résume à une vraisemblance d'existence ; savoir ce que constitue précisément une créance vraisemblablement existante relève du juge du fond. Pour souligner cette différence d'approche, les divers arrêts rapportés prennent le soin de préciser, outre que l'appréciation du juge est souveraine, qu'elle porte sur les éléments qui composent la créance apparente et non sur la notion d'apparence elle-même. Ainsi peut-on lire que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel [...] a estimé au vu des *éléments* qu'elle a analysés que la créance était fondée en son principe »¹, ou encore que c'est dans « l'exercice de son pouvoir souverain *d'appréciation des éléments de preuve* qui lui étaient soumis »² que la cour d'appel s'est prononcée.

402. **Le péril dans le recouvrement de la créance.** Pour que soit justifiée l'immobilisation des sommes que produit la saisie conservatoire, il faut caractériser, outre l'apparence d'une créance, une menace dans le recouvrement de celle-ci³. Cette notion est abandonnée aux lumières des juges du fond, qui exercent en la matière un pouvoir souverain d'appréciation⁴. La raison de l'absence de contrôle de qualification dans ce domaine est certainement le caractère extrêmement factuel de cette notion. De plus, vouloir à tout prix unifier une jurisprudence qui serait nécessairement aussi disparate et hétéroclite que les litiges eux-mêmes nuirait à la cohérence de l'ensemble et restreindrait inutilement le pouvoir d'appréciation du juge des requêtes. Le contrôle de motivation apparaît donc amplement suffisant.

β. La saisine fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile : l'exigence du motif légitime.

403. L'article 145 du Code de procédure civile, permettant d'ordonner des mesures d'instruction avant tout procès, a connu un grand succès pratique malgré la réticence initiale de la doctrine à son égard⁵. Ce texte dispose que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de 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 ». Un

¹ Cass. 1^{ère} Civ., 2 février 1999, Bull. civ. I, n° 37 p. 25.

² Cass. 2^e Civ., 17 juin 1999, n° 97-10.231, inédit.

³ V. S. Piédelièvre et F. Guerchoun, « Saisies et mesures conservatoires », Rép. Proc. Civ. 2012, n°s 46 s.

⁴ V., à titre d'exemple, Cass. 2^e Civ. 15 septembre 2005, n° 01-14.948, inédit ; Cass. 2^e Civ., 8 novembre 2001, n° 00-17058, inédit.

⁵ V. M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de Tribunal de Grande Instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 311 ; *adde* I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004.

chef de saisine particulier est donc exigé, le *motif légitime* à l'établissement ou la préservation de preuves. Vis-à-vis du contrôle de cassation, deux questions se sont posées postérieurement à l'introduction de l'article 145 par l'article 4 du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 : l'articulation de ce chef de saisine avec ceux exigés par l'article 812 pour les ordonnances innommées, ainsi que la portée du contrôle de qualification en la matière.

404. En ce qui concerne tout d'abord l'articulation entre les divers chefs de saisine, l'article 145 est une exception parmi les ordonnances nommées. Lorsque le fondement de la requête n'est pas l'article 812 mais un texte spécial, les chefs de saisine « ordinaires », que sont l'urgence et les circonstances nécessitant d'évincer le contradictoire, ne sont pas exigés. La raison n'en est pas que leur existence est présumée comme l'affirme une partie de la doctrine¹, mais plutôt qu'en présence de conditions d'application autonomes, ces textes ne sont en principe aucunement subordonnés au régime des ordonnances innommées. Cependant, en ce qui concerne les mesures d'instruction *in futurum*, le débat a été vif² pour faire le choix entre une application exclusive ou distributive des exigences de l'article 812. La Cour de cassation a rapidement tranché la question concernant les circonstances exigeant l'éviction du contradictoire en décidant que leur caractérisation était nécessaire pour utiliser la voie unilatérale en non le référé : l'article 145 établit une hiérarchie et non une option ouverte au requérant³.

405. L'urgence, en revanche, a donné lieu à plus de controverses, tant jurisprudentielles que doctrinales⁴. Après avoir décidé que l'urgence était requise pour que s'applique l'article 145⁵, la Cour de cassation est revenue sur sa position par un arrêt de la deuxième Chambre civile le 15 janvier 2009⁶. La solution mérite d'être saluée pour au moins deux raisons. Tout d'abord, l'urgence étant une notion essentiellement floue et factuelle⁷, sa caractérisation risquait de fausser le régime et les conditions d'octroi des mesures d'instruction à futur. Par ailleurs, sur le plan de la logique juridique, c'est une condition superflue : le besoin de conserver ou d'établir⁸ des preuves sujettes à dépérissement implique en soi l'urgence d'une intervention judiciaire. Inversement, s'il s'agit

¹ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 458.

² *Ibid.*

³ V. les observations de R. Perrot sous Cass. 2^e Civ., 13 mai 1985, RTD Civ. 1982 p. 212.

⁴ V. notamment X. Vuitton, « Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur », J.-Cl. Proc. Civ. 2008; R. Perrot, « L'urgence n'est pas nécessaire », Procédures 2009, comm. 72 ; *adde* S. Pierre-Maurice, « Vers la fin des ordonnances sur requêtes préventives probatoires ? », D. 2009, p. 149.

⁵ R. Perrot, « Mesures d'instructions préventives. Conditions. », Procédures 2008, comm. 228.

⁶ Cass. 2^e Civ. 15 janvier 2009, Procédures, 2009, comm. 72 obs. R. Perrot.

⁷ Sur la définition de l'urgence, V. *Infra*, n°s 708 s.

⁸ Sur la distinction entre l'établissement et la préservation des preuves, V. Paris, 14^e Ch. B, 20 janvier 1995, Revue de Jurisprudence Commerciale 1996, n° 1471, p. 349, note Y. Strickler.

d'établissement et non de conservation des éléments de preuve, l'urgence existera rarement et l'exiger conduit à fermer la voie de l'article 145 dans des situations où il sera pourtant le plus utile.

406. En résumé, l'octroi de mesures d'instruction *in futurum* sur requête exige de faire état à la fois de circonstances exigeant que soit empruntée la voie unilatérale *et* d'un motif légitime de conserver ou d'établir des preuves en vue d'un procès futur. Si le contrôle de qualification à l'égard du premier de ces chefs de saisine a déjà été exposé¹, il convient de donner plus de précisions en ce qui concerne le second. Au lendemain de l'insertion de l'article 145 dans ce qui était encore nommé *Nouveau* Code de procédure civile, une divergence était apparue entre les diverses chambres de la Cour de cassation. Tandis que la Chambre commerciale s'attachait à contrôler la caractérisation du motif légitime², les autres formations abandonnaient cette notion au pouvoir souverain des juges du fond³. Les positions des uns et des autres se sont finalement unifiées dans le sens d'un abandon complet d'un tel contrôle de qualification⁴. L'expression selon laquelle « la cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 145 »⁵ est particulièrement révélatrice de cette position. Il est alors légitime de se demander la raison de cet abandon car, *a priori*, le concept de motif légitime répond aux conditions d'exercice du contrôle de qualification : il est à la fois suffisamment factuel pour permettre une appréciation objective et induit un besoin d'unification des solutions. Il nous semble que la réponse ne se trouve pas tant dans la stricte orthodoxie juridique que dans une politique d'opportunité de la part de la Cour de cassation. Face à l'important accroissement numérique des demandes fondées sur l'article 145⁶, l'engorgement du rôle de la Haute juridiction a naturellement plaidé dans le sens d'un abandon. Si un tel pragmatisme n'est pas en soi condamnable, on peut néanmoins regretter que ne subsiste plus qu'un contrôle de suffisance de motivation. Si une voie procédurale est plus sollicitée qu'une autre, n'est-ce pas là une raison supplémentaire pour en contrôler l'utilisation et limiter les abus ? D'autant plus qu'ordonnée sur requête, l'ordonnance portant mesure d'instruction à futur est susceptible d'occasionner d'importants préjudices par le seul effet de surprise qui l'accompagne. Cependant, tout encadrement n'est pas abandonné en la matière, car, comme il vient d'être vu, l'étendue des mesures ordonnées fait bien l'objet d'un contrôle, non pas de qualification, mais de l'application de la règle de droit.

¹ V. *Supra*, n° 390.

² Cass. Com., 25 octobre 1983, Bull. civ. V n° 275.

³ Cass. 2^e Civ., 14 mars 1984, Bull. II, n° 49.

⁴ Cass. Com. 17 mars 1987, Bull. V. n° 73 ; Cass. 2^e Civ., 25 octobre 1995, Bull. II n° 258 ; V. M.-A. Batut, « Les mesures d'instruction *in futurum* », Rapport de la Cour de cassation 1999, p. 99, spec. p. 108.

⁵ Cass. 2^e Civ., 7 janvier 1999, Bull. civ. II, n° 4 p. 3 ; Cass. Com. 17 mars 1987, précité ; sur le sens à attribuer à cette expression, V. X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, p. 99.

⁶ M. Foulon, *préc.* in Mélanges Draï.

γ. La saisine du juge des requêtes sur le fondement des saisies-contrefaçon relevant du Code de propriété intellectuelle

407. Troisième catégorie d'ordonnances nommées provisoires, les saisies-contrefaçon, figurant dans le Code de la propriété intellectuelle, ont ceci de spécial qu'elles ne répondent à aucun chef de saisine particulier. Leur octroi n'est subordonné qu'à la démonstration du droit de propriété intellectuelle correspondant¹. Ceci est vrai qu'il s'agisse de propriété littéraire et artistique², des brevets³, des marques⁴, des dessins et modèles⁵ ou encore des logiciels et bases de données⁶ : la saisie descriptive, si ce n'est la saisie réelle, est de droit⁷. Le contrôle en la matière est nécessairement réduit, puisque seule l'existence d'une motivation suffisamment explicite peut être vérifiée par la Cour de cassation. L'existence d'une marque, d'un brevet, d'un modèle, ou de tout autre droit de propriété intellectuelle est en effet une question de fait qui échappe aux Hauts magistrats. L'accès au juge des requêtes s'en trouve donc ouvert de la manière la plus large possible. Le droit positif trouve toutefois une manière élégante d'équilibrer cet avantage accordé au requérant : l'obligation d'assigner le potentiel contrefacteur dans un bref délai à peine de caducité de la saisie⁸.

δ. Les mesures d'urgence de l'article 220-1 du Code civil

408. Quatrième et dernière catégorie d'ordonnances nommées provisoires, les mesures d'urgence de l'article 220-1 s'inscrivent dans un contexte de crise conjugale que l'intervention judiciaire a pour objectif d'apaiser. Ce texte dispose dans son alinéa premier que « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts ». Son pendant procédural, l'article 1290 du Code de procédure civile, détermine les modalités de mise en œuvre de ces mesures en disposant qu'elles sont « prescrites par le juge aux affaires familiales statuant en référé ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête ». De la même manière qu'au regard de l'article 145, cette

¹ V. J.-C. Galloux, «Les mesures probatoires, provisoires et conservatoires», D. 2008, p. 711 ; le droit en question peut être déjà existant, ou, s'agissant de la propriété industrielle, en cours d'enregistrement.

² Art. L. 332-1 CPI.

³ Art. L. 615-5 CPI.

⁴ Art. L. 716-8-1 CPI.

⁵ Art. L. 521-1 CPI.

⁶ Art. L. 332-4 CPI.

⁷ V. B. Nicod, «Saisie-contrefaçon», Rép. Proc. Civ. 2012, n° 40.

⁸ V. par exemple l'art. L. 521-4 al. 5 CPI.

articulation entre la procédure des référés et celle sur requête n'est pas laissée au choix discrétionnaire du demandeur, la voie unilatérale étant soumise à la démonstration de circonstances justifiant l'éviction du contradictoire¹.

409. La saisine du juge des requêtes est subordonnée à la démonstration d'une *mise en péril des intérêts de la famille* par le *manquement grave à ses devoirs par l'un des époux*. Dans le cadre du pourvoi en cassation, la question du contrôle de qualification sur ces notions essentiellement factuelles se révèle délicate. L'intérêt de la famille est un concept aux frontières fluctuantes laissant au juge une marge de manœuvre dans l'appréciation du conflit familial. Pour autant, cet intérêt fait l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation lorsqu'est en cause un changement de régime matrimonial sur le fondement de l'article 1397 du Code civil². L'analyse du contrôle de cet intérêt est rendue difficile par le faible nombre de décisions de la Cour recensées en la matière, dont au surplus peu portent directement sur la question de l'intérêt de la famille. La majeure partie de la jurisprudence inventoriée est constituée de décisions des juges du fond illustrant la diversité des mesures ordonnées sur le fondement de l'article 220-1³.

410. Un parallèle est pourtant permis avec l'article 217, qui permet également au juge d'intervenir dans une crise conjugale, quoique d'une nature légèrement différente. Ce texte dispose dans son alinéa premier qu'« un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par *l'intérêt de la famille* ». Le domaine d'application des deux textes est suffisamment proche pour permettre l'analogie. Or, concernant l'application de l'article 217, la Cour décide de manière constante que l'appréciation des juges du fond de la conformité de la mesure entreprise à l'intérêt de la famille est souveraine⁴. La solution doit à notre sens être transposée à l'article 220-1, pour deux raisons. La première est la proximité intellectuelle des deux textes, qui visent tous deux à régir des contextes familiaux délicats. La seconde raison a trait à la logique de la protection juridictionnelle provisoire dans laquelle s'inscrit l'article 220-1. Les mesures que peut ordonner le juge sur ce fondement ne sont pas énumérées exhaustivement, du fait de l'emploi par ce texte de l'adverbe « notamment » dans son deuxième

¹ Cass. 1^{ère} Civ., 15 février 2012, n° 11-12217, inédit.

² Cass. 1^{ère} Civ., 6 janvier 1976, Bull. civ. I, n° 4.

³ Telle l'immatriculation au nom de l'épouse de la moitié des titres d'une SA dont le mari est le président, V. TGI Digne, 1er juillet 1972, D. 1972. somm. 994, D. 1973 p.259, note Cl.-I. Foulon-Piganiol, JCP 1973, 17443, note D. Mayer ; pour l'autorisation donnée à l'épouse de gérer durant deux ans le fonds de commerce commun exploité par le mari, V. TGI Chambéry, 16 mars 1967, JCP. 1967. IV. 135 ; *adde* M. Laloubère, « Les mesures urgentes », AJ Fam. 2005 p. 8.

⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 22 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 440, JCP 2006, I, 141 obs. G. Wiederkehr ; Cass. 1^{ère} Civ., 30 septembre 2009, D. 2009, AJ 2489 obs. V. Egéa.

alinéa¹. Dans une optique de souplesse de la juridiction provisoire, il importe d'ouvrir d'autant plus largement l'accès au juge des requêtes que la palette des mesures possibles est vaste. Il est par conséquent plus opportun d'abandonner le contrôle de qualification sur la notion d'intérêt de la famille au pouvoir souverain des juges du fond.

411. En ce qui concerne la deuxième condition d'application de l'article 220-1, à savoir le manquement grave à ses devoirs par l'un des époux, la même solution doit à notre sens être retenue. La raison en est que ce manquement est toujours une affaire de circonstances d'espèce purement factuelles, ce qui en fait une notion casuistique dont l'unification par la Cour de cassation n'est pas souhaitable². Un autre rapprochement peut être fait ici sans quitter le droit extrapatrimonial de la famille : la faute, cause de divorce, est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond³. Cette faute est pourtant définie à l'article 242 du Code civil au moyen d'une formulation qui n'est pas sans rappeler celle de l'article 220-1 alinéa 1. Est constitutive d'une faute, cause de divorce, toute « violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage », alors que les mesures de l'article 220-1 sont subordonnées à un « manquement grave à ses devoirs par l'un des époux ». Au regard de ces deux définitions, on comprendrait mal que l'une fasse l'objet du pouvoir souverain alors que l'autre serait soumise à un véritable contrôle de qualification. Il faut en conclure que le *manquement grave*, à l'instar de la *mise en péril de l'intérêt* de la famille sont des notions de fait soumises à un simple contrôle d'existence de la motivation.

412. Après avoir exposé les voies de recours ouvertes en matière d'ordonnances sur requête, il convient de faire état de celles qui se trouvent fermées en raison de son caractère provisoire.

¹ Le juge « peut **notamment** interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints ».

² Ce qui est traditionnellement l'un des motifs de refus de contrôle de qualification, V. X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, n°s 101 s.

³ La solution est également constante, V. Cass. 2^e Civ., 30 novembre 2000, n° 99-12458, Bull. civ. II, n° 157, RTD civ. 2001 p. 114, obs. J. Hauser, Defrénois 2001.509, obs. J. Massip, Dr. fam. 2001, n° 14, note H. Lécuyer ; *adde* H. Bosse-Platière, « L'appréciation de la faute par les juges du fait », JCP 1998. I. 101, n° 2.

§2. Les voies de recours fermées à l'encontre des ordonnances sur requête

413. Après avoir dressé une liste des voies de recours ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête, il convient de mettre l'accent sur celles qui sont au contraire fermées tant au requérant qu'au tiers visé. Si les raisons qui commandent leur prohibition sont assez diverses, elles trouvent un dénominateur commun dans la nature particulière, tant provisoire que dérogatoire, de l'ordonnance sur requête. Trouvent place dans cette catégorie l'opposition (A.) et le contredit de compétence (B.).

A. L'opposition

414. L'étude des voies de recours en matière d'ordonnances sur requête ne pouvait passer sous silence la voie de droit particulière qu'est l'opposition. L'article 571 dispose que « l'opposition tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut. Elle n'est ouverte qu'au défaillant ». La ressemblance avec le référé-rétractation est, au premier abord, frappante. Les cas d'ouverture de ces deux voies de droit¹ se ressemblent à s'y méprendre : dans une procédure à laquelle le défendeur est absent, une faculté lui est offerte de revenir devant le même juge pour voir l'affaire rejugée. Pourtant, au-delà des apparences, les divergences entre le référé-rétractation et l'opposition sont patentées et ne peuvent que rendre leur ouverture exclusive l'une de l'autre. Deux séries d'arguments, dont l'une seulement se révèle pertinente, peuvent être avancées pour exclure l'opposition au profit du seul référé-rétractation : l'application du principe *specialia generalibus derogant* (1.), et la défaillance des conditions d'ouverture de l'opposition (2.).

1. Le principe *specialia generalibus derogant*

415. Le référé-rétractation, mécanisme spécial, dérogerait par son application particulière aux ordonnances sur requête à l'opposition, voie de recours ordinaire et, partant, générale. Appliquer le principe *specialia...* en la matière pourrait donc résoudre la question du concours de manière simple et concise. Cependant, l'application de ce principe exige que les deux termes de la comparaison qui

¹ Ce terme sera préféré à celui de « voie de recours » dans les développements qui vont suivre, étant donné que cette dernière qualification a été écartée en matière de référé-rétractation, V. *Supra*, n° 344.

sont en concurrence remplissent deux conditions : elles doivent être de même nature et porter sur le même objet. Cette double condition est somme toute logique, conduisant à ne comparer, et à ne faire concourir, que ce qui est intrinsèquement comparable. Or, si ces deux mécanismes processuels ont le même objet, c'est-à-dire la vérification juridictionnelle opérée par l'ordonnance sur requête, elles divergent radicalement par leur nature. L'opposition est bien une voie de recours au sens qui a été donné plus haut à ce terme¹ : elle répond à la fois au critère fonctionnel (le mécanisme de remplacement/destruction) et au critère matériel (l'appartenance au genre de l'action en justice). Elle est en outre enfermée dans un délai d'un mois², ce qui confirme son appartenance au genre des voies de recours. Le référé-rétractation, en revanche, n'est pas une voie de recours, mais une voie d'élévation du contradictoire, destiné à rétablir le dialogue judiciaire évincé dans la phase primitive de la procédure³. La conséquence nécessaire de ce qui précède est que le principe *specialia...* est inapplicable et ne peut, à lui seul, justifier l'exclusion de l'opposition contre les ordonnances sur requête.

2. Les conditions d'ouverture de l'opposition

416. Le second argument a trait aux conditions d'ouverture propres à l'opposition. L'exercice de cette voie de recours est soumis à la réunion cumulative de deux éléments, établis par l'article 473 du Code de procédure civile :

- le débiteur doit avoir été cité à personne, précaution malgré laquelle il était défaillant à l'instance ;
- la décision doit avoir été rendue en premier et dernier ressort, ce qui exclut naturellement l'appel, voie de recours incompatible avec l'ouverture de l'opposition.

417. Il est aisé de voir que la première condition ne peut jamais être remplie s'agissant des ordonnances sur requête, puisque la défaillance du défendeur en la matière n'est pas conjoncturelle mais structurelle. Là où l'opposition vise à combler une défaillance anormale du défendeur au cours du procès, l'ordonnance sur requête organise cette absence, dans le but soit d'organiser un effet de surprise, soit de pallier l'absence de défendeur à assigner. La question de la signification à personne ne change pas ce constat. Dans le cas de l'opposition, cette exigence a pour but de s'assurer que le plaideur absent a bien été informé du procès engagé contre lui et que sa défaillance n'est pas due à

¹ V. *Supra*, n°s 281 s.

² Art. 575 CPC.

³ V. *Supra*, n° 344.

une absence d'information. Dans le cas de la procédure unilatérale, en revanche, l'introduction d'une instance n'est jamais signifiée au tiers visé ; ce qui lui est signifié, c'est la décision qui a déjà été rendue à son encontre, lors de l'exécution de la mesure contenue dans l'ordonnance.

418. Par ailleurs, les caractéristiques de la procédure sur requête ne permettent pas non plus de considérer remplie la condition relative à l'exclusion de l'appel. Vu du côté du requérant, l'appel est la seule voie de recours possible en cas de rejet de la requête ; il est par conséquent toujours possible. Vu du côté du tiers visé, le fait que le référé-rétractation soit une étape intermédiaire indispensable à l'exercice de l'appel ne change rien à l'ouverture de ce dernier après que le contradictoire ait été rétabli. Or, l'appel doit être exclu lorsque l'opposition est ouverte, en raison de l'interdiction de cumuler deux voies de recours ordinaires¹. Leur concurrence est alors naturellement résolue par l'application du taux de ressort : lorsque celui-ci est atteint, seul l'appel est ouvert par préférence à l'opposition. Rien de tel pour le référé-rétractation, qui est ici une étape préalable à l'exercice de l'appel. Ce dernier ne pouvant être exclu à l'encontre de l'ordonnance rendue par le juge de la rétractation, l'opposition doit être considérée fermée.

419. Au vu de ce qui précède, il apparaît que non seulement les conditions d'ouverture de l'opposition ne peuvent jamais être remplies en matière d'ordonnances sur requête, mais surtout que les raisons profondes qui ont poussé à leur adoption sont exclues par le seul caractère unilatéral de la procédure. Il faut en déduire que l'opposition doit être fermée à l'encontre des ordonnances sur requête car les conditions de son ouverture font structurellement défaut, et non par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*.

B. Le contredit de compétence

420. La question de l'ouverture du contredit de compétence à l'encontre des ordonnances sur requête ne se pose pas dans les mêmes termes que pour les autres voies de recours. Il n'existe pas, *a priori*, de raisons permettant de considérer cette voie procédurale fermée : aucun texte ne l'interdit et les conditions auxquelles est subordonnée son ouverture sont susceptibles d'être remplies. Aux termes de l'article 80, le contredit peut être formé lorsque le juge se prononce sur sa compétence sans trancher le fond du litige. Il est tout à fait envisageable que le juge des requêtes rejette la

¹ La solution résulte des termes de l'article 473 al. 1 CPC, qui dispose que le jugement par défaut, contre lequel est ouverte l'opposition, est rendu « **en dernier ressort** et si la citation n'a pas été délivrée à personne »

demande du requérant pour la seule raison qu'il ne s'estime pas compétent. Le requérant peut-il alors former un contredit, ou est-il forcé d'interjeter appel ?

421. Si aucun texte ne règle la question à l'endroit des ordonnances sur requête, il n'en est pas de même en ce qui concerne la procédure voisine des référés. L'article 98 dispose en effet expressément que « la voie d'appel est seule ouverte contre les ordonnances de référé et contre les ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce et de séparation de corps ». Il serait tentant de transposer ce texte, par le biais de l'analogie, aux ordonnances sur requête, pour considérer fermé le contredit de compétence. Mais, de deux choses l'une : soit c'est le caractère provisoire qui commande la fermeture du contredit, et la solution peut être étendue à la procédure sur requête, soit c'est un trait propre au référé qui est à l'origine de cette prohibition, et la transposition est impossible. Il apparaît donc nécessaire de s'attarder sur les raisons législatives à l'origine de l'article 98 (1.), avant d'explorer leur possible transposition à l'ordonnance sur requête (2.).

1. La raison d'être de l'interdiction posée par l'article 98 du Code de procédure civile

422. Le constat immédiatement perceptible à la lecture de ce texte est le rapprochement fait entre les ordonnances de référé et celles rendues par le juge conciliateur en matière de divorce et de séparation de corps. Il s'agit des mesures visées aux articles 254 et 255 du Code civil, qui permettent, dès l'introduction de la requête initiale en divorce, d'ordonner diverses mesures régissant la vie commune – ou séparée – des époux durant le temps de l'instance. Si un trait commun peut être établi entre ces mesures et celles susceptibles d'être ordonnées en référé, c'est bien leur caractère provisoire. Cependant, le provisoire ne peut avoir la même portée dans un cas comme dans l'autre. Pour reprendre la distinction précédemment établie¹, les mesures relatives au divorce ne peuvent qu'être provisoires *par leur objet*. Elles évoluent au gré du temps judiciaire pour s'adapter au quotidien des époux, leur modification étant rendue possible par une conception factuelle de la notion de cause de la demande². Tout au contraire, les ordonnances de référé sont placées de l'autre côté de cette *summa divisio*, du fait qu'elles sont provisoires *par nature*. C'est la limitation du pouvoir juridictionnel de leur auteur, et non leur objet, qui conduit à les distinguer des mesures *définitives* prononcées par le juge du fond. L'interrogation qui surgit immédiatement est celle de savoir si, en faisant ce rapprochement au sein de l'article 98, ses auteurs ont voulu mettre l'accent

¹ V. *Supra*, n°s 53 s.

² V. *Supra*, n° 61.

sur le caractère provisoire des deux genres de mesures considérées. Deux raisons poussent à répondre par l'affirmative. Premièrement, ces mesures n'ont aucun autre trait commun, car elles sont l'œuvre de juges très différents, dotés de compétences extrêmement divergentes et d'un pouvoir juridictionnel discordant. Seul le provisoire paraît pouvoir les unifier. Deuxièmement, comme cela a déjà été démontré¹, les auteurs du Nouveau Code de procédure civile n'ont pas fait état de la différence, pourtant patente, entre les mesures provisoires par objet et par nature. Il est donc fort probable que dans leur esprit, la notion de provisoire étant un concept unitaire et non éclaté, il était possible de réunir dans un seul et même texte les mesures ordonnées en référé et celles du juge conciliateur en matière de divorce.

423. L'analyse de la jurisprudence confirme cette proposition. Elle considère que le contredit est irrecevable de droit sans qu'il y ait lieu d'examiner s'il a été formé dans les délais² ; l'appel, est en revanche toujours ouvert, même lorsque le juge des référés décline sa compétence au profit du juge du fond et non d'une autre juridiction des référés³. Cependant, un arrêt intéressant, rendu par la deuxième chambre civile le 14 décembre 1992⁴, décide que l'ordonnance du juge aux affaires matrimoniales (JAM), saisi dans le cadre de l'article 1084 ancien du Code de procédure civile, pouvait valablement faire l'objet d'un contredit. La raison en est que l'ordonnance en question, n'était pas rendue en référé, mais *en la forme des référés*. Comme le souligne le commentateur de l'arrêt⁵, la décision contestée n'est pas un véritable référé, porte sur le fond et est définitive. Cet arrêt, même s'il demeure isolé, illustre l'importance du caractère provisoire de la décision de référé dans la prohibition énoncée par l'article 98, puisque la décision définitive, bien que revêtant la forme d'une ordonnance de référé, est susceptible de contredit.

424. La raison de cette restriction quant aux voies de contestation des mesures provisoires peut être recherchée dans leur fonction. La justice provisoire est traditionnellement associée à l'idée d'une intervention judiciaire urgente, à un souci de célérité. Ni les ordonnances de référé, ni celles du juge conciliateur n'échappent en principe à cette préoccupation, même si elle est aujourd'hui en déclin⁶. Il importe par conséquent de limiter les voies de recours envisageables afin d'accélérer le traitement des dossiers et éviter que la justice provisoire ne s'enlise dans les tendances dilatoires tant préjudiciables aux juridictions de fond. L'opinion de MM. SOLUS et PERROT va en ce sens⁷. Nous rejoignons les auteurs sur ce point, car l'argument s'insère parfaitement dans la logique qui a

¹ V. *Supra*, n° 53.

² Paris, 1^{er} février 1979, Gaz. Pal. 1981, 1, somm. 16.

³ Cass. 2^e Civ., 17 décembre 2009, Bull. civ. II, n° 292.

⁴ Cass. 2^e Civ, 14 décembre 1992, Bull. civ. II, n° 311, D. 1993 somm. 183 obs. P. Julien.

⁵ P. Julien, obs. précitées.

⁶ V. *Infra*, n° 726.

⁷ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 2, n° 741.

gouverné les règles régissant la juridiction des référés lors de l'introduction du Nouveau Code de procédure civile.

2. L'extension à l'ordonnance sur requête de la prohibition posée par l'article 98 du Code de procédure civile

425. L'extension de la solution existant en matière de référé à la procédure sur requête exige, d'un point de vue scientifique et intellectuel, la réunion de deux conditions. Il faut en premier lieu que l'ordonnance sur requête partage avec l'ordonnance de référé le caractère provisoire, raison d'être de la prohibition énoncée. C'est bien le cas car ces deux types de décisions ont ceci en commun qu'elles sont incontestablement provisoires par nature. De plus, la logique qui justifie l'article 98, à savoir le souci de célérité de la justice provisoire, doit également valoir pour l'ordonnance sur requête¹. Force est de constater qu'ici encore, cette condition est remplie car la juridiction des requêtes fait intégralement partie de la justice de l'urgence.

426. Cette analyse doit néanmoins être tempérée par l'hétérogénéité du groupe des ordonnances sur requête. Il est certainement justifié d'appliquer l'article 98 aux ordonnances véritablement provisoires en raison de leur nature, mais toutes les ordonnances ne relèvent pas de cette catégorie. Nombreuses sont celles qui sont définitives, qu'elles soient rendues en la forme des requêtes ou qu'elles relèvent de la juridiction gracieuse. Que faut-il décider à leur endroit en ce qui concerne l'ouverture du contredit ? Les mêmes raisons qui commandent l'extension de l'article 98 aux ordonnances provisoires exigent d'écarter ce texte pour les ordonnances définitives. La raison de l'extension est la nature *provisoire* des décisions considérées et l'impératif de célérité qui leur est inhérent. Il n'en est rien pour les ordonnances définitives, qui relèvent de la juridiction du principal et à l'adresse desquelles rien ne justifie la fermeture du contredit.

427. Malgré cette discrimination que permet la théorie du provisoire parmi les ordonnances sur requête, il est malaisé de se prononcer d'emblée en faveur de l'ouverture du contredit à l'encontre des ordonnances définitives. Les termes du débat sont les mêmes que pour les éléments du régime des ordonnances sur requête qui requièrent d'opérer une qualification préalable entre la juridiction gracieuse et contentieuse². D'un côté, il y a une solution conceptuelle fondée sur des éléments

¹ Et ce d'autant plus que celle-ci est exécutoire sur minute, V. art. 495 al. 2 CPC.

² V. *Infra*, n°s 1034 s.

éprouvés de la théorie du provisoire. De l'autre, la nécessité d'une application aisée des résultats de la recherche. Il en résulte une alternative.

428. Soit on considère que la dichotomie entre ordonnances provisoires et définitives prime sur les modalités d'application de la théorie. Dans ce cas, avant de décider si le contredit est ouvert ou fermé contre une ordonnance sur requête donnée, il faut en opérer la qualification. Celle-ci peut être délicate en raison de critères de qualification flous, comme c'est le cas pour la matière gracieuse¹ et les ordonnances rendues en la forme des requêtes². Soit, inversement, on fait prévaloir l'aisance et l'uniformité des solutions sur les rigueurs de la théorie. Dans ce cas il faudra considérer que le contredit est systématiquement fermé à l'encontre de *toutes* les ordonnances sur requête, quelle que soit leur nature, provisoires comme définitives. Cela évite la nécessité de qualification préalable et rend prévisible le régime des ordonnances sur requête.

429. A dire vrai, les deux branches de l'alternative ci-dessus énoncée ne sont pas complètement inconciliables. Car ce qui unit l'ensemble des éléments disparates de la catégorie des ordonnances sur requête, c'est leur régime. Autrement dit, peu importe que l'ordonnance soit provisoire ou définitive, elle obéit au régime des articles 493 et suivants. Les ordonnances gracieuses et celles rendues en la forme des requêtes s'y rattachent par un emprunt procédural, dans un souci d'unité des solutions. En d'autres termes encore, il existe déjà des éléments du régime des ordonnances sur requête qui s'appliquent indifféremment aux ordonnances définitives comme provisoires. Ainsi par exemple l'ordonnance conférant force exécutoire à une transaction en application de l'article 1441-4 est rendue en la forme des requêtes³. Partant, le référé-rétractation doit être ouvert au profit de la partie à la transaction absente de la procédure⁴. Concernant l'application de l'article 98, l'unité du régime des ordonnances sur requête plaide pour une solution uniforme. Il serait donc préférable de choisir la seconde branche de l'alternative et considérer que le contredit est fermé à l'encontre de toutes les ordonnances sur requête, quelle que soit leur nature. Ce choix ne contredit pas pour autant la diversité des qualifications retenues sur le plan théorique. Il prend simplement acte de l'emprunt procédural fait au régime ordonnances provisoires par les ordonnances gracieuses et les ordonnances en la forme.

430. De ce qui précède, il faut conclure que l'article 98 devrait être considéré applicable à l'ensemble des ordonnances sur requête, le contredit de compétence étant alors fermé à son encontre.

¹ V. *Supra*, n°s 21 s.

² V. Y. Strickler et M. Foulon, «De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC», *préc.*; ---, «Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ?», *préc.*

³ V. *Supra*, n° 127.

⁴ Versailles, 18 juin 2003, D. 2004 p. 1332, note A. Merveille et R. Thominet.

Observons qu'ici encore, l'éclatement des textes, et le relatif mutisme du Code à l'endroit de la procédure sur requête, est extrêmement préjudiciable à la cohérence du schéma procédural dans son ensemble. La fermeture du contredit énoncée par l'article 98 témoigne, d'une part, de la confusion permanente entre les mesures provisoires par nature et par objet et, d'autre part, de l'absence d'une réglementation d'ensemble de la juridiction du provisoire. A l'instar de ceux de l'article 488¹, les termes de l'article 98 créent la confusion dans l'esprit du praticien et du chercheur. Le référé a fait l'objet d'une attention toute particulière de la part des rédacteurs du Code, tandis que l'ordonnance sur requête est restée en quelque sorte la parente pauvre des procédures rapides.

431. Un remaniement de l'article 98 serait souhaitable, *afin d'y faire figurer les ordonnances sur requête, et d'en retirer les ordonnances du juge conciliateur*. Celles-ci doivent être soumises à un régime qui leur serait propre, en raison de la différence de nature profonde qu'elles présentent avec les ordonnances de référé et sur requête.

L'article 98 du Code de procédure civile pourrait ainsi être réécrit comme suit: « *La voie de l'appel est seule ouverte contre les ordonnances de référé et celles rendues sur requête* ».

En ce qui concerne les ordonnances relatives à la conciliation, une modification autre que la suppression du dernier membre de phrase de l'article 98 n'est pas nécessaire. En effet, l'article 1112, qui traite des recours ouverts en matière d'ordonnances rendues par le juge conciliateur en matière de divorce, dispose déjà que « l'ordonnance rendue en application des articles 1110 et 1111 [qui renvoie aux mesures des articles 254 à 257 du Code civil] est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification, mais *seulement quant à la compétence et aux mesures provisoires* ». Un appel limité à la compétence exclut nécessairement la procédure de contredit, puisqu'il ferait avec cette procédure un double emploi préjudiciable aux délais de jugement.

§3. Les voies de recours à ouverture variable

432. Si certaines voies de recours sont inclassables dans les deux catégories qui précèdent, c'est parce que leur ouverture à l'encontre des ordonnances sur requête n'est pas uniforme. Sans être totalement exclues, elles sont tributaires de la nature particulière, à la fois provisoire et dérogatoire, de la juridiction des requêtes. Il s'agit des voies de recours nommées qui n'ont pas été intégrées dans

¹ « L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ».

les développements qui précèdent : le recours en rectification, le recours en révision, ou encore le recours en complément. Tantôt, c'est le déroulement en plusieurs étapes de la procédure qui commande leur ouverture différée (A.), tantôt c'est la nature de l'ordonnance contestée qui régentera les recours envisageables (B.).

A. La variation de l'ouverture du recours en rectification ou en complément au cours des étapes de la procédure sur requête

433. La procédure sur requête connaissant deux phases successives, l'une unilatérale (A.), l'autre contradictoire¹ (2.), il est nécessaire de faire état de l'ouverture des diverses voies de recours précitées au cours de ces deux étapes.

1. La phase unilatérale de la procédure sur requête

434. Le régime dérogatoire, imposé par le caractère unilatéral de la procédure sur requête, implique bien des contorsions vis-à-vis du schéma ordinaire du procès. Lorsque le requérant est seul face au juge, certaines précautions doivent être prises pour éviter les abus et préparer le retour du contradictoire, ce qui est tout l'objet de la réglementation établie par les articles 493 et suivants. Deux articles parmi la sous-section troisième consacrée par le Code aux ordonnances sur requête portent sur les voies de recours : les articles 496² et 497³. Pour décider de l'ouverture des voies de recours autres que celles citées par l'article 496, il faut apprécier la portée de l'effet dérogatoire de ce texte. Est-il limitatif, fermant toutes les voies de recours qu'il ne vise pas expressément, ou simplement indicatif ? Choisir la première branche de l'alternative revient à interdire à l'encontre de l'ordonnance sur requête les recours en révision, en rectification ou en complément, durant la phase unilatérale tout du moins. C'est bien en ce sens que va notre opinion. Plusieurs raisons sont à même

¹ Dans les développements qui vont suivre sera désignée sous le terme *phase unilatérale* l'ensemble de la procédure sur requête jusqu'au prononcé de l'ordonnance rendue sur l'instance en rétractation.

² « S'il n'est pas fait droit à la requête, appel peut être interjeté à moins que l'ordonnance n'émane du premier président de la cour d'appel. Le délai d'appel est de quinze jours. L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse. S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance ».

³ « Le juge a la faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance, même si le juge du fond est saisi de l'affaire ».

de justifier cette position ; elles peuvent être schématiquement rassemblées en trois groupes : celles tenant au caractère dérogatoire du régime des articles 493 et suivants (a.), à son caractère autonome (b.) et au cas particulier que présente la tierce opposition (c.).

a. Le caractère dérogatoire du régime des ordonnances sur requête

435. Le premier élément incitant à penser que l'article 496 est exhaustif dans son énumération des voies de recours ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête est le caractère dérogatoire, dans son ensemble, du régime des ordonnances sur requête. L'article 496 ne se contente pas d'énoncer les voies de recours ouvertes, il rend leur mise en œuvre totalement exorbitante du droit commun.

436. L'appel, tout d'abord, est soumis au régime appliqué aux décisions gracieuses, non en conséquence de la nature profonde des ordonnances sur requête, mais par emprunt procédural¹. Le délai de 15 jours diffère également du mois imparti pour interjeter appel des décisions au fond. Ces éléments témoignent de la volonté du législateur de soustraire, à de nombreux égards, l'appel en matière d'ordonnances sur requête au régime de droit commun des articles 542 et suivants.

437. Le référé-rétractation n'échappe pas à cette tendance. Il s'agit non seulement d'une voie de droit qui ne peut être qualifiée de voie de recours², mais son emprunt même à la procédure des référés n'est que partiel, étant donné que la saisine du juge sur ce fondement n'est soumise ni à la démonstration de l'urgence, ni de la contestation sérieuse, ni du dommage imminent...³. Autrement dit, le caractère dérogatoire se manifeste ici à deux niveaux. D'un côté, l'article 496 ouvre une voie de contestation *sui generis* à l'encontre des ordonnances sur requête. De l'autre, le renvoi fait au référé pour la mise en œuvre du référé-rétractation est totalement dérogatoire vis-à-vis des articles 484 et suivants. Tout porte donc à croire que l'énumération faite au sein de l'article 496 n'est pas un simple rappel des règles applicables en général aux voies de recours.

¹ L'emploi de l'expression "comme en" en témoigne.

² V. *Supra*, n° 344.

³ V. *Supra*, n° 346.

b. Le caractère autonome du régime des ordonnances sur requête

438. Le second élément en faveur de la proposition défendue ci-dessus est tiré du fait que le régime posé par les articles 493 à 498, est autonome et même autosuffisant. Dans cette optique, l'article 495 est rédigé en suivant deux idées symétriques : « s'il n'est pas fait droit à la requête... » et « s'il est fait droit à la requête », qui forment ses deux alinéas. Les deux issues de la présentation de la requête sont envisagées, ce qui témoigne de la volonté de prévoir, de manière exhaustive, l'ensemble des voies de recours envisageables.

439. Ce caractère autonome est également renforcé par le fait que ces voies de recours sont à même de remédier à tous les vices dont pourrait être affectée l'ordonnance primitive. Une erreur *in judicando* ou *in procedendo* du juge des requêtes peut être corrigée par la cour d'appel, juridiction hiérarchiquement supérieure. Des défauts mineurs, comme l'erreur matérielle ou même un *infra* ou *ultra petita* peuvent être effacés sans quitter le prétoire du juge des requêtes puisque celui-ci peut, en application de l'article 952, revenir sur sa décision avant la saisine de la cour. De la même manière, le tiers visé par la mesure, lorsqu'il introduit une instance en rétractation, peut faire valoir tous les moyens de défense, sans restriction : l'ouverture large du référé-rétractation et l'obligation de prendre en compte la situation au jour où le juge statue sur la demande en rétractation¹ en témoignent. Il n'est nul besoin d'ouvrir quelque autre voie de recours que ce soit, toutes les hypothèses ayant été envisagées.

440. Il convient d'ajouter, pour clore cette démonstration, que cette vision des choses cadre parfaitement avec la volonté d'accélérer les procédures provisoires, déjà aperçue lors de l'étude du contredit de compétence². La concentration des voies de recours permet d'éviter leur multiplication, donc de raccourcir le temps judiciaire, si précieux pour la protection juridictionnelle provisoire. Mais cette préoccupation, en matière d'ordonnances sur requête, est quelque peu différente de celle qui prévaut dans la procédure pourtant proche des référés. Ce qui importe, c'est non seulement que le juge du provisoire tranche avec célérité, mais surtout que la phase unilatérale, fortement dérogatoire et potentiellement dangereuse pour les intérêts des absents, ne s'éternise pas. Mais, réciproquement, une fois le contradictoire rétabli, rien ne justifie plus le maintien de la restriction quant à l'exercice des voies de recours.

¹ Cass. 2^e Civ., 12 janvier 1994, pourvoi n° 92-14605, Bull. civ. II, n° 25, RTD civ. 1994. 426, obs. R. Perrot ; Cass. 3^e Civ. 2 octobre 2001, Procédures, 2001, n° 228, note R. Perrot.

² V. *Supra*, n° 418.

c. Le cas particulier de la tierce opposition

441. Si la tierce opposition ne figure pas dans les développements relatifs aux voies de recours à ouverture variable, c'est qu'elle n'est pas concernée par la restriction énoncée ci-dessus et peut être exercée avant l'introduction du référé-rétractation. Il existe plusieurs raisons à cela. Tout d'abord, la raison de la nature dérogatoire de l'article 496 est de permettre de rétablir le contradictoire évincé avant que l'instance ne se poursuive dans les étages supérieurs de la hiérarchie judiciaire. Par conséquent, la restriction ne doit concerner que les parties à la procédure : le tiers visé, privé de la contradiction, et le requérant, à qui profite l'absence initiale d'adversaire. De plus, l'ordonnance sur requête ne dépend pas de l'exercice du référé-rétractation pour produire l'opposabilité inhérente à tout acte juridictionnel¹. Il est donc nécessaire d'ouvrir immédiatement une voie de recours au profit des tiers absolus qui peuvent subir un préjudice du fait de la simple existence de l'ordonnance. Enfin, rien n'oblige le tiers visé à exercer le référé-rétractation. Il se peut que ce dernier n'agisse jamais sur ce fondement, estimant tout recours futile. Dans ce cas la tierce opposition serait indéfiniment fermée, ce qui est inacceptable. Elle doit donc être ouverte dès le prononcé de l'ordonnance contestée.

2. La phase contradictoire de la procédure sur requête

442. La seconde phase de la procédure sur requête, marquée par l'exercice du référé-rétractation, doit être à nouveau soumise au droit commun. Une fois rendue l'ordonnance à l'issue de l'instance en rétractation, rien ne s'oppose à ce que tant le requérant devenu demandeur, que le tiers visé converti en défendeur, s'engagent dans l'une des voies de recours normalement ouvertes à l'encontre des actes juridictionnels si les circonstances justifient leur ouverture. Trois arguments postulent pour ce retour au schéma traditionnel des voies de recours.

443. En premier lieu, le danger de l'éviction du contradictoire a été écarté et la procédure a, par la voie d'élévation du contradictoire que constitue le référé-rétractation, retrouvé son cours normal. Rien ne justifie plus l'ostracisme qui a prévalu dans la première phase du procès et l'ordonnance sur requête devient un acte juridictionnel comme les autres, attaquant au moyen des voies de recours offertes par le Code de procédure civile.

¹ V. *Supra*, n° 262.

444. Un argument d'ordre textuel confirme cette première idée. L'article 496 ne vise en effet que la *requête* et non l'*ordonnance*. Il s'agit certes d'un tour de passe-passe linguistique, car l'objet du référé-rétractation est l'*ordonnance* subséquente à la *requête*. Néanmoins, le choix des termes n'est pas dénué de sens car le vocable *requête* se réfère à l'introduction de la procédure unilatérale, et c'est bien en fonction de son admission ou de son rejet que l'article 496 ouvre ou ferme les voies de recours qu'il énonce. Dans tous les cas, ce texte ne porte pas sur l'ordonnance rendue à l'issue du référé-rétractation, ni sur les possibles recours pouvant être ultérieurement exercés. Tout au plus se contente-t-il de préciser qu'en cas de rejet de la requête présentée au premier président de la cour d'appel, la voie d'appel est fermée¹. L'ouverture du pourvoi en cassation est alors seulement implicitement sous-entendue. Il y a donc tout lieu de penser que le champ d'application de l'article 496 s'arrête avec la phase unilatérale de la procédure sur requête.

445. Enfin, un troisième et dernier argument porte sur la nature provisoire de l'ordonnance sur requête. Certaines voies de recours sont en effet traditionnellement considérées fermées à l'égard des ordonnances de référé et pourraient l'être, par extension, vis-à-vis de celles rendues sur requête. Il est donc important de préciser ici quelles sont les voies de recours ouvertes dans la phase contradictoire de la procédure sur requête : il s'agit des recours en révision (a.) et en rectification (b.), le recours en complément faisant l'objet de développements spécifiques².

a. Le recours en révision

446. Le recours en révision est décrit par l'article 593 du Code de procédure civile qui dispose que celui-ci « tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ». Une jurisprudence à la fois ancienne et constante³ décide que ce recours est fermé contre les ordonnances de référé en raison des termes de l'article 488⁴. Deux raisons semblent justifier une telle position. D'une part, l'existence d'un *recours en rétractation*, fondé sur le texte précité, rend superflue l'ouverture du recours en révision (α.). D'autre part, du fait que l'ordonnance de référé n'est pas dotée de l'autorité de la chose jugée au principal, la condition posée par l'article 592, qui subordonne l'ouverture du recours en révision à la force de chose jugée de la

¹ Art. 496 al. 1 CPC : « s'il n'est pas fait droit à la requête, appel peut être interjeté à moins que l'ordonnance n'émane du premier président de la cour d'appel ».

² V. *Infra*, n° 446.

³ V., à titre non exhaustif, Cass. 2^e Civ., 27 avril 1988, Bull. civ. II, n° 102 ; Cass. 2^e Civ., 3 juin 1999, Bull. civ. II, n° 106 ; Cass. Soc., 31 janvier 1996 ; JCP G 1997, I, 3989, n° 23 obs. L. Cadiet.

⁴ Rappelons que ce texte dispose : « L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ».

décision attaquée, ne peut être remplie (β). Il convient d'examiner successivement ces deux propositions, qui ont trait à des problématiques sensiblement similaires entre l'ordonnance de référé et sur requête.

α . La concurrence entre le recours en révision et la faculté de révision des décisions provisoires par nature

447. La faculté de révision des mesures provisoires par nature ne diffère en rien de celle ouverte à l'encontre des mesures provisoires par objet. Il s'agit dans les deux cas d'une demande nouvelle, ayant une cause différente au sens de l'article 1351 du Code civil, car fondée sur des faits nouveaux. L'exclusion de recours en révision en matière de décisions provisoires par nature repose donc sur une double confusion. Tout d'abord, la majorité des auteurs considère que l'article 488 ouvre une *voie de recours* contre l'ordonnance de référé¹. Or, au vu de ce qui a été précédemment démontré, cette position est erronée et se trouve nourrie par l'amalgame constant fait tant en doctrine qu'en jurisprudence au sujet des diverses mesures provisoires de droit positif. La faculté de révision des décisions provisoires par nature en présence de circonstances nouvelles ne peut être considérée comme une voie de recours, mais seulement comme une demande nouvelle. Il n'y a, à ce titre, aucune concurrence possible avec le recours en révision.

448. Cette absence de concours entre la *faculté de révision* et le *recours en révision* trouve une assise supplémentaire dans les fonctions respectives de ces deux voies procédurales. La faculté de révision permet à la juridiction du provisoire, saisie d'une demande nouvelle, de remplacer une décision devenue inadaptée par une mesure nouvelle, plus adéquate. Le recours en révision, en revanche, a un tout autre rôle, celui d'offrir au magistrat la possibilité de revenir sur sa décision en cas de fraude ou de faux². Ce besoin de corriger les erreurs judiciaires induites par le comportement de mauvaise foi des plaideurs est commun à la justice provisoire et à la justice définitive. Il n'existe pas, du point de vue du provisoire, de justifications pertinentes à la fermeture du recours en révision.

¹ V., par exemple, N. Cayrol, «Référé civil», Rép. Proc. Civ. 2011, n° 679.

² Art. 595 CPC.

β. Le défaut d'autorité de la chose jugée au principal des décisions provisoires par nature

449. Le second argument invocable pour fermer le recours en révision à l'encontre des ordonnances de référé et sur requête est que l'une des conditions de l'article 593 n'est pas remplie. Ce texte vise en effet les jugements « passés en force de chose jugée ». Or, les décisions provisoires par nature, traditionnellement considérées comme dénuées d'autorité de la chose jugée au principal, apparaissent insusceptibles de satisfaire ce critère. Ainsi, écrivent MM. VUITTON, le recours en révision « n'a pas de raison d'être face à une décision qui, dépourvue d'autorité de la chose jugée au principal, ne s'impose pas aux autres juridictions [et] peut être rétractée ou modifiée »¹. Or, ici encore, ce point de vue ne peut persister au vu de la définition du provisoire que nous avons retenue. Les décisions provisoires par nature sont de véritables décisions juridictionnelles dotées de la pleine autorité de la chose jugée au sens des articles 1351 du Code civil et 480 du Code de procédure civile². Elles ne lient néanmoins pas le juge du fond en raison de la nature très différente, procédurale par opposition à substantielle, des règles de droit invoquées au provisoire. Les décisions provisoires accèdent donc bien à la force de chose jugée lorsqu'elles ne sont plus susceptibles d'une voie de recours suspensive, c'est-à-dire lorsque l'appel a été exercé ou le délai pour le faire est expiré. La condition posée par l'article 593 est alors remplie.

450. En somme, les justifications avancées pour fonder la fermeture de recours en révision à l'encontre des mesures provisoires par nature sont inopérantes face à une conception renouvelée et structurée du provisoire en procédure civile. Bien que pouvant servir aux mêmes fins, le recours en révision ne peut rentrer en concours avec ce qu'il est devenu commun d'appeler la faculté de révision des mesures provisoires. Les deux voies de droit divergent à la fois par leur nature et leur fonction, rendant nécessaire leur ouverture concomitante.

b. Le recours en rectification

451. Les mêmes arguments, souffrant des mêmes insuffisances, peuvent être avancés pour interdire le recours en rectification contre les mesures provisoires par nature. L'objet de ce dernier est cependant très différent du recours en révision. Il consiste à permettre au juge de corriger des erreurs purement matérielles dans sa propre décision, sans obliger les plaideurs à saisir pour ce faire

¹ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, Paris, Litec, 2012, n° 1154.

² V. *Supra*, n° 255.

la juridiction d'appel, ce qui serait plus long et plus coûteux. L'article 462 du Code de procédure civile, siège de ce recours particulier, dispose que « les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déféré, selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande ».

452. Ce texte exige également que la décision soit passée en force de chose jugée, condition qui encore une fois est autant susceptible d'être remplie par les décisions définitives que provisoires par nature. Par ailleurs, l'argument selon lequel cette voie de recours serait en concurrence avec la faculté d'introduire une demande nouvelle est encore moins pertinent ici qu'en matière de recours en révision. Une erreur matérielle dans l'ordonnance est difficilement assimilable à une circonstance nouvelle pouvant donner lieu à l'introduction d'une nouvelle demande. Et ce d'autant plus qu'il n'existe pas, dans le régime des ordonnances sur requête, d'équivalent à l'article 488, ce qui a causé la controverse que l'on connaît sur l'autorité dont elles pourraient être revêtues¹. Certes, le recours en rectification est également introduit par une *requête*, mais celle-ci est bien différente de celle qui est visée à l'article 494, car l'article 462 alinéa 3 exige expressément que les parties soient « entendues ou appelées » par le juge. Le recours en rectification est donc jugé de manière contradictoire, ce qui exclut toute confusion avec la requête introductive de l'instance unilatérale. Pour conclure, il faut considérer le recours en rectification comme ouvert à l'encontre des ordonnances sur requête, d'une part parce que les conditions de son exercice sont susceptibles d'être remplies et, d'autre part, parce qu'il conserve une utilité propre dissociable des autres moyens de contestation envisageables.

B. La variation de l'ouverture du recours en retranchement ou en complément selon la nature de l'ordonnance contestée

453. Fil directeur de la présente recherche, la nature provisoire de l'ordonnance sur requête joue un rôle essentiel dans l'ouverture ou la fermeture de certaines voies de recours. Cette fluctuation s'ajoute à l'application restrictive de l'article 496 qui a été précédemment décrite. Autrement dit, parmi les voies de recours à ouverture variable, toutes sont fermées pendant la phase unilatérale de la procédure. Mais certaines se trouvent encore fermées lors de la phase contradictoire en raison du caractère provisoire de l'ordonnance sur requête : il s'agit du recours en complément et en

¹ V. *Supra*, n°s 189 s.

retranchement. Ce recours, qui a son siège aux articles 463¹ et 464² vise en effet l'hypothèse où le juge a accordé moins ou plus que ce qui lui était demandé. La logique est la même qu'en matière de recours en rectification : plutôt que de passer par la voie plus coûteuse et plus longue de l'appel, il est préférable de permettre au premier juge de revenir sur sa décision.

454. La raison d'une telle variation est à rechercher du côté des spécificités qu'implique le provisoire pour l'application du principe dispositif. Le juge des requêtes, comme tout autre juge, ne doit se prononcer que sur ce qui est demandé, c'est-à-dire sur l'objet du litige. Cet objet, comme l'indique l'article 4, est constitué par les prétentions respectives des parties. Il pourrait être défini comme « la fin vers laquelle tend la demande en justice, le résultat qui est recherché »³. Or, en accord avec la nature intrinsèquement procédurale de l'ordonnance sur requête, l'objet même de cette procédure est de sauvegarder le droit d'agir au fond. Ce qui est demandé au juge du provisoire, ce n'est pas tant le prononcé de telle ou telle mesure précisément visée dans la demande, mais le bénéfice de la protection juridictionnelle provisoire. Peu importe dès lors si le juge ordonne une autre mesure que celle demandée, l'essentiel étant que le droit d'action au fond soit préservé. Pour reprendre le mot d'un auteur, l'objet, dans la juridiction du provisoire, devient « un concept suffisamment large pour que le juge puisse prescrire des mesures autres que celles qui lui sont expressément demandées »⁴. La conséquence qui en découle à l'égard de l'ouverture des recours en complément ou en retranchement est d'importance : le juge est insusceptible de trancher *infra* ou *ultra petita* et ces recours sont donc nécessairement fermés.

455. Or, toutes les ordonnances rendues à la suite d'une requête ne sont pas provisoires, loin s'en faut. S'attardant sur cette question, M. le Doyen NORMAND a établi une première ligne de démarcation pour l'application du principe dispositif au sein des ordonnances sur requête : le caractère nommé ou innommé de l'ordonnance. Cet auteur estime que « là où l'ordonnance sur requête est spécialement prévue par la loi, on ne voit guère que le juge ait quelque pouvoir d'appréciation sur la nature de la mesure susceptible d'être prescrite »⁵. Cette distinction a des mérites incontestables. Elle repose sur un critère clair et par conséquent facile à mettre en œuvre :

¹ Art. 463 al. 1 : « La juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande peut également compléter son jugement sans porter atteinte à la chose jugée quant aux autres chefs, sauf à rétablir, s'il y a lieu, le véritable exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens ».

² Art. 464 : « Les dispositions de l'article précédent sont applicables si le juge s'est prononcé sur des choses non demandées ou s'il a été accordé plus qu'il n'a été demandé ».

³ S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *op. cit.*, p. 383.

⁴ N. Voidey, « La notion de « prétentions » en procédure civile », *Gaz. Pal.* 05 septembre 2006, p. 5.

⁵ J. Normand, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction », *préc. spéc.* p. 150.

s'agissant des ordonnances nommées, le recours en complément sera toujours possible car ce qui est demandé au juge, c'est une mesure particulière que prévoit le texte sur lequel s'appuie le requérant. Cependant, cette proposition se heurte à un obstacle en apparence prohibitif : la dichotomie obtenue ne coïncide pas avec la *summa divisio* entre ordonnances provisoires et définitives.

456. L'utilisation du provisoire en tant que critère de qualification¹ a permis d'établir que les ordonnances nommées sont toutes définitives, à l'exception notable de la saisie conservatoire de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution, des saisies-contrefaçon relevant du Code de propriété intellectuelle, des mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile et des mesures urgentes de l'article 220-1 du Code civil. Réciproquement, sans exceptions cette fois, les ordonnances innommées relevant de l'article 812 pour le Tribunal de grande instance et de ses avatars devant les autres juridictions sont toutes provisoires par nature. Pour décider de l'ouverture du recours en complément une question d'importance se pose donc : faut-il privilégier, en guise de critère de distinction, l'origine ou la nature de l'ordonnance considérée ? Dans, le premier cas, la méthode de M. NORMAND pourra être appliquée, et le recours en complément serait ouvert à l'encontre des seules ordonnances nommées. Dans le second, ce recours sera fermé à l'encontre de toutes les ordonnances provisoires, nommées ou innommées. Seules seraient susceptibles d'être critiquées sur le fondement des articles 463 et 464 les ordonnances nommées définitives². Le problème de cette dernière option est qu'elle est plus obscure pour le praticien, qui doit se plonger dans la problématique qualification de l'ordonnance avant de se décider à introduire une requête en complément ou en retranchement, ce qui est peu probable.

457. Il apparaît néanmoins possible de trouver une voie de conciliation entre les deux propositions qui précèdent. Car, au sein de la protection juridictionnelle provisoire, les ordonnances nommées constituent une figure atypique. Non seulement le choix du juge est limité quant aux mesures pouvant être ordonnées, mais son intervention est subordonnée à l'existence d'un chef de saisine particulier : le motif légitime, le péril dans le recouvrement de la créance, etc... Autrement dit, il est tout à fait possible de concevoir que le législateur, en même temps qu'il a prévu des cas de saisine dérogatoires³, a limité les mesures auxquelles celles-ci peuvent aboutir : l'un va de pair avec l'autre. En d'autres termes encore, le fait que le juge soit lié par la mesure à ordonner ne contrarie pas son appartenance à la protection juridictionnelle provisoire, mais confirme son caractère particulier au

¹ V. *Supra*, n°s 52 s.

² C'est-à-dire toutes les ordonnances nommées sauf les trois exceptions précédemment citées.

³ Au sens de divergentes par rapport aux chefs de saisine généraux que sont l'urgence et la nécessité d'évincer le contradictoire, établis par l'article 812.

sein de celle-ci. Rien ne s'oppose donc à ce que le choix se porte sur le critère envisagé par M. NORMAND. Le recours en complément serait ainsi ouvert à l'encontre de toutes les ordonnances nommées, provisoires comme définitives. Il serait, inversement, fermé à l'encontre des ordonnances innommées. Le caractère provisoire de certaines ordonnances nommées ne peut être un obstacle à ce que le législateur limite le choix du juge quant aux mesures envisageables, ouvrant la voie du recours en complément.

458. Un dernier point reste néanmoins en suspens. L'homogénéité étant un trait rare en ordonnance sur requête, le régime des ordonnances provisoires nommées n'y fait pas exception. Le juge des requêtes est lié quant aux mesures à ordonner lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution : il ne peut que moduler les sommes sur lesquelles porte la saisie, sans pouvoir lui substituer une autre mesure équivalente¹. Il est également restreint en ce qui concerne les diverses saisies-contrefaçon, car il ne peut refuser la saisie descriptive lorsque celle-ci lui est demandée, même s'il n'est jamais tenu d'ordonner la saisie réelle des biens prétendument contrefaits². En revanche, et la solution peut surprendre, le juge est souverain dans l'appréciation de la nature de la mesure lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile³. Cette solution serait-elle susceptible de contredire le raisonnement mené jusqu'ici ? Cela n'apparaît pas être le cas car, dans le cadre de l'article 145, le législateur contraint bien le juge à un choix parmi certaines mesures que le texte prévoit... et qui sont toutes les mesures d'instruction « légalement admissibles ». Le choix offert au juge des requêtes est donc particulièrement large, même s'il reste borné par le caractère légal de la mesure⁴ : rien ne s'oppose donc à ce qu'il l'exerce de manière souveraine.

459. Pour conclure, il convient de résumer en disant que les recours en complément ou en retranchement doivent être ouverts à l'encontre de toutes les ordonnances nommées, quelle que soit leur nature. Le critère de l'origine de l'ordonnance doit donc prévaloir, non seulement par sa simplicité d'utilisation pour le praticien, mais surtout parce qu'il s'accorde avec le caractère provisoire de certaines ordonnances nommées. Contre les ordonnances innommées, ces recours sont en revanche fermés, car ce qui importe ce n'est pas le prononcé de la mesure précisément sollicitée, mais l'octroi de la protection juridictionnelle provisoire en général.

¹ Cependant, à la demande du débiteur, le juge conserve la possibilité de substituer à la saisie toute mesure propre à « sauvegarder les intérêts des parties » en application de l'article L. 512-1 al. 2 CPCE.

² V. sur ce point J.-C. Galloux, *préc.*.

³ X. Vuitton, *préc.* n° 52 *in fine*.

⁴ Sur les limitations légales apportées aux mesures d'instruction à futur, V. *Infra*, n°s 862 s.

Chapitre II. L'exécution des ordonnances sur requête

460. L'analyse du parcours de l'ordonnance sur requête au travers des étages de la hiérarchie judiciaire doit être complétée par celle de son exécution. C'est en effet dans cette dernière phase de la procédure que le requérant pourra obtenir ou non satisfaction par la manifestation factuelle de la décision obtenue sur requête. Mais le caractère provisoire des ordonnances sur requête impose, au stade de leur exécution, certaines spécificités. Il est tout d'abord nécessaire de constater que la protection juridictionnelle provisoire ne s'exerce pas de manière unitaire par le juge des requêtes, du fait de l'existence de la juridiction particulière et spécialisée qu'est le juge de l'exécution (Section I). Par ailleurs, le provisoire exerce une influence certaine sur le déroulement de l'exécution, en raison de la fragilité supposée du titre obtenu devant le juge des requêtes. Il faut donc, dans un second temps, mettre en exergue les conséquences de la nature provisoire de l'ordonnance sur requête sur les modalités de l'exécution (Section II).

Section I. La juridiction du provisoire dans le droit de l'exécution

461. La juridiction des requêtes dans le droit des procédures civiles d'exécution, n'est pas l'apanage exclusif du président du Tribunal statuant en qualité de juge des requêtes. Il partage cette prérogative avec le juge de l'exécution, qui dispose également d'une compétence générale pour rendre des ordonnances sur requête en application de l'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que « le juge de l'exécution statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement ». Ce texte doit être appliqué en conjonction avec l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, qui délimite la compétence d'attribution du juge de l'exécution et cantonne par là-même sa juridiction des requêtes. Quatre chefs de compétence principaux en résultent : les difficultés relatives aux titres exécutoires, la mise en œuvre des mesures conservatoires, la saisie immobilière et la réparation des dommages causés par les opérations d'exécution forcée.

L'étude du morcellement de la juridiction du provisoire dans le droit de l'exécution forcée est un préalable nécessaire à l'analyse du déroulement des opérations d'exécution à proprement parler. Si l'institution du juge de l'exécution ne date pas de l'importante réforme des voies civiles d'exécution

par la loi n°91-650 du 9 juillet 1991¹, celle-ci a néanmoins marqué la consécration d'une véritable juridiction autonome et spécialisée de l'exécution². Dans la mesure où cette branche de la procédure civile implique une certaine forme de protection juridictionnelle provisoire³, l'intervention du juge de l'exécution fait nécessairement concurrence au juge des requêtes de droit commun. Confronter ces deux juridictions ne revient pas seulement à s'interroger sur leurs *compétences* respectives, c'est-à-dire sur la répartition matérielle ou territoriale des affaires entre les juridictions⁴; l'analyse doit surtout porter sur l'articulation des *pouvoirs*⁵ du juge de l'exécution et du juge des requêtes. Ce dernier terme doit s'entendre comme la faculté juridictionnelle d'ordonner une décision ou un type de décisions. Faire le départ entre la juridiction de l'exécution et celle des requêtes exige de faire usage simultanément des notions de compétence et de pouvoir, dans la mesure où le juge de l'exécution est, pour une partie de ses attributions, un véritable juge des requêtes à part entière⁶. Mais, par ailleurs, ce même magistrat, dans sa mission de règlement des difficultés relatives aux titres exécutoires et aux mesures d'exécution forcée⁷, est susceptible d'interpréter, voire de modifier, une ordonnance préalablement rendue par le juge des requêtes de droit commun.

462. Distinguer entre les attributions de ces deux magistrats est important à un double titre. Premièrement, sur le plan de la *compétence*, il importe de clarifier les éventuels cas de concours afin de préciser les articulations procédurales en matière de provisoire dans le droit de l'exécution. Par ailleurs, sur le plan des *pouvoirs*, il faut faire application des critères du provisoire précédemment dégagés⁸ pour pouvoir déterminer quelles sont, parmi les ordonnances soumises à l'examen, celles véritablement provisoires.

A cette fin, il est nécessaire de distinguer les hypothèses dans lesquelles le juge de l'exécution intervient de manière autonome pour rendre des ordonnances sur requête, c'est-à-dire sa juridiction provisoire *principale* (§1), des cas où il ne fait que participer à l'exécution d'une ordonnance précédemment rendue, sa juridiction provisoire étant alors *incidente* (§2).

¹ L'instauration de la juridiction spécialisée dans le traitement des difficultés de l'exécution date en effet de la loi n°72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile

² J. Normand, *Le juge de l'exécution*, RTD Civ. 1993, p. 31.

³ V. S. Zaki, *La protection provisoire dans le cadre de l'exécution forcée*, thèse Reims, 2003.

⁴ J. Héron, Le Bars, Th., *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 2012, n° 920.

⁵ Sur cette distinction, V. P. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981 ; adde Y. Strickler et M. Foulon, « Compétence et pouvoir du juge qui liquide l'astreinte », D. 2008, p. 585.

⁶ Dans les termes de l'art. R. 121-23 CPCE.

⁷ V. art. L. 213-6 COJ.

⁸ V. *Supra*, n°s 95 s.

§1. La juridiction provisoire principale du juge de l'exécution

463. Si le juge de l'exécution intervient en principe en qualité de juge du principal¹, il n'en est pas moins une véritable juridiction des requêtes à part entière. De la même manière qu'en droit commun, le texte de l'article R. 121-23 fait apparaître une claire distinction entre les ordonnances nommées, prévues par un texte, et celles dites innommées, ouvertes si les circonstances exigent l'éviction du contradictoire. Si ces dernières appartiennent en principe au genre des décisions provisoires par nature², l'article R. 121-23 ne permet pas de cerner clairement le domaine des ordonnances nommées dans la mesure où la lecture du Code des procédures civiles d'exécution fait apparaître quatorze cas d'ordonnances rendues à la suite d'une requête. La question de la juridiction provisoire principale renvoie à l'étendue des *pouvoirs* dont dispose le juge de l'exécution en la matière, et non pas à sa *compétence* à proprement parler. Il faut ainsi distinguer entre les ordonnances véritablement provisoires de celles qui ne le sont pas. Pour cela, doivent être exclues les ordonnances qui ne satisfont pas aux critères du provisoire précédemment dégagés³ (A.), pour ensuite faire l'étude de celles qui, positivement, relèvent bien de la protection juridictionnelle provisoire (B.).

A. Le domaine négatif : la juridiction non provisoire du juge de l'exécution

464. L'hétérogénéité des ordonnances sur requête, qui se manifeste également dans le droit de l'exécution, exige d'isoler toutes les ordonnances qui ne sont pas provisoires à ce stade de la recherche. Cette exclusion doit s'opérer en prenant appui sur le double critère, à la fois matériel et structurel, des mesures provisoires par nature. Celui-ci peut être résumé en ces termes : la mesure provisoire par nature participe, sur le plan matériel, à la protection juridictionnelle provisoire en sauvegardant le droit d'agir au fond. Par ailleurs, sur le plan structurel, elle n'entretient pas de lien direct avec le droit substantiel protégé et ne se suffit pas à elle-même pour désintéresser le demandeur.

465. L'analyse qui suit s'attache à la nature intrinsèque de la mesure, qui prend toujours la forme d'une ordonnance rendue à la suite d'une requête. A titre liminaire et dans un souci d'exhaustivité, il

¹ Art. R. 121-14 CPCE : « Sauf dispositions contraires, le juge de l'exécution statue comme juge du principal »

² V. *Supra*, n°s 95 s.

³ *Ibid.*

convient d'écarter du champ de la recherche deux types de décisions qui n'appellent pas de développements supplémentaires.

466. Il s'agit en premier lieu du cas particulier de la délivrance, par le juge de l'exécution, d'un titre exécutoire contre le tiers saisi lorsque celui-ci refuse de se libérer au profit du créancier saisissant dans le cadre d'une saisie attribution. L'article R. 211-9 du Code des procédures civiles d'exécution dispose à ce sujet qu' « en cas de refus de paiement par le tiers saisi des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur, la contestation est portée devant le juge de l'exécution qui peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi ». A défaut de précisions formelles, le juge statuant par ordonnance, il serait tentant d'assimiler ce cas de saisine à une ordonnance sur requête. A la question de savoir si le juge pouvait, dans ce cadre, être saisi par voie de requête, la Cour de cassation a répondu négativement en estimant que le débat à l'égard du tiers saisi ne pouvait qu'être contradictoire¹. La solution, rendue il est vrai à propos de l'avis à tiers détenteur, est parfaitement transposable à la saisie-attribution². Appelé à statuer sur le fondement de l'article R. 211-9, le juge doit nécessairement être saisi par une assignation, ce qui conduit à écarter ce type d'ordonnances de la présente recherche.

467. En second lieu, doit être d'entrée de jeu écarté l'ensemble des mesures d'administration judiciaire, car cette catégorie de mesures ne présente aucune spécificité devant le juge de l'exécution. Celui-ci, à l'instar de tout autre juge, rend un certain nombre de décisions destinées à régir le cours de l'instance, qui relèvent du droit commun, tel le renvoi à une audience ultérieure ou encore l'autorisation d'assigner à jour fixe³. Il s'agit de mesures non juridictionnelles insusceptibles de recours⁴, dont la place dans la théorie générale des décisions provisoires a déjà été établie et n'appelle pas de développements supplémentaires⁵.

468. Parmi les qualifications envisageables au profit des ordonnances non provisoires⁶, trois seront retenues ici : si certaines ordonnances sont rendues en la forme des requêtes (1.), un cas particulier, inclassable parmi les divisions établies, mérite un examen à part : l'appréhension sur injonction du juge (2.).

¹ Cass. Avis, 9 février 1998, RTD Civ. 1997 p. 1000 obs. R. Perrot et Procédures 1998, comm. 81, note Y. Desdevises.

² R. Perrot, obs. précitées.

³ Art. R. 121-12 CPCE : « En cas d'urgence, le juge de l'exécution peut permettre d'assigner à l'heure qu'il indique, même d'heure à heure et les jours fériés ou chômés ».

⁴ Art. R. 121-19 CPCE ; *adde* art. 527 CPC.

⁵ V. *Supra*, n°s 122 s.

⁶ Le terme *définitif* a été volontairement écarté pour ne pas exclure les mesures d'administration judiciaire.

1. Les ordonnances sur requête en la forme

469. L'ordonnance sur requête en la forme, variation unilatérale de la procédure des référés en la forme, n'a fait l'objet d'une mention expresse dans le Code de procédure civile qu'à l'occasion de l'introduction récente de l'article 1378¹. Cette catégorie de décisions illustre parfaitement le pragmatisme qui anime la politique procédurale de ce début de siècle : recycler les outils les plus efficaces pour les adapter aux exigences croissantes des nouveaux contentieux. Il s'agit d'une procédure en tous points comparables à celle des articles 493 et suivants, à cette exception près que l'ordonnance rendue est définitive et ne sert aucunement un objectif de protection juridictionnelle provisoire. C'est par pure commodité que la voie unilatérale, ainsi que tout le régime qui lui est applicable, est empruntée².

470. Outre ce critère positif, les ordonnances rendues en la forme des requêtes se caractérisent aussi négativement, dans la mesure où elles ne relèvent ni des mesures provisoires par nature, ni des décisions gracieuses telles que définies à l'article 25, ni, enfin, des mesures d'administration judiciaire. C'est donc sous ce double aspect, à la fois positif et négatif, qu'une catégorie de décisions semble devoir être qualifiée d'ordonnances en la forme, à savoir les mesures rendues afin d'autoriser ou réguler certaines mesures d'exécution forcée. Bien que l'esprit général de la réforme de 1991 ait été de déjudiciariser autant que faire se peut les procédures d'exécution³, l'intervention du juge de l'exécution apparaît ponctuellement nécessaire pour autoriser ou régir la conduite de certaines mesures contraignantes. La procédure unilatérale apparaît alors comme un compromis raisonnable entre la nécessité de faire intervenir l'autorité judiciaire et l'objectif d'efficacité des voies d'exécution. Un bref inventaire de ces mesures (a.) est un préalable nécessaire à leur qualification (b.)

¹ Y. Strickler et M. Foulon, « De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC », D. 2009, p. 2963 ; Renvoi

² V., pour une étude plus étendue des décisions en la forme des requêtes, V. *Supra*, n°s 114 s.

³ V., en ce sens, R. Ruellan et L. Lauba, « Brèves réflexions sur la réforme des voies d'exécutions », LPA 16 mars 1996, p. 10.

a. La typologie des ordonnances relatives à la régulation des mesures d'exécution

471. **Les autorisations requises pour la mise en œuvre d'une mesure d'exécution.** C'est dans cette optique d'intervention judiciaire ponctuelle que l'article R. 121-24 du Code des procédures civiles d'exécution, situé dans le paragraphe relatif aux ordonnances sur requête, dispose que « dans tous les cas où, pour exécuter l'opération dont il est chargé, l'huissier de justice doit obtenir l'autorisation du juge, il est habilité à le saisir par voie de requête ». En réalité, les hypothèses visées ne sont pas très nombreuses et peuvent être regroupées en deux catégories.

472. La première catégorie est celle des autorisations relatives aux mesures d'exécution forcée se déroulant dans un local d'habitation. Lorsqu'il s'agit du local d'habitation du débiteur, l'article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution pose en principe qu'« aucune mesure d'exécution ne peut être effectuée un dimanche ou un jour férié ». Ce même texte prévoit également qu'« aucune mesure d'exécution ne peut être commencée avant six heures et après vingt et une heures ». Protectrices de la tranquillité familiale¹, ces dispositions peuvent néanmoins mettre un obstacle sérieux à l'efficacité de l'exécution s'il existe un risque que le débiteur ne mette à profit cette période de répit pour détourner les biens saisissables. Le juge de l'exécution peut donc être saisi sur le fondement de l'article R. 121-24 pour lever l'interdiction d'exécuter un dimanche ou un jour férié. Il est à noter que l'interdiction de saisir la nuit ne peut faire l'objet de dispenses : en ce sens, « l'inviolabilité nocturne de l'habitation est absolue »².

473. En ce qui concerne le local d'habitation du tiers saisi, par hypothèse étranger à la dette recouvrée, l'entrée de l'huissier de justice est soumise à des conditions plus restrictives. Alors que pour pénétrer dans l'habitation du débiteur l'huissier qui possède un titre exécutoire peut se contenter d'attendre huit jours après la signification du commandement de payer³, l'autorisation du juge est toujours nécessaire s'il s'agit d'un tiers⁴.

474. La seconde catégorie d'autorisations a trait à la mise en œuvre de la saisie-vente pour les créances modiques. Dans un souci d'humanité et d'économie de la procédure⁵, le législateur a souhaité restreindre les saisies-ventes pratiquées dans le local d'habitation du débiteur lorsqu'elles

¹ J. Beauchard, « Le logement et les procédures civiles d'exécution », RTD Civ. 1993, p. 109.

² F. Vinckel, « Opérations d'exécution. Modalités d'exécution », J.-Cl. Proc. Civ. 2009, Fasc. 2210, n°47.

³ Art. R. 221-1 CPCE.

⁴ V., pour la saisie-appréhension, les articles R. 222-9 et R. 222-10; pour la saisie-revendication, l'art. R. 222-20

⁵ Pour les créances les plus modestes, le risque est grand de voir les frais de procédure dépasser le montant des sommes recouvrées, V. R. Ruellan et L. Lauba, « La subsidiarité de la saisie-vente : entre équité, justice et réalisme économique », D. 1997, p. 130.

portent sur des sommes inférieures à un seuil de 535 euros¹. A cet effet l'article L. 221-2 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « la saisie-vente dans un local servant à l'habitation du débiteur, [...] ne peut être pratiquée, *sauf autorisation du juge de l'exécution donnée sur requête*², que si ce recouvrement n'est pas possible par voie de saisie d'un compte de dépôt ou des rémunérations du travail ». Ce texte instaure une véritable hiérarchie parmi les mesures d'exécution³, obligeant en principe le créancier à pratiquer une saisie-attribution ou une saisie des rémunérations de travail avant de recourir à la saisie-vente. Ce n'est que dans l'hypothèse où ces deux premières mesures n'ont pas désintéressé le créancier que le celui-ci peut procéder à la saisie-vente des biens meubles se trouvant dans le local d'habitation du débiteur. L'autorisation du juge vise à déroger à ce mécanisme en laissant le créancier procéder directement à la saisie-vente lorsqu'il apparaît que ni la saisie-attribution, ni celle des rémunérations de travail n'est susceptible de satisfaire le créancier. Il en sera notamment ainsi lorsque le débiteur, sans emploi ou en situation de grande précarité, n'a pas de comptes à saisir, pas plus qu'il n'a un employeur à qui s'adresser⁴. Il est à noter que le refus du débiteur de donner à l'huissier instrumentaire des informations relatives à ses comptes bancaires ou à l'identité de son employeur ne constitue pas en soi une dispense à la règle de subsidiarité et l'autorisation judiciaire reste nécessaire⁵.

475. La prolongation de délais pour la répartition des deniers dans le cadre de la saisie des biens placés dans un coffre-fort. En matière de saisie des biens contenus dans un coffre-fort, le rôle du juge de l'exécution n'est plus de donner son aval à une dérogation, mais de moduler les conséquences de la saisie, à savoir la répartition des produits de la vente. L'article R. 251-9 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « les délais prévus aux articles R. 251-1 [pour le paiement du créancier unique] et R. 251-3 [pour l'établissement du projet de répartition entre plusieurs créanciers] peuvent être prorogés d'accord commun entre les intéressés ou *par ordonnance du juge de l'exécution saisie sur requête*⁶ ». Les délais à proroger sont en principe d'un mois à compter de la vente du bien saisi. Si ce laps de temps est insuffisant, les intéressés peuvent s'accorder sur des délais plus longs, notamment si le tiers acquéreur souhaite lui-même obtenir un échelonnement pour le paiement du prix de vente. C'est dans le cas d'un désaccord que le juge de l'exécution intervient et apprécie l'opportunité d'une prorogation.

¹ Art. R. 221-2 CPCE.

² Nous soulignons.

³ R. Perrot et P. Théry, « La subsidiarité de la saisie-vente », D. 1996, p. 169.

⁴ Même si dans ce cas le logement du débiteur en question risque d'être dépourvu de meubles saisissables ou de valeur, V. J. Beauchard, *préc.* ; *adde* Cass. 2^e Civ., 19 septembre 2002, n° 00-20.587, Bulletin civ. II, n° 185.

⁵ Y. Desdevises, « L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de la saisie-vente », D. 1993, p. 160.

⁶ Nous soulignons.

b. La nature des ordonnances relatives à la régulation des mesures d'exécution

476. Dans l'ensemble des décisions susmentionnées, le juge statue par une ordonnance rendue sur requête. Leur qualification peut être recherchée en éliminant toutes celles qui ne correspondent pas aux critères de la décision provisoire par nature ou de la décision gracieuse.

477. Les ordonnances d'autorisation ne relèvent pas du provisoire par nature, car elles ne sauvegardent aucun droit d'agir au fond, pas plus que la décision qui proroge les délais prévus pour la répartition des deniers. Elles se suffisent à elles-mêmes et ne sont que la traduction procédurale du droit substantiel, celui de mettre en œuvre la mesure d'exécution ouverte au créancier par le droit positif. Cette première qualification peut par conséquent être écartée. Quant aux critères de l'article 25 du Code de procédure civile¹, ils sont, eux aussi, peu susceptibles d'être remplis. Même s'il peut ne pas encore y avoir de litige à ce stade de l'exécution, le juge n'est aucunement saisi pour contrôler un changement de statut personnel ou conférer l'efficacité juridique à un acte sous seing privé². La qualification gracieuse doit elle aussi être écartée.

478. Au vu de ce qui précède, les ordonnances de régulation des mesures d'exécution doivent recevoir la qualification résiduelle d'ordonnance sur requête en la forme³. Les conséquences de cette qualification sont doubles : ces ordonnances sont revêtues de l'autorité de la chose jugée au principal et le référé-rétractation est ouvert à leur encontre si le juge fait droit à la requête. L'usage de la procédure unilatérale est guidé par la commodité et la volonté de simplifier le rapport entre le juge et les justiciables. Ce choix de politique procédurale n'est pas contestable en soi, à condition d'appliquer de manière uniforme et cohérente le régime engendré par cette qualification.

¹ « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

² V. *Supra*, n° 38.

³ Qui mériterait, pour un souci de clarification du vocabulaire juridique, d'être dénommée « ordonnance au fond » car elle n'est, somme toute, qu'un mode de saisine du juge des requêtes en général, et du juge de l'exécution en particulier, V. en ce sens Y. Strickler et M. Foulon, «Le référé-rétractation», D. 2010, p. 456, n° 25.

2. L'appréhension sur injonction du juge

479. La procédure étant avant tout un outil pratique destiné à répondre à des besoins concrets, elle produit parfois des figures atypiques et inclassables, dont la qualification est ardue. L'appréhension sur injonction du juge est de celles-là. Le premier alinéa de l'article R. 222-11 du Code des procédures civiles d'exécution en résume parfaitement l'essence en disposant qu' « à défaut de titre exécutoire, il peut être présenté une requête à fin d'injonction d'avoir à délivrer ou restituer un bien meuble déterminé ». Cette mesure, qui prend au premier abord les allures d'une ordonnance rendue en la forme des requêtes, se distingue par le fait que son régime est précisément détaillé, car pas moins de six articles lui sont consacrés¹. L'étude de ce régime révèle des différences substantielles vis-à-vis des autres ordonnances sur requête rendues par le juge de l'exécution.

480. La première différence majeure a trait aux voies de recours ouvertes contre l'ordonnance rendue sur le fondement de l'article R. 222-11, puisqu'elle est susceptible, lorsqu'elle fait droit à la requête, d'une *opposition* et non d'un référé-rétractation ou encore d'un appel. Cette terminologie n'est pas sans rappeler le mécanisme de l'injonction de payer², avec laquelle l'appréhension présente toutefois quelques dissemblances. Le délai pour former opposition n'est que de quinze jours et non d'un mois³. De plus, l'opposition clôt la procédure devant le juge de l'exécution et le requérant est renvoyé à saisir la « juridiction compétente »⁴, autrement dit le juge du fond matériellement compétent pour trancher le litige au principal⁵.

481. C'est sur le plan de ses effets que l'ordonnance portant injonction d'appréhender s'éloigne d'autant des ordonnances sur requête en la forme qu'elle se rapproche de l'injonction de payer. Faute pour le débiteur d'avoir formé opposition dans le délai légal, le créancier peut s'adresser au greffe du juge de l'exécution aux fins d'apposition de la formule exécutoire⁶. Dans ce cas, l'ordonnance produit tous les effets d'un jugement contradictoire en dernier ressort⁷. Cette disposition conduit à rejeter toutes les qualifications précédemment retenues en matière d'ordonnances sur requête. En effet, cette vocation structurelle à devenir définitive conduit à écarter la qualification de mesure provisoire par nature. Les dispositions dérogatoires en matière de voies de

¹ Il s'agit des articles R. 222-10 à -15 CPCE.

² V. *Infra*, n°s 765 s.

³ Art. R. 222-13 CPCE.

⁴ Art. R. 222-14 CPCE.

⁵ En ce sens, V. F. Samain, « Saisie-appréhension », Rép. Proc. Civ. 2012, n° 37 ; *Rappr.*, en matière d'injonction de payer, l'article 1409 al. 2 : « si le juge rejette la requête, sa décision est sans recours pour le créancier, sauf à celui-ci à procéder selon les voies de droit commun ».

⁶ Art. R. 222-15 CPCE.

⁷ *Ibid.*

recours excluent quant à elles la qualification d'ordonnance en la forme ou de décision gracieuse. Il faut en conclure que cette forme procédurale hybride est une mesure *sui generis*, dotée d'un régime et d'effets propres, qui ne nécessitent pas, *a priori*, un travail de qualification supplémentaire.

482. Néanmoins, une question reste en suspens, celle de la voie de recours ouverte contre la décision rejetant la requête. Faut-il considérer que le requérant peut interjeter appel de l'ordonnance de rejet ? Pour certains, la réponse ne peut être qu'affirmative, appel pouvant être formé dans les quinze jours en application de l'article 496 du Code de procédure civile¹. La question est en réalité plus générale et dépasse le strict cadre de l'appréhension sur injonction. Chaque mesure ou procédure *sui generis* dispose par hypothèse d'un régime qui lui est propre, ce qui lui vaut justement d'être écartée des qualifications traditionnellement retenues. Mais il est rare qu'un tel régime, par oubli ou par économie des textes, prévoie exhaustivement l'ensemble des solutions à retenir. Le problème se situe sur un plan conceptuel et peut être ainsi formulé : en l'absence de dispositions expresses dans une mesure *sui generis* rendue sous la forme d'une ordonnance à la suite d'une requête, le régime des articles 493 et suivants peut-il être invoqué à titre supplétif ? Ou faut-il se référer au droit commun de la procédure ordinaire ? Autrement dit, les articles 493 et suivants ont-ils vocation à suppléer le silence des textes quant aux ordonnances *sui generis* ?

483. Il existe, à notre sens, deux arguments qui imposent de répondre par l'affirmative. Le premier est que, à l'instar de ce qui a été dit à propos des ordonnances sur requête en la forme², retenir un régime uniforme permettrait de lever l'ensemble des incertitudes affectant les ordonnances *sui generis*, de *lege lata* comme de *lege ferenda*. La procédure doit toujours s'efforcer d'être la plus lisible possible pour le praticien, si ce n'est pour le justiciable. L'application du régime de droit commun des ordonnances sur requête permet de toujours avoir un point de référence sur lequel s'appuyer.

484. Le second argument en faveur de cette solution est davantage conceptuel que pratique. Pour reprendre une maxime architecturale fonctionnaliste, *la forme suit la fonction*. Le choix d'une procédure unilatérale correspond à la volonté d'accélérer le cours du procès en évinçant la contradiction. Or, dans ce domaine, le régime des articles 493 et suivants est particulièrement adapté pour allier l'efficacité de la procédure à la protection du tiers visé par la mesure. Il devrait donc être utilisé à titre supplétif à chaque fois que la procédure est unilatérale, introduite par une requête et débouchant sur une ordonnance. En conclusion, le rejet de la requête introduite sur le

¹ F. Samain, *op. cit.*, n° 34.

² V. *Supra*, n°s 114 s.

fondement de l'article R. 222-11 devrait ouvrir au requérant la possibilité d'interjeter appel dans un délai de 15 jours en application de l'article 496 du Code de procédure civile.

485. Pour résumer l'ensemble des développements qui précèdent, la juridiction des requêtes du juge de l'exécution est aussi dispersée que celle du juge des requêtes de droit commun. De nombreuses décisions sont rendues à l'issue d'une procédure unilatérale mais leur nature est hétérogène et elles ne peuvent être rassemblées au sein d'une catégorie unique. Mais le juge de l'exécution est également un véritable juge du provisoire et concurrence à ce titre le juge des requêtes, ce sur quoi il convient à présent de s'attarder.

B. Le domaine positif : la véritable juridiction provisoire du juge de l'exécution

486. Le droit de l'exécution forcée, par essence délicat sur le plan humain, n'est pas étranger à l'idée de protection juridictionnelle provisoire. Le droit substantiel qu'il apparait parfois nécessaire de protéger, notamment au moyen de mesures conservatoires, est le droit à l'exécution¹. La justice resterait lettre morte sans moyens de contrainte à l'encontre des débiteurs récalcitrants, et le droit à l'exécution des décisions judiciaires est parfois mis à mal par certains comportements dilatoires ou de mauvaise foi. Dans cette perspective, le juge de l'exécution dispose d'une véritable juridiction des requêtes provisoire autonome. Pour reprendre une distinction classique en la matière, l'étude des ordonnances inommées (1.), précédera celle des ordonnances nommées (2.).

1. Les ordonnances inommées dans le droit de l'exécution forcée

487. Les rédacteurs du décret du 31 juillet 1992 ont veillé à textuellement consacrer la juridiction des requêtes du juge de l'exécution. Une sous-section composée de deux articles lui fût dédiée. Les termes du premier de ces textes, l'article 32 de décret devenu l'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution, ne sont pas sans rappeler ceux de l'article 812 du Code de procédure civile : « le juge de l'exécution statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou

¹ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/Grèce*, n° 107/1995/613/701, spéc. n° 40 : la Cour décide que le droit au procès équitable garanti par l'article 6§1 de la Convention « serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie ».

lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement »¹. Le troisième alinéa de l'article R. 121-23 marque cependant un écart par rapport au droit commun en disposant que « la décision de rétractation d'une ordonnance sur requête n'a pas autorité de chose jugée au principal ». Ces précisions textuelles suscitent deux interrogations sur lesquelles il convient de s'attarder : la typologie des ordonnances sur requête inconnues devant le juge de l'exécution (a.), ainsi que l'autorité dont elles sont revêtues (b.).

a. La typologie des ordonnances inconnues rendues par le juge de l'exécution

488. La formulation très générale de l'article R. 121-23 alinéa 1 met le juge de l'exécution en concurrence avec le juge des requêtes de droit commun². Lorsque des circonstances exigent, dans l'urgence, que le contradictoire soit évincé, le requérant aurait ainsi le choix entre ces deux juridictions. Ce choix n'est cependant pas sans conséquences, notamment pour la juridiction de l'exécution qui risquerait de se trouver rapidement engorgée. De plus, il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de laisser aux justiciables un choix discrétionnaire, non pas sur le plan de la compétence territoriale, mais sur celui de la compétence matérielle. Car c'est bien de *compétence* qu'il s'agit ici, au sens de règle de répartition des affaires entre deux juridictions de même degré.

489. Hors le cadre de la seule justice provisoire, l'article L. 213-6 alinéa 1 du Code de l'organisation judiciaire règle la difficulté en disposant que « le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, [...] à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ». Appelée à se prononcer par avis, la Cour de cassation a décidé qu'en vertu de ce texte le juge de l'exécution « ne peut être saisi de difficultés relatives aux titres exécutoires qu'à l'occasion de contestations portant sur des mesures d'exécution forcée engagées ou opérées sur le fondement de ce titre »³. La doctrine majoritaire⁴ en a déduit deux critères de compétence, l'un temporel, l'autre matériel. Du point de vue temporel, le juge de l'exécution n'est en principe compétent que

¹ L'article 812 dispose que « le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi. Il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

² Sur l'articulation des compétences du juge de l'exécution et du juge des requêtes de droit commun sur ce point, V. *Infra*, n°s 1095 s.

³ Cass. Avis., 16 juin 1995, Bull. avis. n° 9 ; RTD Civ. 1995 p. 691 obs. Perrot.

⁴ Ph. Hoonakker, *Procédures civiles d'exécution*, Orléans, Paradigme, 2010, pp. 65 s. ; M. Donnier et J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, Litec, 2008, pp. 40 s.

lorsqu'une *mesure d'exécution forcée est en cours* (α), tandis que sur le plan matériel seules les *difficultés d'exécution* relèvent de sa juridiction (β), distinction qui peut être transposée à l'ordonnance sur requête.

α . Le critère temporel de compétence

490. La spécialisation de la juridiction de l'exécution impose, par sa nature même, un bornage précis de sa compétence matérielle. Il est dès lors logique qu'elle ne commence qu'avec la mise en œuvre de mesures d'exécution forcée, qui marquent le passage de la *jurisdictio* à l'*imperium*. Levant certains doutes en la matière, la Cour de cassation décide, dans un courant jurisprudentiel désormais constant, que la signification du commandement de payer suffit à caractériser le début de l'exécution¹, même si elle n'est pas toujours un acte d'exécution à proprement parler². En revanche, un simple avis de saisie adressé par le comptable du Trésor public n'est pas une véritable mesure d'exécution forcée³, pas plus que la délivrance d'un certificat de non-paiement d'un chèque⁴ ou une mise en demeure⁵. Commentant la diversité des solutions en présence, M. HOONAKKER estime que cette « jurisprudence très casuistique appellerait une réflexion de fond sur la notion de mesure d'exécution »⁶. Sans aller jusqu'à forger une théorie de l'acte d'exécution forcée, il est possible d'en proposer une définition synthétique qui permettra de cerner la compétence du juge de l'exécution. Serait une mesure d'exécution tout acte qui, d'une part, *ne tend pas à déterminer l'existence, l'étendue ou la validité des droits ou obligations d'une partie*, et, d'autre part, qui *vise à concrétiser directement la norme juridictionnelle qu'elle met en œuvre*. Dans cette définition, le terme *concrétiser* renvoie à l'idée de transposer dans le monde des faits ce qui a été décidé dans le domaine du droit, tandis que le vocable *directement* écarte toutes les démarches dont le but unique et immédiat ne serait pas la réalisation de la mesure exécutée.

491. Le critère temporel n'est pas à lui seul suffisant à régler le concours entre le juge de l'exécution et le juge des requêtes dans l'exercice de leurs juridictions provisoires respectives. Les solutions qui viennent d'être rappelées ne sont pas propres à l'ordonnance sur requête et ressortent du droit

¹ Cass. 2^e Civ., 16 décembre 1998, Bull. Civ. II, n° 301 ; Cass. 2^e Civ., 9 juin 1999, Bull. Civ. II, n° 110.

² Le commandement de payer ne peut être qualifié d'acte d'exécution que si sa signification est un préalable obligatoire imposé par la loi, à l'instar de la saisie-vente, V. Ph. Hoonakker, « La prescription de l'exécution forcée depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », Droit et procédures 2009, p. 15.

³ Cass. 1^{ère} Civ., 28 février 2006, Procédures 2006, comm. 134, obs. R. Perrot.

⁴ Aix, 7 avril 2006, *Jurisdata* n° 324268.

⁵ Paris, 7 février 2002, *Jurisdata*, n° 244052.

⁶ Ph. Hoonakker, *op. cit.*, n° 114, *in fine*.

commun. Elles ne permettent que de conclure que le juge de l'exécution est compétent *après*¹ l'engagement d'une mesure d'exécution. Pour être véritablement discriminant, ce premier critère doit être complété par un aspect matériel.

β. Le critère matériel de compétence

492. Le critère matériel de la compétence du juge de l'exécution a trait aux « contestations portant sur des mesures d'exécution forcée » de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire. Ce juge n'est en principe compétent que pour régler les difficultés qui s'élèvent à propos de la mise en œuvre des voies d'exécution, qu'elles soient de fond ou de forme². Ces contestations peuvent ainsi porter sur la saisissabilité³ ou la propriété⁴ des biens saisis, les mesures inutiles⁵ ou devenues sans objet⁶, etc... Ces tâtonnements jurisprudentiels révèlent la volonté de restreindre l'intervention du juge de l'exécution à son domaine original : le contrôle du *déroulement* des procédures d'exécution.

493. L'application du critère matériel aux ordonnances innommées de l'article R. 121-23 permet d'éclaircir quelque peu l'articulation des compétences avec le juge des requêtes de droit commun. Le juge de l'exécution ne serait compétent qu'après la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée au sens qui lui a été précédemment donné⁷, et uniquement pour les règlements des contestations relatives à cette mesure. Cependant, cette proposition est encore insuffisamment précise car elle peine à catégoriser les mesures pouvant être ordonnées. Il faut donc la conjuguer avec la notion de protection juridictionnelle provisoire. A l'aune de cette dernière, le juge de l'exécution n'interviendrait que pour permettre, par une décision provisoire et unilatérale, de sauvegarder l'efficacité d'une mesure d'exécution forcée. L'ordonnance rendue participerait à la préservation du droit subjectif à l'exécution des décisions de justice.

494. En résumé, le requérant doit être orienté vers le juge des requêtes ou le juge de l'exécution dans l'introduction de sa demande par deux considérations :

¹ Les saisies conservatoires, qui interviennent *avant* la phase d'exécution à proprement parler, relèvent des ordonnances nommées et seront examinées plus loin, Renvoi

² J. Normand, « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution », J.-Cl. Proc. Civ. 2010, fasc. 2040, n°s 57 s.

³ Dijon, 21 juin 1994, D. 1994, somm. p. 338, obs. F. Lucet.

⁴ Paris, 2 juillet 1998, Rev. huissiers 1999, p. 207, note Dahan ; Cass. 2e civ., 10 nov. 1998, JurisData n° 1998-004256, JCP G 1998, IV, 3516 ; Gaz. Pal. 1999, 1, pan. jurispr. p. 42.

⁵ Douai, 30 juin 1994, Rev. huissiers 1995, p. 497 ; TGI Lyon, JEX, 31 janvier 1995, Rev. huissiers 1995, p. 1396.

⁶ Paris, 11 juin 1998, Rev. huissiers 1999, p. 202, note J.-J. Bourdillat.

⁷ V. *Supra*, n°s 490 s.

- soit aucune mesure d'exécution¹ n'a encore été engagée (critère temporel), alors seul le juge des requêtes est compétent sur le fondement de l'article 812 alinéa 1 du Code de procédure civile ;
- soit l'exécution a déjà été engagée (critère temporel) et des mesures urgentes et unilatérales sont requises pour en préserver l'efficacité ou même la possibilité (critère matériel), alors le juge de l'exécution est seul compétent sur le fondement de l'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution.

Une telle répartition des compétences présente deux avantages non négligeables. Premièrement, elle repose sur des critères bien établis et constants dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La prévisibilité des solutions est donc un premier atout. Deuxièmement, le strict cantonnement de la juridiction de l'exécution à la sauvegarde du droit substantiel à l'exécution contribue à ne pas l'engorger excessivement et à préserver sa spécialisation. Ce juge du provisoire se voit donc attribuer un rôle précis qui n'interfère pas avec celui du juge des requêtes de droit commun.

Il convient, pour terminer l'étude des ordonnances innommées, de dire un mot de leur autorité.

b. L'autorité des ordonnances innommées rendues par le juge de l'exécution

495. Les ordonnances sur requête innommées sont l'archétype même de la décision provisoire par nature. Elles répondent à la fois aux critères matériel et structurel qui distinguent ce type de mesures, en ce sens qu'elles tendent à préserver un droit substantiel sans aboutir, de manière directe, à la satisfaction du requérant². Cependant, leur dénier toute autorité de la chose jugée serait erroné car ils doivent recevoir la qualification d'actes juridictionnels, et sont à ce titre revêtues d'une telle autorité³. La question de la portée de l'autorité de chose jugée à leur égard doit cependant être réexaminée au vu des conclusions qu'a permis de tirer la théorie du provisoire en démontrant que l'autorité de chose jugée *au provisoire* était un concept fallacieux⁴. L'autorité de chose jugée ne se décline pas en degrés, mais se résume en deux propositions mutuellement exclusives : soit une décision en est revêtue et l'exception de chose jugée peut être mise en œuvre en cas de nouvelle demande qui lui serait identique, soit l'autorité n'existe pas et l'exception de chose jugée ne peut jouer. Les ordonnances rendues par le juge de l'exécution sur le fondement de l'article R. 121-23 n'appelleraient pas de commentaires particuliers au regard de ce qui vient d'être dit, si ce n'est le

¹ Définie comme un *acte qui ne tend pas à déterminer l'existence, l'étendue ou la validité des droits ou obligations d'une partie, et qui vise à concrétiser directement la norme juridictionnelle qu'elle met en œuvre*, V. *Supra*, n° 490.

² V. *Supra*, n° 95 s.

³ V. *Supra*, n°s 158 s.

⁴ V. *Supra*, n°s 238 s.

dernier alinéa du texte susmentionné. L'article R. 121-23 alinéa 3 dispose, en ces termes, que « la décision de rétractation d'une ordonnance sur requête n'a pas autorité de chose jugée au principal ». Comment comprendre cette proposition au regard de la théorie des décisions provisoires ?

496. Il existe, à notre sens, deux manières d'expliquer cette assertion. La première consisterait à reconnaître aux ordonnances de l'article R. 121-23 une nature particulière au regard de l'institution plus générale des ordonnances sur requête, que ce texte aurait justement voulu souligner. Cet argument ne convainc pas, car les ordonnances nommées rendues par le juge de l'exécution s'inscrivent parfaitement dans le cadre conceptuel tracé pour les décisions provisoires par nature. Elles constituent le pendant spécialisé dans l'exécution de la juridiction des requêtes, qui complète la juridiction des requêtes de droit commun mais n'en diverge pas dans ses fondements.

497. La seconde explication, qui retient davantage notre adhésion, consisterait à voir dans ce texte une tentative de synthèse des dispositions du Code de procédure civile relatives aux ordonnances sur requête. On y retrouve ainsi mention des ordonnances nommées et innommées, par symétrie avec l'article 812 et ses avatars devant les autres juridictions, ce qui ne peut que souligner la volonté de rapprochement avec ces textes. Il ne manquait donc à cette description que la mention du caractère provisoire des ordonnances sur requête. Or, la conception du provisoire dominante à l'époque de la rédaction du décret consistait en l'assimilation du provisoire à l'absence de l'autorité de la chose jugée *au principal*¹. Le seul modèle de référence était, et reste encore aujourd'hui, l'ordonnance de référé, au sujet de laquelle l'article 488 du Code de procédure civile dispose que « n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ». C'est donc dans la plus stricte logique de cette idée que la mention du provisoire, figurant à l'article 493, a pu être reformulée à l'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution comme l'absence d'autorité de la chose jugée au principal.

498. La conclusion qui s'impose est donc de considérer les ordonnances de l'article R. 121-23 comme des décisions provisoires par nature, revêtues, en tant que telle, de l'autorité de la chose jugée au sens de l'article 1351 du Code civil. La nature procédurale des mesures empêche d'invoquer l'exception de chose jugée devant le juge du principal si celui-ci venait à être ultérieurement saisi². C'est uniquement en ce sens que le juge du principal n'est pas tenu par ce qui a été décidé au provisoire, et non en raison d'une prétendue absence de chose jugée des ordonnances innommées.

499. Les ordonnances innommées ne constituent pas à elles seules la juridiction des requêtes du juge de l'exécution. Un certain nombre de textes épars dans le Code des procédures civiles

¹ V., pour une étude extensive de cette notion, Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993.

² V. *Supra*, n°s 238 s.

d'exécution instituent des véritables décisions provisoires rendues sur requête : il s'agit des ordonnances nommées.

2. Les ordonnances nommées dans le droit de l'exécution forcée

500. En faisant référence aux « cas spécifiés par la loi », l'article R. 121-23 renvoie aux hypothèses particulières dans lesquelles le législateur a expressément prévu l'emploi de la procédure unilatérale. Il s'agit de ce que la doctrine a appelé les ordonnances nommées ou spéciales¹. A l'inverse des ordonnances innommées, pour lesquelles seul les cas de saisine – l'urgence et la nécessité d'évincer le contradictoire – sont textuellement mentionnés, les ordonnances nommées prévoient à la fois les conditions de la saisine du juge des requêtes et les mesures que celui-ci peut ordonner. Les cas particuliers prévus au sein des procédures civiles d'exécution ont tous trait à la mise en œuvre de mesures conservatoires préalablement à l'exécution proprement dite (a.). Mais au-delà des seules dispositions du Code des procédures civiles d'exécution, se pose la question de savoir si le juge de l'exécution peut être saisi sur le fondement d'autres textes du droit positif instituant des ordonnances nommées (b.).

a. Les saisies conservatoires

501. Les saisies conservatoires sont les seules mesures véritablement conservatoires, toutes les autres mesures devant recevoir l'appellation de *mesures de sauvegarde du patrimoine*². Elles relèvent, comme les ordonnances innommées, de la catégorie des décisions provisoires par nature. Sur le plan matériel, elles sauvegardent le droit de saisir, qui pourrait être mis en péril par un comportement mal intentionné du débiteur. Du point de vue structurel, elles n'ont pas de finalité en soi, sauf à leur prêter des effets comminatoires. Elles ne font qu'immobiliser, *conserver*, le patrimoine du débiteur dans l'attente de la véritable mesure d'exécution forcée.

502. Le texte de référence reste la saisie conservatoire des créances inscrite à l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution, qui dispose que « toute personne dont la créance paraît

¹ S. Pierre-Maurice, « Ordonnance sur requête », Rép. Proc. Civ. 2011, n° 9 s.

² Ainsi des mises sous séquestre ou de l'apposition de scellés, V. *Infra*, n° 1157 ; adde C. Brenner, *L'acte conservatoire*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 154.

fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ». Les meubles corporels peuvent également être saisis à titre conservatoire par le biais de la saisie-revendication¹, qui les rend indisponibles entre les mains du débiteur constitué gardien. C'est l'infraction de détournement de bien saisi², dont se rendrait coupable le débiteur qui aliénerait malgré tout les biens objets de la saisie, qui fait toute l'efficacité de cette mesure. Enfin, les biens meubles peuvent être rendus indisponibles même s'ils sont placés dans un coffre-fort³. Il est alors faite interdiction au débiteur d'accéder au coffre-fort hors la présence de l'huissier, ce qui permet d'empêcher le détournement des objets de valeur⁴.

503. L'articulation des compétences entre le juge de l'exécution et le juge des requêtes ne pose aucune difficulté en ce qui concerne les saisies conservatoires. La compétence du juge de l'exécution en la matière est en effet exclusive⁵, et le juge des requêtes devrait relever d'office son incompétence si d'aventure il était saisi. Ce sont en revanche les ordonnances nommées hors du strict droit des voies d'exécution qui suscitent des interrogations, car la compétence du juge de l'exécution à leur égard ne va pas de soi.

b. Les autres ordonnances nommées

504. L'analyse de la compétence du juge de l'exécution au regard des ordonnances établies par des textes hors le Code des procédures civiles d'exécution peut se résumer en deux propositions alternatives. Soit le juge de l'exécution est considéré comme une juridiction restreinte aux seuls textes qui réservent expressément sa compétence, auquel cas les seules ordonnances nommées relevant de sa sphère d'intervention seraient les saisies conservatoires. Soit, et c'est la seconde proposition, les termes de l'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution sont pris dans leur sens le plus large et le juge de l'exécution doit pouvoir être saisi sur l'ensemble des dispositions de droit positif instaurant des ordonnances nommées.

505. Notre opinion va vers la première branche de l'alternative, argument pris de la formulation restrictive de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire. Ce texte énumère de manière exhaustive les attributions juridictionnelles du juge de l'exécution en les limitant à quatre domaines :

¹ Art. R. 222-17 CPCE.

² Art. 314-6 C. pén.

³ Arts. R. 522-1 à -4 CPCE.

⁴ V. N. Fricero, « Saisie des biens placés dans un coffre-fort », Rép. Proc. civ. 2010, n°s 48 s.

⁵ Art. R. 121-1 al. 1 CPCE.

les difficultés relatives aux titres exécutoires et celles qui s'élevaient à l'occasion de l'exécution forcée ; les mesures conservatoires ; la procédure de saisie immobilière et les contestations qui s'y rapportent ; et, enfin, les réparations consécutives aux opérations d'exécution forcée. L'article L. 213-6 doit être appliqué cumulativement avec l'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution. Cette application cumulative à ne considérer le juge de l'exécution compétent pour rendre des ordonnances nommées que si deux conditions sont réunies :

- la mesure relève d'un « cas spécifié par la loi », qui prévoit l'utilisation de la procédure unilatérale en application de l'article R. 121-23 alinéa 1 ;
- la mesure relève de l'un des domaines de compétence matérielle énumérés par l'article L. 213-6.

506. L'application combinée de ces deux textes amène à la conclusion que, *de lege lata*, les seules ordonnances nommées relevant de la compétence du juge de l'exécution sont les saisies conservatoires. Ceci n'empêche cependant pas, *de lege ferenda*, que d'autres dispositions viennent un jour s'ajouter à l'arsenal du juge de l'exécution en matière d'ordonnances nommées. Ce qui importe, c'est de disposer de critères solides sur lesquels s'appuyer pour décider de la compétence de ce juge spécialisé. La combinaison des articles R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution et L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire offre une ligne de partage claire et cohérente, permettant de préserver la spécialisation du juge de l'exécution sans empiéter sur les prérogatives du juge des requêtes de droit commun.

507. **Conclusion du paragraphe premier.** Le juge de l'exécution est une juridiction des requêtes à part entière. Il n'est pas épargné par la grande hétérogénéité de l'ordonnance sur requête, ce qui a nécessité un travail de qualification préalable pour écarter de l'analyse les décisions rendues en la forme des requêtes, les décisions gracieuses, les mesures d'administration judiciaire et, en tout dernier lieu, la figure procédurale *sui generis* qu'est l'appréhension sur injonction du juge. Cette recherche de la qualification s'est appuyée sur les critères de la décision provisoire par nature pour cerner les *pouvoirs* du juge de l'exécution.

508. En revanche, au sein des ordonnances sur requête véritablement provisoires qu'est appelé à rendre le juge de l'exécution, c'est la question de la *compétence* qui est au cœur des débats. La généralité de l'article R. 121-23 ne permet pas spontanément d'exclure toute concurrence entre le juge de l'exécution et le juge des requêtes de droit commun ; un critère d'articulation de leurs compétences respectives devait être trouvé. La combinaison des critères *temporel*, la mise en œuvre d'une mesure d'exécution, et *matériel*, la sauvegarde du droit substantiel à l'exécution, permet d'opérer harmonieusement ce partage.

509. Mais le juge de l'exécution n'est pas seulement un juge des requêtes, aussi spécialisé soit-il. Sa fonction essentielle est de statuer sur les difficultés qui surgissent lors des opérations d'exécution, ainsi que de moduler certaines mesures lorsque le besoin s'en fait sentir. C'est dans ce cadre qu'il peut se saisir d'une ordonnance sur requête rendue par un autre juge et exercer une juridiction provisoire indirecte, dont on dira qu'elle est *incidente* par opposition à *principale*.

§2. La juridiction incidente du juge de l'exécution

510. Saisi aux fins de trancher des difficultés relatives à l'exécution d'une ordonnance sur requête dont il n'est pas l'auteur, le juge de l'exécution peut exercer une juridiction *incidente*. Cette dernière s'oppose à la juridiction principale en ce sens que le juge de l'exécution n'a pas, en la matière, de compétence propre et autonome. La loi ne lui accorde que la possibilité, restrictivement encadrée, de moduler les effets produits par l'ordonnance. Ce faisant, il affecte néanmoins la décision primitive, même s'il n'en est pas l'auteur.

Cette juridiction incidente emprunte nécessairement la nature de la décision originelle qu'elle affecte. Il en résulte que si les décisions ordonnées par le juge des requêtes sont provisoires par nature, la juridiction incidente est alors également provisoire (A.). Mais il existe des hypothèses particulières dans lesquelles le juge des requêtes exerce des prérogatives qui ne sont pas provisoires car elles sont totalement étrangères à la protection juridictionnelle provisoire. Dans ce cas, la juridiction incidente du juge de l'exécution devient définitive (B.).

A. La juridiction incidente provisoire

511. La conception de la juridiction de l'exécution, portée dans les textes par les rédacteurs de la réforme de 1991, est telle que ce juge spécialisé doit en principe rester cantonné dans sa stricte fonction du contrôle des mesures d'exécution. Il ne doit pas pouvoir prendre la place du juge qui a rendu la décision exécutée, son intervention reste accessoire. En ce sens, l'article R. 121-1 alinéa 2 du Code des procédures civiles d'exécution énonce une prohibition de principe en disposant que « le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites ». Pourtant, l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire induit un doute en précisant, dans son alinéa premier, que « le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des

difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, *même si elles portent sur le fond du droit*¹ ». Une porte reste donc ouverte pour le juge de l'exécution quant au contrôle de fond de la décision exécutée, faculté dont la portée doit être explicitée (1.). Par ailleurs, c'est par le biais de l'interprétation que le juge de l'exécution peut être amené à ajouter à la décision exécutée, celle-ci étant rarement une démarche intellectuelle neutre (2.).

1. Le juge de l'exécution connaît des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution, même si elles portent sur le fond du droit

512. La science juridique consiste souvent, pour le chercheur, à déceler dans le verbe de la loi la portée et le sens que le législateur a voulu lui donner. C'est ainsi qu'un membre de phrase de l'article R. 121-1 du décret, « *même si elles portent sur le fond du droit* », a suscité une abondante fluctuation jurisprudentielle². Ce texte est le fruit de deux volontés contradictoires entre lesquelles un délicat équilibre doit être établi : l'objectif de cantonner le juge de l'exécution dans sa charge de contrôle des voies d'exécution, d'une part et le souhait de ne pas disperser à l'excès le contentieux que ces dernières génèrent, d'autre part. Un compromis a donc été trouvé, qui consiste à permettre au juge de l'exécution de statuer sur la difficulté qui fait obstacle au déroulement de l'exécution, même si cette difficulté porte sur le fond du droit (a.). C'est à cette occasion que le juge de l'exécution pourra exercer une juridiction des requêtes incidente et modifier les effets de la décision exécutée (b.).

a. Les conditions d'intervention du juge de l'exécution

513. Pour que soit respecté le compromis procédural qui vient d'être évoqué, le juge de l'exécution ne doit pas pouvoir intervenir aisément sur le fond. Sa compétence doit être restreinte aux seules *difficultés d'exécution*, notion qui doit être illustrée par une application à l'ordonnance sur requête (α.). De plus, le concept même de *fond* n'est pas clair et doit être précisé (β.).

¹ Nous soulignons.

² Des demandes ne relevant pas des strictes voies d'exécution ont pu apparaître dans le prétoire du juge de l'exécution, par exemple pour établir la validité d'un acte notarié, TGI Paris, 8 septembre 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, somm. 808 et Cass. 2^e Civ., 25 mars 1998, Bull. civ. II, n° 102 ; V. également pour une demande d'indexation d'une pension alimentaire, TGI Lyon, 2 novembre 1993, Gaz. Pal. 1994, 2 somm. 808 ; *adde* Ph. Hoonakker, *op. cit.* n°s 150 s.

514. Donner une définition des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée revient à se référer aux critères matériel et temporel de la compétence du juge de l'exécution précédemment évoqués pour le bornage de ses attributions juridictionnelles. A interpréter ces critères trop strictement, le risque est grand d'éclater le contentieux en déniait au juge de l'exécution tout pouvoir pour trancher les difficultés qui se présentent à lui¹. A les voir de manière excessivement large, on ferait converger vers lui des requêtes qui devraient relever du juge de l'article 812.

Ceci est d'autant plus vrai que le critère temporel est par hypothèse toujours rempli. L'ordonnance sur requête est exécutée sur minute, c'est-à-dire que le destinataire de la mesure n'en prend connaissance qu'au moment précis où elle est exécutée contre lui. La signification de l'ordonnance sur requête par l'huissier instrumentaire est un en soi un acte d'exécution et marque le départ de la compétence du juge de l'exécution. Toute l'articulation avec les compétences du juge des requêtes repose donc sur le critère matériel.

515. La notion de difficultés d'exécution s'oppose à celle de titre exécutoire à proprement parler. Il ne s'agit pas de contestations portant sur la validité du titre qui donne lieu à exécution, mais plutôt du déroulement ou des modalités de cette exécution. Ceci renvoie à la définition de la mesure d'exécution donnée précédemment, désignée comme un acte qui *ne tend pas à déterminer l'existence, l'étendue ou la validité des droits ou obligations d'une partie*². Dans ce domaine les contestations « se caractérisent par leur grande diversité » car la « perspective du contentieux est constamment présente »³. Les prétentions qui peuvent être soumises au juge de l'exécution sont donc nécessairement procédurales.

Les actes d'exécution forcée, comme tous les actes de procédure, sont soumis à des conditions de forme comme de fond. C'est dans ces deux catégories qu'il est possible de répartir les contestations envisageables. De plus, les conditions de validité contestées peuvent relever du régime général des ordonnances sur requête, comme de textes plus spécifiques à la mesure d'exécution considérée.

¹ En ce sens J.-J. Ansault, « La Cour de cassation redonne toute sa confiance au juge de l'exécution », D. 2009, p. 2525, spéc. n° 6.

² V. *Supra*, n° 490.

³ J. Normand, « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution », *préc.*, n° 55.

516. **Conditions de forme.** Au titre des conditions de forme générales, le tiers visé par la mesure ordonnée sur requête pourrait contester que soient remplies les exigences de l'article 495, comme la signification de la requête en même temps que l'ordonnance¹, ou encore la présence d'une annexe comportant les pièces sur lesquelles s'appuie le requérant². A un niveau de généralité moindre, le même tiers pourrait faire valoir le défaut d'une mention particulière exigée pour tel ou tel acte de saisie, ou encore l'absence d'accomplissement par l'huissier instrumentaire des diligences propres à la signification à personne³.

517. **Conditions de fond.** De la même manière, certaines conditions de fond requises pour l'exécution de l'ordonnance pourraient faire défaut. En pénétrant dans un local d'habitation pour y dresser un constat, l'huissier peut par exemple s'adjoindre la compagnie de témoins non conformes aux prescriptions de l'article L. 142-1 du Code des procédures civiles d'exécution⁴. Pire, il pourrait au contraire se faire assister de quelques acolytes bien bâtis pour dissuader la résistance du débiteur et, de manière plus générale, commettre des voies de fait lors des opérations d'exécution. Enfin, et c'est là un point de rencontre entre l'exécution et la validité du titre exécutoire, l'huissier⁵ pourrait excéder la mission que le juge des requêtes lui a confiée⁶, où la mettre en œuvre par des moyens autres que ceux que le juge avait autorisés. Les illustrations pourraient être multipliées.

518. En somme, les mêmes critères qui ont permis le partage de compétences entre le juge de l'exécution et le juge des requêtes dans le domaine de la juridiction provisoire principale sont encore à l'œuvre ici. En principe, la procédure des requêtes des articles 493 et suivants offre au tiers visé par l'ordonnance une voie efficace pour contester la mesure exécutée à son encontre : le référé-rétractation. Il n'est donc nul besoin de s'interroger sur une éventuelle compétence du juge de l'exécution pour faire valoir les droits de ce tiers. Mais l'énoncé très général de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire ne permet pas d'écarter cette possibilité. Par conséquent, la saisine du juge de l'exécution, pour ne pas perturber le schéma procédural normal et ne pas détourner la juridiction des requêtes de sa compétence naturelle, doit demeurer exceptionnelle. Le critère matériel de compétence conduit à limiter les interventions du juge de l'exécution aux contestations qui ont trait au *déroulement et à la mise en œuvre des mesures d'exécution* et à celles-ci seulement. Le tiers visé par l'ordonnance rendue à son insu devrait donc faire face à l'alternative suivante pour contester la mesure qui lui fait grief :

¹ Cass. 2^e Civ., 18 novembre 2004, Bull. civ. II, n° 499, Procédures 2005, n°5, RTD Civ. 2005 p. 185 obs. R. Perrot.

² Cass. 2^e Civ., 10 janvier 2008, JCP G 2008, IV, 1253, Procédures 2008, n° 72 obs. R. Perrot.

³ Pour une illustration en matière d'injonction de payer, V. Angers, 13 septembre 2011, n° 11/00692, inédit.

⁴ Aix-en-Provence, 18 décembre 2009, n° 08/20117, inédit.

⁵ Ou l'administrateur provisoire, le syndic de copropriété, etc...

⁶ V., pour l'infirmité d'une ordonnance sur requête ayant ordonné, sur le fondement de l'article 145, la saisie de « tous documents et pièces utiles », Limoges, 28 mars 2001, D. 2001 IR 2089.

- soit la contestation porte sur le bien-fondé et / ou l'opportunité de la mesure, et le juge des requêtes qui a rendu l'ordonnance doit être seul compétent, ce qui n'exclut pas en soi une contestation incidente quant aux conditions de mise en œuvre de la mesure ;
- soit la contestation porte *exclusivement* sur le déroulement de l'exécution et les modalités de sa mise en œuvre, alors le juge de l'exécution doit être saisi à l'exclusion de tout autre.

519. Il doit être bien entendu qu'en pratique les critiques adressées par le tiers visé par l'ordonnance risquent de n'être que rarement exclusivement procédurales. Très certainement, dans la recherche des moyens à l'appui de sa demande en rétractation, le tiers visé fera feu de tout bois en invoquant des griefs de pure procédure en même temps qu'il contestera le bien-fondé sur le fond de la mesure ordonnée contre lui. Mais cet aspect concret ne doit pas contrarier la rigueur de la théorie. Le juge de l'exécution est tout à fait susceptible d'être saisi d'une contestation relative à une ordonnance sur requête rendue par un autre juge et il est important qu'il dispose alors de critères fiables et clairs pour se déclarer ou non compétent.

520. Dans l'hypothèse, où le juge de l'exécution estimerait recevable la demande portée devant lui, il se trouverait dans la possibilité de statuer sur le « fond » dont fait mention l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, notion dont il faut à présent établir la teneur.

β. Les contestations qui portent sur le fond du droit

521. Le terme de *fond* en procédure civile est ambigu. Il peut en effet recevoir plusieurs significations dont la portée varie considérablement¹. Le premier sens de ce terme pourrait d'être l'antonyme de *provisoire*, renvoyant à l'opposition entre le juge du *fond* et le juge du *provisoire*. Cette acception terminologique, bien qu'encore très répandue, ne correspond pas à la nature de la décision provisoire par nature telle qu'elle a été précédemment définie². Il faudrait, dans la rigueur des principes, distinguer entre le juge du droit substantiel et le juge des mesures procédurales. Mais l'inélégance de cette tournure de vocabulaire, que nous reconnaissons volontiers, la rend certainement peu attractive pour l'usage commun.

522. Le second sens du vocable *fond* renvoie à l'article 4 du Code de procédure civile qui dispose que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». Le fond de la demande est donc constitué par les prétentions opposées que les parties soumettent au juge. Serait, au sens

¹ V. Y. Desdevises, « Variations sur le fond en procédure civile », in Mélanges Cosnard, Paris, Economica, 1990, p. 325.

² V. *Supra*, n° 58.

de cette seconde acception, la décision au fond celle qui tranche les prétentions des parties, par opposition au *jugement avant-dire-droit* ou la *mesure d'administration judiciaire*, qui ne les trancheraient pas¹. Or, c'est en usant des règles de droit applicables au litige² que le juge règle la contestation soulevée. Pour le juge de l'exécution, cela signifie donc qu'il règle la contestation procédurale soulevée devant lui en appliquant les règles de droit régissant la procédure des requêtes. C'est ce second sens du terme *fond* que nous retiendrons pour la suite des présents développements.

Ce rôle du juge de l'exécution, exerçant une juridiction des requêtes *incidente*, suscite évidemment des interrogations quant à l'étendue de ses pouvoirs à l'égard de l'ordonnance exécutée. Les prérogatives du juge de l'exécution sont sur ce point bornées par deux aspects : la dépendance de la question de fond à l'égard de la difficulté d'exécution invoquée et le domaine des règles de droit invocables.

523. Le caractère accessoire des contestations sur le fond du droit. Quand bien même le juge de l'exécution serait-il compétent en application des critères matériel et temporel, cela ne signifie pas encore qu'il a compétence pour trancher l'ensemble des questions de fond que les plaideurs soulevaient devant lui. De telles contestations ne seraient recevables que si leur règlement est nécessaire à celui de la difficulté d'exécution ; autrement dit, uniquement dans le cas où la réponse à une prétention purement procédurale dépend d'une question de fond qu'il faut préalablement résoudre. Il doit donc exister un lien de connexité nécessaire mais suffisant entre la difficulté d'exécution et la question au fond, sans lequel cette dernière devrait être jugée irrecevable. Cette exigence n'est finalement que la transposition à la juridiction de l'exécution de la règle selon laquelle le juge de l'action est le juge de l'exception, prévue par l'article 49 du Code de procédure civile³. Par exemple, le tiers visé par l'ordonnance pourrait, en invoquant le défaut de signification de la requête en même temps que l'ordonnance, critiquer la nécessité d'évincer le contradictoire ou l'existence de l'urgence, etc...

524. Le domaine des règles de fond relatives à l'ordonnance sur requête. Lorsqu'une question de fond est soulevée devant le juge de l'exécution et qu'elle présente bien un lien de connexité invoquée dans la même instance, toutes les règles relatives aux ordonnances sur requête sont en

¹ *Rappr.* art. 480 CPC : « Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche ».

² L'article 12 du Code de procédure civile dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

³ En ce sens, R. Perrot, « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : les limites et les dérives », RTD Civ. 1995, p. 191.

principe applicables. La contestation peut tout d'abord porter sur l'existence des circonstances ayant fondé la saisine du juge des requêtes primitif, que ce soit l'urgence, la nécessité d'évincer le contradictoire ou les conditions propres au texte appliqué dans le cadre d'une ordonnance nommée. Mais les mesures ordonnées peuvent elles aussi être remises en cause, tant dans leur principe que dans leur étendue. La limite à la recevabilité de telles demandes reste toujours le lien de connexité avec la difficulté d'exécution. Mais si la résolution de la question de fond est nécessaire au règlement de la difficulté, alors le juge de l'exécution exerce pleinement la juridiction des requêtes *incidente*, tant du point de vue de la saisine que de celui des mesures ordonnées.

525. L'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire pose un obstacle important à l'exercice d'intrusion du juge de l'exécution sur le terrain du juge des requêtes primitivement saisi, en subordonnant celle-ci à l'existence d'une difficulté d'exécution. Mais ce n'est pas la seule entrave textuelle à l'exercice de la juridiction des requêtes incidente, en raison de la prohibition de modifier le dispositif de la décision exécutée établie par l'article R. 121-1.

b. L'étendue de la juridiction provisoire incidente au regard de l'article R. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution

526. Complétant l'alinéa premier de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, l'article R. 121-1 alinéa 2 dispose que « le juge de l'exécution ne peut [...] modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites ». Si la notion de difficulté d'exécution soulève un problème de *domaine* de la juridiction provisoire incidente, l'interdiction de modifier le dispositif renvoie quant-à-elle à l'étendue des *pouvoirs* du juge de l'exécution dans ce cadre. Autrement dit, si ce dernier peut statuer sur l'ensemble des règles de fond afférentes aux ordonnances sur requête dès lors que la solution à un incident d'exécution en dépend, l'article R. 121-1 alinéa 2 pose la question de savoir jusqu'où peut aller la modification de l'ordonnance exécutée. Il convient pour cela de s'attarder tout d'abord sur l'étendue de l'interdiction établie par ce texte ($\alpha.$), avant d'en faire application à l'ordonnance sur requête ($\beta.$).

$\alpha.$ La portée de l'interdiction de modifier le dispositif

527. La prohibition faite au juge de l'exécution de modifier le dispositif de la décision exécutée rejoint les restrictions relatives aux difficultés d'exécution¹ en ce sens qu'elle vise à éviter de

¹ V. *Supra*, n°s 513 s.

surcharger ce magistrat de contentieux qui ne relèvent pas de l'exécution à proprement parler. La juridiction de l'exécution doit rester cantonnée à son domaine d'attribution et ne pas empiéter sur la compétence du juge du fond. La justification de l'article R. 121-1 alinéa 2 se trouve dans le respect de l'autorité de la chose jugée de la décision primitive¹, qui s'impose au juge de l'exécution. Les mesures d'exécution sont hermétiques vis-à-vis de cette autorité, qui vise à assurer l'intangibilité de la décision qu'elle recouvre. Selon le mot d'un auteur, « on ne veut pas [...] que le juge de l'exécution puisse devenir un organe de recours »², ce qui n'est pas son rôle. *A contrario*, les solutions ne sont pas les mêmes en ce qui concerne les actes notariés, qui sont certes des titres exécutoires au sens de l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, mais sont dénués de toute autorité de chose jugée au sens strict. A leur égard, la Cour de cassation a adopté d'abord une attitude restrictive en interdisant au juge de l'exécution de statuer sur leur validité si celle-ci était soulevée à titre incident³. Mais la Haute juridiction a ensuite assoupli sa position en admettant que le juge de l'exécution puisse statuer sur la validité d'un cautionnement authentique contestée à l'occasion d'une demande de mainlevée d'une saisie-attribution⁴. Cette solution renforce l'idée d'une hiérarchisation entre les divers titres exécutoires énumérés à l'article L. 111-3⁵ et souligne la primauté de l'acte juridictionnel, pour lequel toute modification du dispositif reste en principe prohibée.

528. Le fondement invoqué, l'autorité de la chose jugée, soulève un problème spécifique à l'ordonnance sur requête. Il a déjà été vu que l'autorité dont doit être recouvert ce type de décisions a suscité de nombreuses controverses doctrinales, tant en raison de leur rattachement prétendu à la matière gracieuse qu'en vertu de leur nature provisoire⁶. Le classement des ordonnances sur requête au sein des actes juridictionnels conduit à adopter une position différente et à considérer qu'elles sont dotées de l'autorité de la chose jugée au sens plein de ce terme⁷. Leur situation au regard de la théorie des décisions provisoires est à cet égard indifférente et cette autorité doit leur être reconnue qu'elles soient provisoires par nature, rendues en la forme des requêtes ou gracieuses. Les ordonnances sur requête sont donc concernées par l'interdiction établie par l'article R. 121-1 alinéa 2. Il convient à présent de voir dans quelle mesure cela restreint les pouvoirs du juge de l'exécution à leur égard.

¹ J.-J. Ansault, *préc.* n° 5.

² R. Perrot, obs. sous Cass. 2^e Civ., 31 mai 2001, *Procédures* 2001, comm. 191.

³ Cass. Avis, 16 juin 1995, Bull. avis n° 9.

⁴ Cass. 2^e Civ., 18 juin 2009, RTD Civ. 2009 p. 577 obs. R. Perrot ; D. 2010 p. 1307 note A. Leborgne.

⁵ J.-J. Ansault, *préc.* n° 8.

⁶ V. *Supra*, n° 19.

⁷ V. *Supra*, n° 238.

529. Saisi d'une question de fond concernant l'ordonnance sur requête exécutée, le juge de l'exécution sera contraint d'en respecter le dispositif. Ce dernier sera le plus souvent la requête elle-même, dont on sait que le juge en adopte fréquemment les motifs en y apposant sa signature¹. Prendre la prohibition de l'article R. 121-1 alinéa 2 du décret au pied de la lettre revient *de facto* à dénier tout pouvoir au juge de l'exécution, puisque la requête mentionne systématiquement les circonstances ayant fondé la saisine comme les mesures demandées². Il reste néanmoins possible de trouver deux tempéraments à la rigueur de principe qui donnent une certaine marge de manœuvre au juge : la prise en compte des circonstances survenues postérieurement au prononcé de la décision exécutée et la nature procédurale de l'ordonnance sur requête.

530. **La prise en compte de circonstances postérieures au prononcé de la mesure exécutée.** Ce tempérament à la prohibition de modifier le dispositif n'est pas propre à l'ordonnance sur requête mais il permet d'élargir notablement les pouvoirs du juge de l'exécution en la matière. Saisi d'une difficulté d'exécution, le juge « a non seulement le pouvoir, mais aussi le devoir »³ de prendre en considération les événements survenus depuis que la décision qui fait l'objet de l'exécution a été rendue. Selon le mot d'un auteur, l'interdiction de l'article R. 121-1 n' « exclut que les contestations antérieures ou contemporaines au titre »⁴, ce qui laisse le juge de l'exécution libre d'apprécier l'impact des faits postérieurs sur le déroulement de l'exécution. La notion de circonstances postérieures⁵, qui peuvent être de fait comme de droit, a donné lieu à la jurisprudence la plus casuistique. Le juge peut ainsi prendre en compte un paiement opéré après le prononcé de la décision⁶, une compensation⁷, ou encore statuer sur les intérêts de retard⁸.

531. Dans le domaine particulier des ordonnances sur requête, le caractère unilatéral de la procédure conduit à voir la question des circonstances postérieures sous un angle nouveau. Le premier juge s'est par hypothèse prononcé au vu des seuls moyens et des seules pièces produites par

¹ Cass. 1^{ère} Civ., 24 octobre 1978, Bull. civ. I, n° 317 ; Cass. 2^e Civ., 6 mai 1999, JCP G 1999, IV, 2153.

² V, à titre d'exemple, Cass. 2^e Civ., 9 septembre 2010, n° 09-69.936, Procédures 2010 comm. 371 obs. R. Perrot.

³ R. Perrot, note sous Cass. 2^e Civ., 31 janvier 2002, Procédures 2002, comm. 90.

⁴ Ph. Hoonakker, obs. sous Cass. 2^e Civ., 19 décembre 2002, Droit et procédures 2003, jurisp. 179, n° 4.

⁵ Qui peuvent également être des faits antérieurs révélés postérieurement, V.S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, p. 151 ; *rappr.* l'art. 784 du Code de procédure civile, au regard des circonstances justifiant la révocation de l'ordonnance de clôture de la mise en état, V. Cass. 2^e Civ., 5 mai 1975, Bull. Civ. II, n° 134 et Cass. 2^e Civ., 13 décembre 1978, Gaz. Pal. 1979, pan. 106.

⁶ Cass. 2^e Civ., 31 mai 2001, précité.

⁷ Cass. 2^e Civ., 31 janvier 2002, Procédures 2002, comm. 90 note R. Perrot.

⁸ Cass. 2^e Civ., 17 juin 1999, Procédures 1999, comm. 195 note R. Perrot.

le requérant. Le rétablissement de la contradiction permet au tiers qui subit la mesure ordonnée sur requête de présenter ses moyens de défense, par là même d'apporter des éléments nouveaux. Virtuellement tout moyen présenté par ce tiers est une circonstance nouvelle pour le juge de l'exécution, car il conduit à voir le dossier sous un jour nouveau, si ce n'est toujours sur le plan des faits, au moins du point de vue du droit. Seules des conclusions du défendeur qui acquiesceraient à la demande en adoptant les moyens du requérant originel n'apporteraient aucun élément nouveau, mais cette situation risque peu de se présenter en pratique. Sur ce point, la juridiction provisoire incidente est donc peu entravée par la prohibition de l'article R. 121-1, ce qui est heureux étant donné que le juge des difficultés d'exécution doit ici faire face à l'entrée dans l'instance d'un contradicteur nouveau qui peut changer l'économie du procès.

532. **La nature procédurale des mesures ordonnées sur requête.** Ce second tempérament à l'interdiction de modifier le dispositif est, au contraire du principe d'admission des circonstances nouvelles, propre à l'ordonnance sur requête. Plus encore, il est distinctif de l'ordonnance sur requête provisoire par nature, à l'exclusion des ordonnances rendues en la forme des requêtes ou des ordonnances gracieuses. La particularité des ordonnances provisoires est en effet qu'elles ne font pas une application diminuée des règles de droit substantiel, comme cela a parfois pu être avancé¹. Le juge des requêtes applique des règles spécifiques, qui lui permettent d'ordonner des *mesures*, aménageant la situation factuelle des parties, sans statuer sur l'existence ou l'étendue d'un droit substantiel. Pour cette raison, ces *mesures* sont de nature purement procédurale ; elles ne lient pas le juge du principal car ce dernier, par opposition, statue sur le droit substantiel. Or, le fondement théorique de l'interdiction de modifier le dispositif repose sur l'autorité de la chose jugée, que le juge de l'exécution ne doit pas pouvoir remettre en cause. Dans cette optique, si ce juge est saisi d'une difficulté de fond dans le sens de *relative à un droit substantiel*, il ne sera aucunement tenu par les termes de l'ordonnance exécutée.

533. En d'autres termes, l'ordonnance sur requête dont l'exécution soulève des contestations ne tranche par hypothèse aucun droit substantiel. Pour statuer sur la difficulté d'exécution invoquée devant lui, le juge de l'exécution peut statuer sur le *fond* du droit, à savoir l'ensemble des règles relatives aux ordonnances sur requête, si cela s'avère nécessaire. Mais le *fond* dont il est question peut également être un droit substantiel² du requérant ou du tiers visé. Dans ce dernier cas, le juge de l'exécution doit en faire application si cela est nécessaire pour trancher la contestation relative à l'exécution. Il n'est alors nullement tenu par le dispositif de l'ordonnance qui est soumise à son

¹ V. *Supra*, n° 206.

² Il faut ici rappeler que l'ordonnance sur requête provisoire vise toujours et avant tout à la protection d'un droit substantiel.

appréciation, car celle-ci ne fait application que de règles procédurales et non des dispositions de droit substantiel.

534. **Conclusion.** L'interdiction faite au juge de l'exécution de porter atteinte à la chose jugée dans la décision exécutée peut être tournée dans le cadre des ordonnances sur requête en raison de leur nature procédurale. Le juge de l'exécution reste toujours libre de trancher les questions de droit substantiel, sans violer l'article R. 121-1 alinéa 2. Concernant les difficultés purement procédurales, à savoir celles recouvertes de l'autorité de la chose jugée car déjà tranchées par le juge primitif, le tempérament relatif aux circonstances nouvelles énoncé plus haut donne une marge de manœuvre suffisante.

535. De manière plus générale, dans le domaine de la juridiction provisoire incidente la répartition des compétences entre le juge de l'exécution et le juge des requêtes de droit commun se fait en application du critère matériel, à savoir l'existence de difficultés d'exécution. Ce critère permet de restreindre l'intervention du juge de l'exécution en réservant la compétence de principe du juge des requêtes pour statuer sur l'opportunité et la légalité des mesures qu'il ordonne. Le rôle du juge de l'exécution devait néanmoins être précisé en raison de la généralité des termes de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire qui ne permet pas d'exclure sa compétence.

536. La faculté pour ce juge de statuer sur le *fond* du droit en application de l'article L. 213-6 alinéa 1 n'est pas sa seule possibilité d'exercer une juridiction provisoire *incidente* de celle du juge des requêtes. Il en existe une autre, celle qui consiste à interpréter la décision exécutée.

2. Le pouvoir d'interprétation du juge de l'exécution

537. La question de la faculté du juge de l'exécution d'interpréter la décision servant de fondement aux poursuites a suscité quelques doutes au lendemain de la réforme de 1991. Ce sont les mêmes craintes de voir ce juge nouveau¹ s'arroger « le pouvoir d'être un organe de recours »² qui ont été à l'origine d'une certaine méfiance, voire d'une forme de frilosité, à l'égard de ce pouvoir d'interprétation. D'un point de vue textuel, l'article 461 du Code de procédure civile donnait raison aux sceptiques en disposant qu' « il appartient à tout juge d'interpréter sa décision si elle n'est pas frappée d'appel ». Pour autant, la Cour de cassation a, relativement tôt, reconnu au juge de

¹ Nouveau au sens de ses prérogatives car la création de la juridiction de l'exécution remonte à 1972, Renvoi

² R. Perrot, obs. sous Cass. 2^e Civ., 9 juillet 1997, RTD Civ. 1997 p. 998.

l'exécution le pouvoir d'interpréter la décision exécutée¹. La solution est aujourd'hui à ce point fermement établie que les plaideurs en oublient le principe de l'article 461 pour critiquer l'interprétation faite par le juge originel de sa propre décision². Il est désormais de jurisprudence constante que le pouvoir d'interprétation appartient concurremment au juge de l'exécution et au juge qui a rendu la décision exécutée³.

538. Un tel concours de compétences pose le même problème d'articulation que pour la faculté du juge de l'exécution de trancher les difficultés d'exécution en statuant sur le fond du droit⁴. C'est encore une fois aux critères temporel et matériel qu'il faut se référer pour résoudre cette concurrence. En application du premier, le juge de l'exécution ne serait compétent qu'après la mise en œuvre d'une mesure d'exécution. Selon le mot d'un auteur, « aussi longtemps qu'une procédure d'exécution n'a pas été engagée, le juge de l'exécution n'a rien à voir »⁵. Autrement dit, pour les ordonnances sur requête, ce critère serait rempli dès la signification de l'ordonnance au tiers visé par la mesure, ce qui ne permet pas de délimiter suffisamment les attributions du juge de l'exécution en matière d'interprétation.

539. L'application du critère matériel, à savoir le règlement d'une difficulté d'exécution, pose la question du caractère *optionnel* de la faculté d'interprétation du juge de l'exécution. En d'autres termes, une fois entamée la procédure d'exécution, le requérant peut-il s'adresser indifféremment au juge des requêtes qui a rendu l'ordonnance comme au juge de l'exécution ? Si certains penchent pour une compétence successive, rendant le juge de l'exécution exclusivement compétent après le début des poursuites⁶, telle n'est pas la position de la Cour de cassation. La Haute juridiction décide que l'option est ouverte au requérant, qui reste libre de son choix. Le motif de principe retenu ne laisse pas de place au doute en estimant que « le pouvoir du juge de l'exécution d'interpréter, s'il y a lieu, la décision de justice sur laquelle les poursuites sont fondées, ne fait pas échec au pouvoir reconnu par la loi à tout juge d'interpréter sa décision »⁷.

540. Aborder la question de l'interprétation au sein des développements consacrés à la juridiction provisoire incidente peut sembler une erreur de méthode. Comment le juge de l'exécution pourrait-il s'arroger des pouvoirs *dérivés* en matière d'ordonnances sur requête alors que sa tâche n'est que d'éclairer le justiciable sur le sens d'une décision ? Dans une conception traditionnelle de rôle de

¹ Cass. 2^e Civ., 9 juillet 1997, précité.

² Cass. 2^e Civ., 11 décembre 2009, RTD Civ. 2009 p. 173 obs. R. Perrot.

³ Ibid.

⁴ V. *Supra*, n^os 514 s.

⁵ R. Perrot, obs. sous Cass. 2^e Civ., 9 juillet 1997, précité.

⁶ R. Perrot, obs. sous Cass. 2^e Civ., 11 décembre 2009, précité.

⁷ Même arrêt.

l'autorité judiciaire, celle qui voudrait que le juge ne soit que « la bouche de la loi », interpréter n'a par principe aucune portée normative¹. S'en tenir à ce point de vue serait oublier que la doctrine moderne considère aujourd'hui la jurisprudence comme une véritable source du Droit², sans laquelle celui-ci serait bien en peine de s'adapter aux évolutions sociales, économiques et techniques³. Plus simplement, au-delà de la stricte pensée syllogistique, l'interprétation en soi appelle un choix de l'interprète, choix qui ne peut qu'être lourd de sens. Interpréter, c'est nécessairement faire l'arbitrage entre plusieurs sens possibles, tous pondérés de leurs subtilités sémantiques, de leur étymologie, et de leur empreinte dans l'esprit collectif⁴. Prendre le parti d'un sens entre plusieurs, c'est choisir une valeur plutôt qu'une autre, une idée au détriment d'une autre. Sur le plan juridique, l'interprétation a nécessairement une portée créatrice, et le juge de l'exécution ne fait pas exception à la règle.

541. Saisi d'une requête aux fins d'interprétation d'une ordonnance rendue par un autre juge des requêtes, le juge de l'exécution fera nécessairement œuvre de juridiction provisoire incidente. Interrogé sur l'étendue d'une mesure d'instruction dont les frontières sont peu claires, il pourra en restreindre la portée, ou, au contraire, l'élargir. Il en ira de même avec la désignation d'un administrateur provisoire, la mission d'un syndic de copropriété... Sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples, le rôle d'interprétation du juge de l'exécution se révèle créateur. En ce sens, il méritait d'être mentionné car il relève incontestablement d'une certaine juridiction des requêtes. Pour ne pas être exercée à titre autonome, elle ne pouvait qu'être *incidente*.

542. Dans le domaine de la juridiction incidente, les pouvoirs du juge de l'exécution ne se limitent pas à la régulation de l'exécution de l'ordonnance sur requête et, indirectement, à un amendement de ses effets. Certaines dispositions particulières lui donnent compétence pour changer les modalités de l'ordonnance exécutée. Ces prérogatives doivent être également qualifiées d'*incidentes* car partagées de manière concurrente avec le juge des requêtes de droit commun.

B. La juridiction incidente définitive

¹ *Rappr.* S. Carre, « La délicate interprétation des jugements en présence d'une ambiguïté », *Gaz. Pal.* 18 mai 1995, doct. 2.

² M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD Civ.* 1992, p. 344.

³ G. Canivet, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD Civ.* 2005, p. 33.

⁴ *Rappr.* la définition que donne Le Littré du terme *interpréter*, qui consiste à « expliquer ce qu'il y a d'obscur et d'ambigu dans un écrit », mais également à « donner à une chose, par certaines règles ou inductions, un sens réel ou imaginaire »...

543. L'exécution de l'ordonnance sur requête peut, à l'instar de tout autre titre exécutoire, être modulée pour s'adapter à la résistance ou, au contraire, à la détresse du débiteur. Mais dans la mesure où il ne s'agit pas de mesures propres à la juridiction des requêtes, elles ne relèvent plus de la protection juridictionnelle provisoire et ne sont pas provisoires par nature. Le juge de l'exécution, qui partage ces attributions avec le juge des requêtes, exerce donc une juridiction incidente *définitive*.

Ces prérogatives sont au nombre de deux. Tantôt il s'agira d'accroître la pression sur le débiteur au moyen d'une astreinte (1.). Tantôt, au contraire, un répit lui sera accordé sous la forme d'un délai de grâce (2.).

1. Les pouvoirs du juge de l'exécution en matière d'astreinte

544. L'astreinte, mesure comminatoire qui repose sur la crainte de la condamnation pécuniaire, trouve une place de choix au sein des outils tendant à l'efficacité de l'intervention judiciaire. Dans ce domaine, le juge de l'exécution empiète sur les pouvoirs du juge des requêtes de droit commun, en vertu des attributions particulièrement larges que lui a conféré la réforme de 1991¹. Le juge de l'exécution peut en effet, en application des articles L. 131-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution, assortir d'une astreinte une décision qui en était dépourvue, ainsi que la liquider. Ce faisant, il exerce une forme de juridiction provisoire incidente, mais qui ne porte que sur les *modalités* de la décision exécutée sans en atteindre les effets. Par *modalités* il faut entendre les mesures accessoires qui influent sur l'exécution de la mesure qu'elles assortissent, sans en changer la substance. L'analyse de l'astreinte pose encore une fois la question de l'articulation des compétences entre le juge de l'exécution et le juge des requêtes, qui devra être précisée tant sur le plan du prononcé de l'astreinte (a.), que de sa liquidation (b.).

a. Le prononcé de l'astreinte

545. Le prononcé de l'astreinte appelle un examen du principe même de la compétence du juge des requêtes en la matière (α). Une fois cette compétence établie, il conviendra d'établir une ligne de partage avec les attributions du juge de l'exécution (β).

α . La compétence de principe du juge des requêtes pour le prononcé des astreintes

546. La nature provisoire de l'ordonnance sur requête, couplée à l'absence de toute indication textuelle au sein des articles 493 et suivants, peut faire naître des doutes sur le pouvoir du juge des requêtes d'assortir d'une astreinte les décisions qu'il prononce. Cette précision a son importance pour les développements qui vont suivre et il s'avère nécessaire d'établir avec certitude la compétence du juge des requêtes au stade du prononcé de l'astreinte. Deux éléments plaident en faveur de cette compétence.

¹ F. Chabas, « La réforme de l'astreinte », D. 1992, p. 299.

En premier lieu, l'analogie avec la procédure de référé est ici possible. Pour cette dernière, l'article 491 du Code de procédure civile dispose que « le juge statuant en référé peut prononcer des condamnations à des astreintes. Il peut les liquider, à titre provisoire ». Le caractère provisoire de la décision de référé ne fait donc pas obstacle à ce qu'elle soit assortie d'une astreinte et il doit en toute logique en être de même concernant l'ordonnance sur requête, également provisoire, mais au sujet de laquelle le Code de procédure civile est plus circonspect. La jurisprudence va d'ailleurs en ce sens puisqu'elle décide que le juge statuant sur la demande en référé-rétractation peut valablement assortir sa décision d'une astreinte¹. Il serait peu cohérent de doter le juge du pouvoir de prononcer une astreinte dans la phase contradictoire de la procédure sur requête, et de le priver de cette même faculté dans la phase unilatérale.

En second lieu, l'article L. 131-1 alinéa 1 dispose en des termes très généraux que « *tout*² juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision ». Ce pouvoir appartient donc en principe à toutes les juridictions, et le juge des requêtes ne saurait en être écarté.

547. La survie de l'astreinte devant le juge du principal. La nature provisoire des ordonnances sur requête appelle une remarque supplémentaire quant à l'autorité dont est revêtue la décision l'assortissant d'une astreinte. Les termes du débat sont les suivants : soit l'astreinte ordonnée par le juge des requêtes emprunte la nature provisoire de cette juridiction, soit elle est une mesure accessoire mais *autonome*, dans sa nature, vis-à-vis de l'ordonnance qu'elle complète. Les enjeux de la question ne sont pas neutres dans l'hypothèse où le juge du fond viendrait à être ultérieurement saisi. Est-il dans ce cas tenu par l'astreinte liquidée ou même simplement ordonnée par le juge des requêtes ?

548. Dans le domaine voisin du référé, M. STRICKLER opte pour la première branche de cette alternative en écrivant que l'astreinte ordonnée en référé emprunte le caractère provisoire de la juridiction présidentielle, car cette solution est davantage conforme « à la nature profonde de l'ordonnance de référé »³. Cet auteur en déduit que le juge du principal peut librement revenir sur l'astreinte ordonnée en référé, mais seulement s'il renverse la décision ordonnée au provisoire⁴. Dans ce dernier cas, l'astreinte suivrait le sort de la décision anéantie de la même manière que l'accessoire suit le principal. Le critère pour savoir si l'astreinte doit être maintenue par le juge du

¹ Cass. 2^e Civ., 9 septembre 2010, n° 09-69936, Bull. civ. II, n° 151 ; Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n° 09-11342, Bull. civ. II, n° 32.

² Nous soulignons.

³ Y. Strickler, *op. cit.* p. 665.

⁴ *Ibid.*, p. 670.

fond est donc, *in fine*, « la contestation par le tribunal de la mesure ordonnée à titre principal en référé »¹.

549. Même si elle a le mérite incontestable de la logique, cette proposition ne saurait tenir face à la définition renouvelée de la décision provisoire par nature que nous proposons. Il a déjà été démontré que la nature provisoire de l'ordonnance sur requête résulte de la nature procédurale des règles qui la gouvernent². Par conséquent, si le juge du principal n'est pas tenu des décisions rendues sur requête, c'est que l'exception de chose jugée est insusceptible de jouer, faute pour les conditions de l'article 1351 du Code civil d'être remplies³. Cette indépendance à l'égard du fond repose donc entièrement sur la spécificité des règles de droit que le juge des requêtes met en œuvre. Or, l'astreinte n'est pas une règle propre à la juridiction des requêtes, comme l'article L. 131-1 du Code des procédures civiles d'exécution le souligne si bien. Le prononcé de l'astreinte obéit aux mêmes conditions, et aboutit aux mêmes résultats, quel que soit le juge qui en est l'auteur. Dans une telle situation, le juge des requêtes fait usage des mêmes règles de droit que le juge du principal. La conséquence nécessaire en est que la décision prononçant ou liquidant l'astreinte, prononcée par le juge des requêtes, doit être respectée par le juge du principal. Il s'agit alors non pas de l'autorité négative de chose jugée - autrement dit l'exception de l'article 1351- mais plutôt de l'autorité positive, pour peu que l'on reconnaisse une quelconque autonomie à cette notion⁴. Ce qui a déjà été jugé doit être respecté, et la nature *procéduralement* provisoire des ordonnances sur requête n'influe pas sur l'astreinte, régie par les mêmes règles tant devant le juge du provisoire que le juge du fond.

550. Cette position va directement à l'encontre de la conception aujourd'hui majoritairement retenue de la notion de provisoire en général, et des ordonnances sur requête en particulier. Nous devinons le contre-argument le plus immédiat à notre propos. Comment, en effet, la décision du juge des requêtes peut-elle lier le juge du fond alors que l'article 493 du Code de procédure civile dispose expressément qu'il s'agit d'une décision provisoire ? Après tout, la juridiction provisoire n'est-elle pas caractérisée précisément par le fait que le législateur en limite lui-même la portée, rendant toutes les décisions rendues provisoires, indépendamment de leur objet ?

551. Une telle critique ne serait sans doute pas exempte de mérites. Le provisoire par nature a par hypothèse ce trait particulier que toutes les décisions qui reçoivent cette qualification doivent être provisoires, peu importe leur objet. Au contraire, le provisoire par objet ne l'est précisément que

¹ Ibid., p. 671.

² V. *Supra*, n°s 211 s.

³ V. *Supra*, n°s 241 s.

⁴ Th. Le Bars, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures* août-septembre 2007, p. 9.

parce que son *objet* ne tolère pas l'écoulement du temps, de par sa nature fluctuante. La conséquence la plus immédiate serait donc de déduire la nature provisoire de l'ordonnance des pouvoirs juridictionnels limités de son auteur. En d'autres termes, le législateur a voulu limiter ce juge particulier à certaines attributions qui lui sont propres. Mais quelles sont précisément ces limites ? Le découpage structurel de la règle de droit utilisée par le juge des requêtes a révélé que le législateur n'a pas confié au juge des requêtes de statuer sur le droit substantiel, mais en l'amputant d'un *quelque chose* que seul possède le juge du fond.¹ Le juge des requêtes a en réalité la même *jurisdiction* que le juge du principal. La limite imposée par le législateur ne porte donc que sur le spectre des mesures que le juge des requêtes peut ordonner, non sur la nature profonde de son office. Dès lors, rien n'interdit que lorsque ce juge exerce des prérogatives qui appartiennent à tout juge dans leur principe, il sorte de ce strict carcan qui lui a été imposé et rende des mesures qui s'imposent aux juges ultérieurement saisis.

552. De ce qui précède il faut conclure que l'astreinte n'emprunte pas par accessoire la nature provisoire de l'ordonnance qu'elle assortit. Du point de vue de la théorie du provisoire, cette solution a l'avantage d'uniformiser les solutions pour l'ensemble des ordonnances sur requête. Parmi celles-ci, toutes ne sont pas provisoires, loin de là. Retenir la qualification *par accessoire* de la décision ordonnant une astreinte conduirait à une complication de taille. Avant de se prononcer sur la nature de l'astreinte, il faudrait au préalable qualifier l'ordonnance qu'elle supporte, opération qui peut se révéler délicate tant les critères de démarcation entre provisoire et définitif manquent parfois de clarté². Détacher l'astreinte des divisions entre ordonnances provisoires et définitives permet d'uniformiser les solutions et d'assurer la cohérence du régime de la procédure sur requête.

La question de la survie de l'astreinte devant le juge du principal n'en est pas pour autant entièrement réglée. Si la décision au principal va dans le même sens que la décision provisoire, l'astreinte doit s'imposer au juge du fond, en vertu d'une autorité positive de chose jugée, la règle appliquée étant la même. Mais que faut-il décider si la décision au principal aboutit à un résultat contraire de ce qui a été décidé au provisoire ? L'astreinte doit-elle être maintenue malgré tout ? La théorie du provisoire conduit à répondre par la négative.

L'explication requiert ici de revenir à l'écriture structurale des règles appliquées respectivement par le juge du provisoire et celui du principal³. Quelle que soit la règle appliquée, elle peut être déconstruite en plusieurs éléments qui la composent, et qui comprennent un présupposé de fait, un

¹ V. *Supra*, n° 206.

² V. *Supra*, n°s 77 s.

³ Sur l'écriture structurale des règles de droit, issues des travaux de Mme Bléry, on renverra le lecteur à son ouvrage *L'efficacité substantielle des jugements civils*, *op. cit.* pp. 247 s. ; V. *Supra*, n°s 205 s.

présupposé de droit, un rapport d'imputation et des conséquences, à la fois en droit et en fait. Pour notre démonstration, la règle appliquée devant le juge du provisoire serait écrite (c) (C) *i* (D) (d), avec *c* étant le présupposé de fait qui, qualifié, caractérise le présupposé en droit *C*. Le rapport d'imputation *i* implique d'en déduire la conséquence juridique *D*, dont l'aménagement factuel sera *d*. Dans cette structure, l'astreinte ne peut porter que sur ce dernier élément, *d*, qui constitue en outre le seul résultat tangible pour les parties de la décision judiciaire. L'astreinte oblige le perdant à exécuter la décision, autrement dit d'en réaliser l'aménagement factuel, ici dénommé *d*.

La règle appliquée par le juge du principal peut également être traduite par la même écriture structurelle, et dans les mêmes conditions. Dans notre exemple ce sera (a) (A) *i* (B) (b). Voici l'application qui peut en être faite à la question de l'astreinte. Le juge des requêtes *a*, le premier rendu une décision, dans laquelle du présupposé *C* il a déduit la conséquence *D* et ordonné son aménagement en *d*. Il a assorti sa décision d'astreinte pour forcer l'exécution de sa décision. L'objet de cette astreinte est *d*, qui correspond au résultat final recherché. Dans notre exemple, c'est le juge du principal qui intervient en second. De la règle de droit substantiel qu'il applique, il aura caractérisé le présupposé *A*, duquel il aura déduit *B* et ordonné son aménagement en *b*. En cohérence avec la théorie du provisoire, il n'applique pas la même règle, qui n'aboutit pas au même résultat. Il se peut néanmoins que sur le plan factuel la décision au principal contredit directement celle prise au provisoire, car *b* est inconciliable avec *d*. Le juge du principal peut donc « renverser » la décision prise au provisoire, mais seulement sur le plan de son aménagement factuel.

Qu'advient-il en ce cas de l'astreinte ? Il a été vu que l'astreinte n'emprunte pas par accessoire le caractère provisoire de l'ordonnance dont elle garantit l'exécution. Mais *l'objet de cette astreinte est voué à la disparition* : *d* ne peut plus être exigé du débiteur, puisqu'il aura été remplacé par *b*. Il en résulte que *l'astreinte disparaît, non en raison de sa nature provisoire, mais par une perte de son objet*. Il y a tout de même ici une certaine forme d'accessoire, puisque la disparition de l'obligation d'exécuter *d* entraîne dans son sillage l'anéantissement de l'astreinte. Mais le caractère provisoire de l'ordonnance sur requête ne provoque pas par lui-même l'effacement de l'astreinte, qui ne peut survivre sans l'objet, purement factuel, auquel elle s'applique.

553. L'autorité de la décision rendue sur l'astreinte par le juge des requêtes. Si la décision statuant sur l'astreinte n'emprunte pas son caractère provisoire à la juridiction des requêtes, la question de son autorité n'en est pas pour autant parfaitement claire. La faute en revient à la Cour de cassation qui décide que « la disposition par laquelle est prononcée une astreinte *ne tranche aucune contestation et n'a pas dès lors l'autorité de la chose jugée* »¹. La deuxième Chambre civile renvoie ici

¹ Cass. 2^e Civ., 30 avril 2002, D. 2002, p. 1595, obs. R. Perrot.

au texte de l'article 480 qui dispose que « le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal [...] a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche ». En d'autres termes, c'est à une conception classique de l'acte juridictionnel que renvoie la Cour : n'est acte juridictionnel, revêtu de l'autorité de la chose jugée, que la décision qui tranche une contestation. Or, une telle position n'est plus de mise aujourd'hui car elle exclut *de facto* la matière gracieuse du champ des décisions juridictionnelles. Elle doit donc être écartée au profit d'une définition plus souple de l'acte juridictionnel, entendu comme celui par lequel le juge lève un obstacle à la réalisation des droits du demandeur¹. Ce n'est pas parce qu'elle ne tranche aucune contestation² que la décision statuant sur l'astreinte doit se voir dénier toute autorité de la chose jugée. Tout au contraire, il s'agit d'un véritable acte juridictionnel, qui doit être assorti de l'autorité qui lui est due.

554. En somme, le juge des requêtes est bien compétent pour assortir ses décisions d'une astreinte. Lorsqu'il statue ainsi, il n'agit plus dans le domaine du provisoire qui lui est en principe le sien, mais rend des décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée qui doivent s'imposer au juge du principal. Une précision d'importance doit être faite ici : seules les dispositions relatives à l'astreinte suivent un tel régime, les mesures ordonnées à la suite de la requête initiale restant provisoires par nature.

β. La compétence incidente du juge de l'exécution pour le prononcé des astreintes

555. La réforme de 1991 a donné une compétence de principe au juge de l'exécution en matière d'astreinte, par la voie de l'article 33 alinéa 2 de la loi, devenu l'article L. 131-1 du Code des procédures civiles d'exécution, qui dispose que « le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité ». La généralité des termes employés soulève nécessairement un problème d'articulation de cette compétence avec celle du juge qui a rendu la décision exécutée et, notamment, le juge des requêtes. Après quelques fluctuations³, la jurisprudence décide aujourd'hui que le créancier qui souhaite assortir d'une astreinte son titre exécutoire dispose d'une option entre la saisine du juge de l'exécution et du juge ayant rendu la décision primitive⁴. La compétence du juge de l'exécution n'est donc pas exclusive après le début des opérations d'exécution, comme l'article L. 213-6 du Code de

¹ V. *Supra*, n° 157.

² Au sens de *conflit de prétentions*, V. *Supra*, n° 2.

³ V. Cass. Com., 28 avril 1998, Bull. Civ. IV, n° 134.

⁴ Cass. 2^e Civ., 18 février 1999, Bull. Civ. II, n° 32, RTD. Civ. 1999, p. 465, obs. R. Perrot, RTD Civ. 1999 p. 690 note J. Normand.

l'organisation judiciaire aurait pu le faire penser¹. Selon un auteur, l'utilisation du terme *peut* au sein de l'article L. 131-1 justifie une telle option².

556. Le requérant à la demande duquel le juge des requêtes a fait droit n'est donc pas lié par les critères matériel et temporel précédemment décrits, et qui jusque-là ont permis de discriminer la compétence du juge de l'exécution³. Il lui est possible soit de saisir ce dernier, soit de revenir devant le juge des requêtes initial pour demander à ce que l'ordonnance rendue soit assortie d'une astreinte. Un doute peut néanmoins subsister quant à la forme de cette demande. Doit-elle être contradictoire et formée par voie d'assignation, ou au contraire, par un parallélisme des formes, unilatérale et matérialisée par une requête ? Deux arguments plaident pour la première de ces deux voies. Premièrement, si le requérant opte pour la saisine du juge de l'exécution, celle-ci devra nécessairement être contradictoire, en application de l'article R. 121-11 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que « la demande est formée *par assignation*⁴ à la première audience utile du juge de l'exécution ». Il serait contraire à toute logique de faire varier les formes de la demande selon que le requérant initial fasse jouer l'une ou l'autre des options qui lui sont offertes. Deuxièmement, pour reprendre certains termes architecturaux dont nous avons déjà fait usage, si *la forme suit la fonction*, alors la demande ne peut qu'être contradictoire. L'utilité de la requête, destinée dans les premiers temps de l'instance à surprendre le débiteur ou à passer outre son anonymat, ne se justifie plus une fois que la mesure a été exécutée. C'est donc bien par une assignation que le requérant initial devra saisir le juge des requêtes pour qu'il assortisse d'une astreinte l'ordonnance précédemment rendue. Si, inversement, le tiers visé a introduit un référé-rétractation, c'est lors de l'examen de ce dernier qu'une demande d'astreinte pourra éventuellement être formée. L'articulation des compétences, claire au stade du prononcé de l'astreinte, l'est également lors de sa liquidation.

b. La liquidation de l'astreinte

557. Lorsque le débiteur persiste à ne pas exécuter la décision rendue contre lui malgré l'astreinte qui le menace, une demande en liquidation doit être formée pour matérialiser la condamnation encourue et accentuer davantage encore la pression psychologique. A ce stade de la procédure

¹ Ce texte dispose, dans son alinéa premier, que « le juge de l'exécution connaît, **de manière exclusive**, des difficultés relatives aux titres exécutoires [...] ».

² R. Perrot, obs. précitées sous Cass. 2^e Civ. 18 février 1999.

³ V. *Supra*, n^os 488 s.

⁴ Nous soulignons.

d'exécution, la compétence du juge primitif est beaucoup plus réduite que lors du prononcé de l'astreinte. L'article L. 131-3 du Code des procédures civiles d'exécution dispose à ce titre que « l'astreinte, même définitive, est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir ». Ce texte établit une compétence de principe du juge de l'exécution, avec des exceptions au profit du juge qui a rendu la décision exécutée. C'est sur ces dernières qu'il convient de s'attarder.

558. Le juge des requêtes ne pourra, en application de l'article L. 131-3 précité, liquider l'astreinte qu'il a ordonnée que dans deux séries de cas : soit s'il est resté saisi, soit s'il s'est expressément réservé ce pouvoir.

La première de ces deux hypothèses est problématique si l'on se place du point de vue de la conception traditionnellement retenue des ordonnances sur requête. Considérées dans la doctrine comme des décisions dépourvues d'autorité de la chose jugée qui ne dessaisissent pas le juge¹, elles donneraient compétence exclusive au juge des requêtes pour la liquidation de l'astreinte. Celui-ci, n'étant jamais dessaisi, bénéficierait en toutes circonstances de l'exception prévue à l'article L. 131-3. Or, la démonstration menée jusqu'ici conduit plutôt à voir dans l'ordonnance sur requête un véritable acte juridictionnel, doté de l'autorité de la chose jugée et provoquant par conséquent le dessaisissement de son auteur². De ce point de vue, le juge des requêtes ne reste saisi que dans les mêmes hypothèses que le juge du fond, à savoir s'il prononce des ordonnances avant-dire droit pour ordonner des mesures d'instruction, ce qu'il peut faire comme n'importe quel autre juge en application de l'article 143³ du Code de procédure civile, applicable à toutes les juridictions. Dans le cas contraire, le prononcé de l'ordonnance dessaisit le juge des requêtes et le juge de l'exécution est alors exclusivement compétent.

559. Le deuxième cas de figure prévu à l'article L. 131-3 pose davantage un problème de forme que de fond. Le juge des requêtes peut se réserver, dans la décision ordonnant l'astreinte, le pouvoir de la liquider, ce qui assurera sa compétence au détriment de celle du juge de l'exécution. Sous quelle forme le juge des requêtes peut-il formuler une telle réserve de compétence à son profit ? En procédure, les formalités ont une importance toute particulière et il importe d'être précis à cet égard. Et ce d'autant plus que la Cour de cassation décide que la mention « disons qu'il nous en sera référé en cas de difficulté » n'est pas suffisante⁴. La solution, rendue concernant une ordonnance de

¹ V. *Supra*, n° 20.

² En application de la règle *Lata sententia, iudex desinit esse iudex*, V. *Supra*, n° 72.

³ Ce texte dispose que « les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ».

⁴ Cass. 2e Civ., 15 janvier 2009, Procédures 2009, comm. 113, obs. R. Perrot.

référé, est transposable à la procédure sur requête. Il n'est donc pas suffisant de s'en remettre à une mention de « réserve d'en référer », une quelconque clause de style ou une « formule stéréotypée »¹. S'il souhaite pouvoir liquider l'astreinte qu'il ordonne, le juge devra le mentionner expressément dans l'ordonnance, en choisissant les termes les moins ambigus².

560. En participant au prononcé et à la liquidation de l'astreinte assortissant l'ordonnance sur requête, le juge de l'exécution en module l'exécution et exerce par là même une forme de juridiction incidente *définitive*. Il dispose également de pouvoirs lui permettant de retarder l'exécution au lieu de la précipiter, par le biais des délais de grâce accordés au débiteur.

2. Les pouvoirs du juge de l'exécution pour l'octroi des délais de grâce

561. Le souci d'humaniser les procédures d'exécution a conduit le législateur à prévoir la possibilité d'accorder des délais au débiteur poursuivi. L'échelonnement ou le report d'exigibilité de la dette se fait alors dans les termes de l'article 1244-1 du Code civil qui dispose que « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues ». Cette possibilité d'intervention du juge de l'exécution suscite, comme en matière d'astreinte, deux sortes d'interrogations : celle de savoir dans quelle mesure le juge des requêtes peut lui-même accorder des délais au tiers visé (a.), et l'articulation de cette prérogative avec celles du juge de l'exécution (b.).

¹ R. Perrot, obs. précitées.

² L'ordonnance pourra par exemple contenir une clause ainsi rédigée : « Prononçons une astreinte de X euros par jour de retard et nous réservons le pouvoir de la liquider ».

a. Le pouvoir du juge des requêtes d'accorder des délais de grâce

562. Le juge des requêtes, comme tout autre juge, peut en principe assortir ses décisions d'un délai (α). Cependant, compte tenu de la nature particulière de l'ordonnance sur requête, l'objet d'un tel délai devra être défini (β). Enfin, l'autorité de la décision octroyant un délai devra être précisée, dans la mesure où, à l'instar de l'astreinte, le juge des requêtes exerce ici une véritable juridiction définitive (γ).

α . Le principe de l'octroi des délais de grâce par le juge des requêtes

563. L'article 1244-1 précité se contente de viser simplement le « juge », sans donner d'autres précisions. C'est au Code de procédure civile, dans son article 510, qu'il est revenu de déterminer la juridiction compétente pour accorder des délais de grâce. Ce texte pose en principe, dans son alinéa premier, que « sous réserve des alinéas suivants, le délai de grâce ne peut être accordé que par la décision dont il est destiné à différer l'exécution ». C'est donc au juge primitif, celui dont la décision est exécutée, qu'il revient d'accorder un délai de grâce. La lettre de l'article 510 alinéa 1 signifie que la condamnation doit, dans la même décision, être assortie d'un délai pour l'exécution. Un auteur souligne à juste titre qu'une telle situation risque d'être peu fréquente en pratique car cela revient à dire à la fois une chose et son contraire ; « condamner et libérer en même temps »¹. Appliquée à la juridiction des requêtes, cette solution signifie que le juge peut, en même temps qu'il fait droit à la requête, accorder un délai qui en reporte l'exécution. Ce cas de figure risque cependant d'être fort rare en pratique, non seulement en perspective de ce qui vient d'être dit, mais également en raison de l'exécution sur minute des ordonnances sur requête qui est de droit².

564. La question prend toutefois une autre tournure si le juge des requêtes n'a pas octroyé un tel délai dans l'ordonnance primitive. Le tiers visé peut-il encore solliciter de lui le bénéfice de l'article 1244-1 ? Les alinéas deuxième et troisième de l'article 510 du Code de procédure civile fournissent des éléments de réponse. Ils disposent respectivement qu'« en cas d'urgence, la même faculté appartient au juge des référés » et qu'« après signification d'un commandement ou d'un acte de

¹ J. Normand, « Juge de l'exécution. Compétence d'attribution. », J.-Cl. Proc. Civ. 2010, Fasc. 2040, n° 152 ; cet auteur se demande en outre si l'on peut « raisonnablement solliciter un délai du juge devant lequel l'on conteste l'existence de son obligation ? ».

² Art. 495 CPC ; *rappr.* le débat sur la faculté du juge d'accorder d'office un délai de grâce, A. Sériaux, « Réflexions sur les délais de grâce », RTD Civ. 1993, p. 789, spéc. note 33 et G. Paisant, « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures d'exécution », Contrats, conc. consom. déc. 1991, chron.3, n° 10.

saisie, selon le cas, le juge de l'exécution a compétence pour accorder un délai de grâce [...] ». Si ce dernier alinéa ne concerne que le seul juge de l'exécution, dont les attributions seront examinées plus loin¹, il faut encore s'attarder sur la compétence particulière du juge des référés en matière de délais de grâce.

565. Alors que la loi de 1991 avait exclu sa compétence², le décret n° 96-1130 en date du 18 décembre 1996 a redonné au juge des référés la possibilité d'accorder des délais de grâce postérieurement au dessaisissement du juge primitif. Dans un schéma *classique*, ce n'est donc pas moins de trois juges qui peuvent, au cours de la procédure, accorder un délai de grâce au débiteur. C'est tout d'abord le juge primitif, au même moment qu'il rend sa décision ; le juge des référés, ensuite, à condition toutefois de justifier de l'urgence³ ; le juge de l'exécution, enfin, mais seulement après qu'ait été signifié au débiteur un commandement de payer ou un acte de saisie. Dans la procédure unilatérale, qui s'écarte des schémas procéduraux habituels, le problème peut être résumé en ces termes : si le juge des requêtes n'a pas octroyé de délai de grâce dans l'ordonnance primitive, peut-il encore être saisi à cette fin ou le juge des référés est-il seul compétent ?

566. La logique des textes conduit à retenir la première de ces deux propositions. La raison en est que le juge des requêtes, saisi postérieurement à la signification de l'ordonnance rendue, ne peut plus l'être que par assignation, car rien ne justifie alors l'emploi de la procédure unilatérale. Il statue alors nécessairement en qualité de juge des référés⁴. Peu importe, à cet égard, que la demande de délai soit formée lors de l'instance en référé-rétractation ou à l'occasion d'une demande ultérieure. Le juge des requêtes fait office de juge des référés et il n'est alors nul besoin de s'adresser à ce dernier, le référé-rétractation permettant de formuler une demande de délai de grâce, à titre principal ou incidemment à une contestation du bien-fondé de la mesure ordonnée sur requête.

Il faut cependant noter que la généralité des termes de l'article 510 alinéa 2 ne permet pas d'exclure une compétence concurrente du juge des référés parallèlement au juge de la rétractation. En disposant sans opérer aucune discrimination qu'« en cas d'urgence, la même faculté appartient au juge des référés », ce texte ouvre la porte à une saisie alternative du juge des référés. Celle-ci est cependant plus restreinte en raison de l'exigence de l'urgence. Même si la constatation de l'urgence

¹ V. *Infra*, n° 562.

² Ph. Soustelle, « Le retour de la compétence du juge des référés pour octroyer un délai de grâce », D. 1999, p. 517.

³ J. Normand, *préc.*, n° 154.

⁴ V. Strickler, Y. et M. Foulon, « Le référé-rétractation », D. 2010, p. 456.

dans les ordonnances de référé est aujourd'hui devenue une clause de style¹, ce qui conduit à minorer la portée de cette condition, la rigueur des principes impose de la caractériser dans les conclusions. Ce qui sera toujours plus fastidieux que d'exercer le référé-rétractation qui n'est jamais soumis à aucun des chefs de saisine du référé, en raison de sa nature particulière de voie *sui generis* d'élévation du contentieux². Du reste, gageons qu'en pratique cette distinction sera tenue car ce sont souvent les mêmes vice-présidents qui reçoivent délégation pour exercer la juridiction des référés et celle des requêtes, surtout dans les juridictions à taille réduite.

567. Pour conclure, il convient de dire que le juge des requêtes a bien le pouvoir d'assortir ses décisions d'un délai de grâce au sens de l'article 1244-1 du Code civil. Peu importe qu'il le fasse dans l'ordonnance primitive où postérieurement à celle-ci. La particularité de la juridiction des requêtes en fait une exception à la règle de l'article 510 alinéa 2 du Code de procédure civile. Au cas où la demande de délai est formée après l'ordonnance primitive, le juge des requêtes reste en effet compétent car il statue alors en qualité de juge des référés. Ce n'est pas la seule particularité des ordonnances sur requête dans le domaine des délais de grâce. En raison de son objet, l'application de l'article 1244-1 aux ordonnances sur requête requiert quelques explications supplémentaires.

β. L'objet du délai de grâce dans l'ordonnance sur requête

568. En réalité, c'est l'utilité même des délais de grâce qui peut être contestée s'agissant des ordonnances sur requête. Car il y a une apparente contrariété entre l'objectif poursuivi par cette dernière et l'objet du délai de grâce. Situé dans un paragraphe intitulé « Du paiement en général », l'article 1244-1 du Code civil dispose que « le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le *paiement des sommes dues*³ ». Le délai de grâce ne concerne par conséquent que l'exécution d'une obligation de payer, une créance de somme d'argent. Or, les ordonnances sur requête n'ordonnent que des *mesures*, destinées à aménager la situation de fait des parties sans statuer sur leur droits substantiels. Dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire proprement dite, le juge des requêtes ne condamne pas à un paiement, ne statue pas sur la validité ou l'étendue d'une créance. *A priori*, le délai de grâce serait donc sans objet dans la sphère fermée des ordonnances sur requête.

¹ La mention « vu l'urgence » est suffisante pour caractériser cette condition, V. Cass. 2^e Civ., 27 novembre 1957, Bull. civ. II, n° 706 ; la constatation de l'urgence peut également être implicite, V. Cass. 1^{ère} Civ., 20 janvier 1976, Bull. civ. I, n° 18.

² V. *Supra*, n° 344.

³ Nous soulignons.

569. Néanmoins, s'en tenir à cette analyse serait retenir une conception unitaire et homogène de l'ordonnance sur requête. En d'autres termes, cette proposition ne serait vraie que si toutes les ordonnances sur requête relevaient de la protection juridictionnelle provisoire et n'ordonnaient que des *mesures* au sens retenu plus haut. Or, le travail de qualification précédemment effectué a montré que l'institution de l'ordonnance sur requête est un amalgame de figures procédurales hétérogènes, ce qui est à la source de toutes les difficultés¹. Si le délai de grâce est certainement sans objet pour les ordonnances sur requête provisoires par nature, l'argument ne tient plus face aux ordonnances définitives. Ces dernières, qu'elles soient gracieuses ou contentieuses², n'ordonnent pas des mesures, mais statuent bien sur le droit substantiel du requérant.

570. De *lege lata*, seule la procédure d'injonction de payer³ est susceptible de porter condamnation au paiement d'une somme d'argent parmi la vaste palette des ordonnances sur requête recensées. Ceci n'empêche cependant pas que d'autres textes ayant trait à des obligations de payer puissent, de *lege ferenda*, faire leur entrée dans la procédure civile. Ce qui importe alors, c'est encore une fois de s'en tenir à des principes théoriques solidement établis. Concernant les délais de grâce, la solution à retenir est que le juge des requêtes est parfaitement compétent pour en assortir ses décisions.

γ. L'autorité de la décision du juge des requêtes octroyant un délai de grâce

571. La question de l'autorité de la décision statuant sur la demande de délai renvoie au problème plus général de l'étendue de la juridiction provisoire du juge des requêtes, déjà abordé en matière d'astreinte⁴. Le débat se pose ici dans les mêmes termes : la décision octroyant un délai de grâce, rendue par le juge des requêtes, lie-t-elle le juge du principal ?

572. Pour y répondre, il est nécessaire de reformuler cette question et se demander si le délai de grâce est une *mesure* procédurale propre à la juridiction des requêtes, ayant comme seul objet la sauvegarde du droit d'agir au fond, ou si, au contraire, il s'agit d'une disposition de *droit substantiel* sur laquelle tout juge peut statuer. C'est pour cette seconde proposition qu'il faut opter, car l'article 1244-1 vise indistinctement tout *juge*. Le délai de grâce n'appartient pas à la catégorie des *mesures*, il s'agit d'un droit substantiel, celui d'obtenir un échelonnement de la dette ou un report d'exigibilité si les circonstances l'exigent. Le juge du principal, statuant sur l'octroi d'un délai postérieurement au

¹ Renvoi

² Ce qui est le cas pour les décisions rendues en la forme des requêtes, V. *Supra*, n°s 114 s.

³ Le caractère *sui generis* de cette procédure de l'empêche pas d'être soumis au régime des ordonnances sur requête, V. *Infra*, n°s 765 s.

⁴ V. *Supra*, n° 547.

juge des requêtes, sera tenu par l'autorité positive de chose jugée, car la règle appliquée sera la même.

573. Ceci dit, étant donné que le délai de grâce est dépourvu d'objet concernant les ordonnances sur requête véritablement provisoires, l'article 1244-1 du Code civil ne pourra être appliqué qu'aux ordonnances définitives, qu'elles soient gracieuses ou contentieuses. Or, dans ce cas, le juge des requêtes est le juge du principal, puisqu'il ne fait qu'emprunter la procédure unilatérale pour aboutir à une décision au fond. La décision du juge des requêtes octroyant un délai de grâce est donc définitive à un double point de vue : d'une part parce qu'elle ne constitue pas une mesure procédurale propre à la juridiction des requêtes ; de l'autre, parce qu'en statuant sur l'article 1244-1 du Code civil le juge des requêtes le fait systématiquement en qualité de juge du principal, qu'il rende la décision en la forme des requêtes, ou qu'il fasse office de juge gracieux. Cette compétence étant toutefois concurrente avec celle qu'exerce le juge de l'exécution, une ligne de partage doit être établie.

b. La compétence concurrente du juge de l'exécution pour le prononcé des délais de grâce

574. L'article 510 du Code de procédure civile délimite clairement les prérogatives du juge de l'exécution en disposant dans son alinéa troisième qu' « après signification d'un commandement ou d'un acte de saisie, selon le cas, le juge de l'exécution a compétence pour accorder un délai de grâce ». Ce texte fait usage du critère temporel de compétence, en confiant au juge de l'exécution l'octroi du délai de grâce dès la mise en œuvre des voies d'exécution. La solution peut aisément se comprendre au vu de la volonté affichée par les auteurs de la réforme de 1991 de concentrer l'ensemble du contentieux de l'exécution entre les mains d'une juridiction unique. En matière d'ordonnances sur requête cette solution pose cependant un problème particulier, similaire à ce qui a été dit à propos de la juridiction provisoire incidente¹. L'application large du critère temporel conduit systématiquement à ne retenir que la seule compétence du juge de l'exécution, étant donné que la signification de l'ordonnance sur requête est faite en même temps que son exécution par l'huissier instrumentaire. Or, si une demande de délai est formée, elle ne peut l'être avant cette étape de la procédure, puisque le tiers visé n'a par hypothèse pas connaissance de l'instance diligentée contre lui.

¹ V. *Supra*, n° 490.

575. Il existe néanmoins une différence majeure entre la compétence que la loi accorde au juge de l'exécution pour le règlement général des difficultés d'exécution au sein de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire et le domaine qu'établit l'article 510 du Code de procédure civile en matière de délais de grâce. Si le premier de ces textes ne mentionne que les « contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée », le second vise plus précisément le « commandement ou [l'] acte de saisie, selon le cas ». Le critère temporel doit donc être ici entendu de manière restrictive. La compétence du juge de l'exécution ne débute donc qu'avec la signification au débiteur d'un *commandement de payer*, entendu comme l'injonction faite au débiteur par exploit d'huissier de s'acquitter de sa dette, ou d'un *acte de saisie*, c'est-à-dire d'un exploit d'huissier notifiant au débiteur l'indisponibilité¹ ou le transfert de propriété des biens saisis au profit du créancier saisissant². Il existe une hypothèse particulière où la signification de l'ordonnance coïncide toujours avec celle de l'acte de saisie : c'est le cas de la saisie conservatoire ordonnée par ordonnance sur requête. Dans ce cas, le juge de l'exécution est toujours seul compétent pour octroyer un délai de grâce... mais il est également auteur de l'ordonnance exécutée, ce qui conduit à une confusion complète des compétences entre la juridiction des requêtes et celle de l'exécution.

576. En conclusion, le tiers visé par la requête pourra être confronté à trois hypothèses différentes dans lesquelles la compétence pour l'octroi d'un délai de grâce sera variable :

- Soit le juge des requêtes a, dans son ordonnance même, accordé un délai au débiteur pour s'exécuter ; dans cette situation, peu probable en pratique, la question de la compétence ne se posera plus ;
- Aucun commandement de payer ou acte de saisie n'a été signifié au tiers visé, alors le juge des requêtes est compétent de manière concurrente avec le juge des référés pour accorder un délai, étant précisé que la saisine de ce dernier est soumise à la démonstration de l'urgence;
- Un commandement de payer ou un acte de saisie a été signifié au débiteur, alors le juge de l'exécution est seul compétent à l'exclusion de tout autre juge³ pour accorder un délai de grâce.

577. **Conclusion du paragraphe second.** Le juge de l'exécution exerce, outre une juridiction des requêtes pleine et entière en application de l'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution, une juridiction incidente vis-à-vis de l'ordonnance sur requête. Celle-ci consiste en un aménagement des effets de l'ordonnance exécutée, ainsi que des modalités de déroulement de la

¹ Dans le cadre d'une saisie conservatoire.

² Dans le cadre d'une saisie définitive.

³ Le caractère exclusif de cette compétence résulte de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire.

procédure d'exécution à proprement parler. Ce faisant, le juge de l'exécution emploie indirectement, de manière *incidente*, les règles propres à l'ordonnance sur requête, mais uniquement dans le domaine des difficultés d'exécution.

578. Par ailleurs, la modulation de l'exécution dont l'ordonnance sur requête fait l'objet implique la faculté d'assortir cette dernière d'une astreinte ou, tout au contraire, accorder au tiers visé un délai de grâce. Ces deux prérogatives appartiennent de manière concurrente au juge de l'exécution et au juge des requêtes. En matière d'astreinte, le choix du requérant qui la sollicite est entièrement libre entre l'un et l'autre de ces juges. En matière de délais de grâce, en revanche, l'article 510 du Code de procédure civile impose l'application stricte d'un critère de nature matérielle, le juge de l'exécution n'étant compétent qu'après la signification d'un commandement de payer ou d'un acte de saisie. La particularité des règles gouvernant l'astreinte et le délai de grâce conduisent à leur conférer une nature définitive, exception à la juridiction provisoire du juge des requêtes. Par conséquent, les pouvoirs incidents qu'exerce le juge de l'exécution à leur égard relèvent d'une juridiction incidente définitive.

579. L'étude de la juridiction provisoire au sein des voies d'exécution a montré que les compétences du juge des requêtes se combinaient avec celles du juge de l'exécution, tantôt de manière alternative, tantôt de manière cumulative. En la matière, la nature provisoire de l'ordonnance sur requête a des conséquences importantes, provoquant parfois un écart par rapport aux solutions retenues en droit commun. Mais le provisoire n'impacte pas seulement la *jurisdictio* de l'exécution, il affecte également le déroulement de l'exécution elle-même.

Section II. Les modalités de l'exécution des ordonnances sur requête

580. Le parcours procédural de l'ordonnance sur requête est loin d'être toujours linéaire et uniforme. En amont, il peut arriver que l'exécution de la mesure qu'elle ordonne se heurte à des obstacles qui en ralentissent le cours (§1). En aval, l'exécution peut causer un préjudice important au tiers visé par la mesure, ce qui pose la question de son indemnisation (§2).

§1. Les obstacles à l'exécution de l'ordonnance sur requête

581. Les obstacles qui peuvent freiner, voire interdire, l'exécution de la mesure ordonnée sur requête, peuvent être rassemblés au sein de deux catégories. Tantôt c'est la loi qui s'oppose à ce que l'exécution soit poursuivie jusqu'à son terme, en raison de la protection qu'elle offre au tiers visé ou à certains tiers (A.). Tantôt ce sont les acteurs de l'exécution qui, en s'opposant aux mesures mises en œuvre, lui feront obstacle (B.).

A. Les obstacles de droit

582. L'efficacité de la mesure ordonnée sur requête se heurte parfois à des intérêts qui lui sont antagonistes et qui empêchent son exécution immédiate. Tantôt, c'est en raison du secret des informations recherchées que l'ordonnance ne pourra être mise en œuvre ; tantôt le tiers visé opposera à l'huissier instrumentaire l'intimité de sa vie privée. Ce conflit requiert l'arbitrage du juge, qui doit réaliser un délicat équilibre entre le droit à la preuve du requérant et la protection du tiers qui subit la mesure. Cette pondération des intérêts renvoie indirectement aux développements relatifs aux mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile¹. La considération du secret et de l'intimité de la vie privée en tant qu'obstacles à l'exécution diffère cependant du motif légitime comme condition d'octroi des mesures *in futurum*, et ce à deux égards.

583. Premièrement, s'il s'agit ici d'apprécier la légitimité, ce n'est pas celle que vise l'article 145 du Code de procédure civile lorsqu'il dispose que « s'il existe un *motif légitime* de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de 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 ». La légitimité dont il est ici question est celle dont peut se prévaloir le tiers destinataire de la mesure pour s'opposer à son exécution. C'est au sein de l'article 10 du Code civil, complété par l'article 11 du Code de procédure civile, que mention est faite du *motif légitime* d'opposition du tiers à l'injonction judiciaire de s'exécuter. Le premier de ces textes, d'une portée générale, dispose que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité [et] celui qui, sans *motif légitime*², se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire [...] ». L'article 11 alinéa 2 du Code de

¹ V. *Infra*, n°s 862.

² Nous soulignons.

procédure civile est quant à lui plus spécifique et dispose que le juge « peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner[...] la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'*empêchement légitime*¹ ». La légitimité est ici prise dans son aspect négatif, au sens d'*opposition justifiée* à l'exécution de la mesure. C'est en cela qu'elle se distingue de l'étude du motif légitime dans son aspect positif, c'est-à-dire en tant que condition d'octroi de la mesure *ab initio*. La seule exception à ce qui vient d'être dit relève du secret des affaires. Cette notion « floue et évanescence »² est dénuée de toute autonomie et n'est appréciée qu'incidemment au motif légitime de l'article 145³.

584. Deuxièmement, il convient de faire observer que si les mesures d'instruction à futur sont sans aucun doute le domaine de prédilection pour exciper du motif légitime visé à l'article 10 du Code civil, elles n'en sont pas pour autant l'apanage exclusif. Toute mesure ordonnée sur requête qui requiert la communication de certaines informations pour être menée à terme, peut être mise en échec par le secret ou l'intimité de la vie privée. Pour cette raison, l'étude du secret en tant qu'obstacle à l'exécution dépasse, par l'étendue de son domaine, le seul article 145.

585. L'examen des obstacles de droit à l'exécution de l'ordonnance sur requête passe par une délimitation de leur domaine, qui permettra de faire état du droit positif sur la question (1.). Une mise en perspective pourra ensuite être faite pour établir l'équilibre obtenu entre l'exécution et la protection des droits du tiers visé par la mesure (2.).

1. Le domaine des obstacles de droit à l'exécution de l'ordonnance sur requête

586. Lorsque la loi dresse des obstacles à l'exécution des décisions de justice en général et des ordonnances sur requête en particulier, c'est pour protéger un intérêt qu'elle estime être supérieur au droit du créancier poursuivant d'obtenir son dû. Cet intérêt est celui de garder secrètes des informations sensibles, qu'elles relèvent de l'exercice d'une profession impliquant la confidentialité (a.) ou de l'intimité de la vie privée (b.).

¹ Nous soulignons.

² S. Pierre-Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », D. 2002, p. 3131, n° 2.

³ Cass. 2^e Civ., 7 janvier 1999, n° 95-21.934, Bull. Civ. II, n° 4 ; cet arrêt explique, de manière éclairante, que « 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 » ; V. *Infra*, n° 603.

a. Le secret

587. Dans le langage commun, le vocable secret renvoie à quelque chose « qui n'est pas divulgué, que l'on tient caché »¹, par définition obscur et dissimulé. Le juriste, cependant, se tient à l'écart de telles idées préconçues. Qu'il soit professionnel, bancaire ou médical, le secret du juriste est avant tout un moyen de protection d'intérêts privés et publics à la fois². Du point de vue des volontés privées, le secret est la contrepartie nécessaire de la confiance que le client fait au professionnel. Sans secret, rien ne pourrait garantir que la confidentialité des informations échangées dans l'intimité du cabinet. Les révélations se tariraient nécessairement, ce qui n'est pas souhaitable. Sur le plan de l'intérêt général, c'est l'intégrité et l'efficacité des professions essentielles au corps social qu'il s'agit de préserver : les notaires, avocats, médecins, experts comptables, etc...

588. La conciliation entre le respect du secret et l'exécution de la mesure ordonnée sur requête pose donc un problème de compromis. Le droit positif a trouvé des solutions permettant de réaliser un certain équilibre en conférant au juge la faculté de pondérer les intérêts en présence. Cependant, les solutions qui prévalent en droit commun n'aboutissent pas à des résultats satisfaisants concernant l'ordonnance sur requête, qu'il faut détailler en distinguant selon qu'il existe (α.) ou non (β.) une exception permettant la levée du secret.

α. L'existence d'une exception à l'application du secret

589. Bien que nécessairement disparates quant à leur domaine matériel d'application, les divers secrets recensés présentent certaines similitudes en ce qui concerne leur régime. Il faut ainsi constater que le secret ne peut être invoqué par son dépositaire dans deux séries d'hypothèses : quand la loi ou le créancier de l'obligation de secret autorisent la révélation des informations confidentielles.

590. **L'existence d'une dérogation légale permettant la levée du secret.** Dans une première catégorie de cas, il existe une disposition légale faisant exception au secret, laissant le dessus à la preuve judiciaire. En matière de secret médical, certaines exceptions ont par exemple été instaurées dans l'intérêt du patient, comme l'obligation pour le médecin de dénoncer au procureur de la

¹ V° *Secret*, dictionnaire Le Littré de la langue française.

² V. C. Brenner, « L'étendue du secret professionnel », LPA 3 février 2005, p. 5.

République certains sévices physiques ou psychologiques qu'il constate sur le corps du patient¹. D'autres exceptions existent pour protéger l'ordre public, en matière de traitement des toxicomanes ou des délinquants sexuels². Dans l'ensemble de cas susvisés, le médecin qui révèle des informations à l'autorité administrative ou judiciaire ne se rend pas coupable d'une violation du secret médical, s'agissant d'une exemption prévue par la loi.

591. Concernant le secret bancaire, le droit positif prévoit une exception assez large par le biais de l'article L. 511-33 alinéa 2 du Code monétaire et financier qui dispose qu'« outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel³ ne peut être opposé à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ». Si la matière pénale écarte assez largement l'application du secret bancaire, le contentieux civil n'est pas en reste, amenant certains auteurs à s'interroger sur ce qui reste de son domaine positif⁴. De nombreuses zones d'exclusions légales émaillent en effet son champ d'application⁵. Ainsi, la caution doit être périodiquement informée de l'existence et du volume des risques sans que le secret bancaire puisse lui être opposé sur ce point⁶. Des dérogations importantes portent sur le droit des procédures collectives, tant pour le rapport de l'expert chargé d'évaluer la situation de l'entreprise au stade de la conciliation⁷, qu'à l'égard des acteurs de la procédure qui doivent pouvoir aisément accéder aux informations financières sensibles⁸. Les voies d'exécution font obligation au banquier, tiers saisi, de « déclarer l'étendue de ses obligations envers le débiteur » en application de l'article L. 211-3 du Code des procédures civiles d'exécution. En matière de divorce, l'article 259-3 alinéa 2 du Code civil dispose que « le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé », notamment pour calculer le montant de la prestation compensatoire selon les critères prévus à l'article 271 du même Code. Enfin, le banquier ne peut invoquer le secret bancaire dans ses rapports avec la commission de

¹ Art. 226-14 C. pén. ; V. M. Contis, *Secret médical et évolutions du système de santé*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2006, pp. 422 s.

² *Ibid.*, pp. 431 s.

³ Bien que le terme utilisé soit « secret professionnel », ce texte ne vise que le seul secret bancaire car il n'est applicable qu'aux établissements de crédit en application de son alinéa premier.

⁴ J. Lassere-Capdeville, « Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ? », *AJ Pénal* 2009, p. 165 ; *adde* B. Bouloc, « Le secret professionnel : principe et limites », *Gaz. Pal.* 29 juin 2004, p. 15.

⁵ Pour une synthèse d'ensemble du droit positif, V. R. Routier, « Le secret bancaire face au juge civil et commercial en droit français », *RLDA* mai 2010, p. 55.

⁶ Art. L. 313-22 C. mon. et. fin.

⁷ Art. L. 611-6 C. com.

⁸ Il en va ainsi du juge-commissaire (art. L. 623-2 C. com.), de l'administrateur judiciaire si celui-ci prend en charge l'administration de l'entreprise (Cass. Com. 11 avril 1995, *Bull. Civ. IV* n° 56) ou encore du liquidateur judiciaire (art. L. 641-9 C. com.).

surendettement¹, les agences de notation² et certaines personnes qui « négocient, concluent ou exécutent » avec l'établissement de crédit certaines opérations limitativement énumérées³.

592. Concernant les professions judiciaires par nature les plus enclines au secret, à savoir le notaire et l'avocat, les exceptions légales à leur obligation de discrétion sont peu nombreuses. Outre l'hypothèse dans laquelle les documents saisis établissent la participation de l'avocat à une infraction pénale⁴, celui-ci, comme le notaire, n'est obligé de faire exception au secret que lorsque l'article L. 211-3 du Code des procédures civiles d'exécution⁵ lui est applicable. En effet, en leur qualité de professionnels de la justice, ils sont habilités à détenir des fonds pour le compte de leurs clients. Dans ce cas, une saisie-attribution peut être pratiquée entre leurs mains, les obligeant alors à révéler le montant de la créance que leur client détient à leur égard.

593. L'application de ce qui précède à l'ordonnance sur requête ne permet pas de tirer des conclusions probantes quant à la levée du secret faisant obstacle à l'exécution, dans la mesure où l'article L. 211-3 précité est le seul texte applicable à la procédure unilatérale. C'est en effet à l'occasion d'une saisie conservatoire ordonnée sur requête en application de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution que le tiers saisi doit déclarer ce qu'il doit au débiteur principal⁶. D'autres exceptions au secret doivent donc être recherchées dans le consentement donné par celui qui en est le bénéficiaire.

594. **Le consentement du créancier du droit au secret.** Le secret, quelle que soit sa nature, protège avant tout un intérêt privé, celui de la partie concernée par les informations confidentielles. A ce titre, le droit subjectif au secret est un droit disponible⁷ et il est possible pour son titulaire d'y renoncer. Le secret bancaire, professionnel ou encore médical devient inopposable à une demande du juge ou de l'autre partie si le client ou le patient y a préalablement consenti. Dans le domaine médical, la première Chambre civile a décidé par un arrêt remarqué en date du 15 juin 2004 que le juge « ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret *lorsque la personne concernée ou ses ayants*

¹ Art. L. 331-3 al. C. conso.

² Art. L. 511-33 CPCE.

³ Même texte.

⁴ Cass. Crim. 9 février 1988, n° 87-82.709, Bull. crim. n° 63.

⁵ « Le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures ».

⁶ S. Piédelievre, Guerchoun, F., « Saisies et mesures conservatoires », Rép. Proc. Civ. 2008, n° 189.

⁷ J. Hauser, « L'indisponibilité relative des droits de la personnalité : conventions directes et indirectes sur le droit au respect de la vie privée et le droit au secret », RTD Civ. 2000, p. 801.

*droits s'y sont opposés*¹ »². Interprétée *a contrario*, cette décision signifie bien que l'accord donné par le patient ou ses ayant-droits permet de contraindre le médecin de lever le secret médical. Concernant le secret bancaire, la Chambre commerciale est plus directe encore puisqu'elle énonce, dans un arrêt rendu le 11 avril 1995, que « le secret professionnel du banquier est de simple protection de son client, de sorte que celui-ci peut y renoncer »³. La même observation vaut encore concernant le secret professionnel dont le client reste « le maître »⁴ et peut choisir d'y renoncer à tout moment⁵. La solution, du reste, se justifie parfaitement. Si la partie protégée renonce à la protection que lui offre le droit positif, rien de s'oppose à la production en justice des pièces et informations ainsi révélées.

β. L'absence d'exceptions permettant la levée du secret

595. Le véritable problème se pose lorsque ni la loi, ni le bénéficiaire du secret ne permettent expressément sa levée. C'est alors à un délicat équilibre entre le droit à la preuve du demandeur et la protection des intérêts légitimes du demandeur que doit tendre le juge. Or, force est de constater que dans la plupart des hypothèses recensées, c'est le droit au secret qui l'emporte. Il convient, à cet égard, de distinguer selon que la mesure d'instruction tendant à la levée du secret est ordonnée au cours d'instance pour éclairer la religion du juge des requêtes, ou à titre autonome, pour éclairer celle des parties dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum*.

596. **La mesure d'instruction ordonnée en cours d'instance.** Le juge des requêtes, comme tout autre juge, peut ordonner des mesures d'instruction en application de l'article 143 du Code de procédure civile⁶. Il peut le faire au stade de la requête initiale, comme dans la phase contradictoire de la procédure, après qu'ait été introduit le référé-rétractation. L'hypothèse considérée est donc la suivante : pour apprécier l'opportunité de la mesure qui est sollicitée de lui, le juge des requêtes ordonne une mesure d'instruction au moyen d'une ordonnance avant-dire droit. La mesure d'instruction n'est qu'un moyen et non une fin. Ainsi, avant d'interdire à un des époux de déplacer certains meubles en application de l'article 257 du Code civil (fin), le juge souhaitera vérifier que sa

¹ Nous soulignons.

² Cass. 1^{re} Civ., 15 juin 2004, RTD Civ. 2005, p. 99, obs. J. Hauser.

³ Cass. Com., 15 avril 1995, Bull. Civ. IV n° 121, D. 1996 p. 573 note. H. Matsopoulou.

⁴ G. Rouzet, « Le secret notarial », *Deffrénois* 30 novembre 1995, p. 1345 ; *adde* V. Avena-Robardet, « Secret bancaire dans un procès civil », D. 2003, p. 1162.

⁵ B. Fages et J. Mestre, « Secrets de professionnels », RTD Civ. 2005, p. 384.

⁶ « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ».

santé mentale présente bien des défaillances (moyen). Dans ce cas, *quid* si le secret ne peut être levé ?

597. Dans l'arrêt du 15 juin 2004 précité, relatif au secret médical, le juge ne peut contraindre un médecin à révéler des informations confidentielles. Le seul effet du maintien du secret est « qu'il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition *tend à faire respecter un intérêt légitime* ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence [...] ». C'est dans le domaine des contrats d'assurance que la question se pose avec le plus d'acuité, où il s'agit, pour l'assureur, de déterminer la véracité du sinistre de santé déclaré par l'assuré¹. Le juge aura alors tendance à considérer que la rétention injustifiée d'informations est le signe d'une volonté d'échapper à ses obligations contractuelles.

598. Des solutions similaires ont été retenues concernant le secret professionnel et bancaire. Le président du Tribunal de grande instance de Paris a décidé, dans une ordonnance de référé rendue le 30 novembre 1993², que « l'étude notariale X, tenue au secret professionnel, ne saurait être obligée de fournir, même à un huissier désigné à cette fin, la correspondance que son client lui a interdit de communiquer ; qu'il appartient aux demandeurs de s'adresser directement à l'intéressé pour se faire remettre par lui-même la pièce litigieuse ou en expliciter le contenu, *sauf à tirer les conséquences d'un éventuel refus de sa part*³ ». En matière bancaire, la Chambre commerciale a affirmé avec beaucoup de fermeté qu' « en l'absence du consentement du titulaire du compte, la banque ne peut communiquer les renseignements relatifs au fonctionnement du compte »⁴.

599. En définitive, quel que soit le domaine considéré, « la légitimité de l'intérêt devient donc un critère déterminant »⁵ pour l'appréciation du refus opposé par le bénéficiaire du secret. Ceci renvoie au *motif légitime* dont fait mention l'article 10 du Code civil, autrement dit au point de départ de la recherche. Le juge navigue à vue : face au silence du défendeur et à la pauvreté du dossier, il lui appartiendra de tirer les conséquences qui s'imposent sur le plan probatoire. De ce critère de *légitimité*, difficile à cerner avec précision, un auteur a tiré un critère tenant à la *finalité* de l'usage du secret. M. BEIGNER écrit ainsi que « la Cour refuse aujourd'hui que l'on invoque un droit de la personnalité dès lors que l'usage que l'on en escompte est sans rapport avec la finalité de ce droit »⁶. Cette interprétation du critère de légitimité est sans aucun doute une avancée, dans la mesure où

¹ D. Duval-Arnould, « Le juge civil face au secret médical », D. 2004, p. 2682 ; B. Beigner, « Secret médical et assurances de personnes », D. 1999, p. 469.

² TGI Paris, Ord. 1^{er} Président, 30 novembre 1993, Bull. C.C.G.N.

³ Nous soulignons.

⁴ Cass. com., 25 janvier 2005, RTD Com. 2005 p. 395 obs. D. Legeais.

⁵ M. Cauchy et A. Dionisi-Peyrusse, « Le droit au secret médical et son application en matière d'assurances », D. 2005, p. 1313.

⁶ B. Beigner, *op. cit.*

elle permet de rendre davantage objective l'appréciation du juge. Celui-ci doit alors estimer si la *finalité* du droit au secret est respectée, c'est-à-dire, *in fine*, la protection des informations relevant de l'intimité de chacun¹. Dès lors que le défendeur invoque le secret pour faire échec à la demande du requérant et non pour préserver sa vie privée, le juge devrait considérer que la preuve requise contre lui est rapportée. Sur le plan technique, cela relève alors des présomptions de l'homme établies par l'article 1353 du Code civil, qui dispose que « les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes ». La technique de la présomption permettant de tirer des conséquences d'un fait connu à un fait inconnu², le juge déduit la condamnation du défendeur de son refus de lever le secret.

600. Ce raisonnement présente cependant une faille importante. Comment le juge peut-il déduire quelque conséquence que ce soit du maintien du secret sans connaître la teneur des informations occultées ? Il n'a alors aucune information tangible pour décider si oui ou non la finalité du secret est en l'espèce respectée. L'application stricte de ce qui précède à la juridiction des requêtes aura deux conséquences :

- Au stade de la requête initiale, le secret faisant obstacle à l'exécution de la mesure d'instruction conduira le juge des requêtes à octroyer la mesure sollicitée à titre principal ;
- A l'occasion de l'exercice du référé-rétractation, la mesure octroyée à titre principal sera maintenue et la demande en rétractation rejetée.

Dans un cas comme dans l'autre, la décision du juge ne pourra s'appuyer sur aucune certitude et, en tant que telle, n'est pas satisfaisante.

601. **Les mesures d'instruction sollicitées à titre autonome.** La question du secret se pose en des termes différents concernant l'application de l'article 145 du Code de procédure civile devant le juge des requêtes. La mesure d'instruction n'est pas ici sollicitée en tant que moyen, mais en tant que fin, son prononcé entraînant le dessaisissement du juge³. Il n'est pas question d'éclairer la religion du juge, mais celle du requérant en vue d'un éventuel procès ultérieur. Une fois la mesure ordonnée, son exécution se heurte au refus du détenteur des informations qui se réfugie derrière le secret

¹ J.-C. Saint-Pau, « L'article 9 du Code civil : matrice des droits de la personnalité », D. 1999, p. 541 ; l'intimité doit être ici entendue dans son sens le plus large, c'est-à-dire toute information que son détenteur souhaite soustraire à la connaissance du public.

² Art. 1349 C. civ.

³ Ce qui entraîne l'ouverture immédiate des voies de recours, l'article 150 CPC étant inapplicable, V. Cass. 1^{ère} Civ., 19 mars 2002, Procédures 2002, n° 115, obs. R. Perrot ; la solution est constante de longue date, V. Versailles, 8 juillet 1987, JCP 1988, II, 20972, note P. Estoup.

auquel il est astreint. Le juge peut-il dans ce cas forcer la levée du secret pour faire prévaloir le droit de la preuve ?

602. La jurisprudence donne à cette question une réponse fluctuante. Dans certains domaines le secret est un obstacle insurmontable pour le juge, qui doit y voir un *motif légitime* au sens de l'article 10 alinéa 2 du Code civil et un *empêchement légitime* au sens de l'article 11 alinéa 2 du Code de procédure civile. La solution est constante concernant le secret bancaire, qui peut être invoqué par l'établissement de crédit pour faire efficacement échec à la mesure *in futurum*¹ ; il faut toutefois réserver le cas particulier de la caution, à laquelle le secret bancaire est inopposable dans le cadre d'une mesure ordonnée sur le fondement de l'article 145².

La majorité de la doctrine approuve cette solution puisque sinon il suffirait, selon le mot d'un auteur, de « saisir le juge et d'obtenir de lui qu'il ordonne au banquier de produire les documents en sa possession »³. La Cour de cassation se prononce également en ce sens pour le secret professionnel du notaire⁴, avec pour seule exception la communication de l'adresse d'un client lorsque « celle-ci est indispensable à l'exécution d'une décision de justice »⁵. Enfin, il en va de même concernant le secret professionnel de l'expert-comptable⁶ ou le secret médical⁷. A l'instar de ce qui a été observé à propos des mesures d'instruction avant-dire-droit⁸, la solution est insatisfaisante. Faisant nettement prévaloir le droit du secret, elle fait échec à la protection juridictionnelle provisoire que le juge des requêtes ne peut plus, ici, assurer efficacement.

603. C'est en revanche en matière de secret des affaires que la jurisprudence a connu son infléchissement le plus important dans le sens d'une admission plus large des mesures d'instruction à futur au détriment de la protection du secret. La position première de la Cour de cassation a été de faire prévaloir le droit du secret sur l'immixtion judiciaire dans le monde de l'entreprise. Elle a ainsi décidé à plusieurs reprises que le secret est une notion autonome qui exclut le motif légitime d'établir ou de conserver des preuves⁹. Par un arrêt remarqué de la deuxième Chambre civile, la Cour

¹ D. Chemla et E. Bouretz, « Le référé probatoire et secret bancaire : un secret bien gardé », *Revue de droit bancaire et financier* 2004, p. 208 ; *adde* J. Lassere-Capdeville, *Le secret bancaire. Etude de droit comparé France-Suisse-Luxembourg*, Marseille, PUAM, 2006, n°s 652 s.

² Cass. Com., 16 décembre 2008, LPA 29 mai 2009, p. 10 note G. Chabot.

³ M. Vasseur, note sous TGI Nice, 2 juillet 1981, D. 1982 p. 124.

⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 21 juillet 1987, Gaz. Pal. 1988, 1, somm. 148 obs. H. Croze et Morel.

⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 20 juillet 1994, Bull. Civ. I, n° 263.

⁶ Cass. Com., 8 février 2005, Bull. Civ. IV, n° 22.

⁷ Cass 1^{ère} Civ., 15 juin 2004, précité.

⁸ V. *Supra*, n° 600.

⁹ Pour la révélation d'un secret de fabrication, Cass. 2^e Civ., 14 mars 1984, n° 82-16.076, *Marie Brizard c/ Khalifa*, *JurisData* n° 1984-700588, Bull. civ. II, n° 49 ; pour l'établissement de la structure commerciale d'un concurrent, Cass. 2^e Civ., 7 janv. 1999, n° 95-21.934, *SA Vericar c/ SA Gauduel Grenoble Nord*, *JurisData* n° 1999-000014, Bull. civ. II, n° 4.

a ensuite ajusté sa position en décidant que « 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 »¹. Cette solution ne signifie cependant pas que le secret des affaires tombe systématiquement face à une demande faite au juge des requêtes sur le fondement de l'article 145. Elle intègre simplement l'appréciation de la nécessité de préserver le secret dans celle du motif légitime qui permet l'octroi de la mesure d'instruction². Il en résulte que le maintien du secret est suspendu à une appréciation casuistique que fait le juge de son opportunité, dans le cadre du bilan « coût-avantages » de la mesure³. Cette pondération des intérêts se retrouve également dans la considération de la vie privée face au droit à la preuve.

b. L'intimité de la vie privée

604. La vie privée, notion fuyante et polymorphe, reste aujourd'hui un bastion de l'intimité personnelle malgré la médiatisation et la diffusion sans cesse croissante des données à caractère privé⁴. L'ascension croissante des droits dits « fondamentaux » et l'attrait exercé par la Convention EDH y est sans doute pour beaucoup. Pourtant, la confrontation de la vie privée avec les diverses formes de secret recensées en droit positif conduit à des résultats étonnants. Si la confidentialité des informations empêche systématiquement l'exécution de l'ordonnance sur requête d'être menée jusqu'à son terme, la vie privée n'y fait que rarement obstacle. Elle concerne avant tout le lieu intime par excellence : le domicile (α). Mais l'extension croissante de son domaine amène également à y inclure le lieu de travail, à certains égards tout du moins (β).

¹ Cass. 2^e Civ., 7 janvier 1999, n° 95-21.934, Bull. civ. II, n° 4, Procédures mars 1999, p. 11, obs. R. Perrot ; solution reprise par Paris, 14^e ch. A, 2 juin 1999, *JurisData*, n° 023375, *Dupontreue c/ SA Laboratoires Macors*.

² En ce sens, S. Pierre-Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », D. 2002, p. 3131, spéc. n° 13.

³ R. Perrot, obs. précitées in Procédures 1999, p. 12.

⁴ La tendance actuelle à l'exposition de la vie sexuelle des individus est à ce titre particulièrement représentative, V. TGI Paris, ord. réf., 1er juin 2011, *JurisData* n° 2011-012148, JCP G 2001, zoom 882, obs. G. Kessler, à propos de deux candidats issus d'une émission de télé-réalité en mal de publicité dont les relations plus ou moins compliquées avaient été résumées par un magazine à scandale qui avait accusé le jeune garçon d'avoir lui-même vendu la vidéo.

605. Le domicile, sanctuaire inviolable de l'individu¹, est pourtant sujet à l'intrusion des plus brutales au moyen des ordonnances sur requête. C'est l'adultère, « vieille question de droit et de vaudeville »², qui est dans ce cas la source des péripéties sentimentales et judiciaires. La question des constats d'adultère ordonnée sur requête unilatérale n'est pas nouvelle, loin s'en faut³. Elle constitue l'usage topique et stéréotypé des ordonnances sur requête, même si son déclin est aujourd'hui consommé⁴. Sans doute, la libéralisation croissante des mœurs provoquera un jour sa disparition, mais son étude est des plus révélatrices au regard des interactions entre la vie privée et l'exécution de l'ordonnance sur requête. Il s'agit, encore une fois, d'un « conflit entre des principes antagonistes également respectables qui ne peut trouver sa solution que dans un savant dosage »⁵ entre les mains du juge.

606. L'admission de la validité de tels constats n'a pas fait tout de suite l'objet d'une unanimité doctrinale. Au lendemain de la réforme du divorce opérée par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, c'est la rédaction de l'article 259-2 du Code civil qui a donné lieu à controverse⁶. Ce texte dispose que « 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 ». Le consensus s'est cependant formé autour de l'idée que seule l'atteinte *illicite* au domicile devait être sanctionnée, ce qui ne peut être le cas pour un constat ordonné par l'autorité judiciaire⁷. *A contrario*, aucune atteinte n'est caractérisée, même à défaut d'autorisation judiciaire, lorsque le constat est réalisé dans un lieu dont l'époux demandeur a la jouissance, généralement le domicile commun⁸. L'arbitrage entre le droit à la preuve et l'intimité de la vie privée se résout donc au seul bénéfice du premier et au détriment de la seconde. Allant plus loin encore, la jurisprudence admet que le constat soit dressé non au domicile conjugal, mais à celui d'un tiers, complice de la relation adultère⁹. La portée du droit à la preuve en la matière est donc extrêmement importante, puisqu'elle justifie que soit attenté à l'intimité d'une personne extérieure au lien matrimonial.

¹ L'article 76 de la constitution du 22 frimaire an VIII dispose que « la maison de toute personne habitant sur le territoire français est un asile inviolable ».

² J. Hauser, « De quelques fautes : jtm plu jm lotr », RTD Civ. 2009, p. 514.

³ A. Lescaillon, « Le constat d'adultère », Revue des huissiers, 1986 p. 1615.

⁴ Une recherche transversale de la jurisprudence ne donne que deux décisions de la Cour de cassation dans les trois dernières décennies, V. Cass. 1^{ère} Civ., 6 février 1979, n° 77-13463, Bull. Civ. I, n° 47 et Cass. 1^{ère} Civ., 18 novembre 1992, n° 90-19368, Bull. Civ. I, n° 285.

⁵ R. Perrot, « Le droit à la preuve et les secrets de la vie privée », RTD Civ. 2009, p. 167.

⁶ I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004, n° 274.

⁷ P. Kayser, *La protection de la vie privée par le droit*, Paris, Economica, 1995, p. 334.

⁸ Cass. 2^e Civ., 14 décembre 1983, Bull. Civ. II, n° 200.

⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 18 novembre 1992, Bull. Civ. I, n° 285.

607. Le domicile, pour être un lieu de prédilection de la vie privée, n'est pas le seul endroit où l'intimité doit s'accorder avec l'exécution de l'ordonnance sur requête. L'entreprise, siège de la relation de travail, comprend également une frange de vie privée à laquelle la mesure ordonnée est susceptible de porter atteinte.

β. La vie privée sur le lieu de travail

608. Si « le travail n'est pas, par nature, un lieu de vie privée », il n'en est pas moins que « l'entreprise est un lieu de vie dans lequel le salarié doit pouvoir évoluer sans être exposé au contrôle intrusif de l'employeur »¹. L'informatisation omniprésente aidant, c'est autour de l'outil informatique, « fantastique mémoire de l'activité [du salarié] »² que se concentre le contentieux actuel de la vie privée au travail. La jurisprudence de la Chambre sociale a forgé un régime spécifique par des arrêts successifs, qui peuvent être regroupés en trois étapes.

609. **La première de ces étapes** a été de reconnaître au salarié un droit à la vie privée au sein de l'entreprise. Ce fût chose faite avec la désormais célèbre jurisprudence *Nikon* en date du 2 octobre 2001³. Doté d'un visa impressionnant auquel figuraient à la fois l'article 8 de la Convention EDH et l'ancien article L. 120-2 du Code du travail⁴, cet arrêt pose en principe que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée [...] même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ». Cette décision a suscité à juste titre l'inquiétude des employeurs quant à leurs possibilités probatoires en cas de comportement délictueux ou déloyal du salarié, poussant même certains auteurs à utiliser les termes d' « ambassade virtuelle » pour désigner l'ordinateur de celui-ci⁵. Cette inquiétude était d'autant plus fondée que l'ordinateur de bureau « classique » n'est aujourd'hui plus le seul terminal pouvant être mis à disposition par l'employeur. S'y ajoutent les *Blackberrys* et autres dispositifs portables, d'autant plus mobiles et sujets à contenir des informations sensibles que le salarié les emporte à son domicile.

¹ G. Loiseau, « Focus sur la vie personnelle du salarié », D. 2009, p. 2393.

² F.-J. Pansier, obs. sous Cass. Soc., 23 mai 2007, *Datacep*, Cah. soc. du barreau de Paris 2007 p. 320.

³ Cass. Soc., 2 octobre 2001, D. 2001 p. 3148 obs. Y. Gautier, RTD Civ. 2002 p. 72 note J. Hauser.

⁴ Ce texte, recodifié au numéro L. 1121-1 en application de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

⁵ D. Forest, « Cybersurveillance : de l'ambassade virtuelle à la citadelle assiégée », LPA 19 mars 2007, p. 6.

610. **La deuxième étape** du dispositif jurisprudentiel a donc été d'apporter un certain nombre de correctifs pour rétablir l'équilibre du procès prud'homal¹. Par un arrêt *Klajer c. Sté Cathnet-Science* du 17 mai 2005², la Chambre sociale a décidé que « sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ». Deux conséquences découlent directement de ce motif. La première est que l'employeur a acquis la faculté d'accéder aux fichiers, même personnels, contenus sur l'ordinateur du salarié, à condition de le faire en présence de celui-ci ou après l'avoir convoqué en bonne et due forme. Cette solution s'inspire directement de la jurisprudence relative à l'ouverture de l'armoire dont le salarié dispose dans le vestiaire de l'entreprise³. Cette précaution rend l'opération plus équitable et plus transparente, même si l'absence de définition de l'« appel » du salarié n'assujettit l'employeur à « aucune formalité particulière »⁴. La seconde conséquence est que la convocation du salarié n'est plus nécessaire lorsqu'existe un « risque ou événement particulier ». Il s'agit de circonstances dans lesquelles la présence du salarié, ou les délais nécessaires pour son transport sur les lieux peuvent compromettre « la sécurité informatique de l'entreprise [ou] l'ordre public »⁵. L'employeur dispose donc, depuis 2005, d'une exception importante au domaine de la vie privée du salarié dans l'entreprise.

611. Un autre correctif, dans la lignée directe de l'arrêt *Cathnet*, a été apporté par la décision *Le Fur* en date du 18 octobre 2006⁶. Dans cet arrêt la Chambre sociale décide que « les dossiers et fichiers créés par le salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition [...] sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ». La combinaison de ces deux décisions conduit, *in fine*, à un régime favorable à l'employeur :

- l'ensemble des fichiers contenus dans l'ordinateur mis à disposition par l'employeur sont présumés avoir une nature professionnelle, sauf si le salarié les identifie comme personnels par une mention expresse ; ils peuvent toujours être ouverts par l'employeur ;

¹ V. F. Ballouhey, « L'office du juge en matière de preuve », in M. Keller (dir.), *Procès du travail, travail du procès*, LGDJ, 2008, p. 271.

² Cass. Soc. 17 mai 2005, *Klajer c. Sté Cathnet-Science*, Bull. civ. V, n° 165 ; D. 2005. Tribune 1873, obs. R. de Quenaudon.

³ V. par exemple Cass. Soc., 11 décembre 2001, Bull. V n° 377.

⁴ P. Alix, « L'accès par l'employeur aux fichiers personnels stockés sur l'ordinateur du salarié », JSL 2006 chron. 189.

⁵ D. Forest, *préc.*

⁶ Cass. Soc. 18 oct. 2006, *Le Fur c. SARL Techni-Soft*, Bull. civ. V, n° 308 (1^{re} esp.) ; RDT 2006. 395, obs. R. de Quenaudon.

- les fichiers identifiés comme personnels peuvent également être ouverts par l'employeur mais seulement si le salarié est présent ou dûment appelé, exception faite de l'existence d'un « risque ou évènement particulier ».

612. Ce dispositif, pour être pleinement efficace, demande quelques adaptations de la culture de l'informatique au travail. Certaines prônent ainsi la création de chartes d'entreprise expliquant ces règles aux salariés, en leur imposant notamment de faire précéder de la mention « PRV » leurs fichiers ou courriels personnels¹. Un équilibre est bel et bien réalisé entre le droit à la preuve et le respect de la vie privée, sans qu'il ne soit nécessaire de faire appel au juge. Cependant, une dernière évolution était nécessaire pour permettre à l'employeur de s'abstraire complètement de la présence du salarié.

613. **C'est la troisième et dernière étape** qui intéresse directement l'institution des requêtes. En l'absence du salarié, les mesures d'instruction à futur ordonnées sur requête sont apparues comme l'instrument procédural le plus adapté pour légitimer l'intervention de l'employeur et empêcher toute modification des correspondances saisies. C'est l'arrêt *Datacep* qui a marqué la voie dans ce domaine, dans lequel la Chambre commerciale décide avec fermeté que « *le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile*², 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 »³.

614. En la matière, le recours à l'article 145 du Code de procédure civile constitue une voie procédurale intéressante pour l'employeur, car « l'intervention et le contrôle du juge sont des éléments différenciant fondamentalement la mesure prise d'une investigation personnelle à laquelle aurait unilatéralement et personnellement procédé l'employeur et qui reste interdite »⁴. À défaut, la loyauté dans l'obtention de la preuve obtenue unilatéralement par l'employeur pourrait être mise en doute, ne serait-ce que parce qu'il est très facile de modifier la dénomination d'un fichier ou d'un courriel que le salarié a voulu désigner comme « personnel »⁵. De même, les données ainsi recueillies peuvent être facilement altérées, ce qui en diminue grandement la valeur probante⁶.

¹ P. Alix, *op. cit.* ; *adde* sur le rattachement des correspondances à la vie privée, V. Peltier, *Le secret des correspondances*, Marseille, PUAM, 1999, pp. 87 s.

² Nous soulignons.

³ Cass. Soc. 23 mai 2007, RDT 2007. 590, obs. R. de Quenaudon, D. 2007. AJ. 1590, obs. A. Fabre, RTD civ. 2007. 637, obs. R. Perrot, JCP S 2007. 1537, note S. Béal et A. Ferreira.

⁴ V. communiqué de la Cour de cassation sous l'arrêt *Datacep*.

⁵ En ce sens, M.-P. Fenoll-Trousseau, « *Les nouveaux enjeux de la cybersurveillance* », Cah. dr. entr., n° 2, mars 2007, prat. 10.

⁶ Sur cette question, D. Ammar, « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », RTD civ. 1993 p. 499.

615. En somme, l'ordonnance sur requête offre à l'employeur une légitimité nécessaire pour le dispenser de convoquer le salarié. Mais surtout, cette décision, reproduite depuis¹, fait incontestablement prévaloir le droit à la preuve sur le respect de la vie privée. Le résultat peut étonner, surtout lorsqu'il est mis en perspective avec la jurisprudence relative au secret bancaire ou médical². L'environnement de travail ne peut, à lui seul, servir de justification au constat ordonné sur requête car les solutions sont identiques concernant le constat d'adultère, réalisé au sein du domicile. La jurisprudence récente de la Cour EDH, axée sur l'idée de proportionnalité, offre une explication cohérente sur laquelle il convient de s'attarder.

2. La recherche d'un équilibre fondé sur l'idée de proportionnalité de l'intervention judiciaire

616. Un bilan synthétique du droit positif a permis de marquer le contraste dans l'équilibre procédural obtenu en matière de secret et de l'intimité de la vie privée. Si dans ce dernier cas les solutions sont équitables en ce sens qu'elles protègent suffisamment les intérêts du tiers visé sans sacrifier ceux du requérant, ériger le secret en obstacle prohibitif décrédibilise l'ordonnance sur requête. Il apparaît donc nécessaire de mettre en avant les fondements théoriques sur lesquels s'appuie la jurisprudence relative à la vie privée (a.), pour tenter d'en faire application dans le domaine du secret bancaire, professionnel et médical (b.).

a. La protection de la vie privée, résultat de l'exigence de proportionnalité dégagée par la Cour EDH

617. L'influence croissante qu'exerce la Convention EDH sur les juridictions internes en général, et dans le domaine de la vie privée en particulier, justifie et permet les solutions qui viennent d'être exposées. La Cour EDH exerce en effet un contrôle important sur le domaine de la vie privée et les atteintes dont celle-ci est susceptible. Ce contrôle s'appuie à la fois sur les articles 6 et 8 de la Convention, qui établissent le droit à un procès équitable et le droit au respect de la vie privée, familiale et du domicile. Faute de dispositions similaires en matière de secret professionnel et

¹ Cass. Soc., 10 juin 2008, Bull. civ. V, n° 129 ; D. 2008. AJ. 1834, RDT 2008 p. 602, obs. A. Varnek.

² V. *Supra*, n°s 590 s.

médical, ces matières ne sont examinées par la Cour que sous l'angle de la vie privée, eu égard à la confidentialité des informations concernées¹.

618. Le contrôle exercé implique avant tout une exigence de proportionnalité de l'ingérence dans la vie privée de la part des juridictions nationales. L'un des premiers arrêts dans ce domaine est la décision *Chappell c./ Royaume Uni* en date du 30 mars 1989². Dans cette espèce était en cause l'équivalent en droit anglais de l'ordonnance sur requête, une ordonnance dite *Anton Piller* (*Anton Piller Injunction*), rendue à la suite d'une procédure unilatérale³. Était en l'espèce visé un ressortissant britannique pour atteinte au droit d'auteur au moyen d'actes de contrefaçon. À la suite de cette ordonnance, un groupe de quinze agents de police judiciaire a effectué une saisie d'œuvres cinématographiques au domicile de l'intéressé. La Cour, saisie de l'affaire, estime qu'il y a bien une ingérence dans la vie privée du saisi, mais que cette ingérence est justifiée car « prévue par la loi »⁴. En outre, cette ingérence est estimée « nécessaire dans une société démocratique », l'exécution n'étant par ailleurs pas disproportionnée aux objectifs poursuivis⁵.

619. Cette jurisprudence a eu une portée considérable sur les juridictions françaises, celles-ci faisant régulièrement référence à la légitimité des buts poursuivis ainsi qu'à la proportionnalité des moyens employés. Ainsi, dans une espèce où était produite aux débats une pièce attentatoire à la vie privée de son auteur, la Cour de cassation casse au visa des articles 9 du Code civil, 6 et 8 de la Convention EDH l'arrêt d'appel qui « n'a pas caractérisé la *nécessité* de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa *proportionnalité* au but recherché »⁶. La Chambre commerciale a emboîté le pas à son homologue civile, en décidant, dans un arrêt en date du 15 mai 2007⁷, que si « toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite », elle doit être justifiée « par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense », tout en restant « proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ». À la lumière de ces décisions, il est aisé de constater que l'ensemble de

¹ V., pour la protection du cabinet d'un avocat, Cour EDH, *Niemetz c./ Allemagne*, 16 décembre 1992, JCP G 1993, I, 3654 obs. F. Sudre ; pour la protection de la confidentialité des données médicales, Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c./ Finlande*, *Grands arrêts de la Cour EDH*, 4^e éd., p. 424.

² Cour EDH, 30 mars 1989, *Chappell c. Royaume-Uni*, arrêt du, Série A n° 152-A, p. 21

³ Cette procédure particulière a son origine dans la décision du Royal court of justice, 8 décembre 1975, *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd & Ors*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1975/12.html> ; le Canada a adopté la même procédure dans une décision de sa Cour suprême en date du 27 juillet 2006, *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, <http://canlii.ca/t/1p0mm>. Trois conditions sont requises pour le prononcé de cette ordonnance : un bon droit du requérant *prima facie*, qui doit faire face à un préjudice imminent et important, et qui est confronté à un risque de destruction des preuves par son adversaire.

⁴ § 52 à 57.

⁵ § 58 à 66.

⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 16 octobre 2008, RTD Civ. 2009 p. 167 obs. R. Perrot.

⁷ Cass. Com., 15 mai 2007, RTD Civ. 2007 p. 637 obs. R. Perrot.

la jurisprudence relative à la vie privée se fonde sur la légitimité des buts poursuivis et la proportionnalité des moyens employés.

620. Quelques exemples dans le domaine des constats de concubinage permettront d'illustrer opportunément cette observation. Ainsi devient illégitime le but poursuivi par le constat demandé par un requérant, qui dissimule au juge l'existence d'un divorce devenu définitif, afin de réduire son obligation alimentaire envers son ex-conjoint en raison du concubinage de ce dernier¹. En revanche, est légitime la requête aux fins de constat d'un concubinage de sa fille par un père débiteur d'une obligation alimentaire².

Quant à l'exigence de proportionnalité, elle conduit à refuser en cause d'appel un constat déjà effectué entre les mêmes parties en première instance et qui a établi la réalité des relations adultères³. Relève de la même idée de n'ordonner que les mesures strictement nécessaires l'arrêt qui fait assister l'huissier d'un serrurier pour ouvrir la porte de l'appartement de l'auteur présumé de l'adultère...mais lui interdit d'ouvrir la porte de l'immeuble⁴. Inversement, prive son ordonnance de la « force exécutive » le juge des requêtes qui accepte de commettre un huissier mais refuse de le faire assister d'un serrurier et d'un commissaire de police⁵.

621. Il résulte de ce qui précède que la vie privée bénéficie d'une protection satisfaisante au regard des nécessités de l'exécution. L'intérêt du requérant prévaut sur le droit à l'intimité uniquement dans les cas où cela se révèle nécessaire et dans la stricte mesure de cette nécessité. Cette approche fondée sur la proportionnalité peut être transposée au domaine du secret pour tenter d'aboutir à un meilleur équilibre procédural.

b. L'application de la notion de proportionnalité dans le domaine du secret

622. Toute proposition alternative aux solutions retenues concernant l'articulation du secret avec l'exécution de l'ordonnance sur requête doit éviter les reproches qui ont été adressés au droit positif. D'une part, l'impossibilité d'exécuter les mesures d'instruction en cours d'instance ne doit pas aboutir à laisser le juge dans l'incertitude des « conséquences » à tirer du refus de lever le secret. D'autre part, il ne faut pas que le secret soit un obstacle systématique aux mesures d'instruction *in*

¹ TGI Nanterre, Ord. réf., 18 octobre 1978, JCP G 1979, II, 19116, note R.L.

² Douai, 25 avril 1991, D. 1993 p. 129 obs. D. Everaert.

³ Versailles, 24 juin 1988, BICC 1988 n° 977.

⁴ Paris, 14 novembre 1985, JCP G 1986, II, 18076 obs. R. Lindon.

⁵ Versailles, 31 janvier 1989, D. 1990 p. 97 obs. J.-C. Groslière.

futurum, privant les requérants de leur droit à la préservation et à l'établissement des preuves avant tout procès. Plusieurs propositions peuvent être faites en ce sens.

623. Un premier parti envisageable serait d'adopter la position inverse et considérer que le droit judiciaire à la preuve doit systématiquement prévaloir sur le secret. Cette solution a l'inconvénient d'être trop extrême et d'aboutir à des résultats inéquitables si la levée du secret s'avère injustifiée *a posteriori*. Ces derniers sont d'autant plus graves qu'une atteinte au secret cause un préjudice difficilement réparable car les informations révélées ne peuvent être rendues secrètes à nouveau. Cette proposition doit donc être écartée.

624. Une position alternative peut être tirée d'un arrêt de la première chambre civile en date du 10 février 1993¹. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui a refusé de rétracter une ordonnance rendue sur le fondement de l'article 145 nonobstant le secret professionnel, alors que, selon les motifs, « la conservation de la pièce [...] était assurée et que sa production *devait nécessairement donner lieu à un débat contradictoire*² sur la levée du secret professionnel du notaire ». Autrement dit, la levée du secret dans le cadre d'une mesure d'instruction *in futurum* pourrait être obtenue, mais seulement dans le cadre de la procédure contradictoire des référés et non par le biais des mesures unilatérales de l'article 812, qui figure au visa de l'arrêt. Un compromis est ainsi réalisé, car celui qui est tenu au secret a l'occasion de s'expliquer sur son refus de révéler les informations qu'il détient. Le juge est alors mieux placé pour apprécier si ce refus est légitime et donc, s'il s'inscrit bien dans la finalité poursuivie par l'obligation de secret³. Cependant, cette solution souffre, elle aussi, d'un défaut majeur. Elle occulte le rôle unique qu'occupe l'ordonnance sur requête dans le schéma procédural du provisoire. Elle permet en effet de préserver l'efficacité de l'intervention juridictionnelle précisément dans les cas où le débat contradictoire risque de priver la décision de tout effet. En matière de secret comme partout ailleurs, il peut exister un risque de détournement ou de destruction des éléments de preuve détenues. Provoquer systématiquement un débat contradictoire en référé sur la levée du secret pourrait conduire ce risque à se réaliser. Seul l'effet de surprise que permet l'ordonnance sur requête est susceptible de rendre efficace la mesure exécutée. Cette solution doit par conséquent être également écartée.

625. Pour trouver un compromis satisfaisant au regard du secret lors de l'exécution des ordonnances sur requête, il faut se tourner vers la procédure pénale qui contient de nombreuses sources d'inspiration. Le procès pénal est bien plus orienté que le contentieux civil vers une recherche objective de la vérité, et le pouvoir du juge est en conséquence beaucoup plus étendu. Aucune

¹ Cass. 1^{ère} Civ., 10 février 1993, Bull. Civ. I, n° 70, Defrénois 1993 p. 700 note G. Rouzet, D. 1993 IR p. 63.

² Nous soulignons.

³ Sur le critère de la *finalité* du droit au secret, V. *Supra*, n° 599.

transposition directe ne peut avoir lieu en procédure civile, car sur le plan pénal « la perquisition et la saisie, constituent, par ordre de la loi, un fait justificatif de la révélation du secret professionnel »¹.

Mais la procédure pénale est également soucieuse de protéger les droits de la défense, particulièrement s'agissant des professions dont le libre exercice ne doit pas être entravé. Il s'agit notamment de la profession d'avocat, de notaire, et des organes de presse, visés par les articles 56-1 à -3 du Code de procédure pénale. La perquisition qui se déroule dans les locaux professionnels doit à peine de nullité être faite en présence du bâtonnier² ou du président de chambre départementale des huissiers³. Si une pièce est couverte par le secret professionnel, l'un ou l'autre de ces intervenants peut s'opposer à la saisie. Le document est alors placé sous scellé et est envoyé, accompagné d'un procès-verbal, au juge des libertés et de la détention qui aura cinq jours pour statuer après avoir entendu les parties⁴. Un compromis équitable est ainsi réalisé entre le droit au secret et les nécessités de l'enquête. Des solutions procédurales comparables pourraient être transposées à la procédure des requêtes en particulier, et au contentieux civil au sens large.

626. *De lege lata*, aucune disposition ne permet une telle transposition par analogie. Une réforme des textes pourrait donc être envisagée. Le document couvert par le secret professionnel ou médical dont excipe son détenteur lors de l'exécution de l'ordonnance sur requête devrait être placé sous scellé fermé par l'huissier instrumentaire. Ce scellé devrait ensuite être remis au greffe de la juridiction qui a rendu la décision, dans notre cas le juge des requêtes. Celui-ci serait alors seul à pouvoir prendre connaissance des documents et prendrait une décision insusceptible de recours quant à la levée du secret professionnel. Les parties devraient être entendues préalablement à une telle décision pour que le débiteur du secret puisse s'expliquer sur son maintien et les éventuelles conséquences de sa révélation. Ceci présenterait plusieurs avantages :

- le juge pourrait s'assurer que le maintien du secret ne vise pas une finalité autre que la préservation d'informations véritablement confidentielles ;
- la réintroduction d'un débat contradictoire préalablement à la décision de révéler ou non le secret donnerait une occasion au défendeur de présenter des moyens que le requérant initial pourrait avoir omis de soulever, sciemment ou par ignorance ;

¹ B. Créneau-Jabaud, « Le secret professionnel et la justice », LPA 3 février 2005, p. 17.

² Art. 56-1 CPP.

³ Art. 56-3 CPP.

⁴ J.-F. Burgelin, Ph. Houillon, C. Xueref et S. Cohen, « Secret et domiciles professionnels », LPA 20 juin 2001, p. 46.

- rendre la décision du juge insusceptible de recours en la rattachant à la catégorie des mesures d'administration judiciaire, ce qui éviterait d'alourdir la procédure par des étapes supplémentaires qui risqueraient d'en ralentir le cours.

627. MM. FOULON et STRICKLER ont émis une proposition similaire, dans laquelle la mise à l'écart des documents confidentiels dans l'attente de leur examen contradictoire résulte d'une clause contenue dans l'ordonnance qui ordonne la mesure. Cette clause, selon ces auteurs, pourrait être rédigée comme suit : « Précise que les informations et documents recueillis seront conservés au secret par les huissiers (et les experts) jusqu'à la décision contraire du signataire de la présente décision, étant précisé qu'un débat contradictoire sur le devenir de ces documents aura lieu le (date) [...] »¹. Cette pratique ne contredit pas l'idée d'une modification des textes, mais la complète opportunément. En l'état du droit positif, le faible nombre de dispositions règlementant l'ordonnance sur requête fait reposer de nombreux éléments de son régime sur les diverses pratiques en vigueur au sein de chaque juridiction et il est dans l'intérêt d'une meilleure justice de les faire évoluer dans le sens d'une meilleure protection du tiers visé.

628. Dans la mesure où l'empêchement légitime résultant du secret peut être soulevé tant devant le juge du provisoire que devant le juge du principal, toute disposition nouvelle devrait figurer dans les dispositions applicables à toutes les juridictions, préférablement parmi les principes directeurs du procès. **Un troisième alinéa pourrait être ajouté à l'article 11 du Code de procédure civile**, ainsi rédigé :

- *Texte actuel* :
 - o *alinéa premier* : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus »
 - o *alinéa second* : « 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 ».
- *Nouvel alinéa troisième* : « Dans le cas où un tel empêchement serait soulevé par le détenteur de l'élément de preuve dont la production est ordonnée, celui-ci doit être placé sous scellé et déposé au greffe de la juridiction ayant ordonné la production, à charge pour le juge de

¹ M. Foulon et Y. Strickler, «Le constat sur requête avant tout procès», Procédures 2006, chron. 71, *spéc.* n° 39 ; un arrêt récent a retenu cette solution, V. Cass. 2^e Civ. 21 janvier 2010, pourvoi n° 09-10618, D. 2010. 2679, obs. Ph. Delebecque.

statuer sur la levée de cet empêchement par une décision insusceptible de recours, les parties ayant été entendues ou appelées ».

629. **Conclusion sur la problématique du secret.** Le droit positif ne permet pas de réaliser un équilibre satisfaisant entre l'impératif de préserver le secret de certaines informations sensibles et le droit à la preuve de celui qui réclame le bénéfice de la protection juridictionnelle provisoire. Dans le cadre des mesures d'instruction ordonnées en cours de procédure pour éclairer la religion du juge, exciper du secret oblige ce dernier à statuer dans l'ignorance, sans disposer d'éléments d'appréciation tangibles. S'agissant des mesures d'instruction *in futurum*, ordonnées à titre autonome pour établir ou conserver des preuves en vue d'un procès futur, la jurisprudence retient des solutions fluctuantes. Tantôt le secret empêche purement et simplement la réalisation de ces mesures, comme en matière de secret bancaire ou médical. Tantôt elle laisse la porte entrouverte à l'application de l'article 145, notamment en intégrant l'appréciation du secret des affaires dans celle du *motif légitime* d'établir ou de conserver des preuves. Une solution nouvelle doit donc être proposée, fondée sur l'exigence de proportionnalité issue de la jurisprudence de la Cour EDH. Celle-ci pourrait emprunter à la procédure pénale, en laissant au juge le soin de décider, préalablement à tout débat sur le fond, si le secret doit ou non être levé.

630. Outre les obstacles à l'exécution résultant de la loi, l'huissier instrumentaire peut également se heurter à des difficultés purement factuelles qui l'empêchent de mener sa mission à terme.

B. Les obstacles de fait

631. L'exécution d'une mesure dont le débiteur apprend l'existence par l'huissier venu frapper à sa porte se déroule rarement de manière entièrement pacifique. Il est compréhensible, tant sur le plan intellectuel qu'humain, que le débiteur profane à la technique procédurale s'insurge contre ce qui peut lui sembler une démarche injuste. Il n'est pas exclu que des actes de résistance, active ou passive, en soient la conséquence directe. Cette résistance peut parfois être légitime (1.), même si elle est injustifiée et répréhensible dans la majorité des cas (2.).

1. La résistance légitime à l'exécution

632. Le tiers qui est directement visé par la mesure ordonnée sur requête est le premier susceptible de s'opposer à l'exécution (a.). Il faut également faire état des tiers saisis, qui subissent parfois les mesures d'exécution au lieu et place du débiteur et peuvent également résister à l'intervention de l'huissier (b.).

a. La résistance légitime du tiers visé par la mesure ordonnée sur requête

633. Le caractère unilatéral de l'ordonnance sur requête peut être à l'origine de la résistance du tiers que vise la mesure exécutée. L'absence de débat contradictoire est susceptible d'aboutir à des résultats inévitables aux yeux de ce tiers qui sera dès lors tenté d'y faire obstacle. Le principe reste bien entendu qu'un particulier ne peut résister à l'ordre directement donné par l'autorité judiciaire et dont l'huissier n'est que le simple exécutant. Il en serait également ainsi quand bien même la décision exécutée serait ensuite réformée ou annulée, si elle présentait toutes les apparences de la validité au jour de l'exécution. Cette question peut être illustrée pertinemment au travers de la responsabilité de l'huissier instrumentaire. Celui-ci ne commet en effet aucune faute à l'égard du saisi en pratiquant une saisie-vente en vertu d'un commandement ultérieurement annulé¹. Le caractère provisoire de la décision n'a, de la même manière, aucune incidence sur son exécution. Ainsi, n'engage pas sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 l'huissier qui a procédé à l'expulsion d'un locataire au bénéfice d'une ordonnance de référé alors que le droit au maintien dans les lieux a été ultérieurement reconnu audit locataire².

634. La résistance légitime doit donc nécessairement être cantonnée à certains cas exceptionnels, dans lesquels l'illicéité de l'acte d'exécution est flagrante. Lorsque celui-ci est manifestement illégal, le droit doit être reconnu au tiers visé de s'y opposer. Par exemple, lorsque l'huissier fait forcer la porte d'un appartement qui n'appartient plus au débiteur pour vendre le mobilier appartenant au nouveau propriétaire, il doit pouvoir être arrêté avant qu'un dommage irréparable n'en résulte³. Il va

¹ Cass. Civ., 1^{er} juillet 1902, D. 1902, jurisprudence p. 393.

² Paris, 8^e ch., sect. B, 26 févr. 1998, n° 96/06758, JurisData n° 1998-020731.

³ Caen, 1^{re} ch., sect. civ., 12 oct. 1999, n° 97/04122, JurisData n° 1999-112029.

plus généralement de même lorsque l'huissier exécute une saisie-vente sans procéder à aucune recherche relative à la propriété des biens saisis¹, ou se trompe radicalement d'adresse².

635. Techniquement, une telle attitude du tiers visé ne sera pas condamnable sur le fondement de l'article L. 121-3 du Code des procédures civiles d'exécution qui sanctionne la résistance abusive du débiteur³. Ce texte exige pour sa mise en œuvre les conditions classiques de la responsabilité civile délictuelle du fait personnel, à savoir une faute liée à un préjudice par un lien de causalité direct et certain⁴. Or, le comportement de l'individu qui résiste à l'exécution d'une décision manifestement illégale s'apparente à celui d'un bon père de famille et ne peut revêtir le caractère d'une faute⁵.

b. La résistance légitime du tiers saisi

636. La question de la résistance à l'exécution ne se limite pas à la considération du tiers qui est directement visé par l'ordonnance, mais doit également être étendue aux autres acteurs de l'exécution, et notamment les tiers saisis. Ils diffèrent des tiers absolus en ce qu'ils détiennent, pour le compte du débiteur saisi, des sommes ou des biens que le créancier poursuivant souhaite appréhender. Cependant, ils n'en restent pas moins tiers à la créance recouvrée et une certaine prudence s'impose à leur égard.

637. Outre une obligation générale et négative de ne pas faire obstruction à l'exécution⁶, les tiers saisis ont également à leur charge un certain nombre d'obligations positives qui les obligent à collaborer activement. En matière de saisie-attribution des créances, les articles L. 211-3 et R. 211-4 du Code des procédures civiles d'exécution disposent respectivement que « le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter » et que « le tiers saisi est tenu de fournir sur-le-champ à l'huissier de justice les renseignements prévus à l'article L. 211-3 et de lui communiquer les pièces justificatives ». Ces

¹ V., pour les biens situés dans une clinique dont les meubles ne pouvaient *a priori* être distingués de ceux appartenant au débiteur, Versailles, 1^{re} ch., sect. A, 13 janv. 2000, n° 3989-98, JurisData n° 2000-107376 ; *adde*, pour la saisie abusive des biens appartenant au gérant d'une société dont le siège social avait changé, Paris, 1^{re} ch., sect. A, 13 juin 2001, n° 2000/12070, JurisData n° 2001-154838.

² TGI Paris, 1^{re} ch., 27 mai 1992 : Gaz. Pal. 1994, 2, somm. p. 345.

³ « Le juge de l'exécution a le pouvoir de condamner le débiteur à des dommages-intérêts en cas de résistance abusive ».

⁴ Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n°s n° 08-21.787 et 08-21.788, Bull. civ. II, n° 30, D. 2010 p. 1307 obs. A. Leborgne.

⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 2012, n° s 715 s.

⁶ Cette obligation résulte de l'article 24 al. 1 de la loi de 1991, qui dispose que « les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou de la conservation des créances ».

dispositions intéressent directement la juridiction des requêtes car elles sont applicables à la saisie conservatoire des créances en application de l'article R. 523-4 du Code des procédures civiles d'exécution. Ces informations sont indispensables à l'huissier de justice, qui doit pouvoir procéder rapidement à l'identification des comptes pouvant être saisis et prendre connaissance du solde disponible au jour de la saisie. Le tiers saisi dispose, en sa qualité de tiers, de plus de moyens de s'opposer à l'exécution en refusant de remplir ses obligations.

638. Ce tiers peut tout d'abord s'appuyer sur les dispositions de l'article L. 123-1 alinéa 2 du Code des procédures civiles d'exécution, qui dispose que « celui qui, *sans motif légitime*¹, se soustrait à ces obligations peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte, sans préjudice de dommages-intérêts ». Interprété *a contrario*, ce texte signifie que le tiers qui excipe d'un motif légitime ne peut être condamné même s'il empêche par son comportement l'exécution de l'ordonnance. La définition de ce motif légitime, débattue en doctrine, a donné lieu à deux séries de propositions. Le motif légitime peut tout d'abord être considéré sous l'angle *objectif*. Il n'est alors caractérisé « que dans les seuls cas où l'obligation de renseignements doit être écartée dans son principe même »², c'est-à-dire si le tiers saisi ne doit rien au débiteur : la créance objet n'existe pas. Pris du point de vue *subjectif*, le motif légitime prend les allures de la force majeure, devenant un événement étranger à la volonté du tiers saisi et l'empêchant de manière irrésistible d'exécuter ses obligations. Rentrent dans cette définition la complexité des informations à fournir³ ou l'empêchement légitime de la personne la mieux informée⁴.

639. Le tiers saisi peut ensuite s'appuyer sur le caractère provisoire de l'ordonnance portant la saisie conservatoire pour faire obstacle à son exécution. En la matière, le provisoire est synonyme de temporaire, puisque l'ordonnance devient caduque à défaut d'introduction dans le délai d'un mois d'une procédure au fond tendant à l'obtention d'un titre exécutoire⁵. La caducité est également encourue si la mesure obtenue auprès du juge de l'exécution n'est pas mise à exécution dans les trois mois qui suivent son prononcé⁶ ou n'est pas dénoncée au débiteur dans les huit jours suivant sa mise en œuvre auprès du tiers saisi⁷. Or, il est de jurisprudence désormais constante⁸ que la caducité de la saisie conservatoire prive le créancier de la possibilité de faire condamner le tiers saisi sur le

¹ Nous soulignons.

² R. Perrot, « Obligation de renseignement du tiers saisi : la notion de motif légitime », RTD Civ. 1997, p. 752.

³ Cass. 2^e Civ. 7 décembre 2000, n° 98-23.229, *inédit*.

⁴ Cass. 2^e Civ. 7 mars 2002, n° Bull. Civ. II, n° 36.

⁵ Art. L. 511-4 CPCE.

⁶ Art. R. 511-6 CPCE.

⁷ Art. R. 523-1 CPCE.

⁸ Cass. 2^e Civ., 23 novembre 2001, RTD Civ. 2001 p. 667 obs. R. Perrot ; Cass. 2^e Civ., 6 mai 2004, JCP G 2004, II, 10150 note O. Salati.

fondement de l'article R. 523-5 du Code des procédures civiles d'exécution qui sanctionne l'inobservation de l'obligation d'information¹. Le tiers échappe également à la condamnation si la saisie devait être ultérieurement déclarée nulle et non pas caduque². Il résulte de ces décisions que le tiers qui souhaite, à raison, faire obstacle à ce que soit pratiquée une saisie conservatoire entre ses mains, peut tout simplement opposer son refus à l'huissier qui sollicitera de lui les informations requises. Cette faculté est d'autant plus importante que le tiers actionné peut se prévaloir à titre autonome des causes de nullité de la saisie³. Une réserve doit néanmoins être faite du cas où c'est le refus de coopération du tiers ou sa déclaration mensongère qui provoque la caducité de la saisie, lorsque le créancier poursuivant renonce à la dénoncer au débiteur dans le délai de huit jours impartis par l'article R. 523-1. Dans ce cas, si le tiers saisi a « faussement déclaré ne rien devoir au débiteur, [...] pourquoi dénoncer la saisie et exposer des frais que l'on sait inutiles s'il n'y a rien à saisir ? »⁴. Il en résulte que le tiers saisi pourra, nonobstant la caducité, être condamné sur le fondement de l'article R. 322-27 alinéa 2 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que « [le tiers saisi] peut aussi être condamné à des dommages et intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère »⁵. En somme, la caducité ou la nullité de la saisie tient le tiers saisi « indemne de toute responsabilité »⁶, sauf en cas de faute avérée de sa part.

2. La résistance illégitime à l'exécution

640. Si la résistance légitime demeure l'exception, la résistance illégitime reste le principe. Celui qui s'oppose à l'exécution de l'ordonnance sur requête encourt des sanctions, tant sur le plan civil (a.) que pénal (b.).

¹ V. *Infra*, n° 644.

² O. Salati, note précitée.

³ Cass. Avis., 21 juin 1999, JCP G 1999, II, 10160 note H. Croze et T. Moussa.

⁴ R. Perrot, obs. précitées sous Cass. 2e Civ., 23 novembre 2001.

⁵ Cass. 2^e civ., 6 décembre 2007, RTD Civ. 2008 p. 162 obs. R. Perrot.

⁶ R. Perrot, obs. précitées sous Cass. 2e civ., 6 décembre 2007.

a. Les sanctions civiles de la résistance à l'exécution

641. Les sanctions civiles visent avant tout à la réparation du dommage causé au créancier poursuivant par l'attitude dilatoire ou la mauvaise foi de celui qui subit l'exécution. Les dispositions invocables divergent selon qu'il s'agisse du tiers visé dans la requête – le débiteur saisi, dans le cadre des saisies conservatoires – ou du tiers saisi au sens que donne le Code des procédures civiles d'exécution à ce terme¹.

642. Concernant le débiteur lui-même, c'est l'article L. 121-3 du Code des procédures civiles d'exécution qui sert de fondement à la condamnation. Ce texte dispose qu'« en cas de résistance abusive, le débiteur peut être condamné à des dommages-intérêts par le juge de l'exécution ». Le régime de l'action sur le fondement de l'article L. 121-3 tombe dans le giron de la responsabilité civile délictuelle, la Cour de cassation exigeant la caractérisation non seulement de la faute, mais également du préjudice et du lien de causalité². Ce fondement indemnitaire permet par ailleurs son cumul avec une éventuelle astreinte, étant donné que celle-ci revêt le caractère d'une peine privée. Une partie de la doctrine a par ailleurs critiqué cette position jurisprudentielle, au motif que « la résistance abusive du débiteur est payée deux fois au créancier »³.

643. Les obligations du tiers saisi étant à la fois plus générales et plus spécifiques, elles ont été assorties de sanctions correspondantes par le législateur de 1991. L'obligation générale, celle de ne pas faire obstruction à l'exécution, est énoncée par l'alinéa premier de l'article L. 123-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que « les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou de la conservation des créances ». Le champ d'application de ce texte est large du fait même de sa rédaction, puisqu'il vise les « tiers » dans leur ensemble, ce qui inclut les tiers saisis mais aussi les tiers absolus, les *penitus extranei*. La sanction est énoncée par l'alinéa deuxième de l'article L. 123-1 qui dispose que « celui qui, sans motif légitime, se soustrait à ces obligations peut être contraint d'y satisfaire, [...] sans préjudice de dommages-intérêts⁴ ». L'absence de précisions quant aux conditions d'octroi des dommages-intérêts dont il est fait mention conduit à les rattacher, de la même manière que la résistance abusive du débiteur⁵, au régime général de la responsabilité délictuelle du fait personnel.

¹ *Rappr.* G. Taormina, « La notion de tiers saisi dans la saisie-attribution », D. 2001 p. 1495.

² V. Avena-Robardet, obs. sous Cass. 2^e civ., 11 février 2010, D. 2010 p. 659.

³ R. Perrot, obs. sous Cass. 2^e civ., 11 février 2010, Procédures 2010, comm. 107.

⁴ Nous soulignons.

⁵ V. *Infra*, n° 635.

644. Les obligations spécifiques d'information incombant aux tiers saisis dans le cadre d'une saisie conservatoire sont assorties de sanctions permettant une indemnisation effective du créancier poursuivant. Selon le cas, ce tiers pourra être condamné à une réparation par équivalent du préjudice subi par le créancier ou au paiement de l'entière créance qui n'aura pas pu être recouvrée par sa faute. L'article R. 523-5 du Code des procédures civiles d'exécution établit en effet une sanction très énergique en disposant que « le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus, s'expose à devoir payer les sommes pour lesquelles la saisie a été pratiquée si le débiteur est condamné et sauf son recours contre ce dernier ». Les créanciers poursuivants ont, au lendemain de la réforme, vu dans ce texte un moyen de s'offrir un garant solvable en cas de défaillance du débiteur¹, les banques devenant alors un « gibier de choix »². Ceci est d'autant plus vrai que les informations doivent être communiquées à l'huissier instrumentaire « sur le champ »³. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a donc restreint l'application de cette disposition à l'hypothèse où aucune information ne serait donnée par le tiers saisi, à l'exclusion de toute allégation mensongère⁴. Si l'information fournie est inexacte, seuls des dommages-intérêts peuvent être alloués au créancier à la hauteur du préjudice subi⁵. Le manquement à l'obligation de fournir les pièces justificatives⁶ reçoit la même sanction, sans que le tiers ne puisse être condamné au paiement des causes de la saisie⁷.

645. En somme, la résistance à l'exécution de l'ordonnance sur requête est toujours possible, serait-elle passive. Le destinataire direct de la mesure comme le tiers saisi peuvent refuser de coopérer aux opérations menées par l'huissier. Il reste qu'à moins que la mesure ne soit manifestement illégale, la responsabilité de celui qui s'oppose peut être engagée pour indemniser le créancier du préjudice subi en raison du retard de l'exécution. Mais des sanctions pénales peuvent également être encourues en cas de comportements violents ou outrageants.

¹ X. Daverat, « Tiers saisi ou tierce garantie », D. 2002, p. 1304.

² R. Perrot et P. Théry, « Saisie attribution. La situation du tiers saisi », D. 2001, p. 714.

³ Art. R. 211-4 du Code des procédures civiles d'exécution ; *adde* M. Dymant, « Obligation de réponse immédiate du tiers saisi », Gaz. Pal. 8 décembre 2000, p. 12.

⁴ Cass. 2^e Civ., 5 juillet 2000, treize arrêts recensés par R. Perrot et Ph. Théry, chronique précitée.

⁵ Cass. 2^e Civ., 5 juillet 2000, n° 685 *ACT c/ Union des banques arabes* et n° 686 *CIAL c/ Caisse nationale de retraite des ouvriers du BTP* ; *adde* A. Leborgne, *L'obligation de concours des tiers saisis*, Droit et procédures 2001, chron. 151.

⁶ Art. L. 211-3 CPCE.

⁷ Cass. 2^e Civ., 20 décembre 2000, Bull. civ. II, n°143.

b. Les sanctions pénales de la résistance à l'exécution

646. Il est habituel de dire de la profession d'huissier qu'elle est difficile en ce qu'elle se heurte souvent à l'incompréhension et au mépris du justiciable¹. Ceci ne peut qu'être davantage vrai encore si l'exécution porte sur une décision rendue à l'insu de celui qui la subit. Outre les sanctions civiles, profitant dans leur grande majorité au seul créancier poursuivant, le saisi encourt des sanctions pénales s'il agresse physiquement ou verbalement l'huissier instrumentaire.

647. L'article 433-6 du Code pénal définit la rébellion comme « le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice ». L'élément matériel du délit de rébellion est l'usage de violences à l'encontre de l'huissier qui exécute l'ordonnance sur requête. Il est incontestablement caractérisé lorsque celui-ci est frappé à coup de poing ou de pied² ou simplement bousculé³. La violence peut également s'exercer sans contact avec l'officier ministériel, s'il s'agit de « voies de fait qui, même si elles n'atteignent pas physiquement l'agent d'autorité, sont de nature à l'impressionner vivement »⁴. L'élément moral est caractérisé par la conscience d'agir à l'encontre d'une personne « dépositaire de l'autorité publique » agissant pour l'exécution « des décisions ou mandats de justice » dans les termes de l'article 433-6 précité. La qualité d'officier ministériel ne doit pas faire de doute dans l'esprit du prévenu, ce qui ne pose aucune difficulté s'agissant de l'exécution des ordonnances sur requête.

648. La condition d'exécution d'une décision ou d'un mandat de justice vise à protéger la fonction d'huissier plus que l'homme lui-même⁵. Dans cette optique, l'illégalité manifeste de la mesure à laquelle s'oppose le prévenu constitue pour ce dernier un fait justificatif. Cependant, une telle hypothèse doit rester exceptionnelle car « dans une société organisée il faut faire crédit aux agents d'autorité et considérer qu'ils agissent régulièrement »⁶. La confusion est néanmoins possible concernant les ordonnances sur requête, peu connues des justiciables. Se rend ainsi coupable de rébellion l'occupant d'une chambre d'hôtel qui s'oppose violemment à l'entrée dans les lieux de l'huissier venu réaliser un constat d'adultère, motif pris que le président du Tribunal civil n'avait pas

¹ M.-H. Renaut, « L'huissier face au droit pénal », *Gaz. Pal.* 12 octobre 2002, p. 3, n° 40.

² Cass. crim., 10 nov. 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 295, Cass. crim., 24 avr. 2001, n° 00-86.406, inédit.

³ Cass. crim., 11 mars 2003, n° 02-88.261, inédit.

⁴ V., pour une menace faite à l'aide d'un pistolet d'enfant, Cass. crim., 15 mars 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 106.

⁵ O. Laouenan et D. Epailly, « La protection pénale de l'huissier dans le cadre de son ministère », *LPA* 8 janvier 2002, p. 4.

⁶ M.-H. Renaut, *préc.*, n° 56.

le pouvoir de rendre de telles ordonnances¹. De la même manière, tombe sous le coup de l'article 433-6 le comptable qui pousse en-dehors de son bureau l'huissier venu réaliser un constat, en s'enfermant à clef, empêchant ainsi l'exécution de la mesure². Une irrégularité de pure forme, comme l'absence de signification de la requête en même temps de l'ordonnance, n'empêche pas la caractérisation de la rébellion, combien même elle entraînerait par la suite la nullité de la mesure exécutée³.

649. Seules les mesures manifestement illicites peuvent donc justifier la résistance violente. Il en ira ainsi toutes les fois que l'acte exécuté est manifestement insusceptible de se rattacher aux fonctions de l'huissier⁴ ou constitue une atteinte intolérable aux libertés individuelles. Dans cette perspective, est relaxée la prévenue qui avait utilisé une bombe lacrymogène contre un huissier qui, dans l'exercice de ses fonctions, avait pénétré irrégulièrement dans son magasin et la séquestrait, faisant pression sur elle pour obtenir des renseignements concernant un tiers détenteur d'un véhicule à saisir⁵. Le parallèle doit être fait avec ce qui a été observé concernant les sanctions civiles : la résistance n'est légitime que dans les cas les plus extrêmes, l'obéissance au commandement de l'autorité judiciaire devant rester le principe.

650. Parmi les *modalités* de l'exécution des ordonnances sur requête, les obstacles qui s'opposent à celle-ci ne sont pas les seuls incidents envisageables. Les opérations d'exécution forcée peuvent parfois causer un préjudice au tiers visé, dont la réparation doit ici être envisagée.

§2. La responsabilité consécutive à l'exécution de l'ordonnance sur requête

651. L'ordonnance sur requête, instrument procédural de crise, intervient souvent dans un contexte de tensions, tant humaines qu'économiques. Dès lors, la possibilité d'écarter le contradictoire pour sauvegarder l'efficacité de l'ordonnance implique nécessairement le risque de voir le tiers visé par la mesure subir un préjudice. Le juge qui fait droit à la requête ne peut s'appuyer que sur les pièces et moyens avancés par le seul requérant, ce qui rend la vérité toujours plus contingente que dans un véritable échange contradictoire. Si la mesure s'avère être injustifiée ou même simplement

¹ T. corr. Le Mans, 23 déc. 1946, Gaz. Pal. 1947, 1, p. 69, JCP A 1947, IV, 735.

² Cass. crim., 1^{er} juin 1999, n° 98-83.609, inédit.

³ Même arrêt.

⁴ V., pour une expulsion fondée sur un titre qui ne l'ordonnait pas, T. corr. Bergerac, 12 févr. 1953, Gaz. Pal. 1953, 1, p. 328.

⁵ Cass. crim., 20 octobre 1993, Dr. pén. 1997, comm. 34, note M. Véron.

disproportionnée par rapport à l'objectif recherché, le dommage peut être considérable. D'autant plus que l'exécution est immédiate, concomitante à la signification de l'ordonnance elle-même.

652. Un tel risque doit naturellement être mis à la charge du requérant, seul bénéficiaire de l'exécution. C'est par ailleurs sur le fondement du *risque-profit* ou *risque-activité* que s'opère la responsabilité du poursuivant en cas de réformation de la décision exécutée à titre provisoire¹. Sa responsabilité doit donc pouvoir être recherchée assez largement pour contrebalancer la faculté exceptionnellement offerte de garder le défendeur hors du prétoire.

653. Une remarque liminaire s'impose à ce stade de la recherche. Le terme *responsabilité* est assez large pour englober d'autres acteurs des voies d'exécution que le seul requérant. La responsabilité de l'huissier peut elle aussi être recherchée en cas de faute professionnelle, ainsi que celle du technicien qui collabore à la réalisation de la mesure ordonnée ou celle des tiers appelés à coopérer avec les opérations d'exécution. Ces divers cas de responsabilité doivent cependant être écartés du spectre de l'étude, car ils ne présentent aucune spécificité en matière de provisoire et obéissent au régime de droit commun de la responsabilité civile². Le terme *responsabilité* qui figure à l'intitulé du présent paragraphe ne représente donc que la responsabilité du seul requérant qui poursuit l'exécution de l'ordonnance rendue à son profit.

654. Suivant un cheminement classique en matière de responsabilité, l'étude du fait générateur (A.) précédera celle du régime de l'action en réparation (B.).

A. Le fait générateur de responsabilité

655. Le droit commun des voies d'exécution complète utilement le régime des ordonnances sur requête en ce qui concerne la responsabilité du poursuivant à l'égard du tiers visé par la mesure. C'est à l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution que se trouve la pièce maîtresse du dispositif. Ce texte dispose que « [...] l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire. L'exécution est poursuivie aux risques du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent ». Le fait générateur est constitué par le dévoiement de la décision rendue au provisoire. Celle-ci, au contraire de la décision définitive, reste fragile et n'a pas vocation à la pérennité. Celui

¹ V. *Infra*, n° 686.

² Sauf à réserver la responsabilité disciplinaire des huissiers.

qui prend le risque de traduire dans les faits une mesure pouvant disparaître à tout moment doit assumer la responsabilité de la réparation, du retour au *statu quo ante*. Au regard de la conception nouvelle du provisoire que nous retenons, certaines précisions sont toutefois à apporter. Il convient pour cela de distinguer entre deux situations distinctes, selon que la réformation¹ de l'ordonnance sur requête est le fait du juge du principal (1.), ou du juge des requêtes (2.).

1. La réformation de l'ordonnance par le juge du principal

656. La conception traditionnelle de la décision provisoire fait appel à la notion d'autorité de la chose jugée *au provisoire*². Une telle autorité ne doit lier que le juge du provisoire à l'égard de sa propre décision, mais non le juge du principal qui n'est aucunement tenu par celle-ci et peut parfaitement statuer en sens contraire. Il a déjà été démontré que si le juge du fond n'est pas tenu par la décision provisoire, c'est uniquement par le jeu de l'exception de chose jugée³, et non par l'existence de divers degrés dans l'autorité de la chose jugée. La conception procédurale du provisoire que nous défendons conduit à dénier au juge du principal le pouvoir de remettre en cause l'ordonnance sur requête sur le plan du droit (a.). Mais il n'en va pas de même sur le plan des faits, où la décision au fond peut conduire à une remise en cause de l'ordonnance. Dans ce cas, un autre fondement que l'article L. 111-10 doit prendre le relais pour assurer la réparation dans son droit du tiers visé (b.).

a. La réformation de l'ordonnance sur requête sur le plan du droit : l'inapplicabilité de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution

657. L'application de l'article L. 111-10 précité, et l'engagement subséquent de la responsabilité du créancier poursuivant, requiert, selon les termes de ce texte, une *modification* du titre. La définition du fait générateur de responsabilité dépend donc entièrement sur le sens à attribuer à ce terme. Lorsque le titre exécuté est une ordonnance sur requête, sa substance, comme pour tout acte juridictionnel, est contenue dans le dispositif⁴. Modifier l'ordonnance revient donc à amender son

¹ Ce terme n'est pas ici entendu au même sens que dans l'expression *voie de réformation* ; dans les développements qui vont suivre, *réformation* renvoie au renversement de la solution retenue par le juge des requêtes.

² V. *Supra*, n° 238.

³ Ou plutôt par l'absence d'une telle exception, V. *Supra*, n°s 241 s.

⁴ En ce sens, P. Julien, « De l'étendue de l'autorité de la chose jugée », D. 2004 p. 1204.

dispositif, qui est lui-même le résultat de la vérification juridictionnelle opérée par le juge des requêtes. Pour comprendre le rôle du juge du principal dans cette modification, il faut revenir à l'écriture structurale de la règle de droit appliquée.

658. **Le provisoire entendu comme un diminutif de la juridiction définitive.** Dans la conception classique, les pouvoirs juridictionnels du juge du provisoire ne sont qu'un dérivé diminué de ceux dont dispose le juge du principal. Autrement dit, dans cette vision des choses c'est la même règle de droit, avec le même présumé et le même résultat, reliés entre eux par le même rapport d'imputation, qui est appliquée au fond et au provisoire. Seulement, dans ce dernier cas la limitation de la *jurisdictio* voulue par le législateur empêche la mesure prise au provisoire d'avoir la même portée que la décision définitive. Structurellement parlant, si la règle appliquée par le juge du fond s'écrit (a) (A) *i* (B) (b), celle appliquée par le juge du provisoire doit s'entendre comme (a) (A') *i* (B') (b)¹. Ici, (A') et (B') sont les mêmes que dans la décision prise au principal mais affectés d'un facteur (') représentant la limitation juridictionnelle du provisoire.

659. La conséquence de cette proposition quant à la mise en œuvre de l'article L. 111-10 est que le juge du principal a le pouvoir de modifier, en droit, la décision rendue au provisoire. Peu importe la solution retenue au provisoire, puisqu'elle ne vaut qu'à défaut d'une décision définitive. La même règle de droit étant appliquée, la décision prise au fond supplante nécessairement celle qui est provisoire, puisqu'elle n'est aucunement limitée dans sa portée. La mesure provisoire, affectée de manière irrévocable par le facteur « ' », tombe du fait de sa fragilité consubstantielle. Le titre est donc bien modifié au sens de l'article L. 111-10 et le requérant engage sa responsabilité.

660. **Le provisoire entendu comme une mesure procédurale sauvegardant un droit substantiel.** La position théorique qui vient d'être présentée souffre d'une insuffisance majeure. Elle laisse de côté la considération pourtant fondamentale que le juge du provisoire ne fait *jamais* application, dans les textes qui définissent ses pouvoirs, de la règle de droit substantiel. Il s'agit toujours de mesures, qui répondent à une règle de droit de nature procédurale, avec un présumé et un résultat différent du droit substantiel. Si la règle qu'applique le juge du fond s'écrit (a) (A) *i* (B) (b), alors celle appliquée par le juge des requêtes ne peut s'écrire que (c) (C) *i* (D) (d). La tâche du juge des requêtes, pas plus que celle d'ailleurs du juge des référés ou du juge de la mise en état, n'est pas de vérifier l'existence du présumé de la règle de droit substantiel et d'en déduire les conséquences que cette règle commande. La règle de procédure est autonome : à un présumé (le danger de disparition du droit

¹ Dans cette représentation de la règle de droit, *a* est le présumé de fait, *A* le présumé de droit, *B* le résultat de droit et *b* son aménagement dans les faits ; *i* représente le rapport d'imputation.

d'agir au fond¹) est imputé un résultat (la mesure de sauvegarde). A aucun moment le juge du provisoire n'applique la règle de droit substantiel qu'emploie le juge du fond, et inversement.

661. Il en résulte, au sens de l'article L. 111-10, que le juge du principal ne peut jamais modifier le titre dont le juge du provisoire est l'auteur. Le dispositif de la décision provisoire ne subit aucune altération puisque la règle de droit appliquée au principal n'est pas la même. Autrement dit, ce n'est pas parce que le juge du principal prononce *B* et l'aménage en *b* que le résultat *C*, contenu dans le dispositif de l'ordonnance provisoire, est modifié. Ce n'est pas pour autant que la décision au fond n'exerce aucune influence sur celle prise au provisoire. L'aménagement factuel *b*, en ce qu'il est postérieur à l'aménagement de la décision provisoire qui se traduit par *d*, prime sur ce dernier. Le même raisonnement a été adopté pour expliquer la disparition de l'astreinte ordonnée au provisoire lorsqu'elle est contredite par la décision au principal². En somme, le requérant est à l'abri de toute responsabilité sur le fondement de l'article L. 111-10 lorsque le juge du fond vient à statuer postérieurement au juge des requêtes. Il arrive cependant que la décision définitive aboutisse, dans les *faits*, à un résultat opposé ce qui a résulté de la décision provisoire. Un dommage, parfois irréversible, peut en résulter et un fondement alternatif doit être trouvé pour engager la responsabilité du requérant.

662. La recherche de ce fondement alternatif à la réparation du préjudice causé par l'exécution de l'ordonnance est rendue malaisée par l'absence d'autres hypothèses de responsabilité objective³. C'est donc vers des cas de responsabilité fondés sur la faute qu'il convient de se tourner, tel l'abus d'agir en justice ou encore l'abus de saisie. La proposition peut surprendre, surtout au regard de la conception prédominante du provisoire dans la doctrine processualiste actuelle. Le point de vue majoritaire est que « la décision provisoire est toujours tributaire d'une éventuelle décision définitive, qui a vocation à s'y substituer »⁴. Rien n'empêche dans ce cas de considérer l'instance au principal comme une continuation de la décision provisoire, dont la réformation devrait entraîner la responsabilité sans faute du poursuivant sur le fondement de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution. La théorie du provisoire que nous proposons a permis de montrer que l'autonomie des règles appliquées au provisoire et au principal rendent impossible la modification du *titre servant de fondement aux poursuites*, condition nécessaires à l'application du texte précité. Retenir l'abus comme fondement de la responsabilité n'en semble pas moins incongru

¹ Qui se manifeste par les chefs de saisine du juge des requêtes : l'urgence et les circonstances rendant nécessaire l'éviction du contradictoire, ainsi que les divers chefs de saisine propres aux ordonnances nommées.

² V. *Supra*, n° 552.

³ Réserve faite de l'art. L. 512-2 al. 2 CPCE établissant un droit objectif à réparation en cas d'absence de mainlevée de la saisie lorsque la créance est déclarée éteinte ou inexistante.

⁴ S. Guinchard, Ferrand, F., Chainais C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Précis Dalloz, 31^e édition, 2012, n° 2168.

au premier abord : si le juge du principal a donné raison à celui qui a perdu au provisoire, n'a-t-il pas droit à réparation de ce simple fait ? La réponse doit être négative en raison du rôle de la justice provisoire dans le schéma procédural général. Deux propositions permettent d'appuyer la démonstration.

En premier lieu, le fait pour le requérant primitif d'être débouté de sa demande au fond ne signifie pas que sa demande n'était pas fondée au provisoire, devant le juge des requêtes. La règle appliquée n'étant pas la même, il est parfaitement possible que le requérant a utilisé à bon droit la protection juridictionnelle provisoire pour protéger son droit d'agir au fond. Peu importe, à ce titre, le résultat du procès au principal. Retenir à l'égard de ce requérant une responsabilité objective sur le fondement de l'article L. 111-10 reviendrait à faire dépendre le bien-fondé de la décision provisoire du jugement au principal. Un tel résultat serait regrettable, tant sur le plan théorique que pratique. Du point de vue théorique, il serait malvenu de considérer que le juge des requêtes a eu tort de prononcer une mesure pourtant nécessaire au moment où il a statué, justifiée qui plus est au regard des règles qui régissent la procédure sur requête. Retenir l'application de l'article L. 111-10 serait obliger le juge des requêtes à rendre sa décision en considération des résultats prévisibles au principal, ce qui est contraire aux textes et à l'esprit de la juridiction des requêtes. Du point de vue pratique, cela reviendrait à dissuader les justiciables à user de la voie unilatérale, voire de s'adresser aux juridictions du provisoire dans leur ensemble, ce qui serait regrettable.

En second lieu, ce qui a été dit à propos de la « réformation » du provisoire par le juge du principal n'empêche pas que l'article L. 111-10 soit applicable de manière interne à la procédure sur requête. Lorsque l'ordonnance primitive est contestée par l'exercice de l'appel ou du référé-rétractation, elle peut être remise en cause au sens de *modification du titre* que mentionne ce texte. Le tiers visé par la mesure ne se trouve donc pas démuné s'agissant de la réparation de son préjudice. L'indemnisation peut être demandée sur un fondement objectif en cas de réformation de l'ordonnance *au provisoire*¹.

Il faut conclure de ce qui précède que c'est vers l'idée de faute, ou plutôt d'*abus*, qu'il faut se tourner pour indemniser celui qui a été lésé par l'ordonnance sur requête mais qui remporte le procès au principal.

¹ V. *Infra*, n°s 678 s.

b. La réformation de l'ordonnance sur le plan des faits : la théorie de l'abus de droit comme fondement de la responsabilité

663. Dans la perspective d'un procès au fond, le recours au juge des requêtes a certainement une utilité considérable. Peut-être même, sans la mesure qu'il ordonne, ce procès ultérieur n'aurait-il jamais été possible. Mais il est également envisageable que des décisions unilatérales soient sollicitées uniquement à des fins dilatoires ou malveillantes. Dans ce cas, l'institution de l'ordonnance sur requête est détournée de ses fins naturelles et c'est sur le terrain de l'abus du droit d'agir que peut s'opérer la réparation recherchée. Cette possibilité doit cependant être restrictivement encadrée pour ne pas restreindre inutilement l'accès à la justice provisoire dans les cas où elle est vraiment nécessaire. Deux fondements peuvent être invoqués sur ce terrain devant le juge saisi d'une demande d'indemnisation¹ : l'abus du droit d'agir en justice (α.) et l'abus de saisie, propre aux procédures d'exécution (β.).

α. L'abus du droit d'agir de l'article 32-1 du Code de procédure civile

664. Le droit processuel d'action, comme tout droit subjectif², peut dégénérer en abus et à ce titre engager la responsabilité du requérant. La sanction est énoncée à l'article 32-1 du Code de procédure civile, qui dispose que « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ». La procédure rejoint ici le droit substantiel des obligations dans la conception de l'abus de droit.

665. Il faut faire observer avant toute autre chose que la responsabilité issue de l'article 32-1 et, plus largement, la notion de l'abus de droit postérieure à l'arrêt *Clément Baillard* resté célèbre³, est une responsabilité subjective nécessitant la preuve d'une faute. Il importe de respecter un équilibre délicat entre la sanction, qui doit rester un « correctif exceptionnel »⁴, et le droit d'accès au juge. Dans la première moitié du vingtième siècle la jurisprudence retenait une conception restrictive de la

¹ Sur l'articulation des compétences dans ce domaine, V. *Infra*, n°s 691 s.

² V. H. Motulsky, «Le droit subjectif et l'action en justice», Archives philo. droit 1964, p. 215 ; *Rappr.* G. Wiederkehr, «Une notion controversée : l'action en justice», in Mélanges Simler, Paris, Litec, 2009, p. 90; ---, «La notion d'action en justice selon l'article 30 du Nouveau Code de procédure civile», in Mélanges Hébraud, Toulouse, Univ. Sc. Sociales de Toulouse, 1981, p. 949.

³ Cass. Req., 3 août 1915, Grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, Dalloz, 12^e éd., n° 67.

⁴ S. Hocquet-Berg, « Le procès civil envisagé comme fait générateur de dommages », RCA mars 2009, dossier n° 6, n° 19.

notion d'abus en exigeant une faute commise par intention malicieuse, mauvaise foi ou erreur grossière¹. La Cour de cassation a ensuite assoupli sa position en se contentant « toute faute dans l'exercice des voies de droit »². Peut ainsi dégénérer en abus tout ce qui contrarie l'idée que « l'action judiciaire est une affaire sérieuse qui doit être engagée après réflexion, maniée avec précautions et diligence sans désinvolture »³.

666. Dans le domaine de la protection juridictionnelle provisoire en général et des ordonnances sur requête en particulier, il convient de souligner avant d'aller plus loin que la faute susceptible de faire dégénérer en abus la procédure au provisoire doit être restrictivement entendue. Le simple fait d'obtenir une décision par le biais d'une procédure unilatérale, combien même un procès au fond ultérieur aboutirait à un résultat de fait différent, ne doit pas être générateur de responsabilité. La Cour de cassation va d'ailleurs en ce sens puisqu'elle décide que l'existence d'un préjudice subi par le défendeur, exclusif de toute faute, ne saurait être sanctionnée sur le terrain de l'abus du droit d'agir⁴.

667. **Typologie des fautes.** Considéré du strict point de vue du droit commun des obligations⁵, l'abus de droit est susceptible de prendre deux formes différentes. D'une part, l'abus peut être entendu subjectivement, ou *in concreto*. Dans ce cas, il résulte d'un comportement mal intentionné, d'une volonté de nuire, bref de ce que certains ont appelé une « intention malicieuse »⁶. D'autre part, l'abus peut être objectif, ou *in abstracto* c'est-à-dire révélant un comportement de négligence, une légèreté blâmable⁷. Appliquées à l'ordonnance sur requête, ces deux conceptions de l'abus peuvent schématiquement se traduire par deux séries d'hypothèses.

668. Dans une première catégorie de cas, relevant de l'abus de droit subjectif, le requérant sollicite une mesure par la voie unilatérale dans le seul but de nuire au tiers visé, de le harceler ou de lui causer un dommage quelconque, étranger au but poursuivi par la protection juridictionnelle provisoire. Il importe peu, à cet égard, que ce requérant dispose d'un véritable droit substantiel qu'il pourrait faire valoir devant le juge du fond : la seule intention malveillante, cause du préjudice, engage sa responsabilité. La seconde catégorie de situations, qui regroupe les abus objectifs, se situe à l'autre extrémité du spectre des comportements envisageables. Commet un abus objectif du droit

¹ Cass. req., 7 mai 1924, DH 1924, p. 454 ; Cass. req., 10 mai 1937, D. 1937, 1, p. 82 ; Cass. req., 11 janv. 1943, DC 1944, p. 96.

² Cass. 1^{re} Civ., 10 janvier 1964, Bull. civ. I, n° 310.

³ G. Courtieu, « Abus du droit d'agir en justice », J.-Cl. Resp. civ. et assur. 2005, fasc. 131-30, n° 16.

⁴ Cass. 1^{re} Civ., 7 janvier 1970, JCP G 1970, IV, 236.

⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°s 741 s. ; G. Courtieu, « Abus de droit », J.-Cl. Resp. civ. et assur. 2005, fasc. 131-10.

⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* n° 741.

⁷ *Ibid.*

de saisir le juge des requêtes le requérant qui use de la procédure unilatérale en sachant parfaitement qu'il ne dispose, au principal, d'aucun droit substantiel susceptible de protection. Il en irait par exemple ainsi celui qui prétendrait solliciter une saisie conservatoire en ayant conscience que sa créance est affectée d'un vice ou dont l'étendue est bien moindre que ce qu'il peut prétendre¹. Il faut alors que le requérant ait pleine conscience de son absence de droit au fond, car il est de jurisprudence constante que la seule méprise sur l'étendue de ses droits ne saurait engager la responsabilité de celui qui agit en justice². Cette exigence rend difficile la caractérisation de l'abus objectif sur le plan probatoire, et réduit les possibilités d'indemnisation aux cas les plus flagrants.

158. La faute dans la protection juridictionnelle provisoire obtenue avec succès. Si le tiers visé par la mesure sollicitée sur requête subit un préjudice du fait de la prise de position inverse du juge du principal, c'est que par hypothèse le juge des requêtes a fait droit à la demande du requérant. Il est alors légitime de se demander si le fait d'avoir su convaincre le juge est exclusif de tout abus de procédure. La Cour de cassation se prononce par la négative à cette question en décidant que « sauf circonstances particulières qu'il appartient au juge de spécifier, une action en justice ne peut constituer un abus de droit lorsque sa légitimité a été reconnue par la juridiction du premier degré, malgré l'infirmité dont sa décision a été l'objet »³. C'est donc *a contrario* que la possibilité d'un abus a été admise. En d'autres termes, si le juge fait droit à la demande, celle-ci ne saurait être abusive sauf si des circonstances particulières sont caractérisées.

669. Cerner la notion de *circonstances particulières* est d'une importance capitale pour déterminer le champ d'application de l'abus du droit d'agir en matière d'ordonnances sur requête. La jurisprudence a eu plusieurs occasions d'illustrer ce que peuvent être de telles circonstances. Ont ainsi été constitutifs d'un abus un comportement de mauvaise foi manifeste⁴, ou le fait de laisser le juge dans l'ignorance de certains faits décisifs⁵. Ceci appelle deux observations. Tout d'abord, dans un sens général, l'abus est nécessairement entendu de manière restrictive lorsque le juge fait droit à la demande. Le principe reste que celui qui a agi en justice avec succès ne peut se rendre coupable d'un abus. Ce dernier doit donc être exceptionnel et sa caractérisation est plus problématique que si le juge rejette la demande prétendument abusive. Mais, et cette seconde observation est spécifique à l'ordonnance sur requête, le caractère unilatéral de la procédure la rend particulièrement propice aux comportements malveillants qui viennent d'être décrits. En d'autres termes, l'abus est certes

¹ V. Rouen, 24 mars 2011, n° 08/05364, inédit ; Cass. Com. 25 septembre 2012, n° 11-22.337, à paraître au Bulletin.

² Cass. 1^{re} Civ., 28 janvier 1976, Bull. civ., I, n° 38 ; Cass. 1^{re} Civ., 7 octobre 1981, JCP G 1982, II, 19873, note J. Prévault.

³ Cass. 1^{ère} Civ., 10 mars 1998, RTD Civ. 1999 p. 199 obs. R. Perrot.

⁴ Cass. Com. 21 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981.1.panor. 57.

⁵ Cass. Com. 29 mai 1980, Gaz. Pal. 1980.2. panor. 415.

plus difficile à démontrer lorsque le juge a fait droit à la demande du requérant, ce qui est nécessairement le cas si le tiers visé subit un préjudice. Mais, en contrepartie, l'absence de contradicteur dans la première phase de la procédure sur requête rend plus probable la mauvaise foi ou l'intention de nuire du requérant, qui peut en outre plus facilement occulter des éléments de preuve.

670. En résumé, le fait que le juge des requêtes ait été convaincu par le requérant ne préserve pas ce dernier d'une condamnation pour abus du droit d'agir. C'est le retour du contradictoire qui permettra de faire ressortir la mauvaise foi du requérant et caractériser le détournement de la procédure unilatérale. Outre l'article 32-1 du Code de procédure civile, c'est sur un fondement plus spécifique aux procédures d'exécution que la condamnation pourra avoir lieu : l'abus de saisie de l'article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution.

β. L'abus de saisie de l'article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution

671. La recherche d'un équilibre dans la mise en œuvre de l'exécution forcée a conduit le législateur de 1991 à délimiter les facultés du créancier poursuivant quant au choix des mesures d'exécution. L'article L. 111-7 du Code des procédures civiles d'exécution pose tout d'abord un principe en disposant que « le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance ». Mais ce principe est immédiatement assorti d'une limite et d'une sanction. La limite consiste en une obligation de proportionnalité, qui interdit d'excéder « ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation »¹. La sanction est quant à elle énoncée par l'article L. 121-2 qui dispose que « le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie ». Bien que le terme *saisie* soit entendu dans un sens large et ne se limite pas aux saisies à proprement parler², l'article L. 121-2 à un champ d'application limité en matière d'ordonnances sur requête. Il n'est invocable, en tant que tel, que pour les saisies conservatoires de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution et pour l'ensemble des saisies-contrefaçon du Code de la propriété intellectuelle. Ces mesures sont donc *conservatoires* au sens strict de ce terme, car elles visent à rendre indisponibles des biens ou des fonds mais sans opérer un transfert de propriété au profit du créancier saisissant. En suivant la lettre de l'article L. 121-2, deux cas de figure caractérisent un abus

¹ Même texte ; V. F. Vinckel, « Droit de l'exécution. Présentation générale », J.-Cl. Voies d'exécution 2010, fasc. 120, n°s 101 s.

² V., pour une inscription conservatoire d'hypothèque judiciaire, Cass. 2e civ., 6 juill. 2001, Rev. huissiers 2001, p. 120.

lorsque le juge du principal consacre l'absence de droit substantiel de celui qui a obtenu la mesure conservatoire à son profit. Soit la mesure était, *ab initio*, abusive dans son étendue ou dans son principe, soit le créancier n'en a pas donné mainlevée immédiatement après la décision rendue au fond.

672. **L'abus dans la saisie *ab initio*.** L'abus dans la première phase de la saisie conservatoire se calque peu ou prou sur les conceptions subjective et objective précédemment définies¹. Selon le mot d'un auteur, deux grandes catégories rassemblent les abus envisageables de la part du créancier, soit que « que le recouvrement de son dû était assuré », soit que la saisie est « exagérée »². D'une part, il peut s'agir d'un comportement malveillant de celui qui requiert la mesure conservatoire, fût-il non intentionnel³. L'indisponibilité des sommes ou des biens qu'affecte la saisie conservatoire peut constituer une gêne considérable pour celui qui la subit, surtout en matière commerciale. D'autre part, la saisie peut être disproportionnée sans nécessité : est ainsi abusive une saisie conservatoire portant sur un montant 27 fois supérieur à la dette réclamée⁴. Dans les deux cas l'intention du requérant dépasse la simple volonté de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur, mais poursuit des objectifs de vindicte. Celle-ci est nécessairement étrangère à la protection juridictionnelle provisoire et doit être considérée comme abusive. Et ce d'autant plus que la procédure est unilatérale et ne se fonde que sur des apparences⁵.

673. **L'abus dans la mainlevée de la mesure.** Outre la responsabilité encourue du simple fait de la nature ou de l'étendue de la mesure sollicitée sur requête, le créancier poursuivant peut être condamné, *a posteriori*, à indemniser le débiteur. Il en est ainsi lorsque le juge du fond rejette la demande du créancier en refusant de reconnaître la réalité du droit de créance. Il appartient alors au créancier de demander la mainlevée de la mesure au tiers saisi. Mais, par malice ou oubli, le créancier peut tarder à le faire, ce qui en pratique se produit souvent⁶. De son côté, le tiers refuse presque systématiquement de lever la mesure de sa propre initiative, par peur d'engager sa responsabilité à l'égard du poursuivant⁷. Ceci est d'autant plus vrai que dans l'hypothèse qui nous intéresse, c'est le juge du fond qui statue sur l'existence de la créance. Ce faisant, il n'ordonne pas

¹ V. *Supra*, n° 667.

² J. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in Mélanges Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 439, n° 35 ; V. également, pour une typologie des fautes en matière d'abus de saisie, Ch. Gentili, « Créancier. Capacité, pouvoir, choix », J.-Cl. Voies d'exécution 2005, fasc. 340, n°s 93 s.

³ J. Normand, « La gravité de la faute en matière d'abus de droit de recourir aux voies d'exécution », RTD Civ. 1991, p. 160.

⁴ TGI Agen, 26 avril 1994, LPA 11 août 1995, n° 69 p. 39.

⁵ En ce sens R. Perrot, obs. sous Cass. Com., 14 janvier 2004, RTD Civ. 2004 p. 353.

⁶ R. Perrot, obs. sous Cass. 2^e Civ., 28 juin 2001, RTD Civ. 2001 p. 963.

⁷ J.-J. Bourdillat, « L'annulation du titre exécutoire sur le fondement duquel a été pratiquée une saisie-attribution emporte de plein droit mainlevée de la saisie », D. 1999, p. 233.

expressément la mainlevée de la saisie conservatoire. Bref, la situation stagne au détriment du débiteur saisi, alors que la décision au fond devrait provoquer automatiquement la mainlevée des mesures prises au provisoire, car « il n'est pas possible d'être saisissant alors qu'on n'est plus créancier »¹. Il faut préciser ici, dans la suite du débat précédemment mené relativement à l'application de l'article L. 111-10, que le *titre servant de fondement aux poursuites* n'est pas davantage modifié ici : la réparation sur le fondement de ce texte reste inenvisageable. Le juge du principal statue en effet sur l'existence et l'étendue du droit de créance, en examinant le droit substantiel. La mesure conservatoire relève quant à elle de la juridiction provisoire qui opère au moyen de règles procédurales indépendantes du fond. La solution rendue au principal ne change rien *per se* à la validité de la mesure conservatoire, mis à part le fait que le créancier doit en donner mainlevée.

674. Une telle attitude du créancier peut évidemment engager sa responsabilité pour abus sur le fondement de l'article L. 121-2. Mais une responsabilité supplémentaire peut être encourue dans l'hypothèse où, le créancier ayant omis de demander au tiers saisi la mainlevée de la mesure, cette mainlevée est demandée par le débiteur au juge de l'exécution. L'article R. 512-1 du Code des procédures civiles d'exécution² permet en effet au débiteur de revenir devant le juge de l'exécution pour demander mainlevée de la mesure si les conditions de validité de celle-ci ne sont pas, ou plus, remplies. Dans ce cas, un fondement objectif de responsabilité peut être invoqué à l'encontre du créancier poursuivant, établi à l'article L. 512-2 alinéa 2 du même Code. Ce texte dispose que « lorsque la mainlevée a été ordonnée par le juge, le créancier peut être condamné à réparer le préjudice causé par la mesure conservatoire ». Aucune faute n'est exigée pour la mise en œuvre de cette disposition³. Le créancier poursuivant doit, à peine d'une condamnation sur le fondement de l'article L. 512-2 alinéa 2, demander au tiers saisi de rendre disponibles les sommes concernées dès la signification de la décision au fond. Ce cas particulier de responsabilité ne bouleverse pas l'autonomie de la juridiction provisoire par rapport au juge du principal, dans la mesure où ce n'est pas le juge du fond qui ordonne directement la mainlevée, pas plus qu'il ne statue sur la validité de la mesure conservatoire. Mais il permet un rapprochement du fond et du provisoire au sens où la décision au principal prive directement d'objet la mesure provisoire. Le caractère objectif de cas de

¹ Ibid.

² « Si les conditions prévues aux articles R. 511-1 à R. 511-8 ne sont pas réunies, le juge peut ordonner la mainlevée de la mesure à tout moment, les parties entendues ou appelées, même dans les cas où l'article L. 511-2 permet que cette mesure soit prise sans son autorisation. Il incombe au créancier de prouver que les conditions requises sont réunies ».

³ Cass. 2^e Civ., 29 janvier 2004, Bull. civ. II, n° 35, RTD Civ. 2004 p. 353 obs. R. Perrot, RTD Com. 2004 p. 780 note M. Storck ; Cass. 2^e Civ., 7 juin 2006, n° 05-18.038, RTD Civ. 2006 p. 830 obs. R. Perrot ; la Chambre commerciale retient cependant la position contraire en exigeant la démonstration d'une faute du créancier, V. Cass. Com., 14 janv. 2004, Bull. civ. IV, n° 9.

responsabilité va de pair avec l'effet d'indisponibilité que produit la mesure conservatoire. Le maintien de cette indisponibilité au-delà de ce qui est nécessaire cause inutilement un préjudice au débiteur, l'obligeant à prendre l'initiative d'une saisine du juge de l'exécution pour faire ordonner la mainlevée. Selon le mot d'un auteur, pour protéger ce débiteur « le moyen le plus efficace est de laisser planer sur [le créancier] le risque d'une responsabilité objective, qui n'est finalement que la contrepartie de ce privilège qui consiste pour lui à geler les crédits d'autrui sans titre exécutoire »¹.

675. **Conclusion sur la notion d'abus.** Lorsque le juge du principal, au cours d'un procès postérieur à l'instance au provisoire, consacre l'absence de droit substantiel du requérant initial, aucune réparation n'est en principe due au tiers qui a subi la mesure. L'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution n'est pas applicable en raison de l'autonomie structurelle entre le fond et le provisoire. Le juge du fond ne revient pas, sur le plan du droit, sur la décision provisoire qui reste intangible. Cette solution s'accorde avec l'objectif de la protection juridictionnelle provisoire dans son ensemble. Il ne faut pas dissuader les justiciables de solliciter le juge des requêtes pour la protection de leurs droits en brandissant la sanction d'une possible responsabilité.

676. Ceci n'empêche pas que, dans les *faits*, l'exécution de la décision prise au fond aboutisse à un résultat opposé de celui qu'a produit l'ordonnance sur requête initiale. Il en résulte alors un préjudice pour le tiers visé. Ce préjudice peut être réparé sur trois fondements distincts :

- l'article 32-1 du Code de procédure civile, pour toutes les ordonnances sur requête quelle que soit leur nature, provisoire ou définitive ; la preuve d'un abus, donc d'une faute, est nécessaire ;
- l'article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution lorsque la mesure sollicitée sur requête est une saisie conservatoire ou une saisie contrefaçon ; la preuve d'un abus *de saisie* est requise dans ce cas également ;
- l'article L. 512-2 alinéa 2 du Code des procédures civiles d'exécution dans le cas particulier où le créancier, après avoir été débouté au fond, tarde ou refuse de donner mainlevée de la mesure conservatoire ; dans ce dernier cas la responsabilité est encourue de plein droit à compter du jour où la décision au fond est signifiée.

677. En définitive, sauf dans le dernier cas mentionné, l'indemnisation se heurtera à la démonstration de l'abus de la part du requérant initial. C'est la conséquence nécessaire de l'indépendance, structurellement parlant, des règles de droit substantiel dont fait usage le juge du principal, et des règles procédurales appliquées par le juge des requêtes. Il n'en pas de même, en

¹ R. Perrot, obs. précitées à la RTD Civ. 2004, p. 353.

revanche, lorsque la remise en cause de l'ordonnance primitive est l'œuvre du juge du provisoire lui-même.

2. La réformation de l'ordonnance par le juge du provisoire

678. La justice du provisoire étant souvent une justice de l'urgence, la question des éventuelles réparations doit pouvoir se régler rapidement sans attendre un hypothétique procès au fond. Le tiers visé par la mesure doit se voir offrir des voies de droit efficaces permettant de l'indemniser. Ce ne serait là que la contrepartie nécessaire de la faculté offerte au requérant d'obtenir unilatéralement une décision à son avantage. Il faut cependant opérer une distinction selon que l'ordonnance qui fait grief est anéantie par le juge des requêtes lui-même lors de l'instance en rétractation (a.) ou par la cour d'appel après que le contradictoire ait été rétabli (b.).

a. La nature de l'exécution de l'ordonnance sur requête lors de la phase unilatérale de la procédure

679. Surpris par la mesure qui a été rendue à son insu et dont l'exécution s'opère immédiatement, le tiers visé par l'ordonnance rendue sur requête peut être tenté de solliciter une réparation devant le juge des requêtes immédiatement lors du recours en référé-rétractation. Outre la question de la compétence du juge des requêtes pour statuer sur cette demande, qui sera examinée plus loin¹, se pose un problème d'applicabilité de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution à ce stade de la procédure. Ceci renvoie à la question de la nature de l'exécution dont fait l'objet l'ordonnance sur requête, et, corrélativement, aux caractéristiques du référé-rétractation.

680. Le débat peut être résumé comme suit. L'exécution n'est provisoire que si la décision exécutée est susceptible d'une voie de recours suspensive d'exécution². Autrement dit, l'exécution provisoire porte sur un titre qui dispose de la force exécutoire mais non encore de la force de chose jugée, bien que la confusion apparaisse encore jusque dans les plus hautes sphères de la hiérarchie judiciaire³. C'est la raison pour laquelle l'exécution est poursuivie aux « risques du créancier », pour reprendre

¹ V. *Infra*, n° 696.

² V. Ph. Hoonakker, *L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ?*, thèse Strasbourg, 1988.

³ Pour un exemple, V. Cass. Com., 6 juin 2001, n° 99-13.753, inédit.

les termes de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution. C'est parce qu'il sait que son titre peut encore être réformé que le créancier encourt un risque en le faisant exécuter. Ce risque, ce n'est autre chose que le préjudice causé au perdant en première instance qui peut avoir à s'exécuter d'abord et réclamer remboursement ensuite, parfois à un créancier devenu dans l'entretemps insolvable. Que l'ordonnance sur requête soit exécutoire par provision ne fait aucun doute. Même si elle ne fait pas partie de la liste de l'article 514 du Code de procédure civile, qui énumère les décisions bénéficiant de l'exécution provisoire de droit, l'article 495 du même code dispose que l'ordonnance est « exécutoire au seul vu de la minute ». Qui peut le plus peut le moins : si l'ordonnance sur requête est exécutoire sur minute, *a fortiori* bénéficie-t-elle de l'exécution provisoire de droit¹. La vraie interrogation est ailleurs. Le référé-rétractation n'étant pas suspensif d'exécution, cette exécution est-elle provisoire ? De la réponse à cette question dépend directement l'applicabilité de l'article L. 111-10.

681. Pour pouvoir être résolu, le problème qui vient d'être énoncé doit être reformulé, pour deux raisons au moins. La première est que le référé-rétractation n'est pas une voie de recours, mais une voie de droit *sui generis* permettant le rétablissement du contradictoire évincé dès l'introduction de l'instance². La seconde est que le référé-rétractation ne peut par hypothèse pas être suspensif d'exécution car celle-ci opère dès la signification de l'ordonnance et est immédiatement consommée. C'est le principe bien connu dans l'institution des requêtes comme dans le Far West : on pend d'abord et on juge ensuite³.

682. L'exécution n'en devient pas pour autant définitive car l'ordonnance sur requête reste à ce stade susceptible d'appel qui, lui, est bien suspensif d'exécution. Simplement, une étape s'intercale entre le prononcé de l'ordonnance et l'introduction de l'appel. Cette étape, la réintroduction du contradictoire par le référé-rétractation, est aussi dérogatoire que le caractère unilatéral de la procédure, la première n'étant que la compensation du second. Il serait absurde, tant du point de vue pratique que théorique, d'exclure l'application de l'article L. 111-10 lors de l'instance en rétractation et en faire au contraire usage après que le juge ait rendu sa décision contradictoirement. Selon le juste mot d'un auteur, « il n'est pas forcément très cohérent de faire dépendre de la nature des voies de recours le régime de la responsabilité du créancier qui a exécuté »⁴.

¹ Pour une ordonnance d'envoi en possession d'un légataire universel déclarée exécutoire par provision, V. Cass. 1^{ère} Civ., 15 décembre 1976, JCP 1978, II, 18874, note H. Thuillier.

² V. *Supra*, n° 344.

³ V. la motivation de Trib. Com. Bruxelles, 14 mars 1990, D. 1992, somm. 73, obs. T. Hassler.

⁴ Ph. Gerbay, « Le titre exécutoire provisoire et le recouvrement des créances », Procédures 2008, Numéro spécial, *Le titre exécutoire et le recouvrement des créances*, étude n° 5.

683. En conclusion il faut dire que l'exécution de l'ordonnance sur requête, immédiatement après son prononcé et avant que ne soit introduit le référé-rétractation, est bien provisoire au sens de l'article 514 du Code de procédure civile. Le fait qu'une étape supplémentaire s'ajoute au parcours juridictionnel de l'ordonnance, avant que ne soit ouvert l'appel, n'y change rien. Ce n'est que la contrepartie nécessaire, *sui generis*, de la nature dérogatoire de la procédure sur requête. Le requérant qui fait exécuter l'ordonnance sur requête n'encourt pas moins de risques que s'il s'agissait d'une ordonnance de référé. Il s'agit d'un titre fondamentalement fragile qui peut être remis en cause tant par le juge de la réformation que lors de l'instance en référé-rétractation. L'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution est par conséquent pleinement applicable, dans des conditions qu'il faut à présent préciser.

b. Les conditions de la mise en œuvre de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution

684. Par opposition avec ce qui a été vu concernant l'intervention du juge du principal, la remise en cause de l'ordonnance primitive par le juge des requêtes conduit bien à une « modification du titre » au sens de l'article L. 111-10. La règle appliquée étant la même, la vérification juridictionnelle contenue dans l'ordonnance primitive est anéantie, puis remplacée. Ceci produit, au profit du tiers visé par la mesure anéantie deux séries d'effets : les réparations (α .) et les restitutions (β .).

α . Les réparations consécutives à l'anéantissement de la mesure ordonnée sur requête

685. En la matière, la Cour de cassation est venue préciser, par un arrêt remarqué, le régime de la responsabilité du créancier. Par une décision d'Assemblée plénière en date du 24 février 2006, elle a décidé que « l'exécution d'une décision de justice exécutoire à titre provisoire n'a lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit, à charge par lui, si le titre est ultérieurement modifié, d'en réparer les conséquences dommageables »¹. La responsabilité du créancier poursuivant est soumise à deux conditions : la signification et l'exécution de la décision réformée. Le défendeur au pourvoi ayant donné lieu à cet arrêt soutenait qu'aucune mesure d'exécution n'ayant été effectuée, la responsabilité du créancier ne saurait être engagée. L'Assemblée plénière censure le moyen en

¹ Cass. Ass. plén., 24 février 2006, RTD Civ. 2006, p. 368, obs. Ph. Théry, JCP G 2006, II, 10063 note H. Croze, D. 2006 p. 1085 note R. Perrot.

reprochant à la cour d'appel de Lyon d'avoir refusé toute indemnisation « alors que l'ordonnance de référé ayant été signifiée ». Deux remarques peuvent être formulées à propos de cette solution.

686. En premier lieu, toute référence à la faute est écartée de la mise en œuvre de l'article L. 111-10. C'est donc une responsabilité objective qui sanctionne l'usage de l'exécution provisoire, qu'une partie de la doctrine rattache à la théorie du risque-profit ou du risque-activité¹. C'est une facilité probatoire de taille pour le tiers qui subit un préjudice du fait de la mesure ordonnée sur requête. Elle rend son indemnisation bien plus aisée que lorsqu'il a recours à l'abus du droit d'agir ou l'abus de saisie. La conséquence pratique est qu'il est plus avantageux de contester la mesure au provisoire, quitte à interjeter appel de l'ordonnance litigieuse, et non d'attendre l'issue d'un éventuel procès au fond.

En second lieu, l'engagement de la responsabilité du créancier ne nécessite aucune mesure d'exécution mais seulement la signification de la décision, ce qui conduit à attacher à cette formalité procédurale une importance particulière². Le créancier doit alors choisir entre signifier à ses risques et périls et attendre l'issue du procès pour faire exécuter sa décision. Cette alternative, qui a fait couler beaucoup d'encre, fait peser sur le poursuivant une véritable gestion des risques du procès³. Or, cette option n'existe pas en ce qui concerne l'ordonnance sur requête, dont l'essence toute entière se résume à l'exécution immédiate, nécessairement concomitante à la signification. Le requérant est par conséquent *toujours* responsable de l'exécution, et de manière d'autant plus automatique que cette responsabilité est objective. Cette solution doit être approuvée tant sur le plan strictement juridique que du point de vue de l'équité. La mesure obtenue unilatéralement et exécutée par surprise présente bien plus de chances d'être infondée que celle qui résulte d'un débat contradictoire. Il est donc normal de faire peser systématiquement les risques d'une telle dérogation à celui qui en bénéficie directement, à savoir le requérant. Cette application mécanique de l'article L. 111-10 revêt par ailleurs un caractère dissuasif et fera réfléchir à deux fois certains requérants mal intentionnés.

¹ V. Ph. Théry, obs. précitées.

² En ce sens, R. Perrot, « Signification des jugements : ses effets et sa portée », RTD Civ. 2006, p. 376.

³ M. Thiberge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », D. 2011, p. 610; A. Moreau, « L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant », D. 2006, p. 524 ; *adde* les observations précitées de Ph. Théry, RTD Civ. 2006 p. 368.

β. Les restitutions consécutives à l'anéantissement de la mesure ordonnée sur requête

687. Outre la réparation des divers préjudices causés par l'exécution de l'ordonnance anéantie¹, le requérant devra restituer au tiers ce qui lui a été prélevé lors de l'exécution². Cette restitution peut porter tant sur les sommes que sur les biens meubles qui ont pu être saisis. En ce qui concerne les sommes d'argent, la jurisprudence est aujourd'hui constante. Elle décide que le remboursement du débiteur doit être concomitant à la signification de la décision infirmant l'ordonnance contestée, qui constitue un titre exécutoire pour les restitutions même sans les ordonner expressément³. En cas de retard des intérêts moratoires sont dus au taux d'intérêt légal à compter de la signification, en application de l'article 1153 du Code civil⁴. Mais en matière d'ordonnances sur requête, la question des restitutions prend une tournure particulière dans la mesure où elles prononcent rarement une condamnation pécuniaire. Sont davantage susceptibles d'être saisis divers biens meubles et notamment des documents, fichiers ou matériel informatique, livres de compte, etc... Leur restitution est également due à compter de la signification de la décision anéantissant l'ordonnance contestée. *Quid* alors si le requérant détenteur des biens refuse de s'exécuter ?

688. Dans ce dernier cas de figure le problème des restitutions suscite en réalité deux interrogations. D'une part, il s'agit de savoir si le tiers ayant subi un préjudice peut entamer à son profit des mesures d'exécution forcée pour récupérer ses biens. La réponse ne peut qu'être affirmative dans la mesure où la décision infirmant ou réformant l'ordonnance primitive est un titre exécutoire en matière de restitutions⁵. Le tiers visé, devenu dans l'intervalle véritable partie par le rétablissement de la contradiction, peut donc avoir recours à la saisie-appréhension, voire à la saisie-revendication, entre les mains du requérant détenteur.

689. D'autre part, il est nécessaire de s'interroger sur les éventuels dommages-intérêts moratoires qui pourraient être dus au tiers si le requérant tardait à s'exécuter. L'article 1153 du Code civil ne portant que sur le paiement des sommes d'argent, il n'a pas vocation à s'appliquer à la restitution des meubles qui pourraient avoir été saisis. Une nouvelle condamnation s'avère donc indispensable, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile, précisément la responsabilité du fait personnel de l'article 1382 du Code civil. Le préjudice sera indiscutablement caractérisé par la perte

¹ V., pour la remise en état d'une porte de garage fracturée à l'occasion d'un constat d'huissier ordonné sur requête, Cass. 2^e Civ., 9 janvier 2003, n° 00-22.188, Bull. Civ. II n° 18, D. 2003 IR 312.

² V. Ph. Hoonakker, « Exécution provisoire », Rép. Proc. Civ. 2010, n°s 99 et suivants.

³ V., à titre d'exemple, Cass. Soc., 27 février 1991, Gaz. Pal. 1991, 2, panor. 220 ; Cass. 3^e Civ., 19 février 2002, RTD Civ. 2002 p. 359 obs. R. Perrot.

⁴ Ph. Hoonakker, « Des intérêts dus sur les créances de restitution », D. 1999, p. 328.

⁵ V. R. Perrot, obs. précitées.

de jouissance des biens pendant toute la durée de la possession illégitime, c'est-à-dire entre la signification au requérant de la décision d'infirmité et la restitution effective. Mais d'autres chefs de préjudice pourraient être utilement invoqués, liés notamment à l'activité des parties à l'instance. La possession des livres comptables ou des fichiers client d'un concurrent cause très certainement un préjudice, d'autant plus aggravé que leur restitution est injustement retardée. L'importance de l'ordonnance sur requête dans le contentieux de la concurrence déloyale, des clauses de non concurrence ou encore de la contrefaçon¹ souligne le danger potentiel de l'emploi de la procédure sur requête.

690. En résumé, plusieurs actions s'ouvrent au tiers ayant subi un préjudice du fait de la mesure ordonnée sur requête. Il s'agira, selon le cas, de l'abus de saisir ou d'agir en justice, ou de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution. Les conditions sont incontestablement plus restrictives dans la première hypothèse que dans la seconde, car la responsabilité du requérant sur le fondement de l'article L. 111-10 n'exige pas la démonstration d'une faute. L'étude du régime de l'action en indemnisation doit à présent compléter l'analyse.

B. Le régime de la demande en réparation

691. Dans la perspective de centralisation du contentieux de l'exécution, la loi de 1991 a conféré une compétence exclusive au juge de l'exécution pour la réparation des dommages causés à l'occasion de la mise en œuvre des mesures d'exécution forcée (1.). Cependant, l'urgence, omniprésente dans la procédure sur requête, crée un besoin d'indemnisation dans les plus brefs délais. Il est des cas où la réparation du tiers visé ne peut attendre l'issue de l'instance devant le juge de l'exécution. Le juge des requêtes est alors compétent pour se prononcer sur les réparations, au provisoire (2.).

¹ Ces questions sont par ailleurs souvent présents dans les mêmes litiges. Parmi les nombreux arrêts attestant du volume important du contentieux, V. Cass. 3^e Civ., 12 février 2013, n° 12-14016, inédit ; Cass. 2^e Civ., 23 juin 2011, n° 10-23189, Bull. Civ. II, n° 142.

1. La compétence de principe du juge de l'exécution

692. L'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire dispose, dans son alinéa quatrième, que le juge de l'exécution « connaît, *sous la même réserve*, des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires ». Le vocable *réserve* renvoie à l'alinéa premier de ce texte, c'est-à-dire aux « difficultés relatives aux titres exécutoires et [aux] contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée ». Par conséquent, le renvoi fait à la notion de difficultés d'exécution borne cette compétence dans les critères temporel et matériel déjà exposés par ailleurs¹.

693. En réalité, le rattachement de la compétence du juge de l'exécution concernant les réparations à la notion de difficulté d'exécution fait double emploi avec le texte de l'alinéa quatrième de l'article L. 213-6. Les « demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée »² relèvent nécessairement et systématiquement des « difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée »³. Le critère matériel de compétence est donc ici envisagé de manière large⁴ et englobe l'ensemble des fondements susceptibles d'être invoqués pour appuyer la demande en réparation. Le juge de l'exécution est ainsi compétent pour statuer sur l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution, l'article L. 512-2 alinéa 2⁵, l'article L. 121-3⁶, ainsi que sur R. 211-5⁷. Il connaît également de la responsabilité de l'huissier instrumentaire⁸, sauf le cas particulier des rapports de ce dernier avec le créancier mandant, qui relèvent du juge de droit commun du contrat⁹. Le juge de l'exécution, organe central de l'exécution, est « le mieux placé pour apprécier les fautes qui auraient pu être

¹ V. *Supra*, n°s 490 s.

² Art. L. 213-6 al. 4 CPCE.

³ Art. L. 213-6 al. 1 CPCE.

⁴ J. Normand, *préc.*, n° 73.

⁵ « Lorsque la mainlevée a été ordonnée par le juge, le créancier peut être condamné à réparer le préjudice causé par la mesure conservatoire ».

⁶ « En cas de résistance abusive, le débiteur peut être condamné à des dommages-intérêts par le juge de l'exécution ».

⁷ « Le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné, à la demande du créancier, à payer les sommes dues à ce dernier, sans préjudice de son recours contre le débiteur. Il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère ».

⁸ P. Théry, « Compétence du juge de l'exécution : géométrie variable ? », RTD Civ. 2008, p. 546 ; Ph. Brunel, « La juridiction de l'exécution et la responsabilité de l'huissier : compétence et conditions de mise en œuvre », D. 1997, p. 370.

⁹ *Ibid.*

commises »¹. Et peu importe, à cet égard, que le juge de l'exécution ne soit pas compétent quant au fond de la décision exécutée².

694. Enfin, c'est également au juge de l'exécution qu'il revient de condamner le requérant qui refuse de restituer les biens meubles et documents saisis lors de l'exécution de l'ordonnance sur requête³. Les termes de l'article L. 213-6 alinéa 4 ne permettent pas de cantonner les fondements invocables aux dispositions issues du Code des procédures civiles d'exécution. Le droit commun est applicable devant le juge de l'exécution, tant pour l'article 1382 que pour l'article 1153 du Code civil.

695. Cette centralisation du contentieux de la réparation conduit à dénier toute compétence du juge des requêtes en la matière. En effet, ce chef de compétence relève des attributions exclusives du juge de l'exécution, tout autre juge devant d'office relever son incompétence⁴. Il en serait notamment ainsi si le juge des requêtes était saisi à cette fin. Cependant, celui-ci ne reste pas totalement étranger à la question des réparations en raison des prérogatives que lui confère la juridiction du provisoire.

2. La compétence subsidiaire et provisoire du juge des requêtes

696. Non seulement le juge de l'exécution est le juge spécialisé dans le contentieux de la réparation des dommages causés par l'exécution forcée, mais encore est-il le juge du fond, par opposition au *provisoire*, dans ce domaine. L'article R. 121-14 du Code des procédures civiles d'exécution dispose en ce sens que « sauf disposition contraire, le juge de l'exécution statue comme juge *du principal*⁵ ». Le caractère exclusif de sa compétence conduit à déclarer incompétents tous les autres *juges du principal*, mais non les juges du provisoire. Les deux interventions juridictionnelles ne se situent pas sur le même plan. Le juge du provisoire n'appliquant pas les règles de droit substantiel qui prévalent devant le juge de l'exécution, rien ne s'oppose à la saisine alternative, voire concurrente, de ces deux magistrats.

697. L'articulation des compétences entre le juge de l'exécution et le juge des requêtes dans le contentieux de la réparation s'opère par conséquent selon les règles gouvernant les décisions

¹ R. Perrot, Juge de l'exécution. « Compétence d'attribution : demandes en réparation contre les huissiers de justice », RTD Civ. 1998, p. 753.

² Cass. 2^e Civ., 2 décembre 2010, Procédures 2011 comm. 55 obs. R. Perrot.

³ V. *Supra*, n° 687.

⁴ C. Lefort, « Juge de l'exécution », Rép. Proc. Civ. 2013, n° 93.

⁵ Nous soulignons.

provisoires. Le premier est le juge du fond statuant sur l'existence et l'étendue d'un droit substantiel : le droit à indemnisation du dommage causé par les mesures d'exécution. Le second ne peut alors rendre que des décisions provisoires pour protéger ce droit substantiel à réparation. Dans quel cadre s'exerce alors cette juridiction du provisoire ? Pour répondre à cette question, il faut ici rappeler que dès le rétablissement du contradictoire par le biais du référé-rétractation, le juge des requêtes statue en qualité de juge des référés. Le tiers visé, devenu défendeur, peut alors invoquer les règles de l'article 809 alinéa 2 du Code de procédure civile et demander une provision sur la réparation qu'il compte obtenir auprès du juge de l'exécution. La seule condition, conformément au droit commun du référé, est que l'obligation de réparation ne soit pas sérieusement contestable. C'est donc à une provision sur dommages-intérêts que condamnera le juge des requêtes, selon un schéma procédural bien connu de la juridiction des référés¹.

698. Cette faculté est d'autant plus opportune que le juge de l'exécution peut ne jamais être saisi, de la même manière qu'un procès au fond ne fait que très rarement suite à une ordonnance de référé. De plus, le réflexe le plus sain du tiers qui subit un préjudice du fait de la mesure exécutée contre lui sera de solliciter une indemnisation du même juge qui rétractera l'ordonnance. Il serait fort préjudiciable de lui dénier cette possibilité, car cela conduirait nécessairement à un éclatement du contentieux, un allongement de la durée des procédures et à un alourdissement inutile du rôle du juge de l'exécution. Le juge des requêtes est par ailleurs le mieux informé du dossier et peut d'autant mieux apprécier si le droit à réparation est ou non sérieusement contestable. Ce raccourci procédural est un pendant opportun de l'automatisme de la condamnation du requérant sur le fondement de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution : non seulement l'indemnisation n'exige pas une faute, mais la condamnation pourra être prononcée dès l'instance en rétractation.

699. **Conclusion du paragraphe second.** La faculté offerte au requérant de solliciter à l'encontre d'un potentiel défendeur une mesure unilatérale est nécessaire pour assurer une protection juridictionnelle provisoire complète et éviter le recours à la justice privée. Mais ce caractère non contradictoire, plus que dans les procédures de droit commun, implique un risque d'anéantissement ultérieur de l'ordonnance sur requête, et un préjudice pour le tiers visé par celle-ci. La réparation de ce dommage doit être assurée de manière la plus efficace possible pour sanctionner les attitudes malveillantes ou simplement négligentes des requérants, et pour offrir des garde-fous à l'usage de la procédure unilatérale.

700. Vu du côté de la responsabilité encourue par le requérant, l'indemnisation exige que soit réformée l'ordonnance sur requête. La conception renouvelée du provisoire que nous proposons

¹ J. Normand, « De quelques limites du référé provision », RTD Civ. 1999, p. 177.

interdit de voir dans l'intervention du juge du fond, postérieure à l'ordonnance sur requête, une telle réformation. Dans la mesure où le juge du principal n'applique pas les mêmes règles de droit que le juge des requêtes, il ne revient pas sur la vérification juridictionnelle faite au provisoire mais rend une décision autonome fondée sur le droit substantiel. Il n'en résulte pas moins que, dans les faits, la mise en œuvre de la décision au principal peut conduire à des résultats contraires à ceux obtenus au provisoire. La responsabilité du requérant peut alors être engagée, mais seulement en cas de faute, *d'abus*, de sa part. Cette exigence est la conséquence naturelle du fait que tout justiciable a le droit de saisir le juge du provisoire pour protéger ses droits avant de s'adresser au juge du fond. L'absence de responsabilité doit donc rester la règle, l'abus l'exception.

701. En revanche, la situation n'est pas la même si l'ordonnance est anéantie par le juge des requêtes lui-même, que ce soit lors de l'instance en rétractation, sur exercice de l'appel ou du pourvoi en cassation. Dans ce cas, la vérification juridictionnelle est bien remise en cause et l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution devient applicable. En vertu de ce texte, l'exécution provisoire s'opère aux risques et périls du poursuivant, qui est de plein droit responsable si la décision exécutée venait à être réformée. L'application de cet article aux ordonnances sur requête conduit à reconnaître un caractère systématique et objectif à la responsabilité encourue par le requérant lorsque l'ordonnance primitive vient à disparaître.

702. Enfin, la compétence du juge des requêtes pour prononcer la condamnation est d'une importance cruciale pour la célérité et l'effectivité de la procédure. Le juge de l'exécution dispose d'une compétence de principe dans ce domaine, mais elle n'est pas exclusive de l'intervention du juge des requêtes. Celui-ci exerce pleinement sa juridiction provisoire et peut accorder des dommages-intérêts, par provision sur ce que pourra allouer le juge de l'exécution au principal.

Partie II. Le provisoire structurel des ordonnances sur requête

703. Si l'examen du provisoire substantiel a porté sur la nature profonde de l'ordonnance sur requête, celui du provisoire structurel s'attache davantage à la place qu'occupe la procédure sur requête dans le système juridictionnel. Il s'agit là de la fonction du provisoire, qui est la raison d'être des mesures provisoires ; en un sens, si le provisoire substantiel est un moyen, le provisoire structurel ne peut qu'être la fin. Cette fin est la préservation d'un droit, celui d'agir au principal afin d'obtenir une décision définitive. C'est aussi la raison pour laquelle l'étude du provisoire substantiel doit précéder celle du provisoire structurel, puisqu'il est nécessaire d'expliquer les caractéristiques essentielles des décisions provisoires avant d'analyser leur place et leur utilité dans le schéma procédural actuel.

La fonction d'attente, qui est le rôle classique des mesures provisoires en procédure, se reflète dans l'objectif assigné à l'ordonnance sur requête. Cette dernière ne constitue pas la fin du processus juridictionnel, mais seulement une étape. L'adjectif *structurel*, adossé au terme *provisoire*, signifie donc que l'ordonnance sur requête n'est qu'une pièce parmi d'autres dans la structure du procès, entendu au sens large. Elle est provisoire car elle n'existe qu'en considération du procès au principal, auquel elle est intellectuellement asservie. Le caractère structurellement provisoire se reflète dans les conditions d'accès à la procédure unilatérale, autrement dit sur le droit à l'ordonnance sur requête (Titre I). Le provisoire exerce également une influence directe sur le déroulement de l'instance introduite sur requête, en d'autres termes le droit *de* l'ordonnance sur requête (Titre II).

Titre I. Le droit à l'ordonnance sur requête

704. Dans la mesure où l'ordonnance sur requête fait partie intégrante de la protection juridictionnelle provisoire et ne constitue qu'une première étape vers la satisfaction du requérant, les conditions de son intervention doivent être suffisamment souples pour permettre une protection efficace (Chapitre I). Le provisoire structurel se manifeste également dans les mesures qu'ordonne le juge des requêtes, qui sont en principe des mesures attendues du jugement au principal (Chapitre II).

Chapitre I. Les conditions d'intervention du juge des requêtes

705. L'étude des conditions d'accès à la juridiction des requêtes nécessite à titre liminaire de s'attarder sur la notion de saisine. Car c'est en termes de *chefs de saisine* que seront traitées dans les lignes qui vont suivre les situations dans lesquelles la protection de la juridiction provisoire pourra être sollicitée. La notion de saisine doit être définie à la fois négativement, pour souligner ce qu'elle n'est pas, et positivement, pour en relever les spécificités.

Définie négativement, la saisine se distingue à la fois de la compétence et des pouvoirs du juge des requêtes. La compétence, qu'elle soit matérielle, temporelle ou encore territoriale, est un critère objectif permettant une répartition effective des affaires entre les juridictions, dans l'intérêt d'une meilleure administration de la justice¹. Or, les chefs de saisine du juge des requêtes ne servent pas au sens strict à départager son intervention de celle du juge du principal, les deux juridictions s'exerçant en principe de manière autonome. La saisine vise au contraire à délimiter les hypothèses dans lesquelles la protection au provisoire peut être accordée. La saisine doit également être distinguée des *pouvoirs* du juge des requêtes, qui sont la faculté dont il dispose d'ordonner un certain nombre de mesures lorsqu'il fait droit à la demande². C'est donc l'issue de la procédure et non son introduction qui est concernée par le *pouvoir* du juge et l'amalgame avec la saisine doit dès à présent être écarté.

Positivement, la saisine peut être définie comme « l'intelligence du litige par le juge [et] la manière dont le droit veut que le juge comprenne le litige »³. L'accès à la justice provisoire obéit à des règles purement procédurales indépendantes du droit substantiel invoqué⁴. Les conditions d'accès au juge des requêtes doivent donc être comprises non en termes de *bien fondé* de la demande au fond, mais en termes de besoin de protection au provisoire. C'est sur la nécessité de préserver un droit menacé que se fonde l'ensemble des chefs de saisine du juge des requêtes. Réciproquement, l'irrecevabilité de la requête en cas d'inexistence du chef de saisine invoqué ne préjugera en rien du succès de la prétention devant le juge du fond ou même devant le juge des référés.

706. Enfin, il doit être souligné ici que la protection juridictionnelle provisoire n'est pas une notion hétérogène mais plutôt un ensemble cohérent et structuré de procédures permettant la sauvegarde

¹ V. P. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981.

² J. Normand, «La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés», RTD Civ. 1983, p. 781.

³ N. Cayrol, «Référé civil», Rép. Proc. Civ. 2011, n° 318.

⁴ V. *Supra*, n° 342.

d'un droit en péril. De ce point de vue, les procédures de référé et sur requête ne sont pas antinomiques mais complémentaires. Fonctionnellement identiques, elles ne divergent que par la présence, ou plutôt l'absence, du point de vue de l'ordonnance sur requête, de débat contradictoire. Partant, certains chefs de saisine sont communs à la fois à la requête et au référé, et leur étude conjointe s'impose (Section I). Par ailleurs, la procédure sur requête se démarque notablement par l'éviction du contradictoire, chef de saisine à part entière (Section II).

Section I. Les conditions d'intervention communes à la procédure de référé et sur requête

707. Les conditions d'interventions que partage l'ordonnance rendue en référé avec celle rendue sur requête renvoient à la conception première du juge du provisoire : celui qui juge à la fois l'urgent et l'évident¹. Symptomatique des préoccupations qui ont guidé cette justice dérogatoire depuis le début du XIXe siècle², deux chefs de saisine lui sont inhérents : l'urgence (§1) et le droit apparent, ou non sérieusement contestable (§2).

§1. L'urgence

708. Notion fondamentale, floue et insaisissable, l'urgence est le lien intime qui unit le droit au temps. Le premier, créé par les Hommes, tente d'appréhender et de contrôler le second, qui par principe échappe à toute maîtrise. Toute procédure requiert du temps, mais toutes les situations n'en tolèrent pas l'écoulement : tel est le paradoxe que l'on appelle urgence.

L'urgence est le fondement et la raison d'être des procédures accélérées dans leur déroulement, celles dont on dit qu'elles sont « rapides ». Elle est au cœur à la fois de la procédure de référé et de la voie sur requête, les unissant au sein d'une même famille procédurale. Notion transversale, voisine de celle de nécessité dont l'article 17 du Code de procédure civile fait mention, elle gouverne l'accès au juge des requêtes, qui, comme le juge des référés, se doit de parer à ce qui ne peut attendre.

709. Un certain nombre d'auteurs rattachent directement l'urgence à la protection juridictionnelle provisoire. En effet, « la notion cadre que constitue l'urgence renvoie à la nécessité d'une réaction

¹ V. Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993.

² Si le référé trouve une existence textuelle au sein du premier Code de procédure civile de 1806, il faudra attendre un décret du 30 mars 1808 pour voir consacrées les ordonnances sur requête.

judiciaire rapide »¹. Par ailleurs, statuer dans un litige nécessitant l'intervention rapide d'un juge est la justification première de l'institution, « qui permet de pallier la lenteur qu'impose le recours serein aux juges du fond [ou] d'éviter que les parties ne recourent à des mesures de justice privée dans l'attente de la décision au fond et en cas d'impossibilité d'obtenir une efficace (et donc rapide) décision judiciaire² ».

Cette relation étroite entre le monopole des juridictions étatiques pour le règlement des conflits au sein du corps social, et la nécessité d'assurer une justice effective à tous les égards afin de conserver un tel monopole, est mise en exergue par Mme CHAINAIS dans son ouvrage sur la protection juridictionnelle provisoire. Cet auteur estime en effet que « l'organisation des procédures provisoires apparaît donc comme la *contrepartie* nécessaire de l'interdiction de la justice privée, couplée au constat que la protection juridictionnelle s'exerce dans la durée »³.

710. Enfin, Mme PIERRE-MAURICE voit dans le caractère urgent des ordonnances sur requête la justification de leur nature provisoire, qui apparaît à ses yeux comme un « contrepoids à l'omnipotence du juge des requêtes »⁴. On ne saurait donc dissocier ces deux notions, dont l'étude conjointe trouve naturellement sa place dans les présents développements. Ceux-ci trouvent leur par conséquent leur division dans ce lien fondamental : à l'analyse de l'urgence en tant que notion (A.), succèdera l'étude de ses rapports avec le provisoire (B.).

A. L'urgence en tant que notion

711. L'urgence, en ce qu'elle conditionne l'accès aux juges du provisoire, doit d'abord être expliquée quant à son contenu, fluctuant par nature (1.). De plus, l'existence de l'urgence ne se suffit pas à elle-même, car il faut encore qu'elle soit constatée par le juge sur lequel pèse une obligation de motiver (2.).

¹ Y Strickler, *Urgence*, Dictionnaire de la justice sous la direction de L. Cadiet, PUF, 2004.

² X. et J. Vuitton, *Les référés*, Lites, 3^e édition, 2012, n°s 15 et 16.

³ C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, p.37.

⁴ S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, n° 227.

1. La caractérisation de l'urgence

712. L'urgence est avant tout une notion factuelle et évolutive, dont il est impossible de donner une définition rigide. Dans la mesure où elle est propre à chaque situation dont le juge du provisoire se trouve saisi, l'urgence doit être qualifiée de relative et non d'absolue (a.). Par ailleurs, la souplesse de la notion ne la prive pas d'un ancrage sur des éléments tangibles aisément vérifiables. En ce sens, l'urgence est bien objective et ne résulte pas d'une appréciation subjective du requérant (b.).

a. Caractère relatif

713. Selon le mot d'un auteur, « l'urgence est un *standard*, c'est-à-dire une notion connue à priori par intuition, [...] toujours relative aux applications qui en sont faites et qui vaut précisément parce qu'elle n'est pas enfermée dans une définition réelle »¹. Il s'agirait, autrement dit, d'une notion dont tout un chacun connaît le sens mais qui reste pourtant impossible à définir autrement que par les applications qui en sont faites. En quelque sorte, l'on sait ce qui est urgent, sans véritablement se demander pourquoi.

714. Fondamentalement, l'urgence peut être définie comme une qualité de la situation dans laquelle il existe à la fois un intérêt digne d'une protection jurisprudentielle, et que les voies procédurales ordinaires sont incapables d'assurer cette protection. Les différentes définitions proposées dans la doctrine processualiste ont toutes trait à un danger imminent ou avéré qui, sans l'intervention du juge du provisoire, se réalisera ou s'aggravera². Ces explications sont au demeurant tout à fait compatibles avec l'idée de protection qu'offre la juridiction provisoire. Ainsi peut-on lire que l'urgence est le « caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent »³ ou encore qu'il y a urgence « toutes les fois qu'un retard dans la décision qui doit être prise serait de nature à compromettre les intérêts du demandeur »⁴. Réal, en 1806 déjà, alors que le temps

¹ N. Cayrol, *Référé civil*, Rép. Proc. Civ. Dalloz 2011, n° 372.

² V. notamment P. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LGDJ, 1968, p. 10 ; A. Cossa, « L'urgence en matière de référé », Gaz. Pal. 1955, 2, doct. 45, et M. Vasseur, « L'urgence en droit civil », RTD Civ. 1954, p. 405, n°1.

³ V° *Urgence*, Lexique des termes juridiques, Association Henri Capitant, 2006.

⁴ R. Perrot, cité in P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Litec, 2^e édition, 1998, n°70.

juridique et judiciaire n'avait pas encore connu le formidable emballement qu'il connaît aujourd'hui¹, mettait en avant les circonstances dans lesquelles « le délai d'un seul jour et même le délai de quelques heures peuvent être la source des plus grandes injustices »².

715. L'imprécision du concept d'urgence constitue un avantage pour le juge du provisoire qui peut alors mieux réguler les flux contentieux. Une définition précise n'aurait pas de réel intérêt, combien même elle aurait été possible, car elle restreindrait trop un chef de saisine qui doit demeurer très souple. C'est bien la raison pour laquelle la Cour de cassation a renoncé au contrôle de qualification de l'urgence pour ne se contenter que d'un simple contrôle de motivation³. M. STRICKLER estime ainsi qu'« utile par son imprécision même, l'urgence n'a pas à être caractérisée par une définition positive, mais par la recherche des limites à ne pas dépasser »⁴. Elle serait alors une notion *cadre*, c'est-à-dire celle qui circonscrit un sujet⁵.

716. Une telle approche du concept d'urgence a un double mérite. En premier lieu, il n'est pas utile d'enfermer dans un carcan ce qui ne doit pas l'être car l'urgence est un terme susceptible de recouvrir un nombre infini de situations du quotidien. Or, il n'appartient pas à la loi de prévoir ce qui ne peut être prévu. Il lui appartient plutôt de fournir au juge, organe d'adaptation du droit aux faits opérant par le biais du syllogisme, des outils souples qui lui permettent d'appréhender un ensemble de cas de figure susceptibles de nombreuses déclinaisons.

En second lieu, et il s'agit d'une conséquence nécessaire de la première remarque, cette approche ne restreint pas le juge du provisoire mais lui indique la direction à suivre. Limiter la saisine de ce juge à une liste limitative de cas serait nier le rôle même de la protection juridictionnelle provisoire, qui est somme toute de faire tout ce dont le juge du fond, juge « ordinaire » est incapable. Or, si ce dernier peut voir son intervention limitée à des chefs de saisine restreints, il ne peut en être de même pour le juge de l'urgence. Celui-ci est en effet chargé de la police des situations sociales conflictuelles, il rend une justice où la nécessité d'agir prévaut sur une mûre et longue réflexion ; le justiciable doit pouvoir y accéder dans un nombre le plus large possible d'hypothèses.

717. En somme, il faut renoncer à dire ce qu'est réellement l'urgence pour plutôt en cerner les contours, car non seulement une définition positive pêcherait toujours par un manque de précision et d'exhaustivité, mais aussi et surtout parce qu'une telle définition serait inutile. Cependant,

¹ Il est à noter que ce phénomène d'accélération du temps juridique, sur lequel nous reviendrons (Renvoi), n'est pas nouveau et fait date, V. R. Savatier, «Le droit et l'accélération de l'histoire», D. 1951, chron., p. 29.

² Réal, *Exposé des motifs du Livre Ve de la première Partie du Projet de Code de Procédure civile, présenté au Corps Législatif, séance du 11 avril 1805*, in Code de Procédure civile, Paris, 1806, pp. 69-111.

³ V. *Supra*, n° 393 *in fine*.

⁴ Y. Strickler, *Urgence*, Dictionnaire de la justice sous la direction de L. Cadet, PUF, 2004, précité.

⁵ V° *Cadre*, Le Grand Larousse, édition 2010.

l'urgence n'est en rien laissée à la fantaisie du juge ou au caprice des parties. Elle doit résulter d'éléments de fait objectifs qui caractérisent le danger contre lequel la protection juridictionnelle est sollicitée.

b. Caractère objectif

718. Pour que la protection juridictionnelle provisoire puisse pleinement remplir son rôle, l'urgence doit nécessairement être objective et s'appuyer sur la démonstration d'éléments factuels concrets et vérifiables. Deux conséquences en découlent : ce n'est pas l'attitude subjective et personnelle des parties qui crée l'urgence (α). Celle-ci résulte plutôt de la confrontation d'un intérêt à protéger au danger qui le menace (β).

α . L'urgence ne peut résulter de la seule attitude des parties

719. Une urgence subjective, c'est-à-dire le sentiment des gens pressés, conduirait à une utilisation détournée des procédures rapides ; quiconque ne souhaitant pas affronter les délais d'un procès « ordinaire » pour des raisons de convenance ou de confort pourrait ainsi saisir le juge du provisoire. L'urgence perdrait son rôle de critère de répartition des litiges entre le provisoire et le fond, provoquant une surcharge du rôle de la juridiction provisoire et le détournant de sa fonction. Le fait que l'encombrement chronique des juridictions ait aujourd'hui transformé les procédures dites « rapides »¹ en véritable voie de délestage² ne change rien sur le plan des principes³.

La doctrine majoritaire s'accorde sur ce caractère objectif : « l'urgence, pour subjective que soit cette notion, est quand même nuancée d'éléments de caractère objectif qui s'opposent à des appréciations trop divergentes. [...] L'urgence résulte de la nature de l'affaire et non des convenances des parties »⁴ et que « ce ne sont pas les clients pressés qui créent les cas d'urgence »⁵. Il paraît

¹ Même si la remarque vaut certainement davantage pour les référés que pour les requêtes, à cause du succès notable rencontré par le référé-provision de l'art. 809 al. 2, V. J. Normand, « De quelques limites du référé provision », RTD Civ. 1999, p. 177.

² V. *Infra*, n° 971.

³ Il faut noter que si la condition est plus souple en référé, elle est exigée pour le référé-provision dans tous les cas d'arbitrage (interne comme international), V. Cass. 2^e Civ., 2 avril 1997, Bull. civ. II, n° 108 ; – 13 juin 2002, Bull. civ. II, n° 130, D. 2002 p. 2439, note I. Najjar ; *adde* A. Teandeau De Marsac, « Le référé français et l'arbitrage international », Gaz. Pal. 1984. 2. doctr. 375.

⁴ V. P. Estoup, *op. cit.*, n° 69.

⁵ Y. Strickler, « Urgence », article précité ; *adde* X. et J. Vuitton, *op. cit.*, n° 21.

d'ailleurs difficile d'envisager l'urgence autrement que de manière objective, sauf à laisser la juridiction du provisoire à la merci des caprices intempestifs des justiciables.

720. Il faut également constater ici que si ce n'est pas l'empressement subjectif de chacun qui crée l'urgence, l'inverse est également vrai : l'inertie d'une partie qui tarde à saisir le juge ne supprime pas l'urgence lorsqu'elle résulte des circonstances. Décider le contraire serait vouloir sanctionner le plaideur négligent plutôt qu'apprécier véritablement l'urgence qui existe pourtant objectivement¹. De plus, lorsqu'il existe véritablement un danger ou un préjudice déjà avéré au détriment du requérant, celui-ci ne peut que s'aggraver avec le temps² et rendre l'intervention du juge plus urgente encore. Pour conclure, la volonté des justiciables doit rester indifférente à la caractérisation de l'urgence, qu'il s'agisse de l'impatience ou de la torpeur.

β. L'urgence est la prise en compte d'un péril

721. Si l'urgence doit être définie comme un péril qui affecte les droits du requérant, sa démonstration objective doit passer par une double mise en perspective.

En premier lieu, le juge place sur la balance des intérêts la nature et les circonstances de l'affaire et la possibilité pour le demandeur d'obtenir satisfaction devant le juge du fond. M. STRICKLER écrit ainsi que « l'urgence sera retenue chaque fois que la mise en place du calendrier usuel d'évacuation des affaires ne peut être regardée comme suffisante au regard de la situation considérée³ ». Il ajoute en outre que « pour savoir si un acte est urgent, il faut déterminer si, faute de réponse dans un temps suffisant, l'intérêt en question serait sacrifié⁴ ». Autrement dit, pour établir si le requérant ou le demandeur en référé peut bénéficier de la protection juridictionnelle provisoire, par hypothèse dérogatoire aux voies de droit commun, il faut en premier lieu établir que lesdites voies sont impuissantes à protéger ses intérêts. Cette incapacité des procédures « ordinaires » à satisfaire le justiciable doit en outre provenir, pour que soit caractérisée l'urgence, de leur manque de célérité, car c'est bien lorsque celle-ci fait défaut que le recours au juge du provisoire est rendu nécessaire.

722. Deux éléments doivent donc être confrontés pour établir l'urgence au regard de ce critère : l'intérêt mis en péril et l'encombrement relatif de la juridiction compétente au fond. En d'autres termes, il n'y aura pas d'urgence si l'intérêt considéré n'est pas en véritablement en danger ou si le

¹ En ce sens, P. Jestaz, *op. cit.*, p. 278.

² A. Cossa, *préc.*, spéc. p. 47.

³ Y. Strickler, « Urgence », article précité.

⁴ *Ibid.*

rôle de la juridiction de fond permet de répondre à la demande dans un délai suffisamment bref pour protéger cet intérêt. Des considérations purement factuelles rendent cette dernière situation hypothétique. En effet, l'encombrement actuel des juridictions ne permet que très rarement de répondre dans des délais satisfaisants à un besoin immédiat de protection juridictionnelle. Cette remarque soulève à son tour deux nouvelles interrogations : quel est cet intérêt qui exige une telle protection immédiate ? De quel danger doit-il être menacé ?

723. Il semble tout d'abord que sur le plan technique de l'application de l'article 31 du Code, les exigences concernant l'intérêt à agir soient les mêmes au provisoire et devant le juge du principal. Un auteur parle même d'« option générale de compétence »¹, chaque plaideur ayant la faculté de s'adresser au juge du fond comme au juge du provisoire comme du principal dès lors qu'il justifie d'un intérêt né, actuel et légitime. D'autres ont cependant pu avancer que certains intérêts, ou plutôt certains droits subjectifs, sont plus que d'autres méritants d'une protection juridictionnelle, tel le droit de propriété ou les libertés individuelles², sans que ces considérations ne soient justifiées par un argument textuel. S'il devait donc y avoir une certaine hiérarchie, elle ne saurait être uniforme et relèverait davantage de l'appréciation casuelle du juge.

724. Les critères de la demande véritablement urgente, celle qui ne supporte pas l'attente d'une décision au fond, doivent par conséquent être recherchés du côté de la menace que le requérant chercherait à écarter. Bien que l'infinie diversité des requêtes ne permette pas de faire un recensement exhaustif des différentes menaces en cause, une certaine catégorisation est néanmoins possible. Tout d'abord, la *typologie* du péril peut être double. Il peut s'agir d'un *comportement positif* de l'adversaire désigné dans la requête ou d'un tiers ; un tel comportement entraîne alors la prise de mesures de contrainte ou de prohibition par le juge des requêtes. Ainsi par exemple les mesures urgentes de l'article 220-1 du Code civil, permises lorsque « l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille ». Le danger peut également provenir d'une inaction ou d'un *comportement passif*, qui paralyse une situation naturellement vouée à être en mouvement. Ainsi peut-on citer tous les domaines du droit où la gestion de biens ou de droits devient collective, par exemple la copropriété, le droit des sociétés ou encore l'indivision³. Dans ce cas, les mesures ordonnées par le juge des requêtes seront positives, telle la nomination d'un mandataire *ad hoc* chargé d'administrer l'immeuble en copropriété⁴.

¹ N. Cayrol, *préc.* n°s 61 s. ; les développements cités sont relatifs à la procédure des référés mais sont parfaitement transposables à l'ordonnance sur requête sur cette question.

² En ce sens, entre autres, P. Jestaz, *op. cit.*, p. 236 et A. Cossa, chronique précitée.

³ Sur cette question, V. *Infra*, n° 907.

⁴ Art. 23 L. 10 juillet 1965.

725. Enfin, quant à ses *caractères*, le danger peut requérir une réponse immédiate soit parce qu'il est véritablement imminent, soit parce qu'il est déjà réalisé, totalement ou partiellement. En matière de référé, ces deux situations trouvent une assise textuelle : il s'agit du dommage imminent et du trouble manifestement illicite que mentionne l'article 809 alinéa 1 du Code de procédure civile. La sous-section relative aux ordonnances sur requête ne bénéficie pas d'une telle précision, et, de manière plus générale, est bien plus pauvre quantitativement et qualitativement¹. Mais rien n'empêche de considérer que le juge des requêtes intervient dans des cas similaires au juge des référés, à cette différence près que le contradictoire doit être évincé pour l'efficacité de la mesure sollicitée. L'urgence en ordonnance sur requête sera donc bien caractérisée lorsque le préjudice que redoute le requérant est sur le point de survenir ou est déjà subi. Le lecteur attentif rétorquera d'emblée que toutes les ordonnances sur requête ne sont pas rendues dans des situations aussi dommageables pour le requérant, mais c'est là une question relative au domaine de l'urgence, car toutes les ordonnances sur requête ne sont pas soumises à cette condition². Cependant, lorsqu'elle est requise, l'urgence ne doit pas seulement être caractérisée, mais également constatée dans l'ordonnance rendue.

2. La constatation de l'urgence

726. Tant le juge des référés que le juge des requêtes se doit de constater l'urgence dans la décision qu'il rend, ce qui résulte des exigences de l'article 455 du Code de procédure civile applicable à toutes les juridictions³. Dans la mesure où sa saisine est subordonnée à cette condition, le juge du provisoire doit légitimer son intervention et, partant, la mesure adoptée, par l'urgence que présente la situation visée. Ce principe a toutefois fait l'objet de plusieurs assouplissements qui s'inscrivent dans un mouvement d'ensemble visant à élargir les cas d'intervention du juge de l'urgence, voire à *instrumentaliser*⁴ cette intervention.

18. Le magistrat, lorsqu'il constate l'urgence, doit la viser expressément dans l'ordonnance, mais cette exigence a été progressivement assouplie. Il est aujourd'hui admis que la simple mention « vu l'urgence⁵ » suffit. Il est par ailleurs de jurisprudence constante que le constat de l'urgence peut

¹ C'est entre autres raisons cette carence textuelle qui engendre nombre de questions relatives à la qualification et au régime des ordonnances sur requête, Renvoi

² Sur le domaine de l'urgence, V. *Infra*, n°s 730 s.

³ Ce texte dispose, dans son alinéa premier, que « le jugement doit être motivé ».

⁴ Sur cette notion, V. *Infra*, n° 1184.

⁵ Cass. Civ. 2^e, 30 juin 1960, Bull. civ., II, n° 427.

résulter des motifs de la décision¹. Le juge n'est tenu d'une motivation plus extensive que lorsque l'existence de l'urgence est contestée par le défendeur, soit directement à l'audience dans le cadre de la procédure de référé, soit dans le cadre du référé-rétractation s'il s'agit d'une ordonnance sur requête². Il n'est pas superflu de préciser que la condition d'urgence s'apprécie non pas au jour de la demande mais au jour où le juge statue ; le juge des requêtes pourra ainsi être amené à se rétracter en cas de disparition de l'urgence.

727. Enfin, il convient de rappeler, comme cela a déjà été vu par ailleurs³, que la Cour de Cassation ne contrôle pas l'existence de l'urgence, notion de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond ; seul un contrôle de motivation est exercé sur les ordonnances de référé et sur requête. Cette position est opportune car non seulement le caractère empirique d'un tel contrôle rendrait la jurisprudence extrêmement casuistique, et que l'unification des solutions n'est pas réellement souhaitable⁴. Il faut ajouter pour terminer sur ce point que le moyen tiré de l'absence d'urgence ne peut être présenté pour la première fois en cassation, car il est mélangé de fait et de droit⁵.

728. **Conclusion.** Au vu des développements qui précèdent, il convient de conclure que l'urgence est une notion essentiellement factuelle et fluctuante. Elle constitue un socle commun qui fonde la juridiction du provisoire et caractérise la situation de péril dans laquelle se trouve souvent le requérant. Il reste, pour compléter l'analyse, à faire le lien entre la notion d'urgence et la nature provisoire de l'ordonnance sur requête.

B. L'urgence en tant qu'instrument de la protection juridictionnelle provisoire

729. Au-delà des difficultés relatives à sa définition, l'urgence doit être analysée du point de vue du rôle qu'elle joue dans la protection juridictionnelle provisoire. En tant que chef de saisine tant du juge des référés que des requêtes, elle en conditionne l'accès. Partant, elle devient un véritable instrument régulateur au service de la juridiction provisoire, permettant selon les besoins d'élargir ou de restreindre l'accès au prétoire. Deux questions doivent être distinguées à ce titre. Il faut se

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 janvier 1976, Bull. civ. I, n° 24.

² Cass. 2^e Civ., 30 mai 1956, Bull. civ. II, n° 303.

³ Sur laquelle, V. *Supra*, n° 393.

⁴ Ce qui est l'une des raisons classiques d'un refus pour la Cour d'exercer un contrôle de qualification, V. X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 2010, p. 111.

⁵ Cass. 3^e Civ., 24 novembre 1976, Bull. civ. III, n° 426 ; *adde*, sur cette question, X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, Paris, Litec, 2012, p. 21.

demander, d'une part, dans quels cas l'urgence est requise en vue de saisir le juge du provisoire, ce qui revient à en délimiter le domaine (1.). De l'autre, il faut souligner le fait que les textes exigent parfois une urgence plus ou moins pressante, ce qui revient à établir des degrés dans l'urgence (2.).

1. Le domaine de l'urgence dans la procédure sur requête

730. L'urgence, élément fondamental de la protection juridictionnelle provisoire, n'est pas uniformément exigée au sein des diverses ordonnances sur requête, ce qui conduit à rechercher un critère permettant de délimiter son domaine. Le seul critère proposé en doctrine¹ est d'ordre textuel et a le mérite de la clarté (a.) mais n'échappe pas pour autant à la critique (b.).

a. L'application du critère fondé sur la nature de l'ordonnance sur requête

731. La distinction textuelle tient à la dichotomie entre les ordonnances innommées, laissées à la discrétion du président, et les ordonnances nommées, prévues expressément par le législateur. Son application montre que l'urgence ne joue pas le même rôle dans les premières (α .) que dans les secondes (β .).

α . L'urgence dans les ordonnances sur requête innommées.

732. Au contraire des ordonnances nommées, les ordonnances innommées ne recouvrent pas un nombre limité de situations consacrées par le législateur mais correspondent à la fonction primaire de la justice du provisoire : offrir aux justiciables un accès souple à un juge de l'immédiat.

Le régime des ordonnances innommées, tel qu'il ressort du nouveau code de procédure civile, relève de deux types de dispositions : le régime général défini aux articles 493 à 498, et les dispositions situées dans la partie traitant de chaque juridiction en particulier. La condition d'urgence ne ressort nullement des dispositions générales ; l'article 493 dispose en effet que « l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement ». Il faut par suite se tourner vers les

¹ Un seul ouvrage s'est attardé sur la question à ce jour. Il s'agit de la thèse précitée de Mme Pierre-Maurice, aux pp. 141 s.

textes spéciaux, et notamment vers l'article 812¹ relatif au président du Tribunal de grande instance, qui dispose que celui-ci « peut également ordonner sur requête toutes mesures *urgentes* lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». L'urgence fait donc l'objet d'une mention indirecte mais explicite.

Le requérant en ordonnance innommée devra par conséquent justifier de l'urgence pour que sa demande soit recevable. L'urgence constitue, au même titre que les circonstances exigeant l'éviction du contradictoire, une condition d'accès au juge des requêtes. Cependant, le problème de l'établissement de l'urgence se pose différemment en matière d'ordonnances nommées.

β. L'urgence dans les ordonnances sur requête nommées.

733. Le législateur, dans une série d'hypothèses jugées par lui dignes d'intérêt, a subordonné l'accès au juge des requêtes non pas à l'appréciation faite par ce-dernier de circonstances entourant l'affaire, mais à des conditions spécifiques prévues par chaque texte en particulier. Il en résulte qu'en principe le requérant est dispensé d'apporter la preuve de l'urgence sauf dans quelques cas qui méritent qu'on s'y attarde.

734. *Le principe : la dispense de la preuve de l'urgence.* Lorsque le juge des requêtes intervient sur ordre de la loi, le principe est que le requérant se trouve dispensé d'établir les conditions des ordonnances innommées, qu'il s'agisse de l'urgence ou des circonstances exigeant que les mesures ne soient pas prises contradictoirement. Non pas que dans les situations ainsi visées il n'y ait pas urgence, celle-ci est simplement *présumée* par la loi. On peut préciser que cette solution est au demeurant conforme à l'article 17 du nouveau code, qui admet de déroger au principe de la contradiction à la fois lorsque la loi le permet et lorsque la nécessité, ici l'urgence, le commande. Il en résulte que la requête n'a pas à établir l'urgence, mais seulement la réunion des conditions qu'exige le texte visé, car « les cas nommés ne sauraient avoir d'autres justifications que la loi² ».

735. *L'exception : l'obligation de démonstration de l'urgence dans certaines ordonnances sur requête nommées.* Par dérogation à ce qui a été dit ci-dessus, certains textes érigent l'urgence en condition de leur application, ce qui rapproche le régime de l'urgence de celui des ordonnances innommées. On peut à ce titre citer trois exemples.

¹ V. également les arts. 851, 874 et 897 CPC, relatifs respectivement au Tribunal d'instance, au Tribunal de commerce et au Tribunal paritaire des baux ruraux ; il est également à noter qu'il n'existe pas de juge des requêtes devant la juridiction prud'homale, le président du TGI étant alors compétent.

² S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 208.

Les deux premiers sont issus du droit de la famille et sont relatif aux crises conjugales. Il s'agit en premier lieu de l'article 257 du Code civil et de son volet procédural, l'article 1107 du Code de procédure civile. Ce dernier, relatif à la requête en divorce, donne la possibilité au conjoint requérant de solliciter du juge aux affaires familiales des mesures d'*urgence*, et renvoie à l'article 257 précité pour la description de ces mesures. Ce dernier texte emploie également le terme « urgence » et fournit une liste des mesures envisageables¹.

736. Par ailleurs, l'article 1290 du Code de procédure civile dispose que les mesures *urgentes* visées à l'article 220-1 du Code civil peuvent être prescrites par le juge aux affaires familiales en référé et, en cas de besoin, sur requête. L'article 220-1, quant à lui, dispose que « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures *urgentes* que requièrent ces intérêts ». Le texte fournit une liste de telles mesures², dont on peut penser qu'elle n'est nullement limitative, du fait de l'emploi par le texte de l'adverbe « notamment ».

Enfin, l'article 815-6 du Code civil relatif à l'indivision, dispose que « le président du tribunal de grande instance peut prescrire ou autoriser toutes les mesures *urgentes* que requiert l'intérêt commun »³. Le texte poursuit avec une liste non limitative⁴ de mesures dont on peut par exemple citer l'octroi d'une provision destinée à « faire face aux besoins *urgents* ».

737. Au vu de ces trois textes, une série d'observations s'impose. En premier lieu, ces trois ensembles de textes ne limitent pas le juge dans le choix des mesures à adopter, la liste proposée n'étant aucunement limitative. Or, les autres cas d'ordonnances nommées ne proposent qu'une série limitée de mesures envisageables. Ensuite, leur deuxième point commun est de mettre en concurrence les procédures de référé et sur requête, cette deuxième ne s'imposant qu'en cas de circonstances exigeant l'éviction du contradictoire⁵. En effet, si l'article 1290 est le seul à aborder directement la hiérarchisation entre ces deux voies procédurales, les articles 1107 du Code de procédure civile et 815-6 du Code civil le font implicitement, en visant un juge qui peut à la fois être

¹ Liste dont on peut penser qu'elle n'est pas limitative de par l'emploi de la locution « à ce titre » par l'art. 257 C. civ.

² Prohibition de déplacer des meubles, de faire des actes de disposition sur les biens communs, ...

³ On précisera toutefois que « lorsqu'il est saisi en application des articles 815-6, 815-7, 815-9 et 815-11 du même code, ce magistrat statue en la forme des référés », V. Cass. 1^{re} Civ., 15 février 2012, n° 10-21.457, Bull. civ. I, n° 31.

⁴ L'adverbe « notamment » est encore une fois de mise.

juge des référés et juge des requêtes, à savoir respectivement le juge aux affaires familiales et le président du Tribunal de grande instance.

738. Ces deux remarques peuvent être expliquées au vu du rôle que joue la protection juridictionnelle provisoire. L'exigence d'une situation d'urgence explique le caractère non limitatif de la liste des mesures possibles proposée par les textes. La dérogation plus sévère au régime de la preuve de l'urgence en matière d'ordonnances nommées a pour contrepartie une plus grande marge de manœuvre du juge des requêtes. Celui-ci doit parer à un danger immédiat, que ce soit un comportement fautif du conjoint du requérant ou d'un coïndivisaire, ou au contraire que ce danger résulte d'un immobilisme de l'un d'eux. Le magistrat doit donc pouvoir mettre en œuvre toute mesure appropriée pour prévenir ou mettre fin à ce danger : il remplit donc bien sa fonction de protection, la protection par le provisoire. Cette souplesse d'intervention, qui rejoint celle qu'a le juge des requêtes dans le cadre des ordonnances innommées justifie que le requérant doive apporter une preuve supplémentaire, celle de l'urgence. En somme, ces trois cas d'ordonnances sur requête se situent à mi-chemin entre les ordonnances nommées et innommées, plus proches des premières par leur origine législative, et des secondes par la palette des mesures possibles et l'exigence de la preuve de l'urgence. Enfin, le fait que dans les trois cas suscités la voie sur requête soit mise en concurrence avec la procédure de référé contribue à les situer dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire, la hiérarchisation entre les deux n'affectant en rien ce caractère fondamental.

b. La critique du critère

739. La critique doit tout d'abord être positive, car le critère proposé a l'avantage de la clarté. Nul besoin de se poser d'autre question que l'origine de l'ordonnance sur requête : judiciaire, elle exige l'urgence ; légale, elle lui est indifférente. Sur le plan de l'orthodoxie juridique ensuite, la solution est en accord avec le principe *ubi lex non distinguit...* Les textes qui ne prévoient pas l'urgence au titre des conditions d'application ne doivent pas se voir rajouter l'exigence d'une telle démonstration, car ce serait aller directement contre la volonté du législateur.

740. Mais ce critère souffre également une double critique négative. En premier lieu, cette analyse duale ne fournit aucune explication sur le lien qui unit l'urgence au caractère provisoire de l'ordonnance sur requête (α). De plus, elle manque parfois de clarté, comme cela a été récemment illustré par une hésitation de la Cour de cassation quant à l'exigence de l'urgence pour l'octroi des mesures d'instruction à futur de l'article 145 du Code de procédure civile (β). C'est sur ces deux points qu'il convient à présent de s'attarder.

α . Le lien entre la condition d'urgence et la nature provisoire de l'ordonnance sur requête

741. La limitation textuelle du domaine de l'urgence impose de se détacher du provisoire au sein des ordonnances sur requête. L'application de ce critère aboutit à deux conclusions directement contradictoires. D'un côté, il est devenu classique de présenter le caractère provisoire des ordonnances sur requête comme la conséquence immédiate de l'urgence dans laquelle statue le juge des requêtes¹. De l'autre, l'exigence de la condition d'urgence est liée seulement à l'origine, légale ou jurisprudentielle, de l'ordonnance. Or, il a déjà été démontré que non seulement toutes les ordonnances sur requête ne sont pas provisoires, mais qu'en outre la nature provisoire ne situe pas toujours la ligne de démarcation tracée entre les ordonnances nommées et innommées. En d'autres termes, l'application du critère critiqué conduit à qualifier de provisoires toutes les ordonnances innommées puisque l'urgence est exigée. Réciproquement, toutes les ordonnances nommées seraient définitives, puisque indépendantes de l'existence de l'urgence. Un tel raisonnement est contestable car certaines ordonnances nommées sont provisoires par nature². Ce qui est également

¹ Y. Strickler, thèse précitée, *Introduction* p. XXI ; G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », RIDC, 1998, p. 449, *spéc.* p. 453.

² On citera à titre d'exemple les saisies conservatoires et les mesures d'instruction à futur de l'article 145.

critiquable, c'est que les mêmes auteurs qui sont à l'origine de ce critère de distinction considèrent l'ordonnance sur requête comme uniformément provisoire¹.

β. L'incertitude de la jurisprudence en matière de mesures d'instruction in futurum

742. La Cour de cassation elle-même ne mène pas toujours une politique jurisprudentielle cohérente dans le domaine de l'urgence concernant les ordonnances sur requête, preuve que même un critère d'ordre textuel n'est pas forcément le plus clair. Rappelons que l'article 145 du Code de procédure civile dispose que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de 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 ». Pourtant, la Cour a exigé, dans un arrêt remarqué en date du 7 mai 2008², que « la demande de mesures d'instruction ne peut être accueillie sur requête qu'à la double condition qu'il soit justifié de l'urgence des mesures sollicitées et de l'existence de circonstances autorisant une dérogation au principe de la contradiction ». En d'autres termes, l'arrêt fait une application conjointe à la fois de l'article 145 et de l'article 875, qui établit la compétence générale du président du Tribunal de commerce pour le prononcé d'ordonnances sur requête³. Certains auteurs, critiquant la solution retenue, sont allés jusqu'à parler de la « fin des ordonnances sur requêtes préventives probatoires »⁴, plaidant pour une application distributive plutôt que cumulative de ces deux textes. En effet, exiger l'urgence revient non seulement à ajouter à l'article 145 une condition qu'il ne contient pas, mais également à restreindre l'accès à ces mesures plébiscitées par la pratique⁵. Sensible à ce tollé doctrinal, la deuxième chambre civile est revenue sur cette solution à peine quelques mois plus tard en décidant cette fois que « l'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile »⁶.

¹ V. en particulier S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, pp. 147 s.

² Cass. 2^e Civ., 7 mai 2008, *Procédures* 2008, comm. 228 obs. R. Perrot

³ Ce texte dispose, à l'instar de l'article 812, que « le président peut ordonner sur requête, dans les limites de la compétence du tribunal, toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement »

⁴ S. Pierre-Maurice, « Vers la fin des ordonnances sur requêtes préventives probatoires ? », *D.* 2009, p. 149

⁵ V. M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de Tribunal de Grande Instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 311

⁶ Cass. 2^e Civ., 15 janv. 2009, *Procédures* 2009, comm. 72 obs. R. Perrot.

743. *Conclusion.* Deux séries de conclusions peuvent être tirées des observations qui précèdent. La première serait qu'il n'existe aucun lien entre l'urgence et le provisoire, que le second est complètement indépendant de la première. Cette conclusion ne nous semble cependant pas être la bonne, car l'urgence, c'est-à-dire le péril qui affecte les droits du requérant, est bien le fondement théorique qui postule l'existence de la protection juridictionnelle provisoire. Des raisons historiques plaident d'ailleurs pour le rattachement de l'urgence en tant que condition ou critère du provisoire¹.

744. Une seconde conclusion possible serait au contraire de considérer que, s'agissant des ordonnances nommées provisoires par nature, les conditions prévues par le législateur présupposent l'existence d'un péril, donc l'urgence. Cela se vérifie dans les deux exemples précédemment mentionnés, à savoir la saisie conservatoire et les mesures d'instruction à futur. Pour les premières, l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution exige que soit caractérisé un danger pour le recouvrement de la créance. Pour les secondes, les éléments de preuve qu'il s'agit d'établir ou de préserver sont toujours menacés de disparition, ne serait-ce que par le simple passage du temps. L'urgence est sous-jacente dans un cas comme dans l'autre. Inversement, dans les ordonnances nommées qui sont définitives et ne s'inscrivent pas dans un besoin d'intervention juridictionnelle immédiate, l'urgence n'est aucunement sous-entendue dans les conditions requises. Ainsi, nul péril ne se cache derrière la demande d'octroi de la force exécutoire au profit d'une transaction² ou pour les diverses ordonnances sur requête en la forme dont l'article 1379 du Code de procédure civile fait mention.

745. Il existe donc bien un lien entre l'urgence et le provisoire. Ce qui est provisoire n'est autre chose que la réponse juridictionnelle à ce qui est urgent, ce qui ne peut supporter l'attente d'une décision rendue au principal : nécessité fait loi en procédure comme ailleurs. Mais la nature provisoire de l'ordonnance sur requête ne pourrait pas être érigée en critère pour délimiter le domaine de l'urgence, pour deux raisons au moins. Tout d'abord, ce serait aller à l'encontre des textes, lorsque du moins aucune condition d'urgence n'est prévue, ce qui est techniquement injustifiable. Par ailleurs, ce critère se révélerait certainement très peu clair pour le praticien qui serait dans l'obligation de se poser des questions fort théoriques sur l'éventuelle qualification provisoire. Le critère textuel qui fait le départ entre ordonnances nommées et innommées doit donc être conservé mais simplement remis dans la véritable perspective du provisoire. Le domaine de l'urgence étant ainsi délimité, il est nécessaire de donner quelques précisions sur les variations de son *intensité* au sein de la procédure sur requête.

¹ V. Y. Strickler, thèse précitée, *Introduction* p. XIII ; *rappr.* L.-V. Guillaud, *De l'origine de la clameur de haro*, éd. Le Blanc-Hardel, Caen, 1872.

² Art. 1441-4 CPC.

2. Les degrés de l'urgence dans la procédure sur requête

746. L'urgence, lorsqu'elle est érigée en condition d'accès au juge des requêtes, peut être plus ou moins pressante. Des variations peuvent être observées tant en première instance que devant la Cour d'appel statuant en qualité de juge des requêtes.

747. En première instance la notion d'urgence trouve à fluctuer au sein des articles 494 et 876. Le premier de ces textes dispose en effet qu'« en cas d'urgence, la requête peut être présentée au domicile du juge ». Le second texte utilise des termes équivalents à propos du président du Tribunal de Commerce : « en cas d'urgence, la requête peut être présentée au domicile du président ou au lieu où il exerce son activité professionnelle ». Le mot *urgence* n'est ici assorti d'aucun adjectif ni d'aucune locution permettant d'en déceler le caractère accentué. Pour autant, la présentation de la requête au domicile du magistrat ou à son travail est une faveur et il est au surplus « évident qu'une telle faveur ne peut profiter à tous les requérants¹ ». Il convient donc de donner un sens différent au mot urgence tel qu'il est employé ici. Traçant un parallèle avec le référé d'heure à heure, l'on peut dire ici qu'il s'agit d'une urgence en quelque sorte extrême, tellement grave qu'elle justifierait une atteinte au repos ou à l'exercice de la profession des magistrats concernés. Sans que des statistiques précises puissent être présentées sur cette question, il semble raisonnable de penser que ces hypothèses sont en pratique rarissimes.

748. Par ailleurs, l'article 958 subordonne l'accès au juge des requêtes en appel, à savoir le premier président de la Cour d'appel, à l'existence d'un péril particulier menaçant les droits d'une partie. Ce texte dispose en effet que ce magistrat peut ordonner des « mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers ». Autrement dit, constitue une première variation du niveau d'urgence le degré de la juridiction saisie : si en première instance la simple urgence suffit, en appel l'accès au juge des requêtes est subordonné à la nécessité de sauvegarder des droits. Or le terme sauvegarder, littéralement *protéger, défendre*², s'ajoute à la condition d'urgence ; il en résulte que le requérant doit démontrer une urgence *renforcée*.

749. Cette variation s'explique par le fait que le juge d'appel reste certes un juge du provisoire, mais à ce stade de la procédure le besoin de protection immédiate n'est plus le même. En effet, l'appel dont il s'agit ici n'est pas celui porté par le requérant dont la demande primitive a été rejetée, ni celui

¹ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 224.

² V° *Sauvegarder*, dictionnaire *Le Littré* de la langue française.

qui est interjeté à la suite de l'exercice d'un référé-rétractation. Les ordonnances sur requête rendues par le premier président ont la particularité d'être toujours relatives à un litige porté au fond devant la Cour elle-même, faute de quoi la requête serait irrecevable¹. La procédure sur requête n'existe donc pas à titre autonome et se greffe sur une procédure contradictoire ordinaire. L'urgence doit être particulièrement pressante pour qu'au stade d'appel des mesures soient ordonnées à l'insu de l'adversaire. La prudence s'impose et l'urgence est appréciée de manière particulièrement sévère.

750. En somme, l'urgence est une notion fondamentale, à la fois un chef de saisine du juge des requêtes et une notion commune à l'ensemble des juridictions du provisoire. Mais ce n'est pas la seule : le juge du provisoire n'est pas seulement juge de l'urgent, il est aussi juge de l'évident.

§2. L'obligation non sérieusement contestable

751. Plus qu'un simple chef de saisine du juge des requêtes, l'absence d'une contestation sérieuse sur les droits que fait valoir le justiciable constitue un socle commun et fondamental à l'ensemble de la justice provisoire. Corollaire et conséquence de l'urgence que présente la situation soumise au magistrat, le bon droit apparent, le *fumus boni juris*, conditionne l'accès à la protection juridictionnelle provisoire.

De par l'organisation de sa juridiction, le juge du provisoire ne dispose pas des mêmes délais que le juge du fond pour mûrir sa réflexion et ordonner toutes les mesures d'instruction à même d'éclairer sa religion. Juge de l'urgent et de l'apparent², il doit statuer au vu d'un examen sommaire des faits, afin de parer au plus pressé et permettre ainsi la préservation effective des droits et des biens du demandeur. Il est par conséquent nécessaire de voir que cette apparence de bien fondé du droit est un concept qui irrigue l'ensemble de la justice provisoire (A.), tout en réservant une place à part aux procédures d'injonction (B.).

¹ V. Cass. 2^e Civ., 6 mai 1999, Bull. civ. II n° 84.

² *Rappr.* R. Martin, « Le référé, théâtre d'apparence », D. 1979, chron. p. 158.

A. L'apparence de bien fondé du droit, socle commun de la justice provisoire

752. Le droit apparent trouve son illustration la plus parlante dans la procédure de référé, qui en est le véritable berceau (1.). Son étude est un préalable nécessaire pour pouvoir établir avec précision la place du *fumus boni juris* dans la procédure sur requête (2.).

1. L'obligation non sérieusement contestable en matière de référé

753. La juridiction des référés n'a pas connu, dès le Code de procédure civile de 1806, le succès qui est le sien aujourd'hui. Tant la pratique que la doctrine ont manifesté à son égard une certaine suspicion, ce qui se traduit techniquement par l'interdiction faite au juge des référés de préjudicier au principal (a.). Plus d'un siècle et demi plus tard, le Nouveau Code de procédure civile de 1975 a pris acte de l'évolution qu'avait connue cette interdiction, la remplaçant par l'absence de contestation sérieuse, parachevant la transformation de la juridiction des référés (b.).

a. La conception classique des référés : l'interdiction de préjudicier au principal

754. Manifestant une méfiance séculaire envers une juridiction qui a pu dans ses débuts sembler être une pâle émanation du juge du fond, l'article 809 de l'ancien Code de procédure civile disposait de manière péremptoire que « les ordonnances de référé ne feront aucun préjudice au principal ». Symbolique et symptomatique, cette notion a été au fil des décennies sujette à une évolution vouée à préfigurer la justice provisoire moderne.

755. Le sens premier de la locution « préjudice au principal », tel qu'il fut considéré par le législateur de 1806 était fort différent de l'interprétation qui en a été faite au courant du XX^e siècle. Le mot *préjudice* avait été employé dans son sens étymologique, du latin *prejudicium*, c'est-à-dire « un jugement qui précède un autre jugement, un préjugé »¹. Quant au terme « principal », il désignait l'instance portée devant le juge du fond. Par suite, le référé était impossible lorsqu'une instance était déjà engagée devant le tribunal. Selon le mot d'un auteur, « ce principe avait donné naissance à

¹ V. F. Horlaville, *La notion de préjudice au principal en matière de référé. Les principes et leur application au contentieux provisoire de l'exécution*, thèse dactyl. dir. H. Solus, Paris, 1948, p. 17-18.

l'axiome : principal saisi, référé non recevable »¹. Une telle définition met en lumière une conception particulière de la justice du provisoire, celle d'évitement des litiges plus que l'idée de protection. En effet, par une séparation structurelle des instances au fond et en référé, cette interprétation obligeait les plaideurs à choisir l'une ou l'autre voie pour obtenir satisfaction, sans pouvoir opérer de cumul susceptible d'encombrer les rôles. Ce résultat n'était autre que le souhait que Réal avait exprimé devant le Corps législatif en 1805 lorsqu'il espérait voir des magistrats « exerçant ces augustes et paternelles fonctions [anéantir] par des jugements provisoires rendus en leur hôtel plus de procès qu'ils n'en avaient terminés par les jugements définitifs rendus le même jour à l'audience du matin »². L'essentiel était bien entendu que le juge du provisoire soit cantonné dans son domaine et ne puisse être saisi si une instance avait déjà été introduite devant le juge du fond. Cette idée de la justice provisoire était cependant appelée à lentement évoluer, d'abord dans la notion même de préjudice au principal, puis par le remplacement de celle-ci par la condition d'absence de contestation sérieuse.

756. Suivant un courant doctrinal en pleine expansion, la Cour de cassation opéra en 1910³ un revirement quant à son interprétation du préjudice au principal. Le sens nouveau donné à l'expression voulait que le *principal* signifie le fond du litige. Ainsi, l'on a pu dire que la mission du juge des référés était de « créer une situation équitable et acceptable pour les intéressés, *sans se prononcer sur les droits* qui leur appartiennent réellement »⁴. De la fonction première d'évitement des litiges *via* un cloisonnement hermétique des instances la procédure de référé est donc passée à une fonction de médiation, de *pondération des intérêts* pour reprendre l'expression de M. J. VAN COMPERNOLLE⁵. Cette interprétation de la notion de principal, au demeurant conforme à l'idée de protection que doit offrir la juridiction du provisoire, voit cependant restreints à l'excès les pouvoirs de cette dernière en la privant de la faculté d'apprécier la validité des droits qui forment l'objet du litige. On a pu ainsi parler, à propos d'ordonnances de référé, de « jugements sans dire droit »⁶. A ce stade, la réforme du code de procédure civile opéra une mutation importante de la notion de *fumus boni juris* en référé.

¹ Ibid.

² Réal, cité par Locré *in Esprit du Code de procédure civile*, 1827, t. III, p. 412, Législation Civile de la France, t. XXII, p. 501.

³ Cass. Civ. 4 mai 1910, DP 1910, 1, p. 385.

⁴ M. Francès, *Essai sur la notion d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé*, thèse Toulouse, 1935, p. 49.

⁵ J. Van Compernelle, «Vers une nouvelle définition de l'office de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts», in *Mélanges Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 502.

⁶ V° *Référé*, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile* par Rousseau et Laisney, 2^e édition, 1886.

b. De l'interdiction de préjudicier au principal à l'absence de contestation sérieuse

757. Avec la réforme du code de procédure civile par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, l'interdiction de préjudicier au principal fut remplacée par la condition d'absence de contestation sérieuse. L'article 808 du Code de procédure civile dispose en effet que le président peut ordonner en référé toutes les mesures « qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Allant plus loin encore, l'article 809 alinéa 2 dispose que dans les cas où « l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge peut accorder une provision au créancier ». Une telle métamorphose a été commandée non seulement par l'évolution des textes, mais surtout par celle de la société et par les procès nouveaux qui l'ont accompagné. M. PERROT a pu très justement dire à ce propos que « la masse contentieuse n'a pas seulement augmenté quantitativement : elle s'est aussi modifiée qualitativement. [...] De nos jours, [...] on plaide sur des réparations d'accidents, sur des indemnités de licenciement, sur des gardes d'enfants ou des pensions alimentaires, c'est-à-dire sur des questions qui ne peuvent pas supporter le moindre retard »¹. Ce changement de vocable et d'époque allait provoquer le dépassement, voire le détournement de la notion de contestation sérieuse, pour un véritable épanouissement du référé en particulier et des procédures rapides en général.

758. La conséquence majeure d'un tel changement a été la possibilité pour le juge des référés d'appréhender plus en avant le fond du droit. En effet, si l'interdiction de préjudicier au principal l'empêchait de prononcer des mesures qui traduisaient une appréciation de l'existence et de la validité des droits qui lui étaient soumis, l'exigence de l'absence d'une contestation sérieuse l'amène plutôt à ne pas prendre de décision différente de celle qu'aurait pris le juge du fond dans les mêmes circonstances. Autrement dit, la véritable contestation sérieuse est celle qui risque de prospérer lors d'un recours ultérieur au juge du fond. Il y aurait donc « contestation sérieuse si l'un des moyens de défense opposés à la prétention n'était pas manifestement voué à l'échec, s'il existait une *incertitude raisonnable* sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond »². Le juge du provisoire se voit donc doté de la possibilité de dire le droit et la limite de ses pouvoirs ne se trouve pas tant dans le sérieux ou non des moyens de défense soulevés, mais sur leur chance de succès devant le juge du fond, autrement dit de la probabilité pour les mesures provisoires prononcées d'être ultérieurement entérinées par une décision définitive. Cette position du législateur et de la jurisprudence a eu pour

¹ R. Perrot, « L'évolution du référé » in Mélanges Pierre Hébraud, Dalloz, 1981, p. 645, spéc. p. 646.

² J. Normand, « Les fonctions des référés » in J. Van Compernelle et G. Tarzia (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruylant, 1998, p. 73, spéc. p. 82 ; Y. Strickler, thèse précitée, pp. 95 s.

effet de mettre le référé-provision hors du cadre de la stricte fonction de protection de la justice provisoire, pour en faire une véritable voie d'évitement des litiges au fond¹.

2. Le droit apparent en tant que chef de saisine du juge des requêtes

759. Il faut préciser d'emblée que les développements qui vont suivre ne concernent pas les procédures d'injonction, qui seront examinées plus loin². La problématique du droit apparent en tant que chef de saisine du juge des requêtes suscite deux types d'interrogations. D'une part, il est nécessaire de déterminer si, à l'instar de l'urgence, l'évidence du droit invoqué est liée à la nature provisoire des ordonnances sur requête (a.). La réponse négative à cette première question amène à reconsidérer le rôle du juge des requêtes dans la protection juridictionnelle provisoire dans son ensemble (b.).

a. L'application des critères du provisoire à l'obligation apparente

760. Contrairement à la procédure de référé dont l'analyse vient d'être faite, le régime des diverses ordonnances sur requête en droit positif est pauvre en indications concernant le bon droit apparent en tant que condition d'accès au juge des requêtes. A ce jour, une seule ordonnance nommée fait mention d'une exigence d'apparence de bien fondé : la saisie conservatoire des créances issue de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Ce texte dispose en effet que « toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur ». Le requérant devra donc justifier auprès du juge de l'exécution un *principe de créance*, autrement dit produire des propositions de preuve qui rendent celle-ci au moins vraisemblable. Au vu de ce seul exemple il serait tentant de conclure que le *fumus boni juris* est à exclure des chefs de saisine du juge des requêtes. Cependant, l'objet de la présente étude est plus ample qu'un simple recensement des ordonnances sur requête existant en droit positif, par essence évolutif. La question théorique qu'il est nécessaire de résoudre doit être comprise plus largement : l'apparent est-il, en matière d'ordonnances sur requête, un critère du provisoire de la même manière que pour les ordonnances de référé ?

¹ Même si les mesures anticipatoires ne sont pas par principe étrangères à la protection juridictionnelle provisoire, V. *Infra*, n°s 971 s.

² V. *Infra*, n°s 765 s.

761. Il a déjà été vu que les ordonnances sur requête véritablement provisoires sont de deux sortes. Il s'agit en premier lieu de toutes les ordonnances innommées, c'est-à-dire celles auxquelles renvoie notamment l'article 812 alinéa 2 par l'expression « toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». En second lieu il s'agit des ordonnances nommées, celles qui sont spécifiées « par la loi » au sens du même texte, et qui répondent aux critères du provisoire par nature précédemment dégagés. Il s'agit, en droit positif au jour de la présente étude, des saisies conservatoires de créance de l'article L. 511-1 du Code de procédure civiles d'exécution, des mesures d'instruction à futur de l'article 145 du Code de procédure civile et des diverses saisies conservatoires portant sur les œuvres de l'esprit réglementées par le Code de propriété intellectuelle. La vérification du critère relatif au provisoire est alors facile à opérer. Si les ordonnances précitées s'appuient, même indirectement sur la bonne apparence du droit, alors le critère pourra être considéré comme théoriquement fondé.

762. Or, seule la saisie conservatoire fait mention d'un droit apparent, d'un *principe de créance*. Les ordonnances innommées, qui s'appuient à la fois sur le texte de l'article 493 et sur celui de l'article 812 alinéa 2, ne s'appuient aucunement sur le *fumus boni juris* pour conditionner l'accès au juge des requêtes. Plus encore, les mesures d'instruction à futur vont à l'encontre de l'appréciation d'un bon droit apparent, puisqu'il est interdit, pour leur octroi, de tenir compte des chances de succès d'un éventuel procès futur en vue duquel la conservation des preuves est sollicitée¹. A première vue donc, il n'existe aucun lien entre la nature provisoire des ordonnances considérées et l'exigence d'un droit apparent. Les conséquences de cette proposition quant aux ordonnances provisoires par nature doivent cependant être nuancées.

b. Pour une nouvelle conception du droit apparent au sein de la procédure sur requête

763. L'absence de condition de droit apparent au regard des ordonnances sur requête provisoires peut conduire à deux séries de conclusions. La première serait d'en inférer que le juge des requêtes, au contraire du juge des référés, n'est pas un juge de l'évident, exception faite de certains textes particuliers telles les saisies conservatoires ou les injonctions de payer. Ceci serait quelque peu surprenant tant les deux procédures sont proches dans leur rôle de protection juridictionnelle provisoire. La deuxième conclusion possible serait que l'apparence joue bien un rôle en matière d'ordonnances sur requête, mais que sa définition doit être revisitée.

¹ Cass. 2^e Civ., 8 juin 2000, Bull Civ. II, n° 97.

Deux raisons au moins plaident en faveur de la seconde proposition. La première est que l'apparence en référé se réduit aujourd'hui à l'absence de contestation sérieuse qui est définie comme l'absence d'argumentation pouvant prospérer devant le juge du principal si celui-ci devait être saisi¹. Autrement dit, le juge des référés apprécie sans le dire le droit substantiel comme le ferait le juge du fond. La décision provisoire suivrait le même schéma décisionnel que le jugement au principal à cette exception près qu'il lui manque « quelque chose » pour devenir définitive. Ce « quelque chose », dans la doctrine processualiste classique, n'est autre que la limitation que subit le juge du provisoire au regard de ses pouvoirs juridictionnels. Cette conception a déjà fait l'objet de critiques au sein de la présente recherche². Sa fausseté a été démontrée, car la juridiction du provisoire n'est pas une juridiction amputée d'un élément essentiel qui serait réservé au juge du définitif. C'est une juridiction complète, mais qui applique des règles de nature purement procédurale ne lui permettant de prononcer que des *mesures* sans lien direct avec le droit substantiel invoqué. En d'autres termes, si l'on suit jusqu'au bout cette logique du provisoire, un droit apparent ne peut être celui que reconnaîtrait le juge du fond... simplement parce que le juge du fond n'applique pas la même règle de droit et n'apprécie que l'existence ou l'étendue du droit substantiel.

La conséquence de ce qui précède est que le droit apparent ne peut être celui que ne nierait pas le juge du principal. Le droit apparent, devant le juge du provisoire, ne peut qu'être celui qui n'est pas manifestement infondé, celui qui a au moins une apparence formelle de régularité. Il est vrai que dans le cas très particulier du référé-provision, qui a été antérieurement discuté³, cela exige *de facto* une appréciation identique de la part du juge du provisoire que celle qu'en ferait le juge du principal, mais cela ne change rien sur le plan de la théorie.

764. Il existe une seconde raison de retenir cette conception du droit apparent pour les ordonnances sur requête en particulier. Elle est que la procédure sur requête est par essence dénuée de contradictoire et le juge ne peut statuer qu'au vu des pièces fournies à l'appui de la requête, en ayant parfois entendu l'avocat du requérant pour des explications complémentaires. Aucun défendeur n'étant présent pour contredire la véracité des éléments de preuve ou la justesse des moyens invoqués, le juge des requêtes doit se contenter d'un examen formel de la demande⁴. Outre une pure appréciation d'opportunité, seule une irrégularité flagrante conduirait au rejet de la requête. En ce sens, la juridiction des requêtes est *toujours* une juridiction de l'apparence, du fait même de

¹ V. *Supra*, n° 760.

² V. *Supra*, n° 206.

³ V. *Supra*, n° 398.

⁴ Il faut de plus mentionner cette pratique contestable qui voudrait que nombre d'avocats déposent en même temps que la requête une ordonnance préremplie que le magistrat n'aurait plus qu'à signer ; pour un exemple d'ordonnance adoptant les motifs de la requête par simple signature en bas de celle-ci, V. Cass. 2^e Civ., 6 mai 1999, JCP 1999, IV, 2153.

l'absence de contradiction, et ce indépendamment de la nature provisoire ou non de l'ordonnance. *A fortiori*, les ordonnances provisoires sont donc nécessairement rendues sur le fondement d'une apparence de bon droit. Mais ceci est au prix d'une redéfinition de l'apparence telle qu'elle prévaut dans la procédure des référés car pour les ordonnances sur requête il ne peut s'agir de l'absence de contestation sérieuse mais d'une *régularité formelle* de la demande.

B. Le cas particulier des procédures d'injonction

765. Au sein des développements relatifs à l'apparence de bien-fondé de la demande, une place à part doit être faite aux procédures d'injonction. Il en existe deux variantes, l'injonction de payer¹ et l'injonction de faire, régies par les règles issues respectivement du décret n° 81-500 du 12 mai 1981 et du décret 88-209 du 4 mars 1988. Animées d'une philosophie particulière visant à l'évacuation rapide de petits litiges, elles reposent entièrement sur une appréciation sommaire de la demande. Tant l'article 1409 relatif à l'injonction de payer que l'article 1425-4 pour l'injonction de faire disposent que si la demande lui « paraît fondée en tout ou partie, le juge rend une ordonnance » enjoignant de faire ou de payer. Selon le mot d'un auteur, « le domaine de l'injonction de faire à vocation à être celui de l'imparable, en ce sens que le juge ne doit pas avoir à élaborer de raisonnement ou à échafauder d'hypothèses »² pour accueillir la demande qui lui est soumise. Cette appréciation *prima facie*³ est confortée par le domaine de l'injonction, qui n'inclut que des obligations difficilement contestables. Concernant l'injonction de payer, l'engagement du débiteur doit être contractuel ou statutaire⁴, ou encore résulter d'un titre cambiaire⁵. Quant à l'injonction de faire, l'obligation doit être issue d'un contrat conclu entre « des personnes n'ayant pas toutes qualité de commerçant »⁶. Les spécificités de ces deux procédures conduisent à écarter l'ensemble des qualifications possibles au regard du provisoire (1.), et doivent être considérées comme un mode *sui generis* de liaison du contentieux au moyen d'une requête unilatérale (2.).

¹ Qui se décline elle-même en une injonction de droit interne et une injonction de payer européenne, issue du règlement CE n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 et insérée dans une section II, après l'article 1424 du Code de procédure civile, par le décret n° 2008-1346 du 17 décembre 2008, V. E. Guinchard, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », RTD. Com. 2008 p. 465.

² P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Litec, 2^e édition, 1998, n° 426.

³ V. Christianos, « Injonction de faire et protection judiciaire du consommateur », D. 1990, p. 91.

⁴ Art. 1405, 1° CPC.

⁵ Art. 1405, 2° CPC.

⁶ Art. 1425-1 ; il faut comprendre, par cette expression quelque peu maladroite, que sont visés les contrats de consommation, V. C. Brahic-Lambrey, « Injonction de faire », Rép. Proc. Civ. 2013, n°s 9 s.

1. Les procédures d'injonction au regard des théories du provisoire

766. Dans la recherche d'une possible qualification pour les procédures d'injonction, il est nécessaire de les confronter aux modèles précédemment formulés, à savoir les décisions provisoires par nature (a.), et les décisions définitives, qu'elles soient ou non provisoires par objet (b.).

a. Les procédures d'injonction et la décision provisoire par nature

767. Au sein de la *summa divisio* du provisoire qui a servi à qualifier les ordonnances sur requête pour déterminer celles qui sont véritablement provisoires et relèvent à ce titre des articles 493 et suivants, deux critères ont été mis en avant¹. Le premier est de nature matérielle : la mesure provisoire par nature est celle dont l'objet est de protéger un droit menacé par un péril qui ne peut attendre l'intervention du juge du principal. Le second critère est structurel et son application conduit à qualifier de provisoire par nature la mesure qui ne conduit jamais à la satisfaction immédiate du requérant par une réalisation directe du droit substantiel invoqué.

768. C'est précisément au regard de ce double critère que la qualification de mesure provisoire par nature doit être écartée pour les ordonnances portant injonction de payer et de faire. Sur le plan matériel, les procédures d'injonction ne visent pas à protéger un droit qui ne saurait attendre que le juge du principal statue sur sa validité et son étendue. La simplicité et la rapidité qui prévalent en droit positif participent de la volonté du législateur moderne de mettre à contribution le modèle des procédures rapides pour terminer à titre définitif un grand nombre de litiges qui autrement encombreraient le rôle des juridictions de fond. De ce point de vue les procédures d'injonction s'inscrivent dans la même politique juridique que celle qui a conduit à la création de référés et de requêtes en la forme.

769. Par ailleurs, sur le plan structurel, les ordonnances d'injonction réalisent directement le droit substantiel, dont elles sont le pendant procédural, conduisant ainsi à la satisfaction directe du requérant. Il ne s'agit nullement d'organiser une attente qui permettrait de s'accommoder de la durée d'un procès au fond mais d'obtenir un titre exécutoire rapidement et à moindre frais. L'application de ce second critère conduit encore une fois à écarter la qualification de mesure

¹ V. *Supra*, n°s 414 s.

provisoire par nature. Il faut donc confronter les procédures d'injonction aux critères de l'ordonnance sur requête définitive.

b. Les procédures d'injonction : l'ordonnance sur requête non provisoire

770. Il existe deux sortes d'ordonnances sur requête non provisoires. Il peut s'agir soit d'une mesure gracieuse au sens de l'article 25 du Code de procédure civile, soit d'une ordonnance sur requête en la forme. La première de ces qualifications est envisageable lorsqu'« en l'absence de litige [le juge] est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle »¹. L'application des critères textuels à l'ordonnance sur requête a permis de dégager deux hypothèses d'intervention du juge des requêtes en matière gracieuse. Il peut s'agir soit d'un changement de statut personnel du requérant, soit de l'octroi de l'efficacité juridique à un acte de volonté individuelle privé d'effet par une intervention du législateur². Il est bien entendu que les ordonnances d'injonction ne relèvent aucunement de l'une comme de l'autre de ces deux situations et la qualification gracieuse doit donc être écartée.

771. Les qualifications de décision gracieuse et de mesure provisoire par nature ayant été écartées, il ne reste plus qu'un seul type d'ordonnances sur requête envisageable : les ordonnances sur requête en la forme³. C'est une qualification générale et résiduelle, dont il est parfois difficile de cerner exactement le domaine et qui sera vraisemblablement amenée à s'étoffer à l'avenir⁴. Techniquement, ces ordonnances sont à la fois contentieuses et définitives. A première vue, les procédures d'injonction s'identifient parfaitement aux ordonnances en la forme car elles sont le fruit d'un emprunt à la procédure unilatérale, qui est détournée de son but pour permettre l'évacuation rapide de petits litiges de la consommation. Cependant, l'analogie trouve rapidement ses limites car si la demande d'injonction est bien introduite par une requête et comporte une première phase unilatérale, il existe avec la procédure sur requête des différences structurelles qui empêchent toute assimilation. Trois d'entre elles sont particulièrement parlantes à cet égard.

¹ Art. 25 CPC, précité.

² V. *Supra*, n° 38.

³ *Rappr.* Y. Strickler et M. Foulon, «Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ?», *Gaz. Pal.* 08 décembre 2012, p. 10, qui explorent d'autres possibilités, et notamment celle selon la requête pourrait être une simple demande. Leur conclusion rejoint cependant la nôtre en ce que la requête est, dans le cadre des procédures d'injonction, un mode de liaison du contentieux.

⁴ Il est permis de le penser au vu du succès que rencontrent les référés et les requêtes *en la forme* auprès du législateur actuel, V. Y. Strickler et M. Foulon, «De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC», *D.* 2009, p. 2963.

772. Premièrement, le rejet de la requête est sans recours pour le créancier, qui ne peut dès lors que se tourner vers la procédure de droit commun¹, alors que les ordonnances sur requête en la forme sont susceptibles d'appel en cas de rejet, en application de l'article 496. De plus, dans le cas où le juge de l'injonction n'estimerait la demande fondée qu'en partie et que le requérant décide de mener la procédure jusqu'à son terme en signifiant la décision au débiteur, tout recours pour les montants non retenus par le juge serait fermé². Enfin, c'est l'issue de la procédure qui marque un départ radical avec le général des ordonnances sur requête. Une fois l'ordonnance portant injonction de payer³, deux dénouements sont en effet possibles.

Soit le débiteur reste passif et ne forme pas opposition dans le délai d'un mois qui lui est accordé pour ce faire, ce qui est probable tant de nos jours « l'institution de la justice intimide les profanes »⁴. Dans ce cas, le créancier peut demander sans forme au greffe d'apposer la formule exécutoire sur l'ordonnance. Si cette faculté n'est pas surprenante en soi, ce qui l'est davantage c'est que dans ce cas « l'ordonnance produit tous les effets d'un jugement contradictoire [et] n'est pas susceptible d'appel même si elle accorde des délais de paiement »⁵. L'ordonnance est de plus revêtue de l'autorité de la chose jugée au principal⁶, même si certains soulignent la difficulté de cerner exactement ce qui a été « jugé » étant donné que le juge de l'injonction n'est soumis à aucune obligation de motiver l'ordonnance⁷. Soit, si le débiteur forme opposition dans le délai imparti, l'instance n'est pas portée devant le juge de l'injonction, comme le voudraient les règles relatives au référé-rétractation, mais devant la juridiction de fond compétente⁸ : les attributions présidentielles s'arrêtent à la phase non contradictoire de la procédure. Cette méthode a l'inconvénient de conduire parfois à un morcellement du procès car l'instance au fond échappera au Tribunal d'Instance si le montant en litige dépasse son taux de compétence, actuellement fixé à 10000 euros⁹.

773. Il est aisé de voir, au vu de ce qui vient d'être dit, que les ordonnances d'injonction s'éloignent sensiblement des ordonnances sur requête en la forme. Ces dernières, en effet, suivent parfaitement le régime des articles 493 et suivants même si le caractère provisoire leur fait défaut. Les procédures

¹ Art. 1409 al. 2 CPC.

² Art. 1409 al. 3 CPC.

³ Ce mécanisme n'est pas applicable à l'injonction de faire puisqu'à défaut d'exécution par le débiteur de l'obligation litigieuse, l'affaire vient à l'audience devant le juge du fond à une date fixée dans l'ordonnance elle-même en application de l'art. 1425-4 CPC.

⁴ C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, p. 563.

⁵ Art. 1422 CPC.

⁶ Cass. 2^e Civ., 24 mai 1978, Bull. civ. II, n° 140 et Cass. 2^e Civ., 29 mai 1979, Bull. civ. II, n° 167.

⁷ C. Debouy, « Chroniques », *Justices*, n° 4, juill.-déc. 1996, p. 258.

⁸ V. les articles 1415 à 1417 CPC.

⁹ Cass. 2^e Civ., 17 juin 1987, Bull. civ. II, n° 134 ; Limoges, 16 janv. 1991, D. 1992, somm. 124 obs. P. Julien.

d'injonction ne sont somme toute qu'un emprunt très relatif à la voie sur requête et une qualification nouvelle doit alors être envisagée.

2. Les procédures d'injonction : un mode *sui generis* de liaison du contentieux

774. Le travail de qualification consistant à ranger un certain nombre de concepts au sein de catégories préexistantes, il faut avant tout se garder de forcer les notions abordées et leur prêter une nature qui n'est pas la leur. Dans le cas présent, ni l'objet ni le régime des ordonnances d'injonction ne permet de leur attribuer une qualification satisfaisante au regard des catégories que cette recherche a précédemment défini et qui pourtant se sont jusqu'ici montrées capables de classer les ordonnances sur requête dans toute leur diversité. Deux solutions peuvent alors être envisageables. Soit une qualification *sui generis* est retenue, rajoutant encore un type d'ordonnance à la typologie déjà dressée. Soit, inversement, la qualification d'ordonnance sur requête doit être écartée purement et simplement, ce qui obligerait à rechercher une autre classification des procédures d'injonction.

775. A notre sens, la première proposition ne peut être retenue pour une raison à la fois matérielle et structurelle. La raison en est que toute procédure introduite par une requête et qui débouche sur une ordonnance n'est pas nécessairement une ordonnance sur requête au sens matériel de ce terme¹. Or, si les demandes d'injonction sont bien introduites par voie de requête, elles ne demeurent jamais sous forme d'ordonnance, quelle que soit l'issue de la procédure. L'éviction du contradictoire sert avant tout à conférer à la décision unilatérale un fort caractère comminatoire et fait le pari avoué que le débiteur de mauvaise foi n'osera pas se dresser contre une décision revêtue de l'autorité de la justice. Que ce pari s'avère ou non payant, la décision du juge de l'injonction ne demeure pas sous forme d'ordonnance au sens strict, ni *a fortiori* sous forme d'ordonnance *sur requête*. Si le débiteur s'incline et s'exécute, l'ordonnance d'injonction de payer produit tous les effets d'un jugement contradictoire, c'est-à-dire celui rendu lorsque « les parties comparaissent, personnellement ou par mandataire »². En d'autres termes, le droit positif a recours à une fiction juridique qui assimile une décision unilatérale à un jugement sur le fond ordinaire soumis au principe du contradictoire. Bien des critiques pourraient sans doute être formulées contre cette solution sur le plan de l'orthodoxie de la procédure, mais elles seraient sans propos ici. Notre propos est plutôt

¹ Nous visons, sous le terme *ordonnance sur requête*, toute décision, provisoire comme définitive, obéissant au régime des articles 493 et suivants.

² Art. 467 CPC.

de souligner le fait que l'ordonnance, unilatérale au moment de son prononcé, se morphe en un véritable jugement au fond par le simple passage du temps – il suffit de laisser s'écouler le délai d'un mois laissé au débiteur pour former opposition. Lorsqu'en revanche le débiteur exerce son droit de contester l'ordonnance, l'injonction de payer débouche sur une procédure ordinaire pour laquelle elle n'aura servi que d'acte introductif.

776. Ce trait est encore plus marqué dans la procédure d'injonction de faire. Dans ce dernier cas le juge ne se contente pas d'enjoindre au débiteur l'exécution d'une prestation, mais fixe directement dans l'ordonnance les « lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée »¹. Si le débiteur s'incline et que « l'injonction de faire [est] exécutée dans les délais impartis, [...] l'affaire est retirée du rôle ». Sur le plan technique, l'instance s'éteint par disparition de son objet. Dans le cas contraire, lorsque le destinataire de l'injonction refuse d'obtempérer, l'instance a lieu selon le droit commun de la procédure au fond, devant la juridiction matériellement compétente pour connaître de la demande². L'ordonnance portant injonction de faire n'a donc pas d'existence de manière autonome, elle n'existe que dans la perspective de l'instance qu'elle introduit. Son exécution dépend entièrement de l'effet qu'elle produira sur le débiteur, qui est susceptible de se croire d'ores et déjà condamné à titre définitif. Mais il est particulièrement important de souligner que l'injonction de faire, pas plus que l'injonction de payer, n'est une véritable ordonnance sur requête au sens matériel. Certains auteurs ont ainsi pu parler à ce sujet de « citation-sommation »³ ou encore de « notification avec effet interruptif de prescription et mise en demeure »⁴. En somme, la qualification d'ordonnance sur requête *sui generis* ne peut être retenue pour les procédures d'injonction et une autre solution conceptuelle doit être recherchée.

777. A bien y regarder, la plus grande difficulté rencontrée dans la démarche de classification entreprise jusqu'ici est que les ordonnances d'injonction ne constituent pas des éléments statiques et figés dont la nature peut être cristallisée. Il s'agit plutôt d'une démarche évolutive qui implique une succession logique d'étapes menant à une issue juridictionnelle : l'injonction est un « processus »⁵. Ce processus n'est autre chose que la naissance d'un contentieux, ou plutôt sa liaison, qu'un auteur définit comme « la dynamique qui pousse la contestation vers sa solution juridictionnelle »⁶. La liaison du contentieux représente donc le passage du conflit d'intérêts

¹ Art. 1425-4 CPC.

² Art. 1425-8 CPC.

³ V. Blum, « Du nouveau au tribunal d'instance », *Gaz. Pal.* 1988.1, doct. 255, spéc. p. 256 ; il est à noter que depuis le décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012, la procédure d'injonction de payer relève du TGI lorsque le montant en litige dépasse le taux de compétence du TI.

⁴ E. Frank, « L'injonction de faire, décret du 4 mars 1988 », *Administrer*, juillet 1989, p. 2 et s.

⁵ V. l'étude de C. Brahic-Lambrey, *L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003.

⁶ J. Jugault, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, thèse Rennes, 1960.

extrajudiciaire à la prétention formulée juridiquement devant un juge et susceptible comme telle de recevoir une réponse juridictionnelle. Les procédures d'injonction répondent indéniablement à cette définition. Mais dans la mesure où il ne s'agit d'aucun autre mode d'introduction de l'instance à proprement parler, la qualification *sui generis* doit être retenue. En conclusion, le placement des procédures d'injonction parmi la vaste palette des ordonnances sur requête s'est révélé impossible tout simplement parce que ces décisions particulières ne sont pas des ordonnances sur requête au sens matériel. Elles sont en revanche les instruments d'un mode *sui generis* de liaison du contentieux, qui vise par son efficacité et sa rapidité à l'évacuation du plus grand nombre de petits litiges.

778. **Conclusion de la section I.** L'urgence et l'obligation évidente sont incontestablement les piliers de la juridiction du provisoire. Il n'est dès lors pas étonnant de constater que ces chefs de saisine sont communs au juge des référés et au juge des requêtes, car leur rôle est très similaire. Les différences les plus sensibles entre ces procédures voisines sont le résultat du caractère unilatéral et dérogoire de l'ordonnance sur requête, sur lequel il convient à présent de s'attarder.

Section II. Les conditions d'intervention propres à la procédure sur requête

779. Le rapprochement qui a été jusqu'ici fait avec la procédure des référés trouve ses limites dans les conditions d'accès au juge des requêtes qui font toute sa spécificité. Ces chefs de saisine particuliers sont directement énumérés dans l'article 812 qui dispose dans ses deux premiers alinéas respectivement que « le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi » et qu' « il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». Textuellement, deux chefs de saisine sont amenés à coexister : la nécessité d'évincer le contradictoire et l'obligation légale. Toutefois, seul le premier d'entre eux fera l'objet d'une étude dans la présente section. L'obligation légale en tant que chef de saisine n'aurait en effet pu être envisagée dans ces lignes que sous deux aspects, textuel et catégoriel. Analyser les ordonnances nommées sous l'angle textuel reviendrait à faire le détail des conditions d'application de chaque texte, ce qui n'est ni l'objet, ni l'ambition de notre recherche. Faire une analyse catégorielle serait s'attacher à ranger les diverses ordonnances nommées au sein de groupes unis par un trait commun. Or, en matière de provisoire, ce travail a déjà été fait pour appuyer la *summa divisio* entre les mesures provisoires par nature et celles provisoires par objet¹.

¹ V. *Supra*, n°s 53 s.

Trois catégories ont été dégagées, sur lesquelles il serait sans objet de revenir ici : les ordonnances provisoires, les ordonnances gracieuse et les ordonnances sur requête en la forme. Par conséquent, seule l'éviction du contradictoire, qui constitue le véritable départ entre les référés et la requête, sera examiné en tant que chef de saisine autonome, d'une part quant à sa portée (§1), de l'autre quant à sa typologie (§2).

§1. La portée de l'éviction du contradictoire dans la procédure sur requête

780. A l'instar de ce qui a été dit à propos de l'urgence¹, l'exigence de la preuve des circonstances rendant nécessaire l'éviction du contradictoire n'est pas uniforme au sein des ordonnances sur requête, ce qui rend nécessaire une délimitation de son domaine (A.). Par ailleurs, le caractère unilatéral étant un trait commun à toutes les ordonnances sur requête, il s'agit de déterminer l'influence qu'il exerce sur celles qui sont véritablement provisoires (B.).

A. Le domaine de l'exigence probatoire de circonstances rendant nécessaires la procédure unilatérale

781. Si la question du domaine d'application doit être posée concernant l'éviction du contradictoire dans les ordonnances sur requête, du moins au niveau probatoire, c'est qu'elle n'est pas uniformément exigée. La raison en est que dans les ordonnances innommées, la nécessité d'une procédure unilatérale est toujours une exigence conditionnant l'accès au juge des requêtes (1.). Au contraire, s'agissant des ordonnances nommées, prévues expressément par la loi, le requérant est en principe dispensé d'apporter la preuve des circonstances exigeant que soit écarté le principe du contradictoire (2.)

1. Les ordonnances innommées

¹ V. *Supra*, n°s 708 s.

782. Pour comprendre la charge probatoire de la nécessité d'évincer le contradictoire dans les ordonnances inconnues, il faut souligner le lien fondamental qui unit l'article 812 du Code de procédure civile à l'article 17 du même code. Le premier de ces textes dispose dans ses alinéas un et deux que « le président du tribunal est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi [et] peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». L'article 17 dispose quant à lui que « lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief ». Si la mention relative aux voies de recours a fait par ailleurs l'objet de développements¹, elle est sans intérêt ici. En revanche, c'est l'articulation que fait l'article 17 entre les termes *loi* et *nécessité* qui doit retenir l'attention. La rédaction de texte suggère que le principe du contradictoire peut être évincé dans deux hypothèses distinctes : soit lorsque la loi le prévoit, soit lorsque la nécessité oblige à recourir à une procédure unilatérale². La nécessité est un *besoin impérieux, un état de contrainte*³. En procédure comme ailleurs, l'adage populaire *nécessité fait loi*, doit s'appliquer. C'est donc lorsqu'aucune autre voie procédurale n'est disponible, et qu'aucune disposition légale ne le prévoit, que l'ordonnance sur requête doit être permise.

783. L'étude des chefs de saisine communs au juge des référés et au juge des requêtes⁴ a permis de souligner la grande proximité de ces procédures dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire. Hors les hypothèses d'ordonnances nommées, l'ordonnance sur requête se trouve par hypothèse toujours dans une situation de concours avec la procédure des référés. Un justiciable dont les droits sont mis en péril, en cas d'urgence, est susceptible d'invoquer à la fois les articles 808 et 809, mais aussi l'article 812 alinéa 2. Les termes essentiels conditionnant l'accès à la justice du provisoire sont des concepts-cadres⁵ donnant de la souplesse au juge. Partant, leur interprétation met en évidence la possibilité d'une saisine alternative soit du juge des référés, soit celui des requêtes.

784. L'article 17 comprend donc deux propositions pour hiérarchiser l'intervention juridictionnelle dans ce cas. Soit le recours à la procédure unilatérale est prévu par la loi et la nécessité est indifférente : c'est le cas s'agissant des ordonnances nommées, qui bénéficient d'une dispense de

¹ V. *Supra*, n°s 331.

² V. également P. Julien, «Ce que la raison ou la nécessité commandent (à partir des articles 17 et 462 du NCPC)», in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges Normand*, Paris, Litec, 2003, 241.

³ V° *Nécessité*, Dictionnaire Le Robert de la langue française.

⁴ V. *Supra*, n°s 707 s.

⁵ V. concernant l'urgence, V. *Supra*, n°s 708 s.; *adde*, pour le référé, J. Normand, «Dommage imminent et trouble manifestement illicite», in *Mélanges Julien*, Paris, Edilaix, 2003, p. 295.

principe quant à la preuve des circonstances exigeant l'éviction du contradictoire¹. La nécessité n'est relative qu'aux ordonnances innommées, pour lesquelles la loi n'a rien prévu et qui exigent de démontrer que la procédure des référés ne peut être empruntée. Il faut donc interpréter l'article 17 comme une règle générale visant résoudre l'ensemble des concours entre le référé et la requête, dans tous les cas où le législateur n'a pas pris le soin de le faire.

785. La sémantique du terme *nécessité* fait également ressortir la place particulière de l'ordonnance sur requête au sein de la protection juridictionnelle provisoire en particulier et au regard du schéma procédural en général. L'ordonnance sur requête est essentiellement un dernier recours, l'ultime rempart contre la justice privée. Le contradictoire est un principe fondamental de la procédure, en toutes matières. Si l'on se résout à l'écartier, c'est que la seule alternative serait l'absence d'intervention juridictionnelle. Pour dire les choses autrement, lorsqu'il n'existe aucun autre choix, il est préférable d'autoriser les justiciables de s'adresser au juge sans appeler l'adversaire plutôt que de leur dénier la protection des juridictions étatiques. L'ordonnance sur requête est certes un instrument atypique mais indispensable dans l'arsenal procédural dans l'état de droit. Elle est, à ce titre irremplaçable.

786. Pour terminer il convient de s'attarder brièvement sur un stratagème issu de la pratique de certains plaideurs malicieux consistant à tourner les règles du référé-rétractation pour inverser cette hiérarchie fondée sur la nécessité. Le plaideur argue alors que puisque le contradictoire peut de toute manière être rétabli par l'exercice du référé-rétractation, rien de s'oppose à ce que la voie sur requête soit utilisée au lieu et place du référé. Ce stratagème, qui a pu prospérer devant certaines juridictions du fond, a fait l'objet d'une censure ferme et constante de la part de la Cour de cassation qui le juge contraire aux dispositions de l'article 812 alinéa 2². Néanmoins, la nécessité d'une intervention de la Haute juridiction sur cette question témoigne de la confusion qui règne parfois dans les prétoires concernant le régime des ordonnances sur requête, ce qui est d'autant plus dangereux que le défendeur s'en trouve évincé.

787. En somme, si les ordonnances innommées sont soumises à la preuve que le requérant n'a pas d'autre choix que de saisir le juge des requêtes, il n'en est pas de même pour les ordonnances nommées où c'est la volonté du législateur qui supplée l'exigence de nécessité.

¹ V. *Infra*, n°s 789 s.

² V., à titre d'exemple, Cass. 3^e Civ., 27 mai 1998, Bull. civ. III, n° 111 et Cass. Com., 26 janvier 1999, RTD Civ. 1999 p. 463 obs. R. Perrot.

2. Les ordonnances nommées

788. Il faut toutefois immédiatement nuancer ce qui vient d'être dit car le principe de la dispense probatoire au profit du requérant (a.) trouve ses limites lorsque le législateur prévoit expressément un recours concurrent à la procédure des référés et sur requête : le non contradictoire retrouve alors son rôle départiteur entre les procédures (a.).

a. Le principe : une dispense de démonstration des circonstances exigeant l'éviction du contradictoire

789. Le raisonnement qui conduit à dispenser le requérant d'apporter la preuve que le contradictoire doit être écarté est le même que celui qui a été tenu à propos de l'urgence¹. Deux séries de raisons conduisent à cette conclusion. La première est d'ordre textuel et n'est autre chose que l'application de l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Si le législateur n'a pas prévu dans tel texte l'éviction du contradictoire comme condition de son application, il n'y a pas lieu de rajouter une exigence supplémentaire. L'accès à la procédure unilatérale n'est alors subordonné qu'à la démonstration des conditions requises par chaque texte en particulier : le péril dans le recouvrement pour la saisie conservatoire des créances, le motif légitime dans les mesures d'instruction à futur, etc... La seconde raison est de nature téléologique et conduit à considérer que si le choix législatif a été de privilégier une certaine situation de fait en prévoyant à son endroit une intervention juridictionnelle unilatérale, c'est une question de politique juridique et non plus d'interprétation judiciaire. Certes, le choix de créer une ordonnance nommée ne procède pas toujours de la volonté d'écarter un véritable péril pour les droits du requérant. En fait, c'est même l'inverse qui se produit puisque seules quatre de ces ordonnances sont véritablement provisoires et répondent de la protection juridictionnelle provisoire². Dans la vaste majorité des cas recensés en droit positif, le recours à l'ordonnance sur requête n'est qu'un emprunt procédural rendu nécessaire par l'explosion quantitative des contentieux. Il s'agit dans ce dernier cas de la catégorie des ordonnances sur requête en la forme, mesures contentieuses et définitives, revêtues à ce titre de l'autorité de la

¹ V. *Supra*, n°s 733 s.

² Il s'agit des mesures d'instruction à futur (art. 145 CPC), des saisies conservatoires (art. L. 511-1 CPCE), des mesures d'urgence en matière familiale (art. 220-1 C. civ.) et des saisies contrefaçon relevant du CPI.

chose jugée au principal. Mais tout ceci n'importe aucunement pour la présente démonstration, qui conduit à dispenser le requérant de la preuve des circonstances exigeant l'éviction du contradictoire pour toutes les ordonnances nommées, quelle qu'en fût la nature.

790. Cependant, les juges du fond ne l'ont pas toujours entendu ainsi. Une ordonnance de référé ayant retenu l'attention des commentateurs de la Semaine Juridique doit être ici rapportée. Dans une décision rendue le 5 juin 1989¹, le Président du Tribunal de commerce de Paris a fait une application de l'article 121 du décret du 23 mars 1967, codifié depuis au sein du Code de commerce sous le numéro R225-64, qui dispose que « le délai de six mois prévu pour la réunion de l'assemblée générale ordinaire [de la société anonyme] par l'article L. 225-100 peut être prolongé, à la demande du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, *par ordonnance du président du tribunal de commerce, statuant sur requête*² ». Ce texte ne requiert nullement de la part du requérant qu'il prouve que l'usage de la voie unilatérale était nécessaire. Or, c'est la solution exactement inverse qui a été retenue dans l'ordonnance, qui a rejeté la requête et a renvoyé le demandeur à se pourvoir en référé, motif pris de ce qu'aucune circonstance n'imposait en l'espèce que soit écarté le principe du contradictoire.

791. Une telle solution nous semble critiquable à plus d'un titre. Mme PIERRE-MAURICE a écrit à ce sujet que cette décision a le mérite de procéder d'une « interprétation téléologique du texte et a pour mérite de refuser la banalisation de la procédure unilatérale »³. Cet auteur estime également que ce raisonnement doit être étendu aux ordonnances nommées pour lesquelles « la condition implicite d'absence d'adversaire se révèle inexacte par la suite »⁴. Or, les deux raisons précédemment citées au soutien de la dispense probatoire relative à l'éviction du contradictoire trouvent à s'appliquer ici. Rajouter à un texte une condition que celui ne prévoit pas serait décider *contra legem* et contredire directement la volonté du législateur. De plus, l'interprétation téléologique précitée ne dépend nullement de l'existence ou non d'un adversaire intellectuellement visé. Ce serait se prêter à une recherche divinatoire des intentions du législateur que de se d'interroger si oui ou non celui-ci a entendu, pour chaque ordonnance nommée qu'il a instauré, ne viser la procédure unilatérale qu'en cas d'absence d'adversaire. Il faut encore ajouter que le législateur peut avoir prévu une procédure unilatérale *précisément* pour écarter de l'instance un adversaire potentiel. Enfin, comme cela vient d'être souligné, c'est la commodité procédurale qui conduit aujourd'hui à la création de la plupart des cas d'ordonnances nommées. Il n'appartient pas au juge d'aller à l'encontre d'une politique judiciaire décidée par le parlement. En somme, les

¹ T. com. Paris (réf.), 5 juin 1989, JCP E, II, 15562, p. 493, n°1 obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

² Nous soulignons.

³ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, p. 280.

⁴ *Ibid.*

ordonnances nommées ne sont pas soumises à la preuve que le contradictoire doit être écarté, sauf quand un concours entre les référés et la requête est expressément prévu.

b. L'exception : le concours textuel des procédures de référé et sur requête

792. A la manière des ordonnances innommées¹, lorsque le législateur prévoit pour une ordonnance nommée la possibilité d'emprunter la voie des référés comme celle des requêtes, ces deux procédures se trouvent dans une situation de concours qu'il est nécessaire de résoudre. C'est précisément la nécessité d'évincer le contradictoire, ou l'absence d'une telle nécessité, qui déterminera alors le choix du demandeur. Ceci est vrai que les mesures mises en concurrence soient provisoires (α.) ou définitives (β.).

α. Le concours de mesures provisoires.

793. En droit positif, deux textes mettent directement en concurrence des mesures provisoires par nature : il s'agit des articles 145 et 1290 du Code de procédure civile.

L'article 145 dispose que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de 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* »². Les deux voies procédurales ayant été apparemment placées sur un pied d'égalité, la question de leur hiérarchisation s'est posée rapidement avec le succès rencontré auprès des praticiens de ce qui a rapidement été baptisé le « référé-expertise »³. Après quelques hésitations doctrinales⁴, la question a été définitivement vidée pas une série de décisions de la deuxième Chambre civile rendues respectivement le 5 juin 1985⁵ et le 13 mai 1987⁶. La Cour a fait une application cumulative des articles 145 et 812, restreignant l'utilisation de la requête aux seuls cas où la voie du référé ne pouvait être empruntée. La solution contraire, prônée par certains auteurs⁷, aurait inévitablement

¹ Par exemple Cass. 2^e Civ., 21 mars 2013, n° 12-17461, inédit.

² Nous soulignons.

³ M. Foulon, « Quelques remarques d'un président de Tribunal de Grande Instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *préc.*

⁴ V., pour un résumé des opinions en présence, S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, pp. 289 s.

⁵ Cass. 2^e Civ., 5 juin 1985, Bull. civ. I, n° 111 p. 74.

⁶ Cass. 2^e Civ., 13 mai 1987, RTD Civ. 1988 p. 181.

⁷ V. M. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », D. 1980, chron., p. 206.

conduit à laisser aux justiciables le pouvoir discrétionnaire d'écarter des débats un adversaire gênant. Cette pratique devait nécessairement être canalisée, tant on sait aujourd'hui qu'une éventuelle rétractation d'une mesure injustement ordonnée en référé peut conduire à des « lendemains qui déchantent »¹. Le requérant devra donc prouver, outre l'existence du motif légitime exigé par l'article 145, la nécessité d'user de la voie contradictoire, faute de quoi seule la procédure des référés lui sera ouverte.

Le second cas de concours entre mesures provisoires se trouve inscrit à l'article 1290 alinéa 1 du Code de procédure civile qui dispose que « les mesures urgentes prévues à l'article 220-1 du code civil sont prescrites par le juge aux affaires familiales *statuant en référé ou, en cas de besoin*², *par ordonnance sur requête* ». Rappelons que l'article 220-1 alinéa 1 du Code civil dispose quant à lui que « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts ». Ainsi qu'il a été vu par ailleurs³, les mesures ordonnées sur le fondement de ce texte appartiennent à la catégorie des mesures provisoires par nature et visent à prévenir des actes de justice privée en provoquant une intervention juridictionnelle immédiate. L'article 1290 n'en constitue que le pendant procédural et, à l'instar de l'article 145, met les deux procédures directement en concurrence. A la différence de ce dernier texte, cependant, l'article 1290 a textuellement prévu une hiérarchisation en prévoyant que le recours à la procédure sur requête est restreint à des « cas de besoin ». Au vu de ce qui vient d'être dit, il faut considérer que cette *nécessité* n'est autre chose qu'un renvoi à la condition posée par l'article 812 quant à l'éviction du contradictoire. C'est en ce sens que se prononce la Cour de cassation lorsqu'elle exige la démonstration de « circonstances susceptibles de motiver une dérogation au principe de la contradiction » pour que puisse être employée la voie sur requête sur le fondement de l'article 1290 précité⁴.

β. Le concours de mesures définitives

794. L'évolution quantitative des référés et des requêtes en la forme a rendu de plus en plus probables des concours entre des mesures bénéficiant d'une procédure empruntée à la protection juridictionnelle provisoire mais relevant de la juridiction définitive du président. Assez étonnamment, il n'existe aujourd'hui qu'un seul cas d'un tel concours et il n'est pas véritablement récent, puisqu'il

¹ M. Foulon et Y. Strickler, « Le constat sur requête avant tout procès », *Procédures* 2006, chron. 71.

² Nous soulignons.

³ En application des critères de la mesure provisoire par nature, V. *Supra*, n°s 95 s.

⁴ V. Cass. 1^{ère} Civ., 15 février 2012, n° 11-12217, inédit.

s'agit de l'article 29-1 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. Son amendement récent par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009, dite de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, n'a pas changé les modalités procédurales de sa mise en œuvre. Ce texte dispose dans son alinéa premier que « si l'équilibre financier du syndicat des copropriétaires est gravement compromis ou si le syndicat est dans l'impossibilité de pourvoir à la conservation de l'immeuble, le président du tribunal de grande instance *statuant comme en matière de référé ou sur requête* peut désigner un administrateur provisoire du syndicat ». La hiérarchisation des procédures pose dans ce cas particulier deux questions distinctes : s'agit-il, d'une part, d'une ordonnance sur requête provisoire ou une ordonnance sur requête en la forme et, d'autre part, la voie sur requête est-elle subsidiaire au référé ?

795. Répondre à la première de ces interrogations oblige tout d'abord à qualifier le référé dont il est fait mention. Aucune hésitation n'est aujourd'hui permise, ce référé est bien une décision rendue en la forme des référés, puisque l'article 29-1 précise expressément que le président statue *comme en matière de référé*. Cette solution est aujourd'hui communément admise en doctrine¹. La question de la nature de l'ordonnance sur requête dont il est fait mention suscite davantage d'interrogations. Elle a été qualifiée d'ordonnance « véritable » donc provisoire par Mme PIERRE-MAURICE, qui ne fournit toutefois pas d'arguments au support de cette qualification². Le doute est, il est vrai, permis car le résultat de produit par les ordonnances sur requêtes de l'article 29-1 est similaire à ceux obtenus dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire. Un administrateur provisoire est nommé pour régir la copropriété en lieu et place d'un syndic défaillant dont la gestion a été gravement compromise. Cela contribue *in fine* à la bonne conservation de la copropriété dans l'attente de la désignation d'un nouveau syndic. Cependant, la confrontation de l'ordonnance de l'article 29-1 aux critères de la décision provisoire par nature conduit à leur dénier cette qualité. La gestion provisoire qu'il est question d'organiser, ne vise pas à préserver les droits des copropriétaires dans l'attente d'une décision juridictionnelle définitive³. Il s'agit davantage de mettre à profit le mécanisme procédural simplifié de l'ordonnance sur requête pour procéder à la nomination de l'administrateur.

796. *Quid* alors de la hiérarchisation des deux procédures, sur laquelle le législateur n'a rien précisé, faisant preuve d'indifférence pour le « mélange des formes procédurales »⁴. L'ordonnance sur

¹ V. notamment Cl. Giverdon, J.-Cl. Proc. Civ., fasc. 232, n° 20 et C. Atias, « Copropriété des immeubles bâtis », Rép. civil., Dalloz, 2007, n° 490.

² V. S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n°s 463 s.

³ Le syndic doit en effet être désigné par l'ensemble des copropriétaires réunis en assemblée générale en application de l'article 17 L. 10 juillet 1965.

⁴ D. Tomasin, *Le juge et la copropriété*, in Mél. R. Perrot, Dalloz 1996 p. 499, spéc. p. 510.

requête doit-elle être considérée subsidiaire à la procédure des référés ? C'est une question plus générale qu'il convient de se poser ici : l'application distributive de l'article 812 doit-elle être généralisée à tous les concours de procédures au sein des ordonnances nommées ? En d'autres termes encore, il faut se demander si la hiérarchisation des procédures fondée sur la notion de nécessité, qui a été vue à propos des ordonnances innommées, peut être appliquée aux ordonnances nommées pour lesquelles le concours entre le référé et la requête n'est pas directement résolu par le législateur.f

797. Une application littérale de l'article 17 n'est pas d'un grand secours pour répondre à cette interrogation, puisque ce texte met la loi et la nécessité sur le même plan. En disposant « lorsque la loi permet *ou* la nécessité commande », ce texte semble définir une alternative sans appel. Soit la loi permet l'utilisation de la voie unilatérale, soit c'est la stricte nécessité qui autorise les plaideurs à s'adresser au juge des requêtes. Prises à la lettre, ces deux propositions seraient mutuellement exclusives. Cela conduirait à considérer que lorsque la loi a prévu un cas d'ordonnance sur requête, même si elle se trouve en concours avec la procédure de référé, la preuve de la nécessité n'est plus exigée et les voies procédurales peuvent être utilisées sans hiérarchie aucune. Cependant, il ne nous semble pas qu'une telle conception de l'article 17 puisse être retenue.

798. Une interprétation téléologique est davantage à même de respecter le rôle de la juridiction des requêtes dans la protection juridictionnelle provisoire. Il semble que la volonté des rédacteurs de l'article 17 ait bien été d'instaurer une hiérarchie en cas de concours, quel qu'il fût. En d'autres termes il faut prendre en considération que l'intervention du législateur ne supprime pas à elle seule la concurrence entre les procédures. Dans la plupart des cas, il est vrai que le droit positif ne consacre qu'un seul recours possible, qu'il s'agisse des référés ou de l'ordonnance sur requête. Mais si le législateur *instaure* lui-même une concurrence comme dans le cas de l'article 145 du Code de procédure civile ou de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965, une hiérarchisation apparaît nécessaire. L'article 17 fournit alors une solution claire et cohérente avec le régime des ordonnances sur requête dans leur ensemble. En somme, le recours à l'ordonnance sur requête au détriment du référé doit toujours être subordonné à la preuve de la *nécessité* d'évincer le contradictoire, que ce soit pour les ordonnances nommées ou innommées. Le domaine de ce chef de saisine ainsi cerné, il reste à déterminer son lien avec le caractère provisoire des ordonnances sur requête.

B. Le lien entre le non-contradictoire et le caractère provisoire des ordonnances sur requête

799. Considérer l'ordonnance sur requête sous l'angle du provisoire, ce qui est le but de la présente étude, implique de rechercher s'il existe un lien entre le caractère unilatéral de ces ordonnances et leur caractère provisoire, à l'instar de ce qui a été fait au regard de l'urgence¹. A première vue cependant, la question est dénuée de sens car le non contradictoire est le seul trait commun à l'ensemble disparate des ordonnances sur requête, quelle que soit leur nature. *A priori* donc, le caractère unilatéral des décisions rendues sur requête ne peut servir de critère discriminant les ordonnances provisoires de celles qui sont définitives. Il faut immédiatement préciser ici que posée sous cette forme, la problématique ne concerne que les ordonnances nommées car les ordonnances innommées sont toujours provisoires par nature.

800. Pourtant, cette première approche peut être peaufinée pour les besoins de l'analyse. Ce qu'il faut en réalité prendre en considération, ce n'est pas tant le caractère non-contradictoire *per se*, mais plutôt *les raisons* qui ont conduit à privilégier la procédure sur requête au détriment d'une autre. Ceci conduit à la recherche d'un critère téléologique (1.) dont la pertinence devra être vérifiée par son application (2.).

1. L'émergence du critère téléologique pour l'emploi de la procédure unilatérale

801. La téléologie, nous apprend *Le Littré*, est une « doctrine qui considère le monde comme un système de rapports entre moyens et fins ». Partant, l'adjectif *téléologique* est l'attribut de celui qui s'adonne à la recherche de la fin que poursuit tel ou tel moyen. En procédure, la démarche est sensiblement identique et consiste à s'interroger sur la finalité de l'instauration ou de l'utilisation d'une procédure ou d'un type d'acte juridictionnel. Pour ce qui nous intéresse, le critère dit *téléologique* est celui portant sur la véritable nécessité d'évincer le contradictoire. Résumé simplement, il doit amener à qualifier de provisoires les ordonnances pour lesquelles l'éviction du contradictoire par le législateur est justifiée, tout en rangeant dans la catégorie des décisions définitives celles où le non contradictoire ne l'est pas. Cependant, une telle formulation souffre d'un manque de précision et reste trop vague. Elle ne peut être appliquée telle quelle sauf à vouloir apprécier arbitrairement et subjectivement chaque cas d'utilisation de la procédure sur requête. A ce stade, le critère doit donc être affiné.

¹ V. *Supra*, n°s 729 s.

802. Il a déjà été vu que la nécessité de maintenir à l'écart le potentiel défendeur est non seulement une caractéristique essentielle de l'ordonnance sur requête, mais également un moyen de hiérarchiser le recours à la procédure unilatérale¹. En cas de concours avec la procédure des référés, la voie sur requête ne peut être empruntée qu'en cas de *nécessité*. Autrement dit, si la saisine du juge des référés est concurremment possible, le demandeur ne pourra user de l'ordonnance sur requête qu'en l'absence de tout autre choix. Dans cette perspective, le critère téléologique peut donc être reformulé. Seraient ainsi provisoires les ordonnances pour lesquelles l'éviction du contradictoire est une véritable condition de l'intervention juridictionnelle : soit la procédure est unilatérale, soit il ne peut y avoir de recours à l'institution judiciaire. Symétriquement, ne seraient pas provisoires les ordonnances sur requête pour lesquelles une autre procédure aurait pu être choisie par le législateur, qu'il s'agisse de celle des référés ou de la procédure ordinaire au fond. Présenté ainsi, le critère téléologique n'est plus dépendant d'une prétendue *volonté* législative mais plutôt de la *nécessité* du non contradictoire. Sa pertinence doit être appréciée par son application.

2. *L'application du critère téléologique*

803. Formulé en termes de nécessité, ce critère ne peut être considéré pertinent que si son application aux ordonnances sur requête donne des résultats concordants avec l'application des critères du provisoire par nature. Rappelons que ceux-ci sont au nombre de deux : une mesure est provisoire par nature lorsque, d'une part, elle ne peut conduire à la satisfaction immédiate du requérant et, d'autre part, elle ne met pas en œuvre un droit substantiel particulier². Rappelons également que parmi l'ensemble des ordonnances nommées recensées en droit positif, seules quatre peuvent être qualifiées de mesures provisoires par nature. Il s'agit des mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile, des saisies conservatoires de créances de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution, des mesures urgentes en matière familiale de l'article 220-1 du Code civil et des saisies contrefaçon du Code de la propriété intellectuelle. C'est à ces quatre types d'ordonnances sur requête que le critère téléologique doit être appliqué (a.) Réciproquement, si le critère s'avère théoriquement fondé, les ordonnances sur requête pour lesquelles le non contradictoire est une question de commodité ou de préférence du législateur seront qualifiées de définitives par application du critère téléologique (b.).

¹ V. *Supra*, n°s 793 s.

² Sur ces critères, V. *Supra*, n°s 95 s.

a. Les ordonnances sur requête provisoires par nature

804. **Les mesures d'instruction *in futurum*.** Les mesures d'instruction à futur ordonnées sur requête peuvent-elles l'être au moyen d'une autre voie procédurale ? Incontestablement, la réponse ne peut qu'être négative. Si ces mesures sont ordonnées non-contradictoirement, c'est dans deux hypothèses distinctes, soit pour prévenir tout comportement dommageable du destinataire de la mesure, soit que l'adversaire n'existe pas ou n'est pas identifié¹. Dans ces deux cas, une assignation contradictoire est au mieux inopportune, au pire impossible faute de destinataire. Le recours à la procédure sur requête est une véritable *nécessité*.

805. **Les saisies conservatoires de créances.** La saisie conservatoire n'a qu'une seule finalité, qui est d'éviter que le débiteur ne dissipe ou ne dissimule ses liquidités pour les faire échapper au droit de gage du créancier poursuivant. A l'instar de ce qui vient d'être dit à propos des mesures d'instruction à futur, une assignation serait fortement inopportune car entre le temps de sa signification et l'audience, le débiteur aurait précisément tout le loisir de mettre les fonds à l'abri. Il est par conséquent impossible de recourir aux référés, sauf à rendre la décision totalement inefficace. La requête est encore une fois la seule procédure possible.

806. **Les mesures de protection du conjoint.** L'article 220-1 du Code civil, relevant du régime matrimonial primaire, dispose que « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts ». Le volet procédural de ce texte, l'article 1290 du Code de procédure civile dispose quant à lui que ces mesures « sont prescrites par le juge aux affaires familiales statuant en référé ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête ». Comme cela a déjà été souligné², les mesures urgentes dans le contentieux familial ne sont ordonnées sur requête que si leur efficacité dépend intrinsèquement de l'effet de surprise dont bénéficie l'intervention du juge. A titre d'exemple des mesures pouvant être mises en œuvre, l'article 220-1 alinéa 2 cite à titre non exhaustif la prohibition de déplacer certains meubles ou la réalisation de biens de disposition sur les biens de la communauté. Il va de soi que si le conflit s'envenime, l'autre conjoint, prévenu par une assignation contradictoire, aurait le champ libre pour distraire les biens en question. Il est donc indispensable d'agir unilatéralement et le non contradictoire est une *nécessité*, aucune autre procédure n'étant envisageable.

¹ V. *Infra*, n°s 829 s.

² V. *Supra*, n° 793.

807. En somme, le critère téléologique se vérifie pour les mesures provisoires par nature car son application conduit bien à leur conférer cette qualification. Qu'en est-il des ordonnances sur requête définitives ?

b. Les ordonnances sur requête définitives

808. Le classement catégoriel des diverses ordonnances nommées en fonction du provisoire a permis de dégager deux types d'ordonnances définitives : les ordonnances sur requête en la forme, contentieuses et provisoires (α .), ainsi que les mesures gracieuses de l'article 25 du Code de procédure civile (β .).

α . Le critère téléologique et les ordonnances sur requête en la forme

809. Les décisions rendues en la forme des requêtes n'ont en commun avec l'ordonnance sur requête provisoire que la procédure empruntée. A l'instar des référés en la forme, il s'agit d'un emprunt procédural destiné à réduire les délais de jugement et à désengorger les rôles. Si cette technique législative connaît un certain succès aujourd'hui en raison des contraintes budgétaires couplées à une augmentation importante du contentieux, elle n'en produit pas moins un risque de confusion sur le plan des principes¹. Mais ce qui importe ici c'est que l'usage de la procédure unilatérale est un choix du législateur et non une question de nécessité. C'est parce qu'il est plus commode, plus simple ou moins coûteux que le demande est introduite par requête, non parce qu'aucune autre procédure n'est envisageable.

810. Un exemple simple permettra d'illustrer ce propos : l'octroi de la force exécutoire à la transaction. L'article 1441-4 du Code de procédure civile dispose à ce sujet que « le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». Quelles auraient pu être les modes de saisine du juge dans ce cas ? Le référé en la forme aurait pu être envisagé. Cependant, cela aurait nécessairement impliqué le coût d'une assignation et le temps nécessaire à la tenue d'une audience contradictoire, sans véritable utilité pour cette situation. Une procédure devant le tribunal et non devant son président aurait également pu être choisie. Celle-ci aurait souffert des mêmes vicissitudes que le référé en la forme,

¹ Y. Strickler et M. Foulon, « De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC », *préc.*

sauf à allonger davantage les délais d'audience. Il est donc aisé de voir que la solution la plus pratique, du point de vue du service public de la justice, est de simplifier au possible la saisine du juge et d'emprunter la procédure des requêtes. Mais celle-ci est loin d'être le *seul* choix possible, elle est simplement le plus accommodant.

En somme, l'application du critère téléologique aux ordonnances sur requête en la forme donne un résultat qui conforte leur classification au regard du provisoire. Il s'agit de décisions définitives ne relevant aucunement de la protection juridictionnelle provisoire.

β. Le critère téléologique et les ordonnances gracieuses

811. La matière gracieuse est un aspect particulier de la *jurisdictio*, à ce point d'ailleurs que la nature d'acte juridictionnel des décisions gracieuses a pu jusqu'à il y a encore peu être contestée¹. Le critère de la juridiction gracieuse est donné à l'article 25 du Code de procédure civile qui dispose que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ». C'est un contrôle judiciaire qui vise soit à conférer l'efficacité juridique à un acte de volonté privée rendu inefficace par la loi, soit à permettre un changement de statut personnel du justiciable. En ce sens, la caractéristique fondamentale de la juridiction gracieuse est que l'instance est dénuée de contradictoire car il n'en existe aucun. D'une relation triangulaire traditionnelle entre les parties et le juge, la matière gracieuse réduit le prétoire à un dialogue entre le juge et le requérant. C'est d'ailleurs ce qui a valu à la matière gracieuse l'appellation de *jurisdiction volontaire* dans l'Ancien droit².

812. La confusion avec l'institution des ordonnances sur requête est alors patente, et ce d'autant plus qu'en application de l'article 60, « en matière gracieuse, la demande est formée par requête ». Cette identité procédurale et structurelle a conduit un auteur à proposer une qualification gracieuse uniforme basée sur le non contradictoire structurel³. La qualification gracieuse est certes indéniable pour certaines ordonnances sur requête, comme la rectification des actes d'état civil faite en

¹ La controverse doctrinale d'est d'ailleurs pas complètement éteinte à ce sujet, même si la majorité des auteurs s'accordent que la qualification d'acte juridictionnel des décisions gracieuses ; sur cette question, V. *Supra*, n° 80.

² V. G. Brulliard, «L'évolution de la juridiction dite "gracieuse" ou "volontaire" et de celle de juridiction, d'après les récents travaux de la doctrine italienne», RIDC 1957, p. 5.

³ Par opposition au non contradictoire circonstanciel, comme le défaut.

application de l'article 99 du Code civil¹. Cependant, la ventilation catégorielle des ordonnances sur requête en fonction de leur nature provisoire ou définitive ne permet pas de retenir une qualification uniformément gracieuse². Les ordonnances gracieuse forment donc un groupe à part parmi les ordonnances sur requête, aux côtés des ordonnances sur requête en la forme et des ordonnances provisoires par nature.

813. Au regard du critère téléologique, les décisions gracieuses posent un problème de qualification. Du strict point de vue de la procédure, en effet, aucune autre saisine du juge que par voie de requête n'est possible, du fait d'absence d'adversaire. A première vue, l'application du critère téléologique fondé sur la nécessité d'évincer le contradictoire produit des résultats inconciliables avec la classification au provisoire. Si le caractère unilatéral des décisions gracieuses est une *nécessité* car aucune autre procédure n'est possible, alors elles doivent être considérées *téléologiquement* comme provisoires, ce qui n'est pas le cas. Cependant, il ne faut pas oublier qu'en amont du droit judiciaire privé, la juridiction gracieuse est avant tout un choix de politique juridique. Si cette matière a suscité au fil du temps autant de débats quant à sa nature, c'est qu'elle s'éloigne quelque peu de la fonction classique du juge qui est de trancher un conflit entre des prétentions opposées, c'est-à-dire la juridiction contentieuse. Selon le mot d'un auteur, « un acte de juridiction gracieuse est un acte hybride en soi [...] car il entre dans la catégorie des actes administratifs en raison de son objet et dans la catégorie des actes judiciaires en raison de l'instance dont il émane »³. Le contrôle confié au juge est un choix du législateur. Un choix qui aurait bien pu porter sur toute autre autorité, comme par exemple les officiers publics ministériels, et notamment les notaires. M. STRUYCKEN dit à ce propos que « le juge est surtout un professionnel du droit [mais] si la décision gracieuse suppose surtout d'autres aptitudes professionnelles, celles d'un médecin ou d'un ingénieur, il est compréhensible que le législateur ne préfère pas le juge »⁴. En d'autres termes, là où le législateur dispose d'un choix, c'est de juridictionnaliser un certain type de contrôle, de le confier à l'institution judiciaire. Une fois cette juridictionnalisation opérée, il n'a plus, il est vrai, d'autre choix que la procédure sur requête. Mais cela ne change rien au fait qu'il ne s'agisse point d'un cas de *nécessité* au sens strict. L'ordonnance sur requête véritablement provisoire, quant à elle, ne peut être confiée pour son prononcé à aucun autre agent étatique que le juge. Non seulement l'autorité judiciaire est la

¹ Ce texte dispose que « la rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal. [...] La **requête** en rectification peut être présentée par toute personne intéressée ou par le procureur de la République ».

² V. *Supra*, n°s 78 s.

³ J. Hazard, «La juridiction gracieuse», in *Mélanges Marty*, Toulouse, Univ. Sciences Sociales Toulouse, 1978, p. 621, spec. P. 626.

⁴ A. V. Struycken, «Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé», TCFDIP 1986-1988, p. 105, spec. p. 113.

gardienne des libertés individuelles¹, mais elle est la seule à pouvoir provoquer l'usage de la force publique dont l'Etat a le monopole. Par conséquent, il convient d'en déduire que la juridiction gracieuse ne relève pas d'une nécessité d'une intervention exclusive du juge des requêtes et ne peut être qualifiée de provisoire en application du critère téléologique.

814. **Conclusion sur les rapports entre le non contradictoire et le caractère provisoire des ordonnances sur requête.** Le critère téléologique donne des résultats satisfaisants qui confortent l'analyse fondée sur le provisoire qui a été menée jusqu'ici. Il apparaît que la protection juridictionnelle provisoire qu'exerce le juge des requêtes s'appuie sur deux fondements théoriques constants au travers de toutes les ordonnances provisoires. L'urgence, tout d'abord, caractérise en tout premier lieu la nécessité d'une juridiction provisoire. Mais, dans ce domaine, les requêtes souffrent la concurrence redoutable du référé qui doit rester la procédure de principe dans la mesure où elle implique le respect du contradictoire. Ce qui était moins évident au premier abord mais ce que le critère téléologique a incontestablement démontré, c'est que le caractère non contradictoire participe également de la nature provisoire de ces ordonnances. Si elles sont provisoires et font partie à ce titre de la véritable protection juridictionnelle provisoire, c'est qu'elles sont le dernier recours juridictionnel possible. Elles doivent suppléer le référé là où il ne peut intervenir, pour des raisons techniques – il n'y a personne à assigner - ou pratiques – l'effet de surprise est indispensable. Partant, l'ordonnance sur requête provisoire est un véritable instrument de démocratie procédurale, sans lequel la seule option pour le justiciable serait de recourir à la justice privée. Bien entendu, il serait souhaitable de ne jamais devoir évincer le principe du contradictoire, mais c'est un mal parfois nécessaire pour sauvegarder la légitimité de l'institution judiciaire et préserver le monopole de l'Etat sur la violence.

815. L'analyse de ce chef particulier de saisine qu'est le non contradictoire a permis de cerner avec précision son domaine d'application et son rôle dans le schéma de la juridiction provisoire. Il est nécessaire à présent d'un dresser une typologie complète en distinguant parmi les circonstances qui exigent que le défendeur soit mis à l'écart.

§2. La nature des circonstances exigeant l'éviction du contradictoire

816. Ces circonstances ont déjà été esquissées dans les développements qui précèdent. Schématiquement, elles peuvent être regroupées dans deux catégories. Il s'agit, d'une part des

¹ Art. 66 de la Constitution du 4 octobre 1958.

mesures dont l'efficacité est subordonnée à la surprise de celui contre lequel elles sont exécutées (A.) et, d'autre part, de l'impossibilité technique d'attirer l'adversaire à une audience contradictoire (B.).

A. L'effet de surprise

817. Le principe du contradictoire devra être évincé chaque fois que l'avertissement du défendeur réduit à néant l'efficacité de la mesure demandée au juge des requêtes. Non seulement c'est la *circonstance* qui, d'évidence, exige une procédure unilatérale, mais aussi celle qui s'insère avec le plus d'aisance dans la notion de *nécessité* mentionnée à l'article 17 du Code. Classiquement, l'utilisation de la voie unilatérale constitue à la fois une fin et un moyen : il s'agit de prévenir un comportement de l'adversaire (1.) afin de pouvoir efficacement réaliser la mesure demandée (2.).

1. L'effet de surprise en tant que moyen : prévenir un comportement dommageable

818. Il convient, afin de mieux cerner le champ d'application des ordonnances sur requête recherchant la clandestinité, de tracer les contours de la notion de comportement dommageable (a.) sur laquelle le juge des requêtes porte une appréciation nuancée (b.).

a. La notion de comportement dommageable.

819. Si l'on ne peut dresser ici une liste exhaustive de tous les comportements humains guidés par la malice ou la mauvaise foi et que la voie sur requête permet d'éviter, on peut cependant les regrouper en deux cas de figure catégoriels¹.

820. En premier lieu, le requérant peut souhaiter éviter que la partie adverse ne change son comportement afin de lui conférer une apparence de licéité. Ainsi, prévenu de la procédure dirigée contre lui, l'auteur d'actes de concurrence déloyale pourrait momentanément cesser son activité ou

¹ Un auteur distingue quatre de ces comportements, mais ils peuvent en réalité faire l'objet d'un regroupement, V. S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, n°486.

lui prêter un semblant de légalité. Encore pourrait-on donner en exemple le tenancier d'une maison de tolère qui donnerait congé à ses employées pour le temps de l'intervention du juge des requêtes. De manière plus générale, tout usage prohibé de locaux d'habitation ou commerciaux peut être concerné à ce titre. Le résultat serait par ailleurs identique si, au lieu de modifier son activité, l'adversaire l'arrêtait purement et simplement ou s'abstenait de l'exercer si elle revêt un caractère ponctuel. Ainsi, l'individu peu délicat se rendant coupable de troubles de voisinage s'abstiendra de réitérer le temps d'un constat les nuisances qui lui sont reprochées.

821. En second lieu, l'effet de surprise peut servir à éviter la commission d'un acte dommageable, tel l'exercice de pressions ou la destruction de preuves¹. Le requérant peut craindre que les éléments visés par une mesure d'instruction *in futurum* soient falsifiés, cachés ou soustraits à la justice de quelque autre manière que ce soit. Par exemple, toute saisie serait invalidée si l'auteur d'articles de contrefaçon venait à les retirer de la vente au moment opportun. De la même manière, nombre d'autres comportements peuvent être cités, notamment le retrait intempestif d'argent par un époux en instance de divorce².

b. L'appréciation du comportement dommageable.

822. Pour justifier l'emploi de la voie unilatérale, le risque du comportement incriminé doit être suffisamment avéré pour que le juge accorde la mesure demandée. Son appréciation porte alors sur la réalisation d'un équilibre, l'équilibre entre la nécessité d'accorder au demandeur la protection qu'il demande et les droits du défendeur, inévitablement bafoués par l'éviction du contradictoire. Autrement dit, « plus intrusive et plus irrespectueuse des droits de la défense est la mesure demandée, plus grave et plus pressant doit être l'intérêt de celui qui la requiert »³.

823. Dans certains cas, cette appréciation est aisée à opérer car à l'évidence le risque est flagrant et la voie de la requête la seule possible. Tel est par exemple le cas du constat d'adultère, acte dont la clandestinité rend nécessaire la surprise de l'époux fautif. Cependant, même dans ce cas de figure, le juge porte une appréciation sur l'opportunité de la mesure, car elle ne doit pas porter atteinte à l'intimité de la vie privée, autre intérêt en présence⁴. Et si le constat est effectivement autorisé lorsque le conjoint adultérin est uni par les liens du mariage, car l'intérêt probatoire de l'époux

¹ Versailles, 13 octobre 1988, BICC, n° 278, 27, n°240.

² Lyon, 2^e chambre, 24 juin 1997, Jurisdata n° 05668.

³ J. Normand, obs. précitées à la RTD Civ. 1982 p. 188.

⁴ Sur le respect de la vie privée au stade de l'exécution de l'ordonnance, V. *Supra*, n°s 604 s.

trompé doit alors primer sur l'intimité de la vie privée du complice au domicile duquel la mesure peut valablement avoir lieu. En revanche, le refus du juge doit être opposé à la requête si le divorce a d'ores et déjà été prononcé ou si le constat a pour but d'apporter la preuve d'un concubinage pouvant mettre fin à une obligation d'aliments¹. Dans ce cas en effet, le mariage ne légitime plus l'atteinte à une liberté fondamentale, qui doit dès lors l'emporter dans la balance des intérêts.

824. Dans d'autres cas, où la voie sur requête ne s'impose pas d'évidence, l'appréciation du juge doit être plus restrictive. Subsidaire à la procédure de référé, l'ordonnance sur requête doit rester cantonnée à un domaine restreint à la stricte nécessité. Plusieurs facteurs devront alors rentrer en ligne de compte. En premier lieu, la *situation* de l'adversaire et son *comportement* doivent présenter un risque de préjudice pour le demandeur, tant par un acte positif que négatif. Ensuite, l'intérêt que cherche à satisfaire le demandeur ne doit pas pouvoir l'être par la voie des référés et doit exiger l'éviction du contradictoire. Il importe de souligner ici que cette appréciation de la *nécessité* par le juge des requêtes peut et doit, à notre sens, être stricte. Ainsi, lorsque la jurisprudence considère que le risque de destruction des preuves est écarté s'il existe une obligation légale pour le destinataire de la mesure de conserver certains documents². Si cette solution est critiquable car le débiteur peu scrupuleux sera enclin à s'abstraire d'une obligation légale plutôt que d'être condamné, méritent l'approbation les arrêts qui retiennent que le risque de destruction n'existe pas si les documents sont détenus par un tiers. Le tiers en question devra néanmoins être impartial et ne pas être complice du défendeur. Un notaire³, ou encore l'administration fiscale⁴, répondent à ces exigences et la voie du référé doit alors être utilisée.

2. L'effet de surprise en tant que fin : assurer l'efficacité d'une mesure

825. La clandestinité obtenue par la voie sur requête permet de rendre efficaces de nombreuses mesures qui peuvent être regroupées en deux catégories, entre celles qui visent la constatation de faits et celles qui prohibent ou font cesser un comportement.

¹ Douai, 7^e ch., 25 avril 1991, D. 1993, somm. 129 obs. D. Everaert.

² On citera à titre d'exemple l'article L. 123-22 C. com. qui oblige les commerçants à conserver les livres comptables pendant une durée de dix ans ; pour une application en matière d'ordonnance sur requête probatoire, V. Orléans, ch. com., 4 juin 1998, *JurisData* n° 047012.

³ Cass. 1^{ère} Civ., 10 février 1993, Bull. civ. I, n° 70.

⁴ TGI Nevers (req.), 23 septembre 1976, JCP G 1977, II, 18603 obs. G. Almairac.

826. La mesure qui exige un effet de surprise sera le plus souvent d'ordre probatoire, car l'utilité de laisser l'adversaire dans l'ignorance est de permettre à une situation litigieuse de rester inchangée lorsqu'un acte d'instruction vient en fixer la substance en vue d'un procès futur. En pratique, il s'agira presque exclusivement d'un constat d'huissier, acte par lequel l'officier ministériel relate les constatations qu'il a faites et qui ne vaut que comme simple renseignement, la preuve contraire étant réservée¹. En effet, le caractère non contradictoire de la procédure sur requête interdit de recourir aux mesures d'expertise, auxquelles les deux parties doivent être présentes appelées². L'intervention judiciaire assure non seulement la légitimité mais aussi l'efficacité de l'intervention de l'officier ministériel, qui peut s'adjoindre un autre technicien pour mener à bien sa mission³ ou requérir le concours de la force publique.

827. Cependant, le constat n'est pas le seul acte exigeant la discrétion. L'intérêt du demandeur peut aussi commander que la mesure ordonnée sur requête empêche l'adversaire de commettre à l'avenir un comportement déterminé et que la clandestinité vise précisément à empêcher. Il en serait ainsi dans l'exemple précité du retrait intempestif d'argent par un époux que le blocage ordonné sur requête du compte joint permet d'éviter, et plus généralement toutes les interdictions prononcées dans la cadre conjugal sur le fondement de l'article 220-1 du Code civil. L'effet de surprise permet que ne soient distraits les biens dont la conservation est visée ou que ne soit perpétré le comportement prohibé.

828. Les observations qui précèdent relèvent plus de l'exemple que d'un catalogue, qui serait non seulement impossible à dresser mais également inutile. Ce qu'il importe c'est d'insister sur le fait que l'ordonnance sur requête doit être cantonnée aux situations où une audience contradictoire priverait la mesure de toute efficacité. Dans la mesure du possible le magistrat devra renvoyer le requérant à se pourvoir en référé, réservant la procédure unilatérale aux cas de véritable *nécessité*. Surprendre l'adversaire n'est cependant pas la seule raison d'évincer le contradictoire. Parfois il n'est simplement pas possible d'attirer l'adversaire devant le juge parce qu'une assignation est techniquement inenvisageable.

¹ V° *Constat*, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 15^e édition, 2011.

² Art. 160 CPC .

³ Ainsi du serrurier pour l'ouverture du local visé par l'ordonnance ; pour un exemple en matière de concurrence déloyale, rendant nécessaire l'ouverture des bureaux de l'entreprise concurrente, V.Cass. 2^e Civ., 16 mai 201, n° 11-17229, Bull. civ. II, n° 89.

B. L'impossibilité d'attirer l'adversaire en justice

829. Le débat contradictoire peut parfois se révéler impossible pour des raisons techniques : il n'existe pas de contradicteur. L'assignation exige un destinataire et s'il n'y en a pas, la procédure des référés est impossible. C'est par essence un cas de *nécessité* dans lequel l'ordonnance sur requête est la seule manière d'obtenir une décision juridictionnelle. Les hypothèses d'impossibilité technique de la tenue d'un débat contradictoire peuvent être de deux sortes. Soit il n'existe aucun adversaire connu au jour de la requête et la mesure ordonnée doit justement permettre de déterminer s'il en existe un (1.). Soit, inversement, un adversaire existe bien mais c'est son identité qui reste : c'est le cas pour les expulsions d'occupants, non identifiés et sans titre, de la propriété d'autrui (2.).

1. Il n'existe aucun défendeur pouvant être assigné en référé

830. La première cause d'impossibilité technique d'une assignation est qu'au jour de la demande il n'existe aucun défendeur pouvant être cité devant le juge. Il n'est pas nécessaire que ce défendeur n'existe pas, mais il est à tout le moins inconnu du requérant. Le débat contradictoire est dans ce cas impossible et la saisine du juge ne peut que se résumer à un dialogue entre ce dernier et le requérant. Ceci n'empêche bien entendu pas qu'un adversaire potentiel soit découvert à un stade plus avancé de la procédure et rien ne l'empêchera alors d'être attiré au sein du prétoire. Schématiquement, l'absence de défendeur se manifeste avant tout dans les mesures d'instruction à futur, mais elle peut également prendre forme dans d'autres contentieux.

831. **Les mesures d'instruction *in futurum*.** Au jour du dépôt de la requête sur le fondement de l'article 145, il peut arriver que le requérant non seulement ne connaisse pas l'identité du défendeur potentiel, mais ignore jusqu'à son existence même. Autrement dit, il est possible que le requérant, ayant subi un préjudice, souhaite savoir si celui-ci est imputable à un individu pouvant être attiré en justice, ou si c'est le produit de causes naturelles. Il en est par exemple ainsi dans le contentieux des malfaçons en matière immobilière¹ lorsque l'origine de celles-ci reste inconnue. Dans ce cas, solliciter une mesure par voie de requête aura un double objectif : estimer l'ampleur du préjudice subi et déterminer s'il existe un responsable pouvant être ultérieurement assigné, que ce soit dans le cadre

¹ Par exemple Cass. 3^e Civ., 29 mars 2011, n° 10-11593, inédit.

d'une procédure des référés ou devant le juge du fond. Si la mesure n'aboutit pas à la désignation d'un défendeur potentiel, le rapport de l'expert servira à chiffrer le montant du préjudice subi. L'utilité de la procédure unilatérale n'est donc pas négligeable puisque dans tous les cas l'intervention juridictionnelle préalable à la mesure d'instruction servira à conférer à cette dernière une légitimité irréfutable. Là où la tenue d'une audience contradictoire est impossible faute de savoir si un défendeur existe, l'ordonnance sur requête fournit donc un instrument procédural indispensable. En son absence, le requérant ne pourrait conserver la preuve de faits qui pourraient être susceptibles de disparaître avec le passage du temps.

832. Autres cas d'absence de défendeur. De manière plus générale, la voie sur requête est la seule envisageable lorsque l'intervention juridictionnelle est nécessaire mais qu'un débat contradictoire est impossible faute de contradicteur. Dans une espèce récente qui peut être érigée en exemple, le président du tribunal de grande instance de Paris a ainsi désigné, à la requête d'un héritier, un administrateur provisoire de la succession parce que les autres héritiers étaient inconnus¹. La solution doit être étendue à tous les cas similaires, sauf à voir paralysée par des circonstances aléatoires – l'absence ou la présence du défendeur – l'activité judiciaire.

833. Toute autre est en revanche la situation dans laquelle un défendeur potentiel existe et est connu du requérant. Ce qui empêche alors la délivrance d'une assignation et la tenue d'un débat contradictoire, c'est l'indétermination de son identité, ce sur quoi il convient à présent de s'attarder.

¹ TGI Paris, 11 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982. somm. 367, obs. P. Barbier.

2. Le défendeur existe mais son identité est inconnue

834. Dans cette situation particulière, l'usage de la procédure sur requête est une nécessité technique, aucune autre procédure ne permettant d'aboutir à un résultat satisfaisant (a.). S'agissant d'une création prétorienne en réponse à un problème pratique, le régime de l'ordonnance sur requête en présence d'un adversaire non identifié devra être précisé (b.).

a. La nécessité d'agir par la voie unilatérale

835. Le choix de la procédure sur requête est rendu nécessaire par l'absence d'autres voies de droit à même de protéger les intérêts du requérant (α .) et c'est à la jurisprudence que l'on doit la solution retenue dans le silence de la loi (β .)

α . L'absence de voies de droit satisfaisantes

836. Le problème particulier de l'indétermination de l'adversaire est apparu avec les grèves avec occupation des lieux de travail : quelle procédure l'employeur doit-il suivre pour expulser les occupants dont une partie, souvent la plus importante, n'est pas nommément identifiée ? Le choix entre la procédure des référés et celle des requêtes ne va pas de soi puisque l'article L. 411-1 du Code des procédures civiles d'exécution, seule disposition générale relative à l'expulsion en droit positif, se contente d'énoncer que « sauf disposition spéciale, l'expulsion ou l'évacuation d'un immeuble ou d'un lieu habité ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation exécutoire et après signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux ». La difficulté était d'autant plus grande qu'antérieurement à la loi du 9 juillet 1991¹, aucun texte ne réglait l'expulsion².

837. La jurisprudence s'est historiquement tournée vers la qualification de voie de fait pour expulser en référé ceux des grévistes qui empêchaient l'accès aux lieux de travail, prohibant ainsi l'activité des

¹ Dont l'art. 61 a donné lieu à l'actuel art. L. 411-1 CPCE.

² V. A. Gaonac'h, « Expulsion », Rép. Proc. Civ. Dalloz, 2007, n° 3.

salariés non-grévistes¹. L'expansion de la juridiction des référés qui a accompagné l'avènement du Nouveau Code de procédure civile a cependant conduit à l'abandon de la voie de fait au profit de celle de « trouble manifestement illicite » de l'article 809 alinéa 1, au motif que le droit de grève « n'emporte pas celui d'occuper arbitrairement les locaux »². Cette solution a au demeurant été contestée par un certain nombre d'auteurs selon lesquels « sans l'occupation, le droit de grève serait souvent insusceptible d'être exercé efficacement »³.

838. Au-delà de la question de la saisine et des pouvoirs du juge des référés, le vrai problème était d'attirer devant ce juge, à le supposer compétent, ceux des grévistes dont l'employeur ignorait le nom. Plusieurs solutions ont été proposées. En premier lieu, a été émise l'idée d'un affichage collectif destiné à informer l'ensemble des intéressés de la procédure en cours⁴. Intéressante en fait, cette idée ne correspondait cependant à aucun des actes permettant formellement de saisir le juge des référés, qu'il s'agisse d'une assignation ou d'une requête conjointe. Autre proposition logique et *a priori* intéressante, l'idée de la représentation de fait a également été proposée. Les délégués syndicaux, les membres du comité d'entreprise ou tout simplement les meneurs de la grève s'ils n'appartiennent à aucune des catégories précédentes, représentent l'ensemble des grévistes pris comme une collectivité. Dès lors, les assigner en référé suffirait à toucher l'ensemble des occupants illégitimes. Or, comme un auteur l'a justement noté, deux critiques peuvent être adressées à une telle approche : la représentativité des demandeurs assignés est sujette à caution, tout comme l'est leur capacité à agir en justice pour défendre un intérêt collectif⁵. Enfin, l'idée d'un mandat tacite donné par les grévistes à leurs représentants n'est guère plus satisfaisante car elle impliquerait pour le juge une recherche « divinatoire »⁶ de la volonté de ceux-ci. Toutefois, un arrêt récent semble revenir à la théorie du mandat en décidant que « les représentants syndicaux, participant au mouvement de grève, [étaient] aptes à présenter des moyens de défense communs à tout le personnel »⁷. La représentation de fait présente sans doute un avantage pratique, qui est de faire l'économie d'un montage procédural parfois mal compris, et de s'en tenir à la seule assignation en référé des leaders du mouvement. C'est néanmoins aller un peu vite en besogne car la défense

¹ G. Lyon-Caen, « L'occupation des lieux de travail et la procédure », *Dr. ouvrier* 1977 p. 467 ; J. Dagrè, « De quelques aspects juridiques actuels des conflits collectifs », *Dr. soc.* 1980 p. 272.

² Cass. Soc. 21 février 1985, *Lopez et autres c/ S^{té} la Générale sucrière*, Bull. Civ. V N° 263 ; *adde* J. Savatier, « Le caractère illicite de l'occupation des locaux de travail par les grévistes et le juge compétent pour ordonner l'expulsion », *Dr. soc.* 1985 p. 15.

³ H. Sinay, « La neutralisation du droit de grève ? », *Dr. soc.* 1980. 250, spéc. p. 254.

⁴ P. Hébraud, observations à la RTD Civ. 1971, p. 197.

⁵ Y. Desdevises, obs. sous Cass. Soc. 17 mai 1977 *Ferodo*, JCP G 1978, II, 18992.

⁶ A. Jeammaud, *D.* 1977, p. 645, spéc. p. 647.

⁷ Cass. 2^e Civ., 17 février 2011, n° 10-16737, inédit.

effective des grévistes non identifiés repose sur un facteur aléatoire, à savoir la diligence et la bonne foi des meneurs assignés. La solution doit à ce titre être désapprouvée.

β. L'expulsion ordonnée sur requête : une création prétorienne.

839. Mettant fin à la controverse, la chambre sociale s'est prononcée sur la question dans un arrêt fondateur en date du 17 mai 1977, *Société du Ferodo*. La Cour a usé d'une technique de création prétorienne originale, matérialisée par une formulation qui a suscité quelques critiques de la part de la doctrine¹. L'arrêt décide qu'il appartenait aux juges d'appel de « rechercher si le président du tribunal qui a le pouvoir d'ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement *ne devait pas en l'espèce statuer de la sorte à l'égard des autres occupants*² ». La chambre sociale suggère donc une technique procédurale novatrice, celle de l'articulation conjointe des procédures de référé et sur requête.

840. Une telle utilisation de la procédure sur requête a d'abord pu choquer au motif que la seule utilité de l'éviction du contradictoire résiderait dans sa capacité à surprendre l'adversaire, l'hypothèse d'indétermination du défendeur étant exclue. Or, la pertinence de l'utilisation de la voie unilatérale apparaît au regard d'un double argument. Sur un plan purement *textuel*, rien ne restreint l'utilisation de la procédure sur requête à la simple recherche de la clandestinité. En effet, l'article 493 mentionne les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler « de » partie adverse et non pas « la » partie adverse. La voie non contradictoire serait donc ouverte non seulement lorsque le requérant ne souhaite pas appeler l'adversaire aux débats, mais également lorsqu'il n'y a pas d'adversaire, soit que celui-ci soit absent, soit non identifié. Autre argument textuel, l'article 812 emploie le terme « circonstances », terme non seulement flou et pouvant être interprété extensivement, mais au surplus présent dans sa forme plurielle. Autrement dit, il n'y aurait pas qu'une seule *circonstance* justifiant le non-contradictoire. Sur le plan *téléologique*, il est indéniable que le régime des ordonnances sur requête, tel qu'il est envisagé par le code, répond non pas à un besoin unique mais a au contraire été conçu comme un instrument souple et adaptatif.

841. La solution dégagée par la jurisprudence *Ferodo*, empreinte d'un pragmatisme procédural très sain, a été étendue à toutes les occupations illégitimes par des individus non identifiés. La procédure sur requête a ainsi pu être utilisée contre des squatters occupant un immeuble³, des occupants

¹ Ibid., p. 648.

² Nous soulignons.

³ Paris, 6 novembre 2002, n° 2002/14126 ; Nancy, 15 janv. 2007, JCP 2008. IV. 1271.

illégitimes d'une église¹ ou encore des gens du voyage occupant sans titre un terrain communal². Il faut toutefois réserver le cas particulier de l'article 38 de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, dite loi *DALO*. Ce texte dispose qu' « en cas d'introduction et de maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou de contrainte, le propriétaire ou le locataire du logement occupé peut demander au préfet de mettre en demeure l'occupant de quitter les lieux, après avoir déposé plainte, fait la preuve que le logement constitue son domicile et fait constater l'occupation illicite par un officier de police judiciaire ». Ce nouveau mécanisme procédural est d'une extrême efficacité puisqu'il offre non seulement au propriétaire dépossédé une option de compétence entre la juridiction judiciaire et l'autorité administrative pour l'expulsion, mais dans ce dernier cas permet de se passer de toute ordonnance sur requête³. Il suffit au requérant de démontrer la réunion de deux conditions au moyen d'un constat fait par un officier de police judiciaire ou un huissier. Premièrement le local occupé doit être un local d'habitation, au sens pénal de ce terme, c'est-à-dire « le lieu où une personne, qu'elle y habite ou non a le droit de se dire chez elle, quel que soit le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux »⁴. De plus, les occupants sans titre doivent s'être introduits dans les lieux au moyen de violences, voies de fait ou, plus largement des « manœuvres »⁵, ce qui laisse la place à une large part d'interprétation au préfet. Le droit positif permet donc au propriétaire évincé de réagir plus vivement encore qu'au moyen d'une ordonnance sur requête, le dispensant même de la preuve, parfois délicate, que l'identité des occupants ne peut être établie. Tout au plus le préfet risque-il de dénier le concours de la force publique si elle risque de provoquer un trouble trop grave à l'ordre public, ce qui permettra alors au requérant de solliciter une indemnisation auprès de la juridiction administrative sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques⁶. En somme, si l'arrêt *Ferodo* a été l'amorce d'une technique processuelle aujourd'hui bien établie, le régime de cette dernière doit à présent être précisé.

¹ R. Andermeeren, « Les occupations d'églises : petite histoire et problématique juridique », AJDA 2003. 427

² V. Nancy, ch. civ. 1, 15 janv. 2007, *Quignon c/ Cne Pont à Mousson*, Juris-Data n° 2007-337154, JCP G 2008IV 1271 ; *adde* B. Darnanville, « L'occupation du domaine public par les gens du voyage », LPA 24 février 2000, n° 39, p. 11 et G. Aubin, « Les nouvelles conditions d'accueil des gens du voyage », LPA 23 août 2000, n° 168, p. 3.

³ V. A. Dorange, « La gestion procédurale du squat : la protection du domicile contre l'occupation sans droit ni titre », Rev. Sc. crim. 2011, p. 371.

⁴ Cass. Crim., 4 janvier 1977, n° 76-91.105, Bull. crim. n° 6 ; Cass. Crim., 24 avril 1985, n° 84-92.673, Bull. crim. n° 158.

⁵ Art. 38 L. 5 mars 2007.

⁶ X. Prêtot et D. Chelle, « Responsabilité de l'Etat et d'une commune en raison du défaut de concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice prescrivant la libération des locaux d'une entreprise occupés par des grévistes », D. 1996, p. 229.

b. Le régime de l'ordonnance sur requête en l'absence d'adversaire

842. S'il est rapidement apparu, sur un plan formel, qu'accepter qu'un seul acte puisse introduire deux instances distinctes serait contraire à l'orthodoxie juridique (α .), une articulation des procédures et donc des actes introductifs d'instance était alors devenue nécessaire (β).

α . L'insuffisance d'un seul acte introductif d'instance

843. La suggestion ainsi fournie par la Cour à l'adresse des justiciables et des juridictions de fond ne comportant pas de précisions quant au régime de l'expulsion ordonnée sur requête, des interrogations ont surgi quant à sa mise en pratique. On a ainsi fait valoir que le dépôt d'une assignation suffirait car celle-ci vaudrait alors requête aux mêmes fins¹. Un tel raisonnement a été à juste titre condamné, car non seulement la requête et l'assignation sont deux actes dont « les conditions de fond et de forme divergent »², mais elles correspondent par ailleurs à deux procédures distinctes menées devant deux juges différents, dont les chefs de saisine et les pouvoirs ne peuvent être confondus³. Un seul acte introductif d'instance ne suffisant pas, une articulation particulière s'imposait entre eux.

β . Une articulation procédurale particulière

844. Le justiciable recherchant l'efficacité d'une expulsion peut être confronté à trois cas de figure. Soit une partie des individus à expulser est identifiée et une autre ne l'est pas, auquel cas une requête doit être déposée au greffe en même temps qu'une copie de l'assignation signifiée. La motivation de ces deux actes sera différente car s'appuyant sur des bases légales distinctes. L'assignation pourra par exemple être fondée sur l'article 809 alinéa 1 et invoquer un trouble manifestement illicite auquel il importe de mettre fin⁴. Quant à la requête, celle-ci devra impérativement établir l'urgence, ainsi que les circonstances exigeant que la mesure ne soit pas prise

¹ V. sur ce point les observations critiques de J. Normand sous l'arrêt *Ferodo* à la RTD Civ. 1977 p. 602.

² S. Pierre-Maurice, thèse précitée, n° 533.

³ MM. Sinay et Wiederkehr se sont émus de « l'assignation qui n'assigne pas » et de la « procédure sur requête sans requête », V. note sous TGI Bordeaux 19 décembre 1977, D. 1978, II, 637 ; *adde* R. Perrot, obs. RTD Civ. 1977 p. 828.

⁴ Pour un rappel récent de cette solution après la loi *DALO* du 5 mars 2007, V. Cass. 3^e Civ., 20 janvier 2010, Dr. et Procéd. 2010 p. 147 note Choquet.

contradictoirement, c'est-à-dire l'impossibilité d'identifier une partie des occupants à expulser. Il se peut également que tous les individus visés soient identifiés ou identifiables. Dans ce cas, la voie de la requête doit être écartée car tous les défendeurs potentiels peuvent être attirés devant le juge en vue d'un débat contradictoire. Il conviendra alors de les assigner individuellement en référé. Enfin, il peut advenir qu'aucun de ces individus ne puisse être identifié. Dans ce cas, seule la voie de la requête peut et doit être utilisée. Le juge exerce un contrôle sur la nécessité d'articuler ces deux procédures, qui se complètent pour assurer la protection au provisoire de l'ensemble des intéressés.

88. En pratique le caractère identifiable ou non des personnes visées par l'expulsion représente un enjeu considérable. Premièrement, en termes de coût : il est évident qu'il est économiquement préférable de déposer une seule requête au greffe que d'assumer la charge de maintes assignations individuelles. Ensuite, en termes de commodité, car il est beaucoup plus confortable d'arguer du bien fondé de ses propos en l'absence de tout contradicteur. Le juge doit donc être particulièrement vigilant : il veille, avant d'ordonner l'expulsion sur requête, à ce que tous les moyens d'identifications directs ou indirects soient épuisés, le refus de décliner son identité n'étant pas un obstacle insurmontable à l'établissement de celle-ci¹. Dans la même optique, il a été jugé que seule l'expulsion de gens du voyage ne pouvant être identifiés grâce aux plaques minéralogiques visibles sur leurs véhicules pouvaient être expulsés par voie de requête². L'huissier de justice commis par le juge devra donc mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour identifier les défendeurs et dresser à l'attention du juge un procès-verbal relatant ses diligences³.

845. Une telle articulation des procédures est avantageuse à plusieurs égards. En premier lieu, elle fournit un fondement juridique satisfaisant, mettant fin à de nombreux essais de justification de l'expulsion des grévistes non identifiés. Cette solution permet en outre de ménager les droits de la défense car même si une partie des défendeurs sera absente de la procédure, les personnes assignées en référé seront en mesure de présenter des moyens de défense communs qui profiteront à tous. Ainsi, même si les individus visés par la requête n'exercent jamais le référé-rétractation, le contradictoire n'aura pas été totalement absent. A défaut, toute élévation du contentieux devant le juge des requêtes risquerait de ne jamais se produire et M. JEAMMAUD a écrit à juste titre que « l'usage par l'employeur de la voie unique de la requête provoquerait un report du débat

¹ Cass. Soc. 21 février 1978, Bull. civ. V, n° 127 p. 95.

² Paris, 14e ch. sect. A, 6 novembre 2002, n° 2002/14126, AJDI 2003 p. 137.

³ Dans une affaire d'expulsion de squatters, l'huissier instrumentaire s'est déplacé dix fois à des heures différentes de la journée pour constater l'impossibilité de prendre contact avec les occupants de l'immeuble et relever leur identité, V. Chambéry, 18 sept. 2007, SA Electricité de France EDF c/ Procureur général, Juris-Data n° 2007-343020, Loy. et Copr. 2008, comm. 3, obs. B. Vial-Pedroletti.

contradictoire équivalant pratiquement à sa suppression »¹. Cette articulation d'actes introductifs d'instance permet à la procédure sur requête de remplir son rôle de protection immédiate, secondant ainsi le référé dans un domaine qui lui est fermé, celui du non contradictoire.

¹A. Jeammaud, *op. cit.*, spéc. p. 648

Chapitre II. Les mesures ordonnées par le juge des requêtes

846. Une fois résolue la question de l'accès à la juridiction des requêtes, il reste à en détailler la portée et à examiner concrètement les mesures qu'offre au justiciable la voie unilatérale. Face à une telle tâche, deux approches apparaissent possibles. La première consiste à dresser un catalogue des mesures envisageables, au pire pour les énumérer, au mieux pour tenter de les classer sans disposer de critères conceptuels sûrs. Cette première possibilité semble *a priori* satisfaisante, mais un examen plus poussé conduit à l'écarter pour deux séries de raisons. Les premières tiennent à l'intérêt de cet inventaire : il n'apporterait rien de plus que ce qu'un lecteur attentif retirerait d'un simple aperçu des textes de droit positif, tout du moins en ce qui concerne les ordonnances nommées. En revanche, et c'est là la seconde raison qui conduit à écarter l'approche descriptive, les ordonnances innommées ne sauraient purement et simplement être cataloguées dans leurs effets car ils sont par essence laissées à l'appréciation du juge. A cela on peut certes rétorquer aisément que les diverses variantes de la réponse juridictionnelle trouvent une limite pratique dans ce que le juge peut mettre en œuvre et peuvent par conséquent faire l'objet d'un catalogue. Mais nous croyons que se résoudre à une telle facilité ne conduirait qu'à retenir les exemples les plus topiques pour laisser dans l'oubli toute la richesse de la juridiction des requêtes. L'approche purement descriptive ne sera donc pas celle qui guidera les développements à suivre.

847. La seconde méthode envisageable pour décrire les mesures pouvant être ordonnées sur requête est de nature analytique. Sans s'attarder sur une énumération exhaustive de ces mesures, elle consiste à essayer de rechercher des similitudes structurelles permettant de former d'éventuelles catégories, lesquelles à leur tour fourniraient des appuis théoriques solides pour les mesures qu'elles regrouperaient. Cette approche a pour mérite d'éviter les reproches faits à la méthode descriptive. Elle est, en outre, plus rigoureuse et s'inscrit dans la démarche transversale à la présente recherche, qui consiste à dégager des principes constants pouvant subsister même en cas d'évolution du droit positif.

848. C'est en vérité la fonction même de la protection juridictionnelle provisoire qui fournit un critère de répartition des mesures ordonnées sur requête. Au sens strict, « le provisoire préserve [...] l'avenir et le prépare »¹, sans que se dégage spontanément de cette définition une quelconque démarcation parmi les mesures envisageables. Cependant, la dichotomie entre les mesures de

¹ L. Lorvellec, «Remarques sur le provisoire en droit privé», in Mélanges Weill, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 385, spéc. p. 386.

conservation et les mesures d'anticipation, qui correspondent aux deux fonctions de la protection juridictionnelle provisoire a été très tôt établie au sein de la doctrine processualiste. M. LORVELLEC écrivait en son temps que dans le cas de l'anticipation, par opposition à la conservation, « le provisoire n'est plus alors qu'un masque, puisque, au lieu de préserver le futur, il l'anticipe »¹. M. le Professeur STRICKLER a quant à lui observé que « l'intervention du juge des référés permet certes de ne pas hypothéquer l'avenir, en prenant des mesures préventives ou conservatoires. Il vise aussi à le préparer. La pratique du référé-provision démontre en effet que ce type de référé consiste en une anticipation sur la solution définitive »². Enfin, Mme CHAINAIS construit son analyse structurelle de la protection juridictionnelle provisoire sur l'articulation des mesures de conservation et d'anticipation³.

849. Les premières constitueraient la réponse au « péril d'inefficacité »⁴, qui menace de rendre tout recours juridictionnel inefficace de par la disparition ou la diminution du droit invoqué. Les secondes seraient, quant à elles, destinées à lutter contre le « péril de tardiveté »⁵, autrement dit la simple lenteur des procès au fond qui retarde à l'excès la satisfaction du justiciable et discrédite le système judiciaire. Sans reprendre le raisonnement poursuivi par Mme CHAINAIS quant au contenu de ces deux catégories, il semble judicieux de retenir la distinction proposée car elle décrit bien les deux facettes des mesures accordées sur requête. D'une part, elles peuvent tendre au maintien ou au rétablissement de la situation du requérant menacée de disparition ou de déperdition : il s'agit alors de mesures *de conservation* (section I). D'autre part, dans les cas où c'est l'absence de réalisation du droit au fond dans les meilleurs délais qui cause un préjudice au requérant, la mesure ordonnée sur requête anticipe sur cette réalisation sans toutefois statuer sur le droit substantiel lui-même. Il s'agira dans ce cas de mesures dites d'*anticipation* (section II).

¹ Ibid. p. 388.

² Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. XXIV ; *adde*, sur la fonction d'anticipation du référé provision, R. Perrot, obs. à la RTD Civ. 1974 p. 664.

³ C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, pp. 82 s.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p. 90.

Section I. Les mesures de conservation

850. La mesure de conservation, ou encore l'acte conservatoire¹, n'est par essence autre chose que la réponse juridique à un danger pressant, lorsque, pour reprendre l'expression commune, *nécessité fait loi*. Le rapprochement peut être tenté avec l'état de nécessité connu par ailleurs du droit civil, et souligné par certains auteurs². Or, le moyen premier de sauvegarder est de *conserver*, c'est-à-dire mettre à l'abri de toute altération qui résulterait tant du simple passage du temps que de l'accomplissement d'un acte juridique ou matériel (§1). Une fois défini, le lien entre la nature conservatoire de ces mesures et le caractère provisoire des ordonnances sur requête devra être mis en évidence (§2).

§1. La mesure conservatoire en tant que voie de préservation du droit en péril

851. Si l'analyse de la mesure conservatoire appelle l'étude de son adéquation au péril qui menace le droit invoqué par le requérant, c'est avant tout la notion même de conservation qui pose des difficultés de définition. Les mesures conservatoires ne constituent pas, comme l'on serait de prime abord tenté de le penser, une catégorie homogène régie par un corpus de règles cohérent et stable. Bien au contraire, le mot « conservatoire » se promène comme un feu follet à la fois à travers les textes du Code de procédure civile et dans un certain nombre d'autres dispositions qui s'en éloignent plus ou moins. Quel est le alors point commun entre les mesures que le juge des référés ordonne pour prévenir un dommage imminent, sur le fondement de l'article 809 alinéa premier du Code de procédure civile, les mesures conservatoires prises en cours d'instance par le juge de la mise en état en application de l'article 771 alinéa 4 du même code et les mesures conservatoires constituant le préalable à la mise en œuvre d'une voie civile d'exécution au sens de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991³ ? L'idée commune de préservation ne revêt pas les mêmes formes, ce qui témoigne,

¹ V., pour une définition, C. Brenner, *L'acte conservatoire*, Paris, L.G.D.J., 1999.

² P.-A. Pageaud, *L'acte conservatoire comme acte nécessaire*, thèse Poitiers, 1941, p. 101 ; il faut toutefois se garder de rapprocher à l'excès les deux notions car l'acte motivé par l'état de nécessité se distingue en ce qu'il aurait est normalement illicite, V. Ibid., p. 98 ; *rappr.*, sur l'état de nécessité en matière pénale, J.-Y. Chevallier, « L'état de nécessité », Mélanges Pierre Bouzat, Pédone 1980, p. 117 et M.-E. Cartier, « Contrainte et nécessité », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1982 p. 27.

³ Il est à noter que cette loi a intégré le Code des procédures civiles d'exécution aux termes de l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011, prise en application de la loi d'habilitation n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 autorisant le gouvernement à adopter la partie législative du Code des procédures civiles d'exécution. Dans les développements qui suivent il sera renvoyé aux dispositions nouvelles, avec dans certains cas des correspondances à la numérotation observée dans la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992.

selon l'opinion d'un auteur, « de la pauvreté du vocabulaire juridique »¹, et il serait au surplus « hasardeux de prétendre dresser une liste des mesures conservatoires »². Une tentative de définition de la mesure conservatoire, fédérée autour de l'objectif de sauvegarde qui lui est propre, doit donc être entreprise (A.). Une mise en perspective pourra alors être effectuée vis-à-vis du péril qui rend nécessaire la conservation (B.).

A. Les moyens des mesures conservatoires : la préservation du droit invoqué

852. L'acte conservatoire, s'il a fait l'objet d'un relatif désintérêt de la doctrine dans la seconde moitié du XXe siècle³, a tout de même bénéficié de quelques tentatives de définition, aussi générales soient-elles. Ainsi, en l'opposant aux actes d'administration et de disposition⁴, les auteurs s'accordent généralement en ce que l'acte conservatoire « est destiné à soustraire le patrimoine ou l'un de ses éléments à un péril imminent »⁵. De la même manière, PAGEAUD résumait sa recherche sur la question en disant de l'acte conservatoire qu'il est « toute mesure que les circonstances rendent absolument indispensables pour sauvegarder un élément quelconque du patrimoine sous la seule condition que l'acte envisagé produise des conséquences moins graves que ne serait la réalisation du péril qui le menace »⁶. De ces diverses propositions, peu d'éléments nouveaux peuvent être extraits pour alimenter la réflexion sur la juridiction des requêtes dont on sait déjà qu'elle existe pour assurer la protection des droits menacés. De plus, l'accent souvent mis sur le caractère patrimonial du droit en péril montre que c'est une perspective substantialiste qui est adoptée, sans égard aux aspects procéduraux qui intéressent les ordonnances sur requête. Aussi, c'est à une conception différente de l'acte conservatoire qu'il faut recourir pour décrire avec précision l'intervention du juge des requêtes.

853. S'agissant de décrire la mesure conservatoire comme la protection du droit que le requérant estime menacé, il est tentant d'opter pour une distinction portant précisément sur la nature de ce droit. Cette méthode reviendrait à opposer la conservation des droits substantiels à celle des droits processuels. Immédiatement surgit un obstacle : comment l'ordonnance sur requête, instrument

¹ R. Perrot, « Les mesures provisoires en droit français » in *Les mesures provisoires en procédure civile : atti del Colloquio internazionale*, Milano 1984, Guiffre, 1985, p. 149.

² Th. Le Bars, « Mesures conservatoires », Dictionnaire de la Justice sous la direction de L. Cadet, PUF, 2004.

³ V. C. Brenner, *op. cit.*, p. 2.

⁴ V° *Conservatoire*, Lexique Juridique de l'Association Henry Capitant, 9^e éd.

⁵ R. Perrot, « Acte conservatoire », Rép. Civ. Dalloz, 1^{ère} éd. 1954, n°1.

⁶ P.-A. Pageaud, *op. cit.*, p. 111.

purement procédural ayant pour objet la préservation du droit d'agir au fond, peut-elle protéger un droit substantiel ? La protection juridictionnelle accordée sur requête n'est-elle pas toujours procédurale, portant sur des droits eux-mêmes processuels ? Si l'argument est attrayant au premier abord, il ne résiste cependant pas à l'analyse. L'objet de la protection juridictionnelle provisoire, qu'il s'agisse de la procédure des référés ou de celle des requêtes, est en effet de préserver l'effet utile d'une éventuelle action ultérieure au fond. Mais ce résultat peut être obtenu de plusieurs manières. L'intervention du juge du provisoire peut tout d'abord protéger *indirectement* le droit d'agir au fond en protégeant le droit substantiel du justiciable. Le droit d'action subsiste alors uniquement parce que subsiste son objet : si le droit substantiel que l'action met en œuvre vient à disparaître, le droit d'agir suivrait nécessairement le même sort. Dans cette première hypothèse, la protection provisoire vise le droit substantiel et ce n'est qu'indirectement qu'elle affecte le droit d'action (1.). Dans un second cas de figure, la mesure conservatoire va affecter uniquement l'action, en tant que droit subjectif processuel, indifféremment de l'existence d'un droit substantiel subséquent. C'est de cette seconde catégorie que relèvent entre autres les mesures d'instruction à futur et les effets interruptifs de prescription de la requête unilatérale (2.).

1. La préservation d'un droit substantiel

854. La préservation directe du droit substantiel ordonnée sur requête peut être décrite en rassemblant les diverses mesures conservatoires au sein de deux catégories. La première, qui s'attache à l'objet du droit protégé en tant que critère distinctif, a pour effet de ventiler les ordonnances sur requête entre les mesures conservatoires au sens du Code des procédures civiles d'exécution et les mesures générales de sauvegarde (a.). La seconde catégorie, quant à elle, conduit à faire le départ entre deux notions distinctes : la conservation et le conservatoire (b.).

a. Les distinctions fondées sur l'objet du droit protégé : les mesures conservatoires et les mesures de sauvegarde

855. Cette première distinction vise à résoudre un problème provoqué par la pauvreté du vocabulaire juridique qui a déjà été soulignée par ailleurs¹. Car au sens strict, le terme *mesures*

¹ Notamment pour la définition de la catégorie des ordonnances sur requête, V. *Supra*, n° 81.

conservatoires ne désigne qu'une catégorie très restreinte de mesures relevant des procédures civiles d'exécution. Il s'agit, plus particulièrement, de la saisie conservatoire des créances, de la saisie-revendication des meubles corporels et des sûretés judiciaires provisoires¹. Leur prononcé relève de la compétence exclusive du juge de l'exécution statuant sur requête². S'en tenir à cette seule catégorie serait évincer de l'étude de la protection provisoire conservatoire de nombreuses mesures qui pourtant mériteraient d'y figurer. A titre d'exemple peut être ordonnée sur requête l'apposition de scellés³, qui interdit tout déplacement des biens qui en font l'objet, sous peine de lourdes peines sanctionnant leur détournement ou même le simple bris des scellés⁴. Le séquestre⁵, règlementé par les articles 1955 et suivants du Code civil, permet également la préservation de biens ou d'espèces par leur dépôt entre les mains d'un tiers sous la responsabilité duquel ces biens ou espèces seront conservés jusqu'à ce qu'une décision au fond fixe les droits dont ils font l'objet. Ces deux types de mesures illustrent bien l'ambivalence de la notion de conservation. Si les mesures conservatoires au sens du Code des procédures civiles d'exécution usent d'un moyen juridique – l'indisponibilité⁶ – pour empêcher la destruction ou le détournement d'un bien, le séquestre et l'apposition des scellés s'en remettent à une protection factuelle en prohibant l'accès physique aux biens conservés.

856. Si les exemples mentionnés ci-dessus sont parlants, ils ne peuvent illustrer à eux seuls la diversité des mesures dont l'objectif est de maintenir le *statu quo* factuel et juridique pour préserver l'effet utile d'une future action au fond. La nomination d'un administrateur *ad hoc* ne provoque aucune indisponibilité, qu'elle soit de fait ou de droit. Pourtant, elle est à même de permettre une conservation effective lorsque des individus ayant des pouvoirs concurrents sur une chose, comme des époux sur les biens de la communauté ou les indivisaires sur les biens indivis, ne peuvent trouver un terrain d'entente sur son administration et la mettent ainsi en péril.

857. Il apparaît donc nécessaire, sur le plan terminologique, d'introduire une nouvelle distinction reflétant la diversité des mesures conservatoires et permettant d'en saisir tous les aspects. Dans cette optique, classer les mesures conservatoires selon l'objet du droit conservé consiste à dépasser les similitudes de vocables pour établir parmi elles, sinon une hiérarchie, du moins des degrés qui en reflètent la portée.

¹ V. S. Piédelievre et F. Guerchoun, «Saisies et mesures conservatoires», Rép. Proc. Civ. 2012, n°4.

² Art. R. 121-23 CPC, anciennement art. 32 D. 29 juillet 1992 ; *Rappr.* l'art. L. 213-6 COJ pour la détermination de la compétence matérielle du juge de l'exécution.

³ Par exemple sur le fondement de l'art. 257 C. civ. lors d'une instance en divorce, V. TGI Bayonne (JAF), 17 novembre 1995, BICC 1995 n° 426 p. 39, RTD Civ. 1996 p. 587 obs. J. Hauser.

⁴ Arts. 434-22 et 434-44 C. pén.

⁵ Il est à noter que ce terme peut aussi désigner le tiers désigné gardien des biens déposés.

⁶ C. Brenner, *op. cit.*, pp. 157 s. ; *adde* R. Béraud, *L'indisponibilité juridique*, Dalloz, 1952.

Cette distinction opérerait un départ entre les mesures conservatoires au sens large de ce terme et qui sont destinées à la sauvegarde « du patrimoine ou de l'un de ses éléments »¹, des mesures conservatoires au sens strict, tel qu'il est entendu par le Code des procédures civiles d'exécution, visant à rendre indisponibles certains biens du débiteur dans l'attente de l'obtention d'un titre exécutoire, et en tout cas visant à l'efficacité d'une mesure d'exécution. Telle est la position de Mme CHAINAIS, pour qui « les mesures conservatoires sont un sous-ensemble des mesures de sauvegarde »². Du reste, c'est en ce sens que seront utilisés les termes *mesures conservatoires* et *mesures de sauvegarde* dans les développements qui vont suivre, qui elles-mêmes intègrent la catégorie plus générale des *mesures de conservation*.

858. Appliqué aux ordonnances sur requête, ce critère de distinction parmi les mesures de conservation s'éloigne des résultats obtenus en application des critères du provisoire et même des catégories formées par les ordonnances nommées et innommées. En effet, les mesures conservatoires au sens strict sont nécessairement prévues par le législateur en raison de l'indisponibilité qu'elles entraînent, entravant la libre gestion de son patrimoine par le débiteur. Il s'agit donc toujours d'ordonnances nommées. Sont visées à ce titre toutes les mesures conservatoires issues de la réforme de 1991, qu'il s'agisse de la saisie conservatoire des créances³, des biens placés dans un coffre-fort⁴, de la saisie-revendication des meubles corporels⁵, ou encore de l'ensemble des sûretés judiciaires provisoires qui n'échappent pas au principe de l'autorisation judiciaire préalable⁶. La démarcation entre mesures conservatoires et mesures de sauvegarde ne permet pas non plus de tirer des conclusions quant au caractère provisoire des unes ou des autres. Les mesures conservatoires relèvent bien du provisoire par nature, mais il est également des mesures de sauvegarde qui partagent cette qualification, comme les mesures d'instruction à futur ou l'ensemble des ordonnances innommées. Ceci étant dit, il serait prématuré de conclure à l'inutilité de cette distinction car elle permet de clarifier la terminologie utilisée pour définir la fonction de conservation de la juridiction des requêtes et constitue un préalable nécessaire à l'analyse du lien entre les mesures de conservation et la nature provisoire des ordonnances sur requête. Toutefois, une autre précision sémantique doit encore être apportée : celle qui consiste à opposer les actes conservatoires aux actes de conservation en général.

¹ C. Brenner, *op. cit.*, p. 104.

² C. Chainais, *op. cit.*, p. 57.

³ Art. L. 511-1 CPCE, anciennement l'art. 67 L. 9 juillet 1991.

⁴ Arts. R. 525-1 s. CPCE, anciennement les arts. 278 s. D. 31 juillet 1992.

⁵ Arts. R. 222-17 s. CPCE, anciennement les arts. 155 s. D. 31 juillet 1992.

⁶ Arts. L. 531-1 s. CPCE, anciennement les arts. 77s. L. 9 juillet 1991.

b. Les distinctions fondées sur la nature du droit invoqué : les actes conservatoires et les actes de conservation

859. La différence, subtile, entre l'acte conservatoire et l'acte de *conservation*, tient au fait que la notion de conservation elle-même n'est pas propre à la procédure. C'est en réalité tout le contraire car c'est sous l'angle du droit substantiel que la question de l'acte conservatoire est en général abordée, par opposition aux actes d'administration et de disposition¹. Définir l'acte conservatoire en tant que catégorie de mesures ordonnées sur requête requiert de l'opposer à l'acte conservatoire qui, aux côtés des actes d'administration et de disposition, permet d'exercer un pouvoir sur un droit substantiel.

860. C'est Mme MERLAND, dans sa thèse de doctorat consacrée à la notion de provisoire dans le droit privé en général, qui propose une première piste de réflexion. Cet auteur écrit ainsi que « le conservatoire protège la réalisation de droits éventuels tandis que la conservation protège l'existence de droits d'ores et déjà définitifs »². Cette proposition rejoint l'idée générale, soutenue par Mme MERLAND, que le conservatoire s'assimile purement et simplement à la protection juridictionnelle provisoire³. Cette distinction est fragile en ce qu'elle s'appuie sur une notion fuyante, celle des droits éventuels⁴. Ce critère n'en est pas moins exploitable pour l'analyse du provisoire structurel en matière d'ordonnances sur requête sous l'angle de l'opposition des droits substantiels et de la procédure. L'ordonnance sur requête, de nature procédurale, a pour unique objectif la préservation du droit d'agir au fond. Or, l'objet du droit d'action, c'est-à-dire le droit substantiel dont le requérant entend voir reconnaître l'existence lors d'un futur procès au fond, est par hypothèse toujours incertain : nul ne peut être garanti de gagner son procès. L'ordonnance sur requête, dans sa fonction de protection provisoire, a pour unique but d'éviter que la disparition de ce droit substantiel ne rende sans objet cette éventuelle instance au fond. La conclusion à laquelle conduit ce raisonnement est que la protection juridictionnelle sollicitée par voie de requête ne peut porter que sur un droit substantiel éventuel. Seul le juge du fond, s'il est ultérieurement saisi, pourra rendre ce droit certain par une reconnaissance juridictionnelle définitive. Sur le plan terminologique, distinguer l'acte de conservation de l'acte conservatoire permet de faire le départ entre la mise en œuvre d'un droit substantiel – la conservation – et les mesures procédurales provisoires qui préservent le droit d'agir au fond – le conservatoire. La combinaison des divers termes utilisés confirme que le vocable

¹ C. Brenner, *op. cit.*, pp. 15 s.

² L. Merland, *Recherches sur le provisoire en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001, p. 116.

³ *Ibid.*, p. 102.

⁴ V. J.-M. Verdier, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, 1955.

général de *mesures de conservation*, utilisé à propos des ordonnances sur requête, semble le plus pertinent. Le mot *mesure*, par opposition à *acte*, permet d'éviter la confusion avec le droit substantiel, et le terme *conservation* permet de réserver le vocable *conservatoire* aux seules mesures relevant des procédures civiles d'exécution.

861. **Conclusion sur les distinctions terminologiques.** Si ce débat sur le sens des termes utilisés pour décrire le processus de conservation peut sembler porter sur de pures questions de forme sans incidence sur le régime des ordonnances sur requête, un examen plus approfondi de la question montre que ce n'est pas le cas. Des conclusions importantes pour l'analyse du provisoire peuvent en effet être déduites de ce qui précède. La première d'entre elles est que la portée des mesures pouvant être ordonnées par le juge des requêtes est sensiblement plus large que les mesures conservatoires ou les sûretés judiciaires provisoires au sens que confère à ces termes le Code des procédures civiles d'exécution. Toutes les mesures qui empêchent la disparition ou la diminution d'un élément du patrimoine du requérant, en vue de sa reconnaissance ultérieure par le juge du fond, doivent être considérées comme des mesures de conservation, ce qui élargit considérablement le spectre de la recherche. La seconde conclusion est que, dans cette fonction de préservation, l'ordonnance sur requête révèle encore une fois sa nature procédurale car elle ne porte que sur le droit d'action dont elle protège l'objet, c'est-à-dire un droit substantiel éventuel. Mais il reste que l'effet immédiat de la mesure conservatoire ordonnée sur requête est de protéger ce droit d'action *indirectement*, au travers de ce droit substantiel éventuel. Il est nécessaire à présent d'affiner cette analyse pour y inclure les cas où l'ordonnance sur requête protège directement le droit d'action : il s'agit alors de la préservation d'un droit purement processuel.

2. La préservation d'un droit processuel

862. Les mesures de conservation qui ont pour objet un droit processuel ont cette particularité qu'elles sont indifférentes à l'objet de l'action qu'elles entendent préserver, en n'intéressant que le droit d'agir en tant que tel. Schématiquement, la conservation des droits processuels peut être examinée sous deux aspects complémentaires. Sur le plan de la typologie des mesures ordonnées sur requête, il s'agit de celles qui sont destinées à permettre l'établissement ou la sauvegarde de faits qui formeront des propositions de preuve conditionnant l'issue de l'instance d'un éventuel procès au fond. Sans preuves le procès serait vain, quand bien même le requérant serait le titulaire effectif du droit substantiel revendiqué. Ce premier aspect de la préservation processuelle trouve son

expression dans un contentieux aujourd'hui bien connu de la pratique, celui des mesures d'instruction à futur (a.). Mais l'aspect processuel peut également être examiné non sous l'angle de la nature des mesures, mais au travers du prisme d'un effet commun à l'ensemble des ordonnances sur requête : l'interruption de la prescription (b.).

a. Les mesures d'instruction *in futurum*

863. Le rôle de protection du juge des requêtes ne peut être cantonné à la préservation des droits et des biens des justiciables, strictement entendus. Le règlement des litiges, qui vise à la reconnaissance des droits substantiels revendiqués par les uns et contestés par d'autres, passe inévitablement par l'intervention d'une autorité décisionnaire émanant de l'Etat : le juge. Remporter un procès revient à se voir reconnaître des droits légitimes, et sauvegarder les chances de remporter ce procès c'est sauvegarder ces droits. Le caractère formaliste de la procédure exige de préserver des éléments de preuve, car « prouver, dans le domaine juridique, c'est avant tout chercher à déterminer la conviction du juge, par rapport à un ou plusieurs faits litigieux, pour faire infléchir dans un sens ou dans l'autre le fléau de la balance, emblème de la justice »¹. En définitive, c'est la célèbre citation attribuée à IHERING qui résume le mieux la situation : *la preuve est la rançon des droits*. Or, rassembler des preuves pour les conserver en vue d'un procès futur, tel est l'objectif des mesures d'instruction *in futurum*.

864. Cependant, lorsqu'il s'agit de rassembler de telles preuves, le procès auquel on songe, celui qui est intellectuellement visé dans la demande faite au juge, n'est qu'éventuel. Initialement, le droit positif et la doctrine étaient réticents à admettre la faculté pour le juge d'ordonner des mesures d'instruction en-dehors de tout procès. A cela, deux motifs étaient avancés, le premier tiré de ce qu'une telle possibilité ferait « sortir le juge de sa mission d'interprétation de la loi »², et l'on « s'écarterait de la notion fondamentale du rôle du juge, qui consiste à trancher les litiges »³. Le second reproche formulé contre la recherche de preuves à futur fut de souligner leur contradiction avec l'exigence d'un intérêt né et actuel, condition d'existence de l'action en justice. Mais l'« intérêt pratique »⁴ des mesures d'instruction *in futurum* fit pencher la balance du législateur en leur faveur,

¹ I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses Dalloz, 2004, n° 205 ; le même auteur cite également cette phrase du Doyen Normand : « *la vérité judiciaire ne sera jamais que ce que le juge tiendra pour vrai* ».

² M. Jeantin, « Les mesures d'instruction in futurum », D. 1980, chronique p. 205, n° 2.

³ I. Desprès, *op.cit.*, n° 212.

⁴ M. Jeantin, *op. cit.*, n° 5 ; Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 163.

qui finit par les consacrer en droit positif par l'article 4 du décret du 17 décembre 1973, devenu l'article 145 du Code de procédure civile. Celui-ci dispose que s'il existe « un motif légitime d'établir, avant tout procès, la preuve de 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 ». La dimension indéniablement conservatoire de ces mesures peut être mise en relief au travers de l'examen des caractères (α .) et du régime (β .) de la protection provisoire alors mise en œuvre.

α . Les caractères de la protection conservatoire in futurum

865. La préservation d'éléments de preuve en vue d'un procès éventuel exige de la juridiction des requêtes une grande souplesse, qui se manifeste à la fois dans des conditions d'intervention et dans le régime procédural des mesures d'instruction à futur.

866. **Des conditions souples d'intervention juridictionnelle.** Cette flexibilité, inhérente à la protection juridictionnelle provisoire dans laquelle s'inscrit l'ordonnance sur requête, a des conséquences sur les conditions de recevabilité de la requête et sur l'autonomie des mesures de l'article 145.

867. *Quant à la recevabilité de la requête.* Le juge des requêtes ordonnant des mesures d'instruction à futur intervient de manière assez flexible au vu d'un double constat : ces mesures ne revêtent pas un caractère subsidiaire et peuvent empiéter en partie sur la compétence du juge administratif.

868. L'absence de caractère subsidiaire de ces mesures implique qu'il n'est pas nécessaire, pour que la demande fondée sur l'article 145 du Code soit recevable, que le requérant ait au préalable épuisé toutes les possibilités comparables offertes par divers textes spéciaux existant en droit positif. Il en est notamment ainsi en droit des sociétés et en droit commercial, où certaines dispositions permettent de voir ordonnées des mesures d'instruction en-dehors de tout procès. Ainsi, l'indépendance de l'art. 145 a été établie à l'égard de l'expertise de l'ancien article 226 de la loi du 24 juillet 1966¹, de l'obligation de communiquer des documents comptables établie à l'art. L. 123-23 du

¹ Cass. Com., 7 décembre 1981, Bull. civ. IV, n° 425 ; il est à noter que ce texte a été abrogé par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce.

Code de commerce¹, ou encore de la procédure particulière de détermination et de fixation de l'indemnité à la charge de l'Office National de Chasse².

869. Par ailleurs, si la compétence du juge des requêtes est restreinte aux litiges appartenant quant au fond aux tribunaux de l'ordre judiciaire, il reste compétent pour ordonner des mesures d'instruction *in futurum* « lorsqu'il apparaît qu'au moment où est demandée la mesure d'instruction le fond du litige relève pour partie des juridictions de l'ordre judiciaire et pour partie de celles de l'ordre administratif, et que l'imbrication des faits est telle que chaque partie doit participer à tous les actes d'expertise, même ceux qui concernent a priori l'autre ordre de juridiction »³. Le juge des requêtes est également compétent dès que le fond du litige est de nature à révéler, ne serait-ce qu'en partie, de la compétence des juridictions judiciaires⁴, ou encore si la compétence de l'ordre administratif sur le fond n'est pas établie. Ces solutions sont au demeurant conformes à l'article 66 de la Constitution⁵ et permettent au requérant, inattentif ou dans le doute, de s'adresser efficacement au juge des requêtes.

870. *Quant à l'autonomie des mesures de l'article 145.* Les mesures d'instructions à futur se distinguent tout d'abord par leur indépendance à l'égard des conditions générales de saisine, tant du référé que des requêtes. L'autonomie du « référé-expertise » par rapport aux conditions de mise en œuvre des référés dits *généraux*, ceux des articles 808 et 809 du Code de procédure civile, a été très tôt dégagée par la doctrine⁶. La Cour de cassation a entériné ce raisonnement par deux arrêts de chambre mixte en date du 7 mai 1982⁷, estimant que ni l'absence d'urgence, ni la présence d'une contestation sérieuse ne mettaient un obstacle à la mise en œuvre de l'art 145. Le juge des référés statuant sur ce fondement n'est donc tenu que par la seule condition énoncée par ce texte, celle de l'existence d'un « motif légitime »⁸.

¹ Cass. 2^e Civ., 6 mai 1999, Bull. Civ. n° 81.

² Cass. 2^e Civ., 25 novembre 1987, Bull. Civ. n° 245.

³ Cl. Giverdon, « Incidents de procédure, Mesures d'instruction », J.-Cl. Proc. Civ, fasc. n° 634, n° 56.

⁴ T. C., 17 octobre 1988, Rec. Lebon p. 495 ; V. également, sur cette question de compétence, M.-A. Batut, « Les mesures d'instruction *in futurum* », Rapport de la Cour de Cassation, 1999, p. 99, spéc. p. 111.

⁵ Selon lequel « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ; *rappr.* les solutions retenues pour la compétence du juge judiciaire des référés en matière de voie de fait avant la loi du 30 juin 2000, V. J. Plouvin, « Au secours, le juge civil des référés arrive ! [ou la réduction du juge administratif par le juge civil] », Gaz. Pal. 1989, 1, doct. 102 et D. Chabanol, « Haro, haro, la juridiction administrative est attaquée ! », Gaz. Pal. 1989, 1, doct. 294.

⁶ V. notamment M. Foulon, *op. cit.*, p. 312 et Cl. Giverdon *op. cit.*, n° 67.

X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, Paris, Litec, 2006 n°s 589 s.

⁷ Cass. Ch. Mixte, 7 mai 1982, Bull. Civ. n° 2 p.3, D. 1982 p. 541 note J. Cabbanes.

⁸ V. Paris, 1^{ère} ch. A, 19 avril 2000, D. 2000 IR 193.

871. En ce qui concerne la procédure des requêtes, s'il reste acquis que son emploi est subordonné à l'existence de circonstances exigeant que les mesures ne soient pas prises contradictoirement¹, l'exigence de la condition d'urgence a en revanche fait l'objet de plus de controverses². Le débat porte sur la question de savoir si le juge des requêtes statuant sur le fondement de l'article 145 est soumis à la condition d'urgence, passée sous silence par les articles 493 et suivants mais exigée par l'article 812. Certains auteurs considèrent en effet que le choix de la voie sur requête oblige à revenir au régime général des ordonnances sur requête et par conséquent à la condition d'urgence³. D'autres, en revanche, plaident pour une application distributive et non unitaire de l'article 812, car celui-ci ne serait que « le fondement juridique permettant une répartition nette entre l'ordonnance sur requête et le référé »⁴ et non un renvoi au régime général des ordonnances sur requête. C'est dans ce sens que va du reste notre opinion, pour trois raisons au moins. En premier lieu, cette solution semble plus conforme à l'esprit de l'article 145, dont l'objectif est de sauvegarder des preuves pour assurer la protection de droits qui pourraient être ultérieurement reconnus, et non d'assurer l'efficacité d'une intervention judiciaire immédiate. En second lieu, il est vrai que « dans la plupart des cas, le motif légitime recouvrira en fait une véritable urgence »⁵. Enfin, exiger la démonstration de l'urgence, condition que l'article 145 n'exige pas, serait contraire à la lettre de ce texte : *ubi lex non distinguit...*

872. Par ailleurs, non seulement le juge se trouve libéré des règles générales gouvernant la voie sur requête, mais il l'est également vis-à-vis de certaines règles régissant la preuve, applicables tant aux procédures « d'urgence » qu'aux procès au fond. Ainsi, ne trouvent pas à s'appliquer les articles 146 et 150 du Code de procédure civile, ce qui résulte des arrêts de Chambre mixte de 1982⁶. Le premier de ces textes interdit au juge de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve. Il semble de bonne logique qu'il ne trouve pas à s'appliquer aux mesures ordonnées sur le fondement de l'article 145, car celles-ci ont pour objectif d'éclairer la religion des parties et non celle du juge. De plus, il serait absurde d'exiger des parties qu'elles administrent des éléments de preuve que les mesures demandées ont justement pour objet d'établir. Libérée des contraintes de l'article 146, la

¹ Cass. 2^e Civ., 5 juin 1985, JCP G 1985, IV, 285, RTD Civ. 1986 p. 404 obs. J. Normand ; des arrêts récents sont venus réaffirmer cette solution classique, V. Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n° 09-11.342, D. 2010 p. 2102 obs. Sommer et Leroy-Gissinger.

² Pour un tableau récent du débat doctrinal en la matière, V. M. Foulon et Y. Strickler, « Le constat sur requête avant tout procès », Procédures 2006, p. 71, n° 13.

³ C'est notamment l'opinion du Doyen Normand lorsqu'il écrit que « l'urgence réapparaît discrètement dans un domaine où l'on avait pu croire à sa disparition », RTD Civ. 1986, p. 406 ; *adde* Y. Strickler et M. Foulon, « Le constat sur requête avant tout procès, quatre ans après », Droit et procédures 2010, p. 307.

⁴ S. Pierre-Maurice, *op. cit.*, n° 212 *in fine*.

⁵ M. Jeantin, *préc.*, n° 24.

⁶ Cass. Ch. mixte, 7 mai 1982, arrêts précités, Bull. civ. n° 2.

protection provisoire s'en trouve considérablement assouplie, avec toutefois pour garde-fou contre la malice des justiciables, la notion d'intérêt légitime.

873. L'autonomie des mesures d'instruction *in futurum* permet encore d'écarter à leur endroit l'application de l'article 150. Ce texte pose en principe que la décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction ne peut être frappée de pourvoi indépendamment du jugement sur le fond, sauf autorisation de premier président de la Cour d'appel¹. Cette disposition doit être écartée en matière de mesures d'instructions *in futurum* pour toute une série de raisons. Premièrement, en rendant sa décision, le juge épuise sa saisine, alors que l'article 150 vise les mesures ordonnées au cours de l'instruction et destinées à éclairer la religion du juge. Par opposition, les mesures d'instruction ordonnées en cours d'instruction de l'affaire ne provoquent pas de dessaisissement car il ne s'agit que de jugements avant dire droit². L'exercice contre ces décisions d'une voie de recours ne ferait que retarder le prononcé de la décision au fond et la restriction du droit d'appel vise à prévenir les comportements dilatoires. Ce régime ne peut s'appliquer aux décisions du juge des requêtes rendues sur le fondement de l'article 145, car elles marquent la fin de l'instance et constituent en soi la décision *au fond* au sens de l'article 4 alinéa 1 du Code³. Cependant, cette distinction, avec ses implications pour le domaine d'application de l'article 150, n'est pas toujours très claire en pratique et la Cour de cassation doit régulièrement réaffirmer l'autonomie de l'article 145⁴.

874. Il faut enfin noter que le juge des requêtes, comme tout juge, peut ordonner, avant de se prononcer sur la requête, toutes les mesures d'instruction légalement admissibles en application de l'article 143 du Code⁵. Ces mesures, même si elles sont rares en pratique, seront alors bien soumises au régime restrictif de l'article 150. En somme, l'article 145 du nouveau code constitue un mécanisme procédural autonome, conformément à la mission qu'a entendue lui assigner le législateur de 1973. L'efficacité de la protection accordée s'appuie sur cette autonomie qui aboutit à ouvrir aux justiciables un large accès au juge du provisoire. Cette facilité d'accès est en outre accrue par un régime procédural favorable au requérant au travers de la souplesse de l'unique chef de saisine, le *motif légitime* de conserver ou d'établir des preuves en vue d'un procès futur.

¹ V. art. 272 CPC ; l'autorisation de faire appel est alors subordonnée à la démonstration, devant le premier président, de l'existence d'un motif grave et légitime.

² Pour une distinction entre les jugements avant dire droit et les ordonnances de référé pour l'application de l'article 150, V. Cass. 2^e Civ., 21 juin 1995, Procédures 1995, n° 179.

³ « L'objet du litige est déterminé par les *prétentions respectives des parties* ».

⁴ V., pour des décisions récentes, Cass. 2^e Civ., 23 septembre 2004, JCP G 2004, IV, 3045 et Cass. 2^e Civ., 8 février 2007, Bull. civ. II, n° 24, D. 2007 p. 2339 obs. V. Vigneau.

⁵ Sur les mesures d'instruction ordonnées pour éclairer la religion du juge des requêtes, V. *Infra*, n°s 999 s.

875. La clef de voûte des mesures d’instruction avant tout procès se trouve donc être le *motif légitime* qui est l’unique chef de saisine du juge des requêtes en la matière. Si la notion même du *motif légitime* reste assez floue, on peut tout de même percevoir les contours de celle de *légitimité*. Elle renvoie en effet à ce qui est conforme à la loi, juste et fondé, par opposition à ce qui est empreint de fourberie, illicite ou motivé par la fraude. Par conséquent, le motif invoqué sera illégitime s’il tend non à la conservation d’éléments de preuve mais au harcèlement du potentiel défendeur ou encore à se procurer des informations d’accès restreint¹. La légitimité, telle qu’entendue ici renvoie de manière générale à l’exigence d’un intérêt légitime, condition d’existence de l’action en justice². Mais, au contraire de ce dernier, la légitimité est ici appréciée de manière plus large dans la mesure où le procès au fond reste une éventualité. Par exemple, « le souci d’éviter d’intenter une procédure à tort, ou d’être éclairé sur la meilleure procédure à engager en fonction d’une connaissance précise des éléments de fait »³ ou plus simplement « l’intérêt d’une partie, pour des raisons morales ou pécuniaires, de gagner un procès futur »⁴ constitue un motif légitime. La question de l’intérêt légitime pose, *in fine*, celle de l’appréciation que fait le juge des droits dont peut se prévaloir le requérant au jour de l’introduction de la requête. Du fait que le procès au fond n’est que pure éventualité à ce stade, cette appréciation est nécessairement sommaire et se limite au constat que le droit du requérant est actuel et personnel.

876. *Un droit actuel*. Les droits qu’entend voir défendus le demandeur via l’octroi d’une mesure d’instruction visant à en préserver les preuves ne doivent pas être purement hypothétiques ou éventuels, le demandeur ne devant pas agir « en-dehors de toute idée de litige »⁵. Un autre auteur résume ceci en disant que « si l’instance ne doit pas, par hypothèse, exister, le procès doit être possible et non hypothétique. Si le demandeur n’a pas à préciser le fondement juridique de l’éventuel procès au fond, ce procès doit être déterminable, et *non manifestement voué à l’échec* »⁶. Autrement dit, si le juge n’a pas à apprécier le bien-fondé d’une éventuelle demande au fond⁷, il doit s’assurer qu’il existe des droits que le justiciable pourrait effectivement défendre lors de ce dernier. La mesure sera par exemple refusée si l’action envisagée est manifestement prescrite⁸, ou si elle se

¹ V. par exemple, en matière de concurrence, V. Cass. 2^e Civ. 7 janvier 1999, Bull. civ. II, n° 4, Procédures mars 1999, p. 11, obs. R. Perrot, Bull. Joly, 1999, § 148, p. 667 s., note F.-X. Lucas, Dalloz Affaires 1999, p. 294, D. 1999, IR p. 34 ; Cass. Com. 6 mai 1986, Bull. civ. IV, n° 85.

² Art. 31 CPC.

³ M. Jeantin, *préc.*, n° 10.

⁴ M. Foulon, « Quelques remarques d’un président de Tribunal de Grande Instance sur l’article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile » *in* Mélanges Pierre Draï, Dalloz, 2000, p. 311 spéc. p. 322.

⁵ G. Chabot, *préc.*, n° 5.

⁶ M.-A. Batut, *op. cit.*, p. 322.

⁷ Bien que ce soit parfois le cas, V. G. Chabot, *préc.* n° 9.

⁸ Versailles, 28 février 2001, D. 2001, sommaire commenté n° 33.

heurte à l'autorité absolue de la chose jugée au civil de celle jugée au pénal¹. Une telle solution apparaît au demeurant logique, car la mesure sollicitée n'aurait aucune utilité probatoire, finalité de l'article 145.

877. *Un droit personnel*. Les droits qu'entend faire valoir le requérant lors d'un éventuel procès doivent lui être personnels. Cette exigence découle de la condition d'existence générale d'un intérêt à agir. En effet, si dans le cadre de l'action probatoire que constituent les mesures d'instruction *in futurum*, l'intérêt n'est pas né et actuel mais seulement « éventuel »², il n'en doit pas moins être personnel et légitime. « Ceci posé, un intérêt éventuel ne peut justifier le recours à l'article 145 que s'il répond aux autres conditions requises de l'intérêt à agir. Il doit donc être [...] personnel : le demandeur doit établir qu'il a un intérêt à l'action éventuelle soit personnellement, soit comme mandataire »³. Ici encore, cette exigence est logique car il serait inutile pour le juge de sauvegarder des droits en préservant des preuves alors que le requérant ne pourrait, faute d'intérêt, les voir reconnus lors d'un procès au fond.

878. Enfin, un mot doit être dit concernant les faits qui peuvent faire l'objet d'une mesure d'instruction à futur et qui doivent d'une part être pertinents, et d'autre part utiles. Le pertinent, tout d'abord, est littéralement ce qui se rapporte exactement à ce dont il est question⁴. Or, dans le domaine des mesures d'instruction *in futurum*, c'est bien du procès au fond dont il est précisément question. La pertinence des faits à établir peut donc être définie comme « le lien juridique et nécessaire entre les faits et le litige futur »⁵, autrement dit que ces faits doivent avoir « un caractère de plausibilité suffisant »⁶. Plus simplement, comme l'indique la lettre du texte, la « solution d'un litige » doit dépendre des faits dont il est question. A notre opinion, la pertinence peut donc opportunément se déduire de deux éléments⁷ : d'une part, les faits doivent pouvoir faire l'objet d'une *qualification juridique*, et appuyer efficacement une prétention formulée par un moyen de droit, qui, d'autre part, présente un caractère *déterminant* pour le litige futur.

879. Ces mêmes faits doivent ensuite être utiles. L'utile, ce qui est profitable⁸, renvoie à l'idée que la mesure ordonnée doit procurer un avantage au requérant, qu'elle doit « améliorer sa situation

¹ Cass. 1^{ère} Civ., 29 avril 1985, Bull. civ. I, n° 131.

² Sur cette notion, M. Jeantin, *op. cit.*, n° 10.

³ *Ibid*, n° 12.

⁴ V° *Pertinence*, Dictionnaire *Le Littré* de la langue française, 2012.

⁵ M. Jeantin, *préc.*, n° 19.

⁶ M. Foulon, *préc.*, p. 322.

⁷ Ces deux caractères sont en réalité notre interprétation de la définition donnée par le Professeur Jeantin : le lien doit être *juridique*, mais il doit aussi être *nécessaire*.

⁸ V° *Utile*, Dictionnaire *Le Littré* de la langue française, 2012.

probatoire»¹. L'intervention du juge doit donc être *utile* tout autant qu'*opportune*. Si la situation du requérant n'exige aucune intervention judiciaire, aucune protection par le provisoire, le juge devra refuser d'ordonner les mesures sollicitées. Il en serait ainsi si le justiciable était en mesure de se procurer par ses propres moyens les preuves recherchées ou s'il disposait déjà d'éléments suffisants pour fonder la conviction du juge du fond. Par exemple, la nomination d'un mandataire de justice pour constater des actes de concurrence déloyale est inutile dès lors que la société demanderesse est déjà en possession d'éléments de preuve suffisants².

880. En somme, les caractères de pertinence et d'utilité des faits recherchés ont trait respectivement à l'opportunité et à l'utilité de l'intervention du juge. Ces solutions sont parfaitement conformes à l'idée du provisoire : si aucune intervention judiciaire n'est rendue indispensable dans l'attente d'une procédure définitive, il n'y a pas lieu à protection. En revanche, si seul l'*imperium* du juge peut permettre de fixer la substance d'éléments de faits dans la perspective d'un procès, alors, incontestablement, le justiciable doit être mis à l'abri du préjudice issu du risque de perdre ce procès. Mais l'idée de provisoire ne tient pas seulement aux caractères de la protection, elle se profile également à l'analyse de son régime.

β. Le régime de la protection conservatoire in futurum

881. Le traitement procédural d'une demande fondée sur l'article 145 exige la même souplesse que l'appréciation du chef de saisine car le juge des requêtes doit avoir toute latitude pour s'adapter à la diversité des preuves dont la préservation est demandée. Le résultat de l'intervention juridictionnelle doit être examiné sous un double angle, à la fois du point de vue de la typologie des mesures ordonnées et de l'objet de cette protection.

882. **Quant aux mesures ordonnées.** *Typologie.* La possibilité d'ordonner toutes les *mesures d'instruction légalement* admissibles résulte du texte même de l'article 145 qui fait expressément référence aux mesures permises par la loi. Concrètement, il s'agit des mesures d'instruction du sous-titre II comprenant les articles 143 à 284-1 du Code de procédure civile³, à savoir les mesures effectuées par le juge (vérification personnelle, comparution personnelle des parties, attestation, enquête) et celles effectuées par un technicien (constatation, consultation, expertise). La Cour de cassation a cependant posé deux limites. La première est que la vérification d'écritures sous seing

¹ M. Jeantin, *op. cit.*, n° 18.

² Cass. Com., 18 février 1986, Bull. Com. n° 26.

³ V. Cass. 2^e Civ., 8 février 2006, Bull. Civ. II, n° 441, D. 2007 pan. 1907 et 1908 obs. J.-D. Bretzner.

privé ne relève pas des pouvoirs du juge des référés¹, et par conséquent de ceux du juge des requêtes², et la comparution des parties ne peut être ordonnée que pour éclairer la religion du juge et non celle d'une autre juridiction, ce qui rend sans objet son emploi sur le fondement de l'art. 145³. En revanche, la production forcée de pièces est possible, éventuellement sous astreinte, même si elles sont détenues par une autorité administrative⁴. Un auteur fait cependant remarquer que « la notion de mesure d'instruction au sens de l'article 145 recouvre pratiquement quatre modes d'administration de la preuve, les autres étant improbables ou contestables : [...] l'expertise, le constat, la production de pièces et le recueillement des déclarations des tiers »⁵. Il semble en effet que ces mesures d'instruction soient les plus aptes en pratique à remplir les objectifs de l'article 145.

883. *Appréciation du juge.* L'appréciation du juge en la matière est souveraine et la Cour de cassation accorde aux juges du fait la plus grande latitude sur ce point⁶. Les termes de l'article 145 sont au demeurant assez souples car ce texte dispose que les mesures *peuvent* être ordonnées et non *doivent* être ordonnées. Le juge ne prescrit que les mesures qu'il estime effectivement utiles. Cette solution ne contrarie pas l'article 5 du Code⁷ : l'objet de la saisine du juge étant la conservation ou l'établissement de preuves et non l'octroi de telle ou telle mesure expressément visée dans la requête, le principe dispositif s'en trouve préservé⁸.

884. La liberté du juge en la matière n'est cependant pas sans limites dans la mesure où la double hiérarchie imposée par l'article 147 trouve à s'appliquer. Celui-ci dispose en effet que le juge doit « limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux ». Comme l'observe M. FOULON, le juge « doit privilégier les mesures qu'il peut exécuter lui-même (!!) et si le recours à un technicien est indispensable, préférer la constatation ou la consultation »⁹. Un autre auteur note cependant qu'en pratique, c'est l'expertise qui reste la mesure la plus souvent ordonnée¹⁰, même si elle n'est de loin pas la moins onéreuse, et ce d'autant plus que c'est le requérant qui devra avancer une provision sur

¹ Cass. 1^{re} Civ., 11 juin 2003, Bull. civ. I, n° 139 ; Procédures 2003, comm. 216, obs. R. Perrot, D. 2004 p. 830, note M. Auberson, RTD civ. 2003 p. 539, obs. J. Normand.

² Cass. 2^e Civ., 17 mai 1993, Gaz. Pal. 1993, pan. n° 254.

³ R. Perrot, obs. à la RTD Civ. 1994, p. 162.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, Bull. Civ. n° 380.

⁵ N. Cayrol, « Référé civil », Rép. Proc. Civ. 2011, n° 572.

⁶ X. et J. Vuitton, *op. cit.*, n° 1341.

⁷ « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

⁸ J. Normand, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction » in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, étude de droit comparé*, sous la direction de J. Van Compernelle et G. Tarzia, Bruylant, 1998, p. 137.

⁹ M. Foulon, *Quelques remarques d'un président de Tribunal de Grande Instance sur l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile* in *Mélanges Pierre Draï*, Dalloz, 2000, p. 311 spéc. p. 323.

¹⁰ N. Cayrol, *préc.*, n° 573.

les honoraires de l'expert¹. En somme, il faut dire que le juge des requêtes dispose d'une grande marge de manœuvre quant aux mesures à ordonner car le contrôle de la Cour de cassation se limite à un simple contrôle de motivation² et l'article 147 ne constitue pas véritablement une restriction aux pouvoirs du magistrat.

885. L'intérêt des destinataires de la mesure d'instruction constitue en revanche une limite plus palpable dans l'appréciation de l'opportunité de la mesure sollicitée. M. NORMAND observe ainsi que « la balance s'impose des intentions en présence, plus la mesure est contraignante pour celui qui la subit, plus pressant et grave doit être l'intérêt de celui qui la requiert »³. La protection de l'un ne saurait donc passer par la violation des droits d'un autre et le juge doit apprécier si la mesure demandée par requête risque ou non de porter un préjudice, et si ce préjudice est justifié par l'importance des droits contraires que fait valoir le requérant. La mesure devra donc se limiter à la fois à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les droits du requérant et à ce qui porte le moins atteinte à celui qui subit la mesure ordonnée. Ainsi, « le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité ; que ce pouvoir n'est limité que par l'existence d'un motif légitime tenant soit au respect de la vie privée, soit au secret professionnel, sauf si la mesure s'avère nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui »⁴ et « le juge ne peut imposer la divulgation de ces informations [confidentielles] que si celle-ci est strictement nécessaire à la solution du litige tel qu'il apparaît au vu des explications des parties »⁵. Pour cette même raison encore sont prohibées les mesures d'investigations générales, les « chasses au trésor »⁶ dont l'objet n'est pas strictement délimité⁷.

886. De la même manière, l'opportunité et son étendue doivent être mesurées à l'aune des droits légitimes au secret ou à la vie privée. Par exemple, concernant le secret des affaires, sa protection est évidemment nécessaire pour éviter que l'intervention judiciaire ne devienne le vecteur d'actes d'espionnage industriel ou de concurrence déloyale. Il appartient au juge de faire preuve d'une grande prudence, « d'être encore plus vigilant et strict que de coutume, en faisant respecter avec

¹ M. Foulon et Y. Strickler, « Charge des dépens et article 145 du nouveau code de procédure civile », D. 2005, p. 1005.

² Sur l'étendue d'un tel contrôle, qui se limite au simple constat de l'existence de la motivation V. X. Bachelier et M.-N. Jobard-Bachelier, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 114 s.

³ J. Normand, obs. à la RTD Civ. 1982 p. 188.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987, Bull. Civ. n° 248.

⁵ F. Ferrand, *Preuve*, Rép. Proc. Civ. Dalloz 2011, n°338.

⁶ R. Perrot, obs. à la RTD Civ. 1984, p. 562.

⁷ Cass. Civ. 2^e, 7 janvier 1999, Bull. civ. II, n° 3 : « Attendu [...] que la mesure d'instruction demandée s'analysait en une *mesure générale d'investigation* portant sur l'ensemble de l'activité de la société Drouot [...] ; la cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'art. 145 NCPC en décidant que la mesure demandée excédait les pouvoirs de cet article ».

minutie »¹ les règles du Code. Cependant, le secret des affaires « ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145, 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 »². En somme, il n'est « qu'une donnée intégrée à l'appréciation du motif légitime, qu'il faut mettre en balance avec d'autres, dans un bilan coût-avantage de la mesure effectuée afin de doser si, dans chaque cas d'espèce, les intérêts allégués par le demandeur sont de nature ou non à l'emporter au regard des secrets invoqués par son adversaire »³.

887. Une problématique similaire existe dans le domaine de la vie privée, qui par essence requiert de ne pas s'immiscer dans la sphère intime. Le juge doit pondérer la violation de cette intimité avec la légitimité du motif invoqué par le requérant. Le constat d'adultère constitue en la matière un exemple ancien mais parlant, car dans le cadre d'une telle mesure, ce sont les liens du mariage et l'obligation de fidélité qui justifient l'intervention du juge, et pèsent plus lourd que le droit à la vie privée dans la balance des intérêts⁴. Ainsi, ordonnée en vue de préconstituer la preuve d'une violation de l'obligation de fidélité par un époux au domicile de son conjoint ou d'un tiers, ce constat ne constitue pas une atteinte à l'intimité de la vie privée⁵. En revanche, « si le mariage est dissous, le constat d'adultère effectué sur un ex-conjoint à la demande de l'autre apparaît comme une immixtion intolérable dans la vie privée »⁶.

888. Enfin, quant au droit de propriété, celui-ci interdit au juge d'ordonner des confiscations, saisies ou perquisitions privées, car les mesures de l'article 145 ont une finalité probatoire et non d'exécution. La Cour de cassation a décidé à ce titre que le juge « ne saurait ordonner de façon générale et en-dehors des cas prévus par la loi l'appréhension de documents par voie de confiscations et saisies » et a censuré les juges du fond pour avoir donné mission à un huissier de justice, « en cas de refus de communication [des pièces demandées] d'appréhender dans les locaux de la société visée tous documents et pièces qu'il jugera utiles »⁷. La protection offerte au requérant par le mécanisme de l'article 145 est ainsi pondérée afin de préserver les droits du défendeur éventuel alors que le procès au fond ne se dessine qu'en filigrane au jour de la saisine du juge des requêtes. Mais cette protection n'est pas seulement susceptible de varier en fonction de la situation du défendeur, elle est également susceptible de degrés selon la nature des preuves à établir.

¹ M. Foulon et Y. Strickler, «Le constat sur requête avant tout procès», Procédures 2006, chron. 71, n° 2.

² Cass. Civ. 2^e, 7 janvier 1999, Bull. civ. II n° 4, p. 3.

³ S. Pierre-Maurice, «Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum», D. 2002, p. 3131, n° 13.

⁴ Sur les modalités d'exécution de ces constats, V. *Supra*, n°s 604 s.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 5 juin 1985, Bull. n° 111.

⁶ S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, n° 494.

⁷ Cass. Com., 16 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 192.

889. **Quant à l'objet de la protection.** L'article 145, qui dispose que « s'il existe un motif légitime de *conserver* ou *d'établir* avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige », comprend non pas une mais deux propositions logiques quant à l'objet et aux modalités de la protection provisoire. Celle-ci peut être immédiate et tendre à la conservation des preuves, ou médiate quand elle ne vise qu'à les établir sans qu'un danger particulier les menace. Dans le premier cas, lorsque le requérant souhaite *conserver* des preuves, littéralement « maintenir en bon état, préserver de l'altération »¹, le danger pour le droit processuel à sauvegarder est imminent. La situation s'apparente au dommage imminent visé à l'article 809 alinéa 1 : il y a urgence à intervenir. Il y a là la manifestation la plus caractérisée de la protection juridictionnelle provisoire, car à défaut d'une intervention immédiate du juge les preuves disparaîtront et le droit processuel visé sera définitivement perdu. Bien entendu, le danger consiste ici en un risque de *dépérissement* des preuves, leur dégradation irréversible par l'écoulement du temps. On est donc en présence d'un premier degré de protection par le provisoire, mais ce n'est pas le seul.

890. Dans la seconde hypothèse, lorsque la requête vise non pas à la conservation des preuves, mais à leur *établissement*, c'est-à-dire leur pérennisation sous la forme d'une prise d'acte judiciaire de leur existence, la protection offerte par la juridiction du provisoire est plus indirecte. En effet, dans ce cas de figure, il n'y a pas de danger à proprement parler ; les preuves existent déjà et ne sont pas sujettes à dépérissement. Ce qui est demandé au juge, c'est de les constater dans un acte revêtu de son autorité. Le motif de l'intervention judiciaire est alors la force probante qu'elle confère aux preuves ainsi établies, alors que dans le cas d'une conservation des preuves, c'est l'*imperium*, le pouvoir d'action et de contrainte du juge qui est davantage sollicité. Une deuxième différence réside dans l'intensité de la protection accordée, car si les preuves nécessitent d'être conservées, elles seront perdues à défaut d'une intervention du juge, alors que si elles requièrent d'être établies, cette intervention ne fera que les révéler sans qu'il existe systématiquement un danger quant à leur disparition. Autrement dit, la situation probatoire du demandeur sera dans les deux cas améliorée, mais elle ne le sera pas avec la même intensité.

b. L'interruption de la prescription par la requête introductive d'instance

891. La sauvegarde des droits processuels par le juge des requêtes passe aussi par l'effet interruptif de la prescription produit par la requête introductive. Il ne s'agit pas ici de faire l'examen d'une

¹ V° *Conserver*, Dictionnaire Le Littré de la langue française, 2011.

catégorie particulière d'ordonnances sur requête, mais de mettre en avant un effet commun à la requête en tant qu'acte introductif d'instance¹. Cette démonstration requiert, à ce stade de la recherche, de répondre à un certain nombre d'interrogations tant théoriques que pratiques, tant du point de vue de la notion de conservation qu'au regard du critère de l'acte interruptif de prescription.

892. S'agissant, tout d'abord, de l'effet conservatoire produit par l'interruption de la prescription, celui-ci peut difficilement être mis en doute. Dans l'article qui ouvre son Titre vingtième, le Code civil définit la prescription comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps »². Notre propos n'est pas de rentrer dans la controverse doctrinale opposant les tenants de la thèse processualiste, qui estiment que la prescription n'éteint que le droit d'agir, aux « substantialistes » qui soutiennent que la prescription éteint le droit substantiel lui-même³. Du point de vue de la protection provisoire, le résultat est en effet sensiblement identique : une fois la prescription acquise, tout procès au fond est impossible. Dans cette perspective, interrompre le cours de la prescription relève de l'idée de conservation, de préservation de ce droit d'agir au fond. Et, à l'instar des mesures d'instruction à futur, cette protection présente un aspect purement processuel car elle n'affecte pas directement l'objet du droit d'agir au fond, à savoir la situation de fait qui permettra au requérant de soutenir l'existence de son droit devant le juge du principal.

893. D'un point de vue théorique le problème n'est donc pas tant de savoir si l'interruption de la prescription relève de l'intervention conservatoire du juge des requêtes, mais plutôt de déterminer si la requête produit bien un tel effet interruptif. Il est par conséquent nécessaire de détailler les critères de l'acte interruptif en général pour les appliquer à la requête en particulier. Les premiers sont établis par l'article 2241 du Code civil qui dispose que « la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ». En soi, cette définition est insuffisante car ce texte ne définit pas la notion de *demande en justice*, se contentant de l'ériger en critère de l'acte interruptif de prescription. C'est vers l'article 53 du Code de procédure civile qu'il faut se tourner pour une précision textuelle relativement à la demande. Cet article dispose que « la demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions ». En d'autres termes, si l'action en justice est le droit processuel, subjectif et abstrait, permettant de

¹ Sur l'ambiguïté du mot « requête » en droit positif, V. Y. Strickler et M. Foulon, « Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ? », Gaz. Pal. 08 décembre 2012, p. 10.

² Art. 2219 C. civ.

³ V., pour une synthèse du débat, A. Hontebeyrie, « Prescription extinctive », Rép. Proc. Civ. 2011, n°s 559 s. ; adde P. Sallé de la Marnière, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit, Essai de terminologie juridique », RTD civ. 1933 p. 1037 et J. Canselier, « L'effet extinctif de la prescription libératoire à la lumière de la réforme de la prescription civile », RRJ 2008 p.1845.

s'adresser aux tribunaux, la demande est la manifestation concrète du droit d'agir, formulant devant le juge qu'elle saisit les moyens de celui qui agit¹. Techniquement, ces deux notions se situent sur des plans différents car « l'action renvoie à des problèmes de *recevabilité* des prétentions alors que la demande renvoie à des problèmes de *validité* d'un acte juridique »². Or, c'est bien dans cette catégorie que le Code de procédure civile range la requête, en disposant dans son article 58 que « la requête [...] est l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé ». Textuellement, rien n'empêche donc la requête d'accéder à la qualification d'acte interruptif de prescription.

894. Cette conclusion *a priori* séduisante n'a pas été celle de la jurisprudence qui décidait de manière constante avant la réforme opérée le 17 juin 2008 que la requête introduite sur le fondement de l'article 145 était impuissante à interrompre la prescription³, alors même qu'un tel effet interruptif était attribué à une demande en référé formulée sur le fondement du même texte⁴. A l'époque des décisions rapportées, cette différence de traitement était justifiée par une précision figurant au sein de l'ancien article 2244, qui disposait qu' « une citation en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, *signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire*, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir ». Sous l'empire de la législation ancienne, le critère de la connaissance, par celui au profit duquel court la prescription, de la demande portée contre lui en justice, était déterminant : c'est sous le visa de l'ancien article 2244 que la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 9 novembre 2005, refuse d'attribuer tout effet interruptif à la requête. Les motifs de l'arrêt sont très clairs et les Hauts magistrats décident que l'acte incriminé « était une requête par laquelle les acquéreurs sollicitaient sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile la désignation d'un expert aux fins de vérifier la superficie de l'appartement, *acte qui n'a jamais été signifié à la Sofredim*⁵ contre qui les époux X... voulaient empêcher de prescrire »⁶. Le principe du contradictoire était considéré consubstantiel à l'effet interruptif, à tel point que si la délivrance d'une ordonnance portant injonction de payer n'interrompait pas la prescription du droit de créance invoqué, tel était bien le cas concernant la *signification* de la même ordonnance⁷.

895. Les changements opérés par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ont conduit à recodifier l'article 2244 au numéro 2241. Ce texte ne fait désormais plus aucune mention de « celui que l'on veut empêcher de prescrire ». Le caractère

¹ En ce sens, N. Cayrol, « Action en justice », Rép. Proc. Civ. 2011, n°s 73 s.

² A. Hontebeyrie, *préc.* n° 74.

³ Cass. 3^e Civ., 9 novembre 2005, n° 04-15.073, Bull. civ. III, n° 219.

⁴ Cass. 2^e Civ., 6 mars 1991, n° 89-16.995, Bull. civ. II, n° 77.

⁵ Nous soulignons.

⁶ Cass. 3^e Civ., 9 novembre 2005, précité.

⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 1990, RTD Civ. 1991 p. 341 obs. J. Mestre.

unilatéral de la requête introductive d'instance ne devrait donc plus être un obstacle à une reconnaissance à cette dernière d'un effet interruptif de prescription. Selon le mot d'un auteur, « la notion de demande en justice, désormais utilisée, paraît suffisamment large pour accueillir une solution contraire [à la jurisprudence antérieure] »¹. Par ailleurs, admettre que la requête interrompt la prescription au même titre qu'une assignation en référé serait conforme à la proximité de ces deux procédures, que seul distingue le caractère unilatéral de la première. Tant les référés que les requêtes relèvent de la protection juridictionnelle provisoire et il serait illogique que le demandeur en référé puisse bénéficier d'une interruption que le requérant se verrait refuser. Ceci est d'autant plus justifié que du point de vue de la *suspension* de la prescription, les deux voies procédurales sont sur un pied d'égalité. L'article 2239 dispose en effet que « la prescription est [...] suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès ». Ce texte ne distingue pas selon que la demande de mesures d'instruction à futur soit présentée en référé ou par requête, ce qui souligne encore leur proximité.

896. Malgré ces arguments textuels, certains auteurs sont opposés à la reconnaissance à la requête d'un effet interruptif de prescription, pour des raisons d'équité et de justice procédurale. Etant donné que le tiers destinataire de la mesure sollicitée par requête ignore par principe l'existence de cette dernière, le requérant pourrait interrompre à sa guise la prescription qui le menace, sauvegardant son droit jusqu'au moment le plus opportun pour agir. Cette « tromperie [serait] sans limite dans le temps puisque le requérant n'a pas de délais pour mettre en application la mesure autorisée sur requête »². Il serait ainsi plus juste de considérer que la requête n'interrompt pas la prescription, du moins jusqu'au moment où la décision ordonnée soit portée à la connaissance de son destinataire. Si les considérations d'équité qui fondent ce raisonnement sont pleinement justifiées, nous ne pouvons adhérer à cet argument, pour plusieurs séries de raisons.

897. Premièrement, l'effet interruptif est pleinement justifié par les textes en vigueur depuis la réforme du 17 juin 2008, la mention de « celui que l'on veut empêcher de prescrire ayant disparu ». Il faut cependant noter que MM. STRICKLER et FOULON adoptent l'argument textuel inverse. Ils estiment que s'il existe des textes qui prévoient expressément l'effet interruptif de la requête, c'est bien qu'elle en est par principe dénuée³. Tel est notamment le cas de l'article 1425-3 alinéa 4 qui dispose que « la prescription et les délais pour agir sont interrompus par l'enregistrement au greffe

¹ A. Hontebeyrie, *préc.*, n° 397 ; en ce sens également S. Amrani-Mekki, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », JCP G 2008 doctr. 160, spéc. n°69 et B. Fauvarque-Cosson et J. François, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », D. 2008 p. 2512, spéc. n° 23.

² Y. Strickler et M. Foulon, note sous Cass. 3^e Civ., 14 décembre 2011, Gazette du Palais 2-3 mars 2012, pp. 27-28.

³ Ibid.

de la requête ». L'argument consistant à y voir l'exception confirmant la règle selon laquelle la requête n'interrompt pas la prescription est parfaitement logique. Cependant, la rédaction actuelle de l'article 1425-3 date du décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005, antérieur à la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008. A cette époque, la précision textuelle de l'alinéa 4 était effectivement nécessaire, car sous l'empire de l'article 2244 ancien du Code civil la requête n'interrompait pas la prescription en raison de l'exigence de la signification à celui que l'on veut empêcher de prescrire. Mais l'alinéa 4 de l'article 1425-3 devient superflu sous l'empire de l'article 2241 du Code civil tel qu'issu de la réforme. A notre sens la précision selon laquelle la requête interrompt la prescription ne peut plus être vue comme l'exception qui confirme la règle, mais plutôt comme la confirmation d'un principe nouveau.

898. Si l'argument textuel contre l'effet interruptif de la requête ne peut prospérer, l'argument reposant sur l'équité est en revanche plus difficile à combattre. Reconnaître à la requête un effet interruptif permet au requérant d'interrompre la prescription à l'insu de celui à qui elle pourrait bénéficier. Cette apparente iniquité doit cependant être tempérée par deux éléments, le premier d'ordre théorique, le second de nature pratique. Sur le plan théorique, il faut dire que l'effet redouté, celui d'une interruption à l'envi et pour une durée indéfinie à l'initiative du requérant, ne peut être admise au vu de la nature juridictionnelle de l'ordonnance sur requête. Il a déjà été vu par ailleurs que, certaines mesures d'administration judiciaire mises à part¹, l'ordonnance sur requête était un acte juridictionnel à part entière². Ceci a deux conséquences sur le mécanisme de la prescription qui nous intéresse ici. La première est que l'ordonnance rendue est revêtue d'une autorité positive de la chose jugée qui s'impose tant au juge qu'au requérant. Une seconde requête portant sur les mêmes faits serait donc nécessairement irrecevable. La deuxième conséquence est que le prononcé de l'ordonnance marque l'aboutissement de l'instance et le dessaisissement du juge des requêtes, ainsi que la fin de l'effet interruptif. La crainte d'une interruption indéfinie n'est donc pas fondée : celle-ci est circonscrite au temps que dure l'instance introduite par la requête, qui ne peut au plus avoir lieu qu'une seule fois.

Par ailleurs, sur un plan purement pratique, occulter l'interruption aux yeux du tiers visé par la requête implique de ne jamais exécuter la mesure obtenue à l'issue de la procédure unilatérale, ce qui en réduit grandement l'intérêt. Cela réduit la situation du requérant à choisir entre garder secrète l'interruption de la prescription, qui du reste ne peut être obtenue qu'une seule fois, et exécuter la mesure rendue à son avantage. Il est fort à parier que la plupart des requérants opteront

¹ Il faut par ailleurs noter qu'aucun effet interruptif de prescription n'est attaché à la requête sollicitant l'autorisation d'assigner à jour fixe : Caen, 15 mai 1854, DP 1854. 2.

² V. *Supra*, n°s 158 s.

pour la seconde option, qui se révélera sûrement plus avantageuse que le simple effet interruptif de prescription. Il faut en conclure que si l'effet interruptif de la requête que permet le nouvel article 2241 du Code civil présente un risque d'iniquité à l'endroit du défendeur absent de la procédure unilatérale, ce risque est largement pondéré par la nature juridictionnelle de la requête et par l'avantage pratique que représente pour le requérant l'exécution de la mesure obtenue et qui empêche l'interruption de rester clandestine.

899. Enfin, du point de vue de la protection juridictionnelle provisoire, il est opportun de reconnaître un effet interruptif à la requête unilatérale. Décider le contraire aurait pour conséquence de forcer les requérants à introduire à titre préventif des demandes au fond, ce qui serait générateur d'un contentieux supplémentaire et inutile. De plus, du strict point de vue de l'efficacité, cela serait impossible à chaque fois que le requérant compte sur l'effet de surprise pour que la mesure fasse un plein effet.

900. **Conclusion sur l'effet interruptif de prescription.** Les développements qui précèdent conduisent à reconnaître à la requête unilatérale un effet interruptif de prescription au profit du requérant. La conséquence est que solliciter la protection provisoire unilatérale produit automatiquement un effet conservatoire immédiat quant au droit d'agir au fond, effet qui ne prendra fin qu'avec le prononcé de l'ordonnance¹.

901. **Conclusion sur la notion de mesure de conservation.** La mesure de conservation est, tout comme la juridiction des requêtes elle-même, marquée par une grande diversité. La pauvreté du vocabulaire juridique oblige à établir plusieurs distinctions au sein de la catégorie générale des mesures conservatoires. La première distinction a trait à la portée de la mesure, selon que celle-ci relève du domaine limité des voies d'exécution, ou qu'elle a un champ d'application plus large : ce critère oppose les mesures *conservatoires* aux mesures *de sauvegarde*². La seconde distinction énoncée tient à l'objet de la protection, selon qu'elle porte sur l'objet du droit d'action ou sur le droit d'agir lui-même : la protection est soit substantielle, soit processuelle. Cette ventilation catégorielle des mesures ordonnées sur requête qui tendent à préserver le droit du requérant a permis d'apporter au débat des précisions sur ce que recouvre la notion de conservation dans la protection juridictionnelle provisoire. Cependant, ce travail de définition ne peut être complet sans que soit évoqué le catalyseur qui rend nécessaire cette conservation, à savoir le danger qui en appelle le besoin.

¹ Et parfois au-delà, comme dans le cas des mesures d'instruction à futur qui interrompent la prescription jusqu'au jour du dépôt de son rapport par l'expert en application de l'art. 2239 C. civ.

² V. *Supra*, n°s 855 s.

B. La fin des mesures conservatoires : la réponse à un péril

902. La recherche d'une définition de la notion de péril, ou de menace, qui fonde la protection conservatoire, peut suivre la division précédemment établie en matière de mesures conservatoires elles-mêmes. Les mesures *conservatoires* au sens du Code des procédures civiles d'exécution obéissent en effet à des conditions de mise en œuvre strictes qui assimilent le péril à une menace dans le recouvrement de la créance invoquée par le requérant (1.). Les autres mesures de conservation, c'est-à-dire les mesures de *sauvegarde*, requièrent en revanche de plus amples explications dans la mesure où leur domaine d'application est nécessairement plus large (2.).

1. La menace dans le recouvrement, fondement des mesures conservatoires

903. Inscrit dans la logique de simplification et d'unification qui gouvernait la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution se trouve dans un Titre intitulé « dispositions communes » aux mesures conservatoires. Le texte lui-même est suffisamment large pour pouvoir être applicable aux mesures conservatoires dans leur ensemble puisqu'il dispose, dans son premier alinéa, que « toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de *circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement*¹», et précise, dans son alinéa second, que « la mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire ». L'ensemble des mesures conservatoires est donc visé, qu'il s'agisse des saisies conservatoires de créance², des biens placés dans un coffre-fort³, des droits d'associé ou de valeurs mobilières⁴. Relèvent également des mêmes conditions de mise en œuvre la saisie-revendication rendant indisponibles les meubles corporels⁵, ainsi que l'ensemble des sûretés judiciaires provisoires⁶. Le péril est systématiquement le même, à savoir les *circonstances susceptibles de menacer le*

¹ Nous soulignons.

² Arts. R. 523-1 s. CPCE, anciennement arts. 234 s. D. 31 juillet 1992.

³ Arts. R. 224-1 s. CPCE, anciennement arts. 266 s. D. 31 juillet 1992.

⁴ Arts. R. 524-1 s. CPCE, anciennement arts. 244 s. D. 31 juillet 1992.

⁵ Arts. R. 222-17 s. CPCE, anciennement arts. 155 s. D. 31 juillet 1992.

⁶ Arts. R. 531-1 s. CPCE, anciennement arts. 250 s. D. 31 juillet 1992.

recouvrement dont l'article L. 511-1 fait mention. Le créancier qui craint que son débiteur ne dilapide ou de détourne les sommes et les biens susceptibles de lui permettre de recouvrer sa créance sollicite à juste titre la protection provisoire. Préserver la possibilité de recouvrer la créance, c'est préserver l'objet de l'éventuelle action au fond. Sans actifs susceptibles d'être saisis, cette action au fond serait, sinon sans objet, du moins totalement inefficace en raison du droit de gage général du créancier poursuivant¹.

904. La lettre même de l'article L. 511-1 exige, pour que la mesure conservatoire sollicitée soit autorisée par le magistrat, qu'il existe des « circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ». Cette terminologie a, en 1991, opportunément remplacé celle utilisée par l'ancien article 48 du Code de procédure civile, qui requérait comme condition de son application « l'urgence et le péril dans le recouvrement ». La mention de l'urgence ayant disparu des textes, la mise en œuvre de la protection offerte par le juge des requêtes en a été assouplie, car la notion de menace implique un danger moindre que celle de péril². Le danger que peut représenter le débiteur quant au recouvrement de la créance concernée peut être entendu sous un double point de vue, à la fois quant à sa situation objective et quant à son comportement subjectif.

En premier lieu, le juge pourra faire droit à la requête aux fins de mesure conservatoire « s'il a des craintes sérieuses sur la situation objective du débiteur »³. Tout événement susceptible de faire peser un doute sur la capacité du débiteur à satisfaire intégralement le créancier pourra donc, s'il est suffisamment avéré, fonder une mesure conservatoire. Il en sera par exemple ainsi si le débiteur est insolvable⁴, qu'il a un déficit avéré⁵, ou encore si son fonds de roulement est trop faible eu égard à l'importance de la créance invoquée⁶.

En second lieu, c'est le comportement du débiteur lui-même, caractérisé par la malice ou la mauvaise foi, qui peut constituer une menace, indépendamment de la situation financière effective de celui-ci. Par exemple, s'il persiste à ne pas payer et force le créancier à engager par ailleurs des

¹ Art. 2285 C. civ.

² Littéralement, *péril* signifie « ce qui menace la sûreté, l'existence », alors que *menace* s'entend d'un « signe par lequel se manifeste ce que l'on doit craindre de quelque chose » ; les deux notions sont donc séparées non seulement par une différence de temporalité quant à l'avènement du danger pressenti, mais également quant à la gravité de ce-dernier, V° ces mots au dictionnaire Le Littré de la langue française.

³ S. Guinchard et T. Moussa *op. cit.* n° 611.52.

⁴ Cass. Com., 22 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 171.

⁵ Cass. Com., 14 décembre 1966, Bull. civ. IV, n° 482.

⁶ Cass. Com., 20 avril 1982, Bull. civ. IV, n° 132.

procédures d'exécution¹ ou s'il garde obstinément le silence en s'abstenant de répondre aux courriers et mises en demeure², une mesure conservatoire pourra être ordonnée.

En somme, il est parfaitement logique que le péril conditionnant l'octroi de mesures conservatoires soit défini comme des circonstances qui risquent de compromettre le recouvrement de la créance, puisque par définition c'est l'objet de la prétention qui sera soumise au juge du fond. En dehors du strict cadre des voies d'exécution, en revanche, il n'existe pas de notion uniforme du péril justifiant une intervention conservatoire, ce qui rend plus délicate la recherche d'une définition.

2. Les périls autres que la menace dans le recouvrement, fondement des mesures de sauvegarde

905. L'extrême diversité des événements susceptibles de menacer l'existence ou l'étendue d'un droit oblige à opérer, ici encore, des classifications catégorielles. La typologie retenue pour l'analyse tient aux formes que prennent les circonstances constitutives du péril. Concrètement, un droit peut être menacé soit par un comportement passif, une inaction entraînant une paralysie préjudiciable, soit par des actes positifs susceptibles de causer directement ou indirectement un dommage.

906. En premier lieu, c'est la paralysie, autrement dit *l'impossibilité d'agir, de fonctionner*³, qui peut être porteuse d'un préjudice, car il est, en droit, des situations destinées à un perpétuel mouvement. Par exemple, le droit de la copropriété des immeubles bâtis, tel que régi par la loi du 10 juillet 1965, ne tolère pas d'inaction de la part des organes de gestion et notamment du syndic. A ce titre, le syndic, organe « exécutif »⁴ de la copropriété, remplit un rôle important dans la mesure où il s'assure de l'exécution des décisions prises par l'assemblée générale des copropriétaires et par le conseil syndical. Son absence serait donc préjudiciable aux droits de l'ensemble des copropriétaires, qui sont dès lors fondés à solliciter une protection provisoire de la part du juge des requêtes. Celui-ci, saisi sur le fondement de l'article 17 alinéa 3 de la loi, peut à cette fin désigner un syndic en précisant sa mission et la durée de ses fonctions, dans l'attente d'une désignation de cet organe par des voies

¹ Angers, 26 janvier 1998, JCP G 1999, IV, 1373.

² Paris, 28 avril 1998, Revue Huissiers 1998, n° 890.

³ V° *Paralysie*, Le Littré, édition 2012.

⁴ Cl. Giverdon et P. Capoulade, *La copropriété*, Dalloz Action 2012/2013, n° 878.

ordinaires, c'est-à-dire par l'assemblée générale des copropriétaires. Le syndic ainsi désigné en justice a alors la qualité d'*auxiliaire de justice*¹.

907. Un autre exemple d'immobilisme préjudiciable peut être trouvé dans un domaine qui implique également la gestion concurrente d'intérêts distincts dans un but commun : l'indivision. La propriété collective implique une gestion constante des biens qui y sont soumis et si les coïndivisaires se désintéressent de l'administration de la chose ou de ses fruits, tous risquent de subir un préjudice. Il est alors nécessaire d'en conserver la substance afin d'éviter le dépérissement, voire la disparition des biens communs. Les textes donnent cependant la possibilité à l'un des coïndivisaires d'agir pour éviter cela. L'article 815-2 du Code civil dispose que « tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis », et l'article 815-5² du même code poursuit en précisant qu'un indivisaire « peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coïndivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun ». Enfin, l'article 815-6 clôt cette série de textes en détaillant le régime de l'intervention judiciaire en ces termes : « le président du tribunal de grande instance peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun, notamment [...] désigner un indivisaire comme administrateur ou nommer un séquestre ». La doctrine s'accorde sur le fait que le président est dans ce dernier cas saisi par une simple requête et statue par une ordonnance soumise au droit commun des articles 493 et suivants³.

908. En second lieu, le péril ou la menace qui pèse sur le droit invoqué peut résulter d'un comportement ou d'un acte *positif*, notamment dans les cas où un individu se trouve dans une position qui le met directement en mesure d'influer sur les droits d'autrui. Logiquement, la réponse à un acte positif sera une mesure négative, une prohibition ou une restriction. Il en est ainsi dans le cadre du couple marié, que ce soit en cours de vie commune ou au moment d'une rupture par la voie du divorce. Dans le premier cas, l'article 220-1 du code civil confère au juge aux affaires familiales le pouvoir d'ordonner les mesures urgentes que requièrent les intérêts de la famille, lorsque l'un des époux met en péril ces intérêts, « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs ». Le danger qu'il faut ici mettre à mal est un manquement *grave* à un devoir du mariage, qu'il soit par ailleurs

¹ Ibid. n° 905.

² Il est à noter que le référé de l'article 815-5 est un référé véritable et non un référé en la forme, V. Cass. 1^{ère} Civ., 15 février 2012 n°10-21457, Bull. civ. I, n° 31, qui décide que « lorsqu'il est saisi en application des articles 815-6, 815-7, 815-9 et 815-11 du même code, ce magistrat statue en la forme des référés, il en est autrement lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 815-5, ce texte ne désignant pas la juridiction compétente, ce qui doit conduire à faire application du droit commun » ; *adde* Y. Strickler et M. Foulon, « De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC », D. 2009, p. 2963.

³ P. Estoup, *La pratique des procédures rapides*, Paris, Litec, 1998, n° 347 s.

patrimonial ou extrapatrimonial¹, au point de provoquer un péril. Le recours au juge permet au conjoint « de prévenir la vindicte de l'autre par des décisions immédiatement restrictives des pouvoirs que celui-ci tient du régime matrimonial »². Les mesures ordonnées peuvent être « conservatoires »³, par exemple la désignation d'un séquestre chargé de conserver certains biens de la communauté⁴, ou encore d'un administrateur judiciaire chargé d'une mission de gestion⁵.

909. Enfin, le juge peut être amené à intervenir au moment de la rupture, au moyen des mesures de l'article 257 du Code civil qui ont été déjà envisagées par ailleurs⁶. Ce texte dispose que le juge aux affaires familiales peut, dès la requête initiale en divorce, « pour la garantie des droits d'un époux, [...] prendre toutes mesures conservatoires, telles que l'apposition de scellés sur les biens communs ». Ce texte rapproche la notion de *conservation* de celle de *garantie*, littéralement « ce qui assure la protection, la sauvegarde »⁷ : le lien étymologique entre les deux termes est ainsi avéré. La fonction de sauvegarde de ces mesures l'est également, car « elles ont principalement pour but [...] la protection du patrimoine commun, qui ne doit pas être dilapidé ou caché par l'un des époux avant la liquidation du régime matrimonial »⁸. En somme, tout est prévu pour mettre à mal la volonté de nuire d'un époux mal intentionné.

910. Pour résumer, il convient de dire que les mesures à caractère conservatoire, qu'elles soient *de sauvegarde* ou *conservatoires* à proprement parler, sont la parfaite illustration de la protection juridictionnelle provisoire dans la mesure où elles ont pour objet de protéger un *droit d'un danger* qui le menace, les deux notions étant largement entendues pour permettre une grande souplesse d'intervention du juge des requêtes. Après avoir délimité le domaine et la portée des mesures de conservation pouvant être ordonnées par le juge des requêtes, il faut à présent placer ces mesures au sein de la protection juridictionnelle provisoire en mettant en avant leur lien avec la nature provisoire des ordonnances sur requête.

¹ *Ubi lex non distinguit...*, V. en ce sens A. Colomer, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 13^e édition, 2005, n° 139.

² *Ibid.*, n° 137 ; l'expression ici doit être prise au sens de « mesure de sauvegarde », telle que précédemment définie, V. *Supra*, n°s 855 s.

³ *Ibid.*, n° 142.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1970, JCP 1971, II, n° 16780, note P. Patarin.

⁵ Paris, 3 avril 2003, JCP 2004, I, p. 128, n° 8, note Ph. Simler.

⁶ V. *Supra*, n° 735.

⁷ V° *Garantie*, dictionnaire Le Littré de la langue française.

⁸ A. Daste et A. Morgen-Guillemain, *Divorce*, 21^e édition, Delmas, 2011, n° 1207.

§2. La place des mesures de conservation dans la protection juridictionnelle provisoire octroyée sur requête

911. Le travail d'analyse effectué jusqu'ici est un préalable nécessaire à l'examen des mesures de conservation au travers du prisme du provisoire structurel. L'objectif de la recherche est de confronter ces mesures au double critère du provisoire structurel, à savoir l'absence de satisfaction immédiate du requérant (A.) et la nécessité de l'intervention juridictionnelle (B.). Chacun de ces critères permettra, par son application aux diverses catégories d'ordonnances sur requête dégagées au regard du provisoire substantiel¹, de déterminer s'il existe un lien entre le provisoire par nature et les mesures de conservation, autrement dit si le conservatoire est en lui-même un critère des ordonnances sur requête provisoires.

A. L'absence de satisfaction immédiate du requérant

912. Le provisoire structurel implique de s'intéresser à la *structure* du procès, c'est-à-dire au « système complexe [...] conçu en fonction des relations réciproques entre les parties », ou plus simplement à « l'agencement des parties d'un ensemble »² que constitue la procédure. Une décision apparaît comme *structurellement* provisoire lorsqu'elle ne conduit pas en soi à la satisfaction complète du requérant. Tel n'est pas le rôle de la justice provisoire, qui n'existe que pour préparer l'éventuelle décision au principal, seule destinée à désintéresser définitivement le demandeur. Le juge du provisoire, par son intervention conservatoire, apporte également une certaine satisfaction au requérant dans la mesure où le droit de ce dernier se trouve préservé. Mais il ne s'agit que d'une satisfaction *médiate* car le droit substantiel n'est pas encore reconnu, ni évalué.

913. Confronter les mesures de conservation à ce premier critère du provisoire implique une première difficulté à résoudre, et qui consiste à déterminer dans quelle mesure la simple conservation diffère de la satisfaction définitive du justiciable. Il s'agit, en d'autres termes, d'élaborer un critère fondé sur l'étendue de la satisfaction procurée au requérant (1.), afin de pouvoir ensuite l'appliquer aux diverses catégories d'ordonnances sur requête (2.).

¹ V. *Supra*, n°s 96 s.

² V. *Structure*, dictionnaire Le Littré de la langue française.

1. La recherche d'un critère fondé sur la satisfaction du requérant

914. Dégager un critère unifié qui repose sur la satisfaction que procure l'intervention juridictionnelle conservatoire oblige à procéder à des distinctions supplémentaires vis-à-vis d'autres notions relevant de la structure du procès, à savoir l'acte d'exécution (a.) et l'acte d'anticipation (b.).

a. La distinction entre l'acte de conservation et l'acte d'exécution

915. La distinction entre les notions de conservation et d'exécution bute sur le même écueil que le travail de définition de l'acte conservatoire, à savoir l'incertitude terminologique quant à la portée du terme *exécution*. L'exécution peut en effet revêtir plusieurs sens sur le plan de la satisfaction du poursuivant. Dans une première acception, statique, l'exécution n'est que l'acte instantané qui éteint l'obligation qui la fonde par la satisfaction du créancier. Dans une seconde acception, dynamique, l'exécution est un processus qui « englobe tous les procédés qui concourent à la réalisation de la prestation due »¹. Rien ne s'oppose alors, dans cette seconde hypothèse, à ce que la conservation ne soit qu'une étape dans ce processus, brouillant la frontière entre les actes de conservation et d'exécution.

916. Cette incertitude quant à la définition de l'exécution rend difficile la recherche d'un critère fiable de distinction entre le conservatoire et l'exécution. La doctrine est elle-même divisée sur la teneur d'un tel critère. Ainsi pour BIDAULT la distinction repose entièrement sur un double constat. Premièrement, celui de la contrainte qui caractérise l'acte d'exécution et qui revêt nécessairement un certain degré de gravité dont l'acte conservatoire est dépourvu². Ensuite, que l'obligation préexistante, plus particulièrement celle reconnue par un jugement, est de l'essence de l'acte d'exécution, qui intervient *en exécution* de cette obligation³. Ce raisonnement est sujet à critique dans ses deux branches. D'une part parce que la conservation peut produire des effets graves et contraignants pour le débiteur, telle l'indisponibilité des biens ou des sommes qui résultent d'une saisie conservatoire. D'autre part parce que le jugement n'est pas le seul fondement de l'exécution, comme en témoigne la définition très large de la notion de titre qu'en donne l'article L. 111-3 du

¹ C. Brenner, *op. cit.*, n° 42.

² J. Bidault, *Essai critique sur la distinction des actes conservatoires et des actes d'exécution*, th. Dijon, 1934, pp. 14 s.

³ *Ibid.*, p. 15.

Code des procédures civiles d'exécution¹. D'autres auteurs encore s'appuient sur la *finalité* de l'acte d'exécution pour le distinguer de l'acte de conservation. PAGEAUD écrit à ce sujet que « l'acte conservatoire se distingue de l'acte d'exécution en ce qu'il ne provoque pas le paiement immédiat, mais contraint seulement le débiteur à la conservation du droit »². JOSSERAND adopte la même position et estime que les actes conservatoires « tendent à maintenir le patrimoine du débiteur dans son état actuel », tandis que les mesures d'exécution tendent « directement à la réalisation des biens du débiteur »³.

917. Ces diverses propositions doctrinales, malgré leurs divergences, se rejoignent sur l'effet que produit l'acte d'exécution, c'est-à-dire la satisfaction du créancier résultant de son désintéressement définitif. C'est l'adjectif *définitif* qui mérite d'être ici souligné, car une fois que l'acte d'exécution a épuisé ses effets, le créancier ne peut plus faire valoir l'obligation exécutée devant les juridictions car elle est par hypothèse éteinte. Cependant, il est nécessaire de préciser que cet effet est relatif et ne porte que sur l'obligation qui a fait l'objet de l'acte d'exécution. Par exemple, les décisions provisoires doivent être exécutées au même titre que les jugements rendus par le juge du principal. Dans ce cas, rien n'interdit au demandeur de porter sa demande au fond après que le débiteur ait exécuté la décision provisoire. L'obligation éteinte par l'acte d'exécution est alors uniquement celle de s'incliner devant la mesure provisoire. En somme, l'acte d'exécution se caractérise par la satisfaction immédiate qu'il procure au poursuivant relativement à l'obligation exécutée. Ce ne peut être le cas des mesures de conservation puisqu'elles font subsister l'obligation qu'elles préservent, dans l'attente de sa reconnaissance définitive par le juge du principal. En un sens, l'acte conservatoire est le précurseur de l'acte d'exécution, mais le rapprochement ne saurait aller au-delà de cette articulation chronologique. La satisfaction du requérant est donc bien ce qui distingue l'exécution de la conservation, ce qui contribue à alimenter la recherche d'un critère de distinction par une proposition négative : ne peut être un acte de conservation celui qui désintéresse le requérant et éteint l'obligation sur laquelle il porte.

¹ Anciennement l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991.

² P.-A. Pageaud, *op. cit.*, p. 83.

³ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, T. 2, 3^e édition, Sirey 1939, n°s 652 s.

b. La distinction entre l'acte de conservation et l'acte d'anticipation

918. Contrairement à l'acte d'exécution¹, la définition de l'acte d'anticipation pose moins de difficultés théoriques. L'acte d'anticipation peut être défini comme la mesure ordonnée par le juge du provisoire qui anticipe sur le résultat que pourrait obtenir le demandeur s'il portait sa demande devant le juge du principal. L'anticipation est une nécessité de la procédure contemporaine caractérisée par un encombrement croissant des juridictions, un outil fourni aux juges du provisoire contre le passage néfaste du temps. En d'autres termes, le recours à la juridiction provisoire n'est pas motivé par un péril qui menace le droit du justiciable de disparition ou de diminution. Le demandeur pourrait obtenir le même résultat à l'issue d'un procès au fond, plus long et potentiellement plus complexe. Anticiper sur la décision au fond par une mesure provisoire présente un double avantage, celui de prévenir le préjudice causé au demandeur par une trop longue attente², et de sauvegarder la légitimité de l'institution judiciaire mise à mal par un manque constant de moyens. Pour résumer, l'acte d'anticipation est celui qui n'est provoqué par aucun péril et qui produit, dans les faits, les mêmes effets que la décision attendue du juge du principal. Ce sont précisément ces caractéristiques qui le distinguent de l'acte de conservation.

919. En premier lieu, il n'existe pas de péril à proprement parler motivant le prononcé de mesures d'anticipation. Certes, le retard dans la réalisation des droits peut causer un préjudice au requérant mais ce n'est pas la définition du péril qui a été retenue concernant les mesures de conservation. Dans ce dernier cas, il existe des circonstances qui menacent soit directement la possibilité d'une action au fond, soit l'objet de cette action. L'intervention du juge du provisoire est alors nécessaire³, à moins de voir disparaître le droit que fait valoir le requérant. Cette première différence est de taille mais elle ne contribue en rien à la recherche d'un critère fondé sur la satisfaction. La seule existence, ou inexistence d'un péril, ne permet pas de tirer des conclusions quant au provisoire structurel.

920. La seconde différence de principe qui oppose l'anticipation à la conservation tient justement à la satisfaction procurée. La mesure d'anticipation a pour caractéristique essentielle de fournir au requérant la satisfaction recherchée, au provisoire tout du moins. Car c'est bien là une différence essentielle avec l'acte d'exécution, qui a été précédemment examinée⁴ : la mesure d'anticipation reste purement processuelle et n'affecte pas le droit substantiel. Par conséquent, elle ne procure qu'une satisfaction incomplète, au moins sur le plan juridique, car le droit invoqué n'est pas reconnu

¹ V., pour une analyse approfondie de l'anticipation dans la juridiction du provisoire, V. *Infra*, n°s 981 s.

² Ce préjudice existe toujours, ne serait-ce qu'à cause de la dépréciation monétaire, V. pour une illustration, en matière administrative, CE, 3 novembre 1965, *Commune de Bure les Templiers*, Rec. Lebon 1966 n° 62549.

³ P.-A. Pageaud définit ce terme comme « ce qui ne peut pas ne pas se produire », *op. cit.*, p. 94.

⁴ V. *Supra*, n°s 915 s.

dans son existence ou son étendue par une décision définitive. Au contraire, la mesure de conservation ne tend qu'à la préservation ou au retour du *statu quo*, permettant ainsi l'attente de la saisine du juge du principal.

921. **Conclusion.** La mise en perspective de l'acte de conservation avec deux notions voisines, l'acte d'exécution et l'acte d'anticipation, a permis de dégager un critère fiable de distinction. Est conservatoire la mesure qui ne permet pas d'aboutir à la satisfaction du requérant par une réalisation de son droit substantiel. Ce résultat confirme que la mesure conservatoire est bien provisoire structurellement. Cette première conclusion doit à présent être vérifiée par son application aux diverses catégories d'ordonnances sur requête.

2. L'application du critère aux ordonnances sur requête

922. L'application du critère aux diverses ordonnances sur requête constitue une étape importante pour éprouver la cohérence de la théorie du provisoire jusqu'ici exposée. Du point de vue du provisoire substantiel, il a déjà été vu¹ que les ordonnances sur requête sont loin de constituer une catégorie homogène. Tout au contraire, seule une partie de ces ordonnances sont véritablement provisoires par nature au sens de l'article 493, à savoir les ordonnances innommées et certaines ordonnances nommées comme les saisies conservatoires, les saisies contrefaçon et les mesures d'instruction à futur. Le reste des ordonnances sur requête relève de la juridiction du principal et se divise entre les ordonnances rendues en la forme des requêtes et les ordonnances gracieuses. Ce sont des décisions définitives et à ce titre revêtues de l'autorité de la chose jugée au principal².

923. Si la répartition des ordonnances sur requête en application du critère fondé sur l'absence de satisfaction du requérant se recoupe avec les divisions qui viennent d'être rappelées, la théorie du provisoire structurel s'en trouvera renforcée dans son rôle d'explication fonctionnelle de l'existence de la protection provisoire unilatérale. Par souci de parallélisme des formes avec l'analyse menée en matière de provisoire substantiel, l'application du critère lié à la satisfaction du requérant suivra la division établie entre les ordonnances innommées (a.) et nommées (b.).

¹ V. *Supra*, n°s 96 s.

² V. *Supra*, n°s 238 s.

a. Les ordonnances innommées

924. La première difficulté à laquelle se heurte l'application du critère de la satisfaction du requérant en matière de mesures de conservation résultant d'ordonnances innommées est bien entendu leur très grande variété. Il s'agit par hypothèse de mesures générales de *sauvegarde* et non de mesures *conservatoires* au sens qui a été précédemment attribué à ces deux termes, c'est-à-dire de mesures tendant à conserver un élément du patrimoine du débiteur par un mécanisme autre que l'indisponibilité ou l'inscription d'une sûreté provisoire. Une autre difficulté provient du fait qu'il est malaisé de distinguer, parmi les ordonnances innommées, les mesures de conservation des mesures d'anticipation. La cause et l'effet tendent alors à s'inverser : si la mesure innommée est conservatoire, c'est précisément parce qu'elle ne permet pas une satisfaction anticipée du requérant. Inversement, les mesures d'anticipation sont ainsi qualifiées car elles aboutissent à un résultat de fait identique à une satisfaction obtenue devant le juge du principal. Autrement dit, c'est justement parce qu'elle ne permet pas la satisfaction immédiate du requérant qu'une mesure innommée est considérée conservatoire. Seul le résultat produit par l'ordonnance innommée permet de la classer parmi les mesures de conservation ou d'anticipation.

925. Cette abstraction est inhérente à l'infinie diversité des mesures auxquelles peuvent donner lieu les ordonnances innommées et rend impossible une détermination objective de la satisfaction obtenue par le requérant. La seule conclusion qu'il est possible d'en tirer est donc purement théorique : c'est précisément parce que la mesure de conservation ne tend qu'à maintenir le *statu quo* qu'elle ne peut aboutir à une satisfaction immédiate du requérant. Mais la réciproque ne se vérifie pas car les mesures d'anticipation innommées, malgré la satisfaction de fait qu'elles procurent au requérant, n'en sont pas pour autant définitives. Leur caractère provisoire résulte de leur nature processuelle car elles ne reconnaissent pas l'existence du droit substantiel du requérant¹. Mais déduire cela implique de se tourner à nouveau vers les critères de provisoire substantiel, ce qui montre l'insuffisance du critère fondé sur la satisfaction, en matière d'ordonnances innommées tout du moins. L'application de ce critère aux ordonnances nommées est par conséquent nécessaire pour compléter et prolonger l'analyse.

¹ V., pour une illustration de cette proposition sous forme d'écriture structurée de la règle appliquée, V. *Supra*, n° 206.

b. Les ordonnances nommées

926. Le premier constat immédiatement observable en ce qui concerne les ordonnances nommées est qu'aucune des ordonnances précédemment classées au sein des mesures provisoires par nature¹ n'aboutit à la satisfaction immédiate du requérant. Les mesures conservatoires relevant des voies d'exécution, qu'il s'agisse des diverses saisies conservatoires ou des sûretés judiciaires provisoires, ne peuvent par hypothèse pas conduire au paiement, qui est dans ce cas la seule satisfaction recherchée par le créancier poursuivant². Elles préservent le droit de créance, soit par la voie de l'indisponibilité des fonds ou des biens meubles qui en font l'objet, soit en permettant au créancier de prendre rang dans sa sûreté au jour de la publicité provisoire de celle-ci³. Mais le paiement lui-même ne peut être obtenu qu'au terme d'actes d'exécution à proprement parler, qui s'opposent sur ce point aux mesures conservatoires. Ces dernières sont donc incontestablement provisoires à la fois du point de vue du provisoire structurel, comme du provisoire substantiel.

Les mêmes observations peuvent être faites en ce qui concerne les mesures de l'article 220-1 du Code civil, sauf à leur réserver la dénomination de *mesures de sauvegarde*⁴ plutôt que de mesures conservatoires au sens du Code des procédures civiles d'exécution. Les mesures d'urgence que le juge aux affaires familiales ordonne sur le fondement de ce texte ne constituent pas en elles-mêmes la satisfaction recherchée par le requérant et ne consacrent aucun droit substantiel. Il s'agit plutôt de protéger les intérêts de la famille qui se trouvent mis en péril par le comportement de l'un des époux, et de préserver ainsi l'utilité d'une éventuelle procédure de divorce. La nature provisoire de ces mesures est en outre accentuée par leur caractère temporaire, le dernier alinéa de l'article 220-1 limitant leur durée à trois ans.

927. La seconde catégorie d'ordonnances nommées provisoires par nature, les mesures d'instruction à futur, ordonnées sur le fondement de l'article 145, ne peuvent par essence pas aboutir à la satisfaction du requérant, que ce soit sur le plan du droit ou du fait. Ces mesures ne visent qu'à la préservation ou à l'établissement de preuves en vue du procès au fond, qui seul pourra avoir pour résultat la satisfaction définitive. Ici encore, le critère du provisoire structurel se trouve rempli et son application concorde avec les résultats obtenus en matière de provisoire substantiel.

¹ V. *Supra*, n°s 111 s.

² Il faut noter que pour Bidault le paiement est la seule satisfaction pouvant être recherchée, V. J. Bidault, *op. cit.*, p. 27.

³ Art. R. 533-1 CPCE.

⁴ Sur cette notion, V. *Supra*, n°s 855 s.

928. Enfin, ce qui vient d'être dit est parfaitement transposable à l'ensemble des saisies réelles et descriptives réglementées par le Code de propriété intellectuelle¹. Celles-ci ne sont destinées qu'à fournir des preuves de la contrefaçon alléguée devant le juge des requêtes, sans que cette contrefaçon ne soit sanctionnée en tant que telle par ces mesures. Seule une action devant le juge du principal, tant au civil qu'au pénal, pourra désintéresser le requérant par une indemnisation.

929. Ces quatre types de mesures mis à part, toutes les autres ordonnances nommées sont structurellement suffisantes et désintéressent le requérant. Il faut toutefois préciser que les ordonnances sur requête qui relèvent de la catégorie des mesures d'administration judiciaire² ne conduisent pas non plus à la satisfaction du requérant, mais pour une toute autre raison : rien dans ce cas n'est demandé au juge, aucune prétention n'est portée devant lui au sens de l'article 4 du Code de procédure civile. Il est donc normal qu'aucune satisfaction n'en découle. Seules les ordonnances nommées constitutives de véritables actes juridictionnels sont concernées par les développements qui suivent.

930. La satisfaction définitive du requérant en matière d'ordonnances nommées est due au fait que ces mesures ont une nature substantielle et non procédurale, à l'exception de celles qui viennent d'être mentionnées³. Elles ne sont que le résultat d'un emprunt procédural à la voie sur requête. Cet emprunt peut être guidé par une nécessité objective, lorsqu'il ne peut par hypothèse exister aucun contradicteur. C'est le cas des ordonnances de nature gracieuse. Mais l'usage de la voie unilatérale peut être également le résultat d'un emprunt fait en pure opportunité. Dans cette seconde catégorie d'ordonnances nommées, une procédure contradictoire au fond aurait tout aussi bien pu être choisie, mais les impératifs de célérité et l'engorgement croissant des rôles justifient l'emploi d'une procédure rapide. C'est le cas des ordonnances rendues en la forme des requêtes, créées par le législateur de la même manière que les référés en la forme⁴. Quelle que soit la justification, et donc la qualification retenue, deux conséquences en découlent. Premièrement, l'ordonnance rendue est une véritable décision définitive revêtue de l'autorité de la chose jugée au principal. Deuxièmement, le juge statue directement sur l'existence et l'étendue du droit substantiel invoqué, et non sur une mesure purement procédurale, comme en matière d'ordonnances sur requête provisoires. La réalisation du droit substantiel invoqué est donc l'unique but de ces procédures. La préservation d'un

¹ V. les arts. L. 332-1, L. 332-4, L. 343-1, L. 521-4, L. 615-5, L. 615-21, L. 623-27-1, L. 716-7, L. 722-4, R. 615-2 et R.623-51 CPI ; *adde* J.-C. Galloux, «Les mesures probatoires, provisoires et conservatoires», D. 2008, p. 711.

² Telle par exemple l'ordonnance autorisant le demandeur d'assigner à jour fixe, V. *Supra*, n° 126.

³ C'est-à-dire les saisies conservatoires, les saisies contrefaçon, les mesures d'instruction *in futurum* et celles de l'art. 220-1 C. civ.

⁴ V. *Supra*, n°s 114 s.; V. également I. Desprès, «Référés et requêtes... en droit des successions et libéralités», in *De code en code, Mélanges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 217 et Y. Strickler et M. Foulon, «De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC », *préc.*

droit en péril leur est étrangère. En ce sens, elles ne peuvent relever du provisoire structurel en application du critère de la satisfaction du requérant et doivent être considérées comme définitives. Ici encore, l'application des critères du provisoire structurel produit des résultats identiques à ceux obtenus lors de l'étude du provisoire substantiel, ce qui conforte à ce stade de la recherche le bien-fondé conceptuel du critère retenu. Il reste cependant nécessaire, pour terminer ce travail de qualification des ordonnances sur requête, de les confronter au second critère du provisoire structurel : l'obligation de recourir au juge.

B. La nécessité de l'intervention juridictionnelle du juge des requêtes

931. Avant de poursuivre les développements relatifs à son application, il est nécessaire ici de rappeler le sens de ce second critère du provisoire structurel. Ces explications tiennent essentiellement de deux propositions qui se complètent réciproquement.

La première est relative au sens même de l'adjectif *nécessité* qui caractérise ici l'intervention du juge des requêtes. La nécessité dont il est question est une circonstance de fait, par opposition à l'exigence légale de contrôle judiciaire qui est propre à la matière gracieuse. Il en résulte que l'intervention juridictionnelle est nécessaire, *inévitabile*, non pas que la loi l'ait prévu de manière péremptoire, mais que les circonstances de fait l'exigent. La nécessité d'user de la procédure sur requête souligne également sa nature protectrice, en tant que dernier rempart contre la justice privée. En somme, le critère se trouve rempli du point de vue de la nécessité lorsque sans un recours possible à la juridiction des requêtes la seule solution serait de se faire justice à soi-même.

La seconde proposition est la conséquence directe de la première, du point de vue des développements consacrés à la catégorisation des ordonnances sur requête¹. L'obligation de saisir le juge des requêtes n'est en effet pas *nécessaire* s'agissant des ordonnances gracieuses ou des ordonnances sur requête en la forme. La raison en est que le contrôle juridictionnel est imposé par la loi et non par les circonstances². Ces deux catégories d'ordonnances ne peuvent donc être considérées provisoires structurellement. Leur qualification de décisions définitives a été également obtenue en application des critères du provisoire substantiel. Les développements qui suivent ne concernent donc que les ordonnances qui ne sont ni gracieuses, ni rendues en la forme des requêtes. Le résultat obtenu permettra, ici encore, d'éprouver la cohérence de la théorie du provisoire dans son ensemble.

932. La mesure nécessaire est donc, sur le plan conceptuel, celle qui serait impossible à réaliser sans être revêtue de *l'imperium* du juge des requêtes, qui conditionne son efficacité, voire même son efficience. Dans cette optique, les mesures conservatoires au sens de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution doivent se voir réserver des développements distincts en raison des règles qui les gouvernent (1.). Les mesures autres que conservatoires pourront ensuite être confrontées au critère de la nécessité (2.).

¹ V. *Supra*, n°s 96 s.

² V. *Supra*, n° 83.

1. Le cas particulier des mesures conservatoires

933. Les mesures conservatoires ont ceci de particulier, et ce point les distingue par ailleurs du socle commun de la protection provisoire, que l'intervention du juge est dans certains cas rendue superflue du fait de la détention par le créancier d'un titre, au sens qu'à entendu assigner à cette notion la réforme de 1991 (a.). L'analyse de la notion de titre permet d'en tirer des conséquences quant au caractère provisoire des mesures entreprises (b.).

a. Le titre au sens de l'article L. 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution

934. Si l'aval judiciaire constitue en principe un préalable nécessaire à la mise en œuvre d'une mesure conservatoire, le juge est parfois écarté de la procédure, car il est des cas où le créancier est dispensé de son autorisation. L'article 68 de la loi du 9 juillet 1991, devenu l'article L. 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution, dispose en effet que « l'autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire ». Dès lors se profile une forme de protection provisoire particulière : la mesure conservatoire reste certes une mesure d'attente d'une décision subséquente et définitive. Mais il lui manque alors l'un des caractères qui définissent les mesures provisoires : la nécessité d'une intervention du juge. De ce point de vue, le contenu de la notion de *titre* mérite d'être ici explicité.

935. Partant de la volonté de valoriser le titre exécutoire et de renforcer l'effectivité tant des décisions de première instance que de l'institution de la justice en général¹, le législateur de 1991 a entendu, dans certains cas, dispenser le créancier de l'autorisation du juge des requêtes. Il s'agit, tout d'abord, des *titres exécutoires*, qui renvoient, pour leur énumération, à l'article 3 de la loi de 1991, devenu l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution. Sont d'abord citées les décisions judiciaires, qu'elles émanent de l'un ou l'autre ordre de juridiction, ou encore qu'elles soient étrangères mais ayant fait l'objet d'une procédure d'exequatur. Certains titres sont *assimilés* aux titres exécutoires, tels les actes authentiques ou les titres délivrés par un huissier de justice en

¹ Volonté dont on ne peut que constater la constance ; on prendra pour exemple les modifications opérées quant à la radiation du rôle en appel par le décret 2005-1678 du 28 décembre 2005 ; V° également *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport du Conseil d'Etat 2006, La Documentation Française, 2006, p. 56.

cas de silence du débiteur pendant un délai de 15 jours après signification d'un certificat de non-paiement, en matière de chèques sans provision.

936. Les impayés cambiaires dispensent également le créancier de solliciter l'autorisation judiciaire. Il s'agit, selon la lettre même de l'article L. 511-2, du non-paiement d'une lettre de change acceptée ou d'un billet à ordre, la mention relative au chèque se recoupant avec celle de l'article L. 111-3. Pour certains auteurs, « cette dispense est naturelle et conforme à la réputation de ces titres. D'une part, sauf irrégularité de forme, il n'y a guère de doute sur la créance qu'ils ont pour objet de régler. D'autre part, l'insolvabilité du débiteur est à craindre puisque le titre remis en règlement ne permet pas d'obtenir le paiement»¹. Enfin, un loyer impayé constitue une dispense, pour peu qu'il résulte « d'un contrat écrit de louage d'immeuble »², autrement dit s'il ne peut être sérieusement contesté.

Il résulte de cette énumération, au demeurant non exhaustive, que la plupart des titres cités sont difficilement contestables, qu'il s'agisse d'actes notariés faisant pour la plupart preuve jusqu'à inscription de faux, de décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée ou au moins « non susceptibles d'un recours suspensif d'exécution »³, ou encore d'un engagement cambiaire, soumis au principe d'inopposabilité des exceptions. Autrement dit, le juge s'il était saisi, serait confronté à des droits dont l'apparence de bien-fondé serait *renforcée*, précision qui joue un rôle en matière de protection provisoire.

b. L'incidence de la dispense d'autorisation judiciaire sur le caractère provisoire des mesures mises en œuvre

937. De prime abord, les mesures conservatoires entreprises sans un aval judiciaire semblent en-dehors du domaine de la protection provisoire, car celle-ci requiert par hypothèse l'intervention du juge. Pour autant, l'action du créancier qui se prémunit ainsi du risque d'insolvabilité du débiteur ne constitue pas un acte de justice privée, ni une immixtion intolérable dans le patrimoine d'autrui. La loi elle-même, tout en érigeant en principe la nécessité d'une phase juridictionnelle, pose une exception à sa propre application. Dès lors, quel rattachement adopter pour ces mesures ? Malgré l'hésitation qui est ici permise, il semble qu'il soit tout de même possible de faire le lien entre la notion de provisoire et la mesure conservatoire entreprise sans l'accord du juge. Deux raisons au moins militent en ce sens.

¹ S. Piédelievre et F. Guerchoun, *préc.*, n° 72.

² Art. L. 511-2 CPCE.

³ Art. L. 111-3 CPCE.

938. En premier lieu, la dispense qu'autorise la détention de l'un des titres cités ci-dessus ne fait pas échapper le créancier à la condition de l'existence d'une menace dans le recouvrement¹ résultant de l'article L. 511-1, la condition d'apparence du bien-fondé de la créance étant reportée sur le titre dont se prévaut le requérant en application de l'article L. 511-2. Ces conditions n'étant pas éludées, elles sont *présumées* par la loi : « il est simplement question, au regard de la nature de la créance, de réputer ces conditions remplies »². L'intervention législative à l'article L. 511-2 ne crée pas un cas à part dans le régime des mesures conservatoires, elle facilite simplement leur mise en œuvre dans un certain nombre de cas qu'elle juge légitimes et dignes d'intérêt³. En somme, cette légitimité peut se résumer ainsi : « gagner du temps, éviter les frais inutiles, décharger les tribunaux et valoriser le titre exécutoire »⁴.

939. En second lieu, l'intervention du juge n'est pas totalement éludée mais simplement retardée, car le débiteur pourra toujours contester devant le juge de l'exécution la mesure entreprise à son encontre en assignant le créancier en référé. Cependant, il ne s'agira pas d'un référé-rétractation, aucune ordonnance n'ayant été rendue. La précision n'est pas inutile, car les qualités procédurales des parties seront inversées, le débiteur étant placé en position de demandeur, sollicitant la mainlevée de la mesure conservatoire. Cette situation est donc moins avantageuse pour le débiteur que lorsque le créancier sollicite une autorisation judiciaire par voie d'ordonnance sur requête, car dans ce cas, l'exercice par le débiteur d'un référé-rétractation ne modifie pas les qualités procédurales des parties, et lui permet de garder une position de défendeur. En définitive, ces mesures conservatoires relèvent bien d'une protection provisoire, mais celle-ci est *simplifiée*. Elle fait le pari que dans certaines hypothèses le droit du créancier sera incontestable, et surtout incontesté. Mais quel que soit le cadre procédural choisi par les parties, l'équilibre des mesures conservatoires repose en grande partie sur l'appréciation faite par le juge de la situation et des intérêts en présence.

940. Hors du cadre des procédures civiles d'exécution, le critère de la nécessité de l'intervention judiciaire retrouve son empire, en l'absence de toute exception légale.

¹ Paris, 7 mai 1998, Revue Huissiers 1999, p. 210 note R. Dahan.

² S. Piédelievre et F. Guerchoun, *préc.* n° 65 ; *adde* Cass. 1^{ère} Civ., 12 mai 2011, n° 10-15.700, inédit.

³ V., pour une approche similaire en matière d'ordonnances sur requête nommées, V. *Supra*, n°s 788 s.

⁴ En ce sens, dès le lendemain de la réforme de 1991, J. Normand, « Le juge de l'exécution », RTD Civ. 1993, p. 31, spéc. p. 33. Ce besoin de revalorisation du titre exécutoire avait à nouveau été souligné par le rapport Coulon en 1997, qui a donné lieu au décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, V. J.-M. Coulon, M.-N. Teiller et E. Serrand, *Réflexions et propositions sur la procédure civile : rapport au ministre de la justice*, La documentation française, 1997.

2. La recherche de l'efficacité dans les mesures autres que conservatoires

941. Selon la distinction précédemment établie¹, la catégorie des mesures de conservation ordonnées par le juge des requêtes se subdivise elle-même en deux groupes : les mesures conservatoires, dont le régime vient d'être détaillé, et les mesures de sauvegarde d'un droit processuel ou substantiel. C'est ce dernier groupe qu'il s'agit à présent d'examiner, par une analyse distributive entre les ordonnances nommées (a.) et innommées (b.) au regard du critère de la nécessité de l'intervention juridictionnelle.

a. La nécessité de l'intervention juridictionnelle dans les ordonnances nommées

942. Appliquer le critère issu de la *nécessité* de saisir le juge des requêtes aux ordonnances nommées semble être au premier abord une démarche paradoxale. Tout paradoxe est en effet le produit d'une contradiction, ce qui est bien le cas ici. D'un côté, en application de notre hypothèse de travail, est qualifiée structurellement provisoire toute mesure pour laquelle l'aval judiciaire est rendu nécessaire par les circonstances et non la loi. De l'autre, c'est précisément par des dispositions légales que sont établies les ordonnances nommées : c'est la définition même de cette catégorie d'ordonnances sur requête. Le travail de qualification entrepris paraît *a priori* absurde car les ordonnances nommées seraient toutes, par nature, structurellement définitives car créées par une disposition légale.

943. S'arrêter à cette conclusion préliminaire serait cependant trop simpliste. Dans ce cas précis la maxime architecturale fonctionnaliste est tenue en échec car *la forme ne suit pas la fonction* concernant les ordonnances nommées structurellement provisoires. Pour illustrer la démarche, prenons trois exemples, issus de trois catégories distinctes d'ordonnances sur requête. L'article 1008 du Code civil, tout d'abord est un bon exemple de mesure gracieuse. Ce texte dispose que « dans le cas de l'article 1006², si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête, à

¹ V. *Supra*, n°s 855 s.

² Ce texte dispose quant à lui que « lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance ».

laquelle sera joint l'acte de dépôt ». Ensuite, l'article 1441-4 du Code de procédure civile¹, qui représente de manière topique les ordonnances rendues en la forme des requêtes, dispose que « le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». Enfin, l'article L. 511-1, précédemment qualifié de mesures provisoire par nature², dispose dans son alinéa premier que « toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ». Le but de l'analyse est simple : démontrer que l'application du critère de la nécessité de l'intervention juridictionnelle aboutit aux mêmes qualifications qu'au regard du provisoire substantiel. Si les résultats sont concordants, la théorie du provisoire structurel sera vérifiée. Dans le cas contraire, elle devra être reconnue déficiente.

944. Concernant tout d'abord l'ordonnance d'envoi en possession du légataire universel, ainsi que celle qui homologue une transaction, il est aisé de voir que non seulement le recours au juge est imposé par la loi, mais surtout qu'il est le seul moyen de réalisation du droit concerné. Autrement dit, peu importent les circonstances, qui sont dans ces deux hypothèses indifférentes. La loi non seulement impose la saisine du juge, mais en fait en outre la seule manière possible de traduire en faits la règle de droit dont se prévaut le requérant. En somme, il n'existe aucune circonstance permettant au requérant de s'envoyer lui-même en possession des biens légués, ou de rendre exécutoire la transaction conclue avec son cocontractant. Le critère de la *nécessité* de l'intervention juridictionnelle n'est donc pas rempli, ce qui concorde avec la nature substantiellement définitive des ordonnances examinées³.

945. Rien de tel pour la saisie conservatoire, malgré le fait qu'elle résulte d'une disposition légale. En principe, rien n'impose le recours au juge puisque le débiteur peut parfaitement s'exécuter et désintéresser le créancier requérant. C'est uniquement dans le cas où le débiteur tarde à payer ou cherche à organiser son insolvabilité – ce qui est une pure circonstance de fait – que le requérant peut – ce n'est aucunement une obligation pour lui – saisir le juge de l'exécution statuant en qualité de juge des requêtes. Certes, si le créancier fait le choix de saisir les tribunaux, seule la voie sur requête lui sera ouverte. Mais cela reste pour lui un *choix*, rendu nécessaire uniquement par des circonstances et non pas du fait d'une restriction législative. Le critère du provisoire structurel est en

¹ Ce texte a été abrogé par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, sauf pour son application à Wallis et Futuna ; cependant, il constitue un exemple topique de l'ordonnance rendue en la forme des requêtes et doit être ici maintenu à titre d'illustration.

² V. *Supra*, n° 98.

³ V. *Supra*, n°s 78 s.

l'espèce rempli et concorde parfaitement avec la nature substantiellement provisoire de ces ordonnances.

946. La même observation peut être faite concernant les trois autres catégories d'ordonnances nommées provisoires, à savoir les mesures d'instruction à futur de l'article 145, les diverses saisies régies par le Code de propriété intellectuelle et les mesures d'urgence de l'article 220-1 du Code civil. Concernant les premières, il est parfaitement envisageable que le requérant ait pu, de son propre chef rassembler les éléments de preuve nécessaires en vue d'un procès futur. Pour les saisies-contrefaçon, la remarque qui précède garde toute sa pertinence, car il reste tout à fait possible de réunir des preuves de la contrefaçon en-dehors de toute procédure judiciaire. Enfin, le *péril* qui menace les intérêts de la famille, dans le cas de l'article 220-1 précité, est le fait du comportement d'un époux et résulte nécessairement de circonstances factuelles. Certes, certaines mesures que permet cette disposition, ne peuvent qu'être l'œuvre d'un juge, telle l'interdiction de déplacer certains meubles. Mais la nécessité d'ordonner ces mesures résulte de *circonstances* et non d'un choix du législateur, dans la mesure où la vie familiale, dans le cours normal des choses, ne nécessite pas de mesures aussi restrictives.

947. **Conclusion.** La conclusion préliminaire, qui a consisté à considérer l'ensemble des ordonnances nommées comme structurellement définitives du simple fait qu'elles résultent toutes d'une disposition légale, doit être démentie. Une discrimination plus fine doit être opérée, selon la véritable *nécessité* de l'intervention du juge des requêtes, et non plus la simple origine textuelle de l'ordonnance. Les ordonnances définitives, qu'il s'agisse des mesures gracieuses ou des ordonnances en la forme, ne sont pas le fruit d'une telle nécessité. Tout au contraire, le recours au juge des requêtes n'a pour origine que la seule volonté législative de restreindre les modes de réalisation du droit substantiel concerné. Inversement, dans le cas des ordonnances nommées qui avaient été précédemment qualifiées de provisoires, ce sont exclusivement des circonstances de fait qui poussent le justiciable à user de la procédure sur requête. C'est cette saisine circonstanciée qui répond parfaitement au critère du provisoire structurel. Son application concorde parfaitement, en matière d'ordonnances nommées, avec les résultats obtenus du point de vue du provisoire substantiel, car les mêmes décisions reçoivent la qualification provisoire dans les deux cas. Mais il reste encore à opérer la même vérification au regard des ordonnances innommées.

b. La nécessité de l'intervention juridictionnelle dans les ordonnances innommées

948. A titre liminaire, il convient de formuler, à l'endroit des ordonnances innommées, les mêmes observations qui ont été émises lors de l'application du critère du provisoire issu de l'absence de satisfaction immédiate du requérant¹. La très grande diversité des mesures qui peuvent être ordonnées au moyen des ordonnances innommées tend à voir s'inverser la cause et l'effet. Autrement dit, ici encore, il serait *a priori* tentant de succomber à l'évidence et décider que si une mesure innommée est provisoire, c'est bien parce qu'elle n'a pas été prévue par une disposition législative particulière. Dès lors, toutes les ordonnances innommées seraient, sans discrimination, provisoires. Ou alors, de manière tout à fait symétrique, le raisonnement inverse pourrait être tenu : puisqu'une disposition légale, à savoir l'article 812 alinéa 2, donne au juge des requêtes, même de manière très générale, pouvoir pour ordonner des mesures, elles doivent toutes être considérées comme ayant été prévues par la loi.

949. L'une et l'autre de ces propositions sont cependant trop simplistes. Il est certes exact d'affirmer que, lorsque le justiciable souhaite emprunter une procédure non contradictoire, le prétoire du juge des requêtes est pour lui la seule solution du fait de la subsidiarité de cette procédure à l'égard de l'ordonnance de référé. Encore faut-il préciser que le recours à l'ordonnance sur requête n'est jamais l'unique moyen de réaliser ou de protéger le droit substantiel dont se prévaut le requérant. La rédaction des textes fondateurs du mécanisme de l'ordonnance sur requête est sur ce point révélatrice. L'article 812 alinéa 2, relatif aux pouvoirs du président du tribunal de grande instance statuant en qualité de juge des requêtes, dispose en effet que celui-ci « peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les *circonstances*² exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». Dans son sens premier le terme *circonstances* désigne les hypothèses rendant nécessaire l'éviction du contradictoire, comme cela a déjà été vu par ailleurs³. Mais il n'en reste pas moins que les circonstances restent des éléments de fait variables, ou plutôt des « particularités qui accompagnent un fait »⁴. En d'autres termes, même si les ordonnances innommées ont été prévues, dans leur principe, par la loi, leur mise en œuvre dépend d'éléments factuels infiniment variables. La conclusion précédente doit donc être complétée. Lorsque la procédure unilatérale est sollicitée, seul le juge des requêtes a le pouvoir de la mettre en œuvre ; mais le besoin de solliciter une telle procédure est exclusivement factuel. Et ce n'est pas aller trop loin que de dire que c'est un phénomène pathologique affectant les rapports sociaux, qui devraient pouvoir s'autoréguler sans intervention judiciaire, et qui plus est une intervention judiciaire unilatérale. Les ordonnances innommées sont donc incontestablement provisoires sur le plan structurel.

¹ V. *Supra*, n°s 100 s.

² Nous soulignons.

³ V. *Supra*, n°s 816 s.

⁴ V. ce mot, Dictionnaire Le Littré de la langue française.

950. **Conclusion sur la nécessité de l'intervention juridictionnelle en matière de provisoire structurel.** L'application de ce second critère aux mesures de conservation ordonnées par le juge des requêtes permet d'aboutir à un double constat. D'une part, ces mesures sont provisoires structurellement, c'est-à-dire qu'elles ne visent qu'à préparer l'effet utile d'un éventuel procès au fond. C'est le résultat de deux phénomènes : l'absence de satisfaction du requérant du fait de la seule décision rendue sur requête et l'existence d'une véritable nécessité de recourir à la juridiction unilatérale, dernier rempart contre la justice privée. D'autre part, la concordance des résultats obtenus pour le provisoire structurel avec ceux issus des critères du provisoire substantiel conforte la prémisse théorique sur laquelle se fonde toute la théorie du provisoire transversale à la présente recherche. Autrement dit, les mesures qualifiées de provisoires substantiellement se sont révélées être également provisoires structurellement, et vice versa. Or, selon la théorie du provisoire dans son ensemble, le provisoire structurel est la justification du provisoire substantiel. Si l'ordonnance sur requête est provisoire car purement procédurale, n'affectant pas le droit au fond – provisoire *substantiel*, c'est parce qu'elle n'est qu'une étape préalable à une action devant le juge du principal – provisoire *structurel*, incapable en soi d'aboutir à une satisfaction définitive.

951. La conclusion qui précède semble aller naturellement avec le concept de conservation, dont l'essence même est de maintenir le *statu quo* face à un péril qui menace le droit du requérant. La nature provisoire des mesures de conservation n'est donc pas surprenante en soi. La question doit cependant être posée dans des termes différents concernant les mesures d'anticipation, qui sont un dévoiement opportuniste des procédures d'urgence en général, et de la voie sur requête en particulier. C'est sur ce point qu'il convient à présent de s'attarder.

Section II. Les mesures d'anticipation

952. Les mesures d'anticipation, comme leur nom l'indique, ont pour objet d'avancer dans le temps la satisfaction recherchée par le requérant, afin de préserver ses droits. Cette technique particulière de protection provisoire est la réponse à un danger nouveau, symptôme de l'évolution des contentieux : le retard dans la réalisation des droits. « La justice ploie sous le nombre »¹, tel est le constat, récurrent et prenant les allures d'une pénible résignation, que les processualistes contemporains font de l'institution judiciaire actuelle. L'augmentation de la masse contentieuse, corrélative à celle des textes et des ardeurs procéduriers des justiciables, provoque un engorgement des rôles. Cet encombrement chronique des juridictions, cause des lenteurs incessamment reprochées à la justice, et porte en lui un risque de préjudice aux droits de ceux que l'institution sert et protège.

953. Anticiper la réalisation des droits que la lenteur des procédures au principal ne pourrait assurer en temps utile se révèle être la seule réponse réellement efficace au péril de tardiveté. Pour Mme CHAINAIS, qui a contribué, à la suite de M. LORVELLEC² à une mise en évidence de ce *péril*, la seule solution pour le faire cesser est « d'apporter [au justiciable] satisfaction de façon anticipée par rapport à la date à laquelle pourrait intervenir un éventuel jugement sur le fond favorable »³. Il s'agit donc de traiter de manière accélérée certains litiges, pour éviter que ne se réalise un préjudice, imminent, probable, ou au moins éventuel. Il s'agit là incontestablement de l'une des missions des juges du provisoire actuels.

Le juge des requêtes, aux côtés de son confrère, le juge des référés, assure donc la protection des plaideurs contre ce danger d'un genre nouveau. Mais celui-ci ne se distingue pas seulement par la nouveauté. Il diffère des autres menaces auxquelles fait face la juridiction du provisoire par son caractère *ordinaire*, littéralement « ce qui est conforme à l'ordre des choses, à l'usage habituel »⁴. Il ne s'agit en effet pas d'une situation d'exception qui justifie un traitement différent. Le litige, *a priori*, ne recèle aucune situation d'urgence, n'emporte aucun risque de dépérissement d'un droit, qu'il soit substantiel ou processuel. Rien ne le distingue donc des autres litiges, du moins à première vue. Car ce n'est pas dans ses caractères intrinsèques qu'il faut rechercher la nécessité d'une protection. Ce qui rend celle-ci nécessaire, c'est un élément extérieur, extrinsèque : la lenteur de la justice. Il en

¹ J. Normand, *Les facteurs d'accélération de la procédure civile* in Mélanges P. Draï, Dalloz, 2000, p. 427.

² L. Lorvellec, « Remarques sur le provisoire en droit privé », *préc.*

³ C. Chainais, *op. cit.*, p. 63.

⁴ V° *Ordinaire*, Dictionnaire le Littré de la langue française.

résulte que toute situation litigieuse est potentiellement soumise au péril de tardiveté. Tout plaideur, pour ordinaire que soit son affaire, court un grand danger parce que la justice tarde, lambine, traîne.

954. De son côté, la juridiction du provisoire est par essence dérogoire, *extraordinaire*. C'est la contrepartie de sa nature, *provisoire* : elle n'est pas destinée à régir tous les litiges, qui font normalement l'objet de décisions définitives. Le provisoire est une « exception apportée dans une matière spéciale ou un cas particulier, à une règle générale qui, par ailleurs, demeure »¹. Ce n'est que si une situation particulière requiert une prompt intervention, parce que *intrinsèquement* elle ne tolère pas de retard, qu'une décision provisoire, une décision d'attente du définitif escompté, doit intervenir. Or, « le provisoire [reste] est un droit dérogoire au définitif, imparfait »². Et à user de l'exception sans considération de sa finalité, elle finit par rendre vain le principe qu'elle a pour objet de tempérer.

955. C'est la raison pour laquelle s'épanouit la juridiction du provisoire, au détriment de son rôle originel ; en un mot, elle se banalise³. On y recourt à tout va, par désaveu de la lenteur des voies procédurales de droit commun. La procédure de référé s'est libérée de ses contraintes traditionnelles pour une ouverture aux plaideurs toujours croissante. La condition d'urgence est sur le déclin⁴, l'interdiction de préjudicier au principal n'empêche personne de préjuger du fond. La procédure sur requête, moins « médiatisée »⁵ que le référé mais aux conséquences non moins redoutables⁶, est également instrumentalisée. Dans les années 1980 déjà, M. LORVELLEC faisait remarquer que « peu à peu, le système se pervertit, et d'exceptionnelles, les mesures provisoires deviennent ordinaires. [...] Car là se situe bien le risque du provisoire : l'excuse de la précarité risque d'en faire une solution de facilité. [...] Le provisoire exagérément utilisé marque un appauvrissement du droit, un aveu d'inaptitude à trancher un conflit en disant ce qu'est « le juste et le bon », en disant la loi »⁷. Cette expansion des procédures provisoires a même conduit le Doyen WIEDERKEHR au constat d'une résignation à l'incapacité de la justice civile à remplir son rôle, lorsqu'il écrit que « si de telles mesures [provisoires] sont nécessaires, n'est-ce pas précisément en raison de la lenteur de la procédure et, si on les prévoit, n'est-ce pas que l'on se résigne à cette lenteur ? »⁸.

¹D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, n° 249.

²L. Merland, *Recherche sur le provisoire en droit privé*, PUAM, 2001, n° 25.

³En ce sens, V. R. Tendler, « Le juge des référés, une procédure ordinaire ? », D. 1991, p. 139.

⁴C. Chainais, *op. cit.*, pp. 491 s.

⁵S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête*, Rép. Proc. Civ. Dalloz, n° 1.

⁶V°, en ce sens, M. Foulon et Y. Strickler, « Le constat sur requête avant tout procès », *préc.*, spéc. n°2.

⁷L. Lorvellec, *Remarques sur le provisoire en droit privé in Mélanges Alex Weil*, Dalloz, 1983, p. 385, spéc. pp. 391 et 392.

⁸G. Wiederkehr, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires*, RIDC 1998, 2, p. 449.

956. Il n'est cependant pas possible de réduire les mesures provisoires en général, et les ordonnances sur requête en particulier, au simple rôle d'une « voie de délestage »¹. Certes, l'encombrement de la justice conduit à la dénaturation de leur fonction. Mais qui ne se souvient pas de l'expression du Premier Président DRAI, lorsqu'il a dit que le référé a sauvé l'honneur de la justice ? Les mesures provisoires sont indispensables aux justiciables, car le péril de tardiveté existe bel et bien, c'est indéniable. Pour cela, c'est la technique de l'anticipation, et non plus de la conservation qui est mise en œuvre. Il ne s'agit plus d'attendre, mais d'agir, car ce n'est plus un événement dommageable, mais une inaction que l'on redoute. L'anticipation est donc un procédé particulier, dont il convient de cerner le domaine (§1.) et de préciser le régime (§2.).

§1. Le domaine de l'anticipation

957. « Vivace et fugace notion que celle d'anticipation, dont la familiarité avec le Droit est notoire »². Anticiper, c'est « faire exécuter avant la date prévue »³. Certes. Mais au-delà des mots, que recouvre exactement cette notion, floue comme tant d'autres en matière de provisoire ? Les jalons d'un raisonnement théorique doivent être posés afin qu'ils puissent irriguer des considérations plus pratiques. Il importe donc, pour déterminer avec exactitude les pouvoirs du juge des requêtes en matière de mesures anticipatoires de distinguer l'anticipation de certaines notions voisines (A.), puis de lui donner un contenu positif (B.).

A. La délimitation négative de l'anticipation : la distinction avec des notions voisines

958. Certains concepts ayant vocation à une maîtrise plus ou moins prononcée d'un avenir probable ou du moins envisagé, sont voisins de l'anticipation. Il faut donc les écarter dès à présent, en distinguant ceux qui tendent au définitif (1.) de ceux qui demeurent provisoires (2.).

¹ J. Normand, « Les fonctions des référés » in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruylant, 1998, p. 73.

² A. Boujeka, *La provision. Essai d'une théorie générale en droit français*, LGDJ, 2001, n° 496.

³ V° *Anticiper*, Le Larousse de la langue française.

1. La distinction avec les mesures ayant trait au définitif

959. Certaines mesures ou techniques procédurales anticipent l'avenir, en ce sens qu'elles en reproduisent les effets dans le présent, mais sont par nature définitives. Pour cette raison, elles demeurent étrangères au juge des requêtes. Certaines sont définitives *ab initio* (a.), alors que d'autres n'ont qu'une simple vocation à le devenir (a.).

a. Les mesures définitives *ab initio*

960. Cette première distinction négative du domaine de l'anticipation a été avancée par Mme MERLAND dans sa thèse de doctorat sur le provisoire en droit privé. Si l'on qualifie les mesures prononcées par le juge d'*anticipatoires*, alors l'*anticipation* revêt, pour cet auteur, un sens particulier. Selon Mme MERLAND, « alors que l'anticipatoire est consécutif à un doute sur l'opportunité du droit, l'anticipation porte sur ses conditions de validité. [...] A la différence de l'anticipatoire, l'anticipation ne poursuit aucun but spéculatif : elle est d'emblée définitive. Le juriste ne prend pas ici le « pari » de son caractère définitif ; bien au contraire : il affirme le définitif¹. Il s'agit en réalité de techniques procédurales et non de *mesures* au sens strict, celles que le juge peut ordonner. Mais la précision est d'importance : anticiper, pour le juge des requêtes, n'est pas réputer constituée une situation de droit dont toutes les conditions d'existence ne sont pas réunies en l'état. Anticiper, au sens ainsi donné à ce terme, renvoie au fait pour le juge des requêtes de statuer par une décision définitive dans des délais plus courts que ceux attendus d'une procédure au fond. L'ensemble des ordonnances sur requête en la forme répond à cette définition, dans la mesure où elles résultent d'un emprunt procédural motivé par l'opportunité. L'anticipation, sorte de définitif avant l'heure, doit donc dès à présent être distinguée de l'anticipatoire, seul apanage du provisoire véritable.

b. Mesures ayant vocation à devenir définitives

961. La délimitation négative des mesures d'anticipation doit être poursuivie à l'égard d'une catégorie particulière d'ordonnances sur requêtes qui ont fait l'objet de développements autonomes

¹ L. Merland, *op. cit.*, n° 145.

dans cette étude, à savoir les procédures d'injonction¹. Les ordonnances portant injonction de faire ou de payer sont bien anticipatoires, en ce sens qu'elles sont identiques par leurs effets à la décision favorable qu'aurait pu obtenir le requérant en s'adressant au juge du fond. Mais elles ne sont pas provisoires, du moins elles ne le demeurent pas au-delà d'un certain délai fixé par la loi². Ayant vocation à devenir définitives en droit, ces mesures ne sauraient relever de l'anticipatoire, mais de l'*anticipation*. Cette caractéristique a par ailleurs conduit à qualifier les procédures d'injonction de mécanismes processuels *sui generis*³. La scission des étapes qui conduisent au prononcé de l'ordonnance, et surtout l'assimilation de celle-ci à une décision au fond au-delà du délai imparti au débiteur pour former opposition, empêche leur intégration dans l'une des catégories précédemment dégagées au regard du provisoire substantiel⁴. La qualification *sui generis* est dès lors la seule envisageable.

962. A ce stade de l'analyse, l'existence de mesures anticipatoires rendues par le juge des requêtes pourrait être, en tant que telle, remise en question. En effet, les procédures d'injonction, exemples topiques de satisfaction anticipée accordée au justiciable par la voie unilatérale, ne relèvent pas de la juridiction provisoire du juge des requêtes. Le parallèle est particulièrement frappant avec le domaine des référés où le référé-provision connaît un fulgurant succès⁵. Faut-il en déduire que l'anticipatoire relève du seul juge des référés ? Cette conclusion hâtive nous semble être erronée en raison de la définition même de l'anticipatoire en tant que composante de la protection juridictionnelle provisoire. L'anticipatoire a pour objet d'anticiper la satisfaction que le requérant serait susceptible d'obtenir par une décision rendue au principal. Or, cette satisfaction ne peut en rien être réduite au seul recouvrement des créances. Certes, il ne peut être nié que les difficultés de recouvrement forment l'essentiel des mesures anticipatoires, et ce d'autant plus que la dépréciation monétaire caractérise à elle seule le péril de tardiveté. Cependant, la satisfaction recherchée par le requérant doit toujours être appréciée *in concreto*⁶. L'anticipatoire devant le juge des requêtes ne peut donc être écarté dans son principe en raison de la seule inexistence de procédures de paiement anticipé véritablement unilatérales et provisoires.

¹ V. *Supra*, n°s 765 s.

² Il s'agit du délai d'opposition d'un mois en matière d'injonction de payer et de la tenue de l'audience en matière d'injonction de faire, car celle-ci aboutit à un jugement définitif.

³ V. *Supra*, n°s 774 s.

⁴ Il s'agit, pour certains auteurs, d'un mode particulier de liaison du contentieux, V. Y. Strickler, «L'ordonnance sur requête en injonction de payer n'est pas une décision de justice au sens de l'article 68 de la loi de 1991», D. 2005, p. 342.

⁵ V. G. Couchez, «Le référé-provision, mesure ou démesure ?», in Mélanges Raynaud, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 161.

⁶ V. *Infra*, n°s 981 s.

2. La distinction avec les mesures ayant trait au provisoire

963. Les mesures anticipatoires se distinguent encore au sein de la famille des décisions provisoires. Elles ne se confondent en effet pas avec celles qui ont pour objet non d'anticiper, mais d'expérimenter (a.) ou de ménager (b.) les effets de l'écoulement du temps.

a. Les mesures d'expérimentation

964. Le but des mesures anticipatoires n'est pas de concrétiser un *essai* de la situation dans laquelle pourrait se trouver le justiciable si ces droits se trouvaient consacrés au fond, il est de concrétiser purement et simplement cette situation, sinon en droit, du moins en fait. Or, tel n'est pas le but de l'*expérimental*. Ainsi, que le souligne Mme MERLAND, « l'anticipatoire poursuit un but spéculatif : il incarne le pari que fait le droit du caractère opportun du définitif souhaité. Rien de tel concernant l'expérimental, dont le but est de fournir des informations sur le contenu du futur définitif ». La distinction s'impose alors : « l'expérimental [repose] sur un doute quant à la qualité du définitif envisagé et l'anticipatoire, sur un doute quant à son opportunité »¹. Ce cloisonnement des notions est au demeurant logique, le but des mesures anticipatoire est de permettre une emprise sur un avenir que l'on sait quasi-certain, l'intervention du juge du provisoire étant motivée par une justification *prima facie*. Dès lors, le juge des requêtes n'a pas à s'interroger sur la *qualité* du définitif mis en péril par la lenteur du procès : soit ce définitif est possible, soit il ne l'est pas, sans qu'une solution médiane soit envisageable.

b. Les mesures de transition

965. Le même raisonnement peut, et doit, être tenu à propos des mesures transitoires. Les mesures anticipatoires ne sont pas destinées à remplacer un définitif empêché, car cela contreviendrait à l'idée de provisoire telle que nous l'avons ici développée. Elles ne peuvent en effet avoir pour but l'attente organisée et pacifiée d'une solution définitive au litige. Si l'anticipation est impossible, alors le définitif l'est également. Or, « le but du transitoire est curatif : il a pour fonction de limiter les

¹ L. Merland, *op. cit.*, n°s 147 et 148.

déséquilibres consécutifs à l'impossibilité du définitif »¹. En somme, « le transitoire peut revêtir deux formes : soit il tente d'imiter tant que faire se peut le définitif empêché (il constitue alors un « ersatz » de définitif), soit il s'incarne dans une suspension »². Or, et c'est encore une distinction nécessaire, la suspension relève des mesures provisoires de conservation. Dans un cas comme dans l'autre, permettre une transition n'est pas assurer l'anticipation de la satisfaction recherchée par le requérant.

Il résulte de ce bref aperçu des notions voisines de l'anticipation, ou plutôt de l'*anticipatoire*, que certains écueils doivent être évités par le juge des requêtes. Mais pour mener à bout l'analyse théorique de cette notion, il convient également d'en donner une définition positive.

B. La délimitation positive de l'anticipation : les caractères de l'anticipation

966. Faire l'étude des caractères de l'anticipation, la définir positivement, revient à faire état d'un paradoxe : les mesures anticipatoires, en permettant une relative maîtrise du temps, réalisent une satisfaction égale à l'avènement du définitif (1.), tout en étant structurellement et substantiellement provisoires (2.).

1. L'anticipation : un outil de maîtrise du temps

967. Opérer, *via* des règles de droit, une mainmise sur le temps, voilà un pari réussi par les mesures anticipatoires. Celles-ci permettent en effet d'obtenir un double résultat, à la fois en concrétisant la prévision (a.) et en contrôlant l'avenir (b.).

¹ Ibid., n° 164.

² Ibid. n° 181.

a. L'anticipation : une concrétisation de la prévision

968. Prévoir peut être défini comme « se représenter à l'avance ce qui doit arriver, ce qui est prévisible »¹. La familiarité, sinon la similitude avec l'anticipation est manifeste. En effet, « l'acte de prévision consiste littéralement à voir en avant, à supputer l'avenir à partir de l'expérience [...] La prévision s'imisce dans le temps mais n'en opère pas la captation »². La prévision serait en quelque sorte la première étape de l'anticipation. En matière de protection juridictionnelle provisoire il n'est possible de protéger, au moyen de mesures anticipatoires, que ce qui est prévisible, évident.

Souligner ce point peut paraître un constat d'évidence. Cependant, la précision a son importance pour délimiter positivement le domaine de l'anticipatoire. Car une fois de plus, c'est l'exigence du *fumus boni juris* ou encore de justification *prima facie* qui apparaît comme une condition essentielle pour le prononcé de mesures anticipatoires. Concrétiser la prévision, c'est ancrer dans le présent ce qui peut être prévu quant à l'avenir ; si cet avenir ne peut être prévu avec suffisamment de certitude, alors cette concrétisation est impossible. En d'autres termes, les mesures anticipatoires ne peuvent, et ne doivent, être prononcées par le juge des requêtes que lorsque le droit à protéger du péril de tardiveté est évident dans son existence. Cette évidence, à son tour, se traduit par la très forte probabilité que ce droit se verrait consacré par le juge du principal si celui-ci était saisi. En définitive, « le propre de l'anticipation se trouve dans le *pari* que le sujet de droit engage sur l'avenir, en actualisant un phénomène juridique dont la réalisation ne se consolidera que de par l'écoulement du temps »³. En permettant que soient invoqués devant lui des droits dont la réalisation est *prévisible* devant le juge du fond, le juge des requêtes concrétise cette prévision ; en ordonnant la réalisation matérielle de ces droits, il opère un contrôle sur l'avenir.

b. L'anticipation : un contrôle de l'avenir

969. La mainmise sur l'avenir que permettent les mesures anticipatoires se manifeste par leur appropriation par le présent. Non seulement le juge des requêtes scrute l'avenir, en prévoyant ce que pourrait décider le juge du fond, mais il réalise d'ores et déjà cet avenir sans attendre sa survenance. Bref, l'écoulement excessif du temps étant intolérable, on le brouille, l'intervertit. Ce

¹ V° *Prévoir*, Le Littré de la langue française.

² A. Boujeka, *op. cit.*, n° 498.

³ *Ibid.*

contrôle de l'avenir opéré par le biais de l'anticipation reste cependant cantonné au plan des *mesures* indépendantes du droit substantiel, dont l'effet est purement factuel.

Selon le mot de Mme BLÉRY, « les mesures d'anticipation correspondent à l'effet juridique de la règle substantielle éventuellement applicable en l'espèce »¹. L'effet juridique dont il est ici question n'est pas la consécration des droits substantiels du requérant, mais seulement leur aménagement factuel. Il est ici opportun de rappeler l'écriture structurelle des règles de droit qui forment le mécanisme de l'anticipatoire. Prenons la règle de droit substantiel, qui s'écrit (a) (A) *i* (B) (b). Dans cette proposition, *a* correspond au présupposé de fait conditionnant l'application de la règle de droit désignée par A, tandis que B correspond au résultat juridique produit par l'application de cette règle. Enfin, *i* désigne le rapport d'imputation syllogistique et *b* le résultat final et efficient, à savoir l'aménagement concret et factuel de la décision obtenue. Ce *b* n'est autre chose que la satisfaction obtenue par le justiciable après exécution à son profit de la décision au principal.

970. Prenons à présent, dans les mêmes termes, la règle appliquée par le juge des requêtes. Son écriture serait alors, selon les mêmes modalités que précédemment, (c) (C) *i* (D) (d). La règle appliquée n'est pas la règle de droit substantielle, ni une règle substantielle *bis* à laquelle un élément *définitif* aurait été amputé². En d'autres termes, C n'équivaut pas à A et ne produit pas l'effet B, mais un effet qui lui est propre, à savoir D. Il en résulte que la mesure ordonnée sur requête, pour autant qu'elle anticipe sur la satisfaction du requérant, ne tranche jamais le droit substantiel dont se prévaut ce dernier. La mesure ordonnée, à savoir D, et son aménagement factuel, *d*, peuvent être sensiblement identiques au *b* auquel aurait abouti le procès au principal. Cette identité est même la condition pour que la mesure soit qualifiée d'anticipatoire. Mais cette anticipation ne tranche jamais le droit substantiel, ou le fond par opposition au provisoire. Il faut encore insister sur ce point : le juge des requêtes apprécie certes l'opportunité de la mesure à ordonner en estimant la probabilité qu'aurait le juge du fond de faire lui-même droit à la demande. Mais cette appréciation reste une pure évaluation d'opportunité de la mesure, et non du bien-fondé du droit substantiel lui-même. Cette conclusion est celle à laquelle a abouti le travail de qualification des ordonnances sur requête fondé sur le provisoire substantiel. De ce point de vue, la mesure anticipatoire est incontestablement provisoire, du moins sur le plan du provisoire substantiel. Il est à présent nécessaire de la confronter aux critères du provisoire structurel, à l'instar de ce qui a été fait à propos des mesures de conservation.

¹ C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, 2000, n° 395.

² V. *Supra*, n° 206.

2. L'anticipation : une manifestation du provisoire structurel

971. Pour clore la mise à l'épreuve de la théorie du provisoire structurel à l'égard des diverses mesures pouvant être ordonnées par le juge des requêtes, les mesures d'anticipation doivent être confrontées au double critère du provisoire structurel. Elles ne pourront à cet égard être qualifiées de provisoires que si deux conditions sont cumulativement remplies : l'intervention du juge doit être motivée par une nécessité véritable et non par une disposition légale (a.), et le requérant ne doit pas recevoir une satisfaction intégrale susceptible de le désintéresser (b.).

a. L'anticipation et la nécessité de l'intervention juridictionnelle

972. A titre liminaire, il faut avant tout préciser que les ordonnances nommées doivent être écartées de l'analyse, ce pour deux raisons. La première est que les ordonnances nommées ayant reçu la qualification provisoire sur le plan du provisoire substantiel ont toutes été, sur le plan du provisoire structurel, classées dans la catégorie des mesures de conservation. Il s'agit des saisies conservatoires issues de la réforme du 9 juillet 1991¹, des mesures d'instruction à futur de l'article 145 du Code de procédure civile, ainsi que des diverses saisies réelles et descriptives régies par le Code de la propriété intellectuelle. La seconde raison est que, parmi les autres ordonnances nommées, il n'en existe aucune qui réalise une satisfaction anticipée du requérant, car elles conduisent toutes à la réalisation directe du droit substantiel. Il ne s'agit donc plus d'une anticipation du définitif, mais du définitif lui-même. Les ordonnances portant injonction de payer et de faire, seule exception à ce constat, doivent également être exclues, du fait de leur qualification *sui generis*². La conclusion de ce propos préalable est que le critère de la nécessité de l'intervention juridictionnelle ne peut être ici appliqué qu'aux ordonnances innommées qui réalisent une satisfaction anticipée du requérant.

973. Il semble en outre nécessaire de souligner, ici encore, la difficulté principale à laquelle se heurte tout travail de qualification portant sur les ordonnances innommées, à savoir leur grande diversité. Toute catégorisation serait vaine, du fait même de l'objectif de ce type de mesures, qui est d'embrasser les infinies variations du quotidien. Plus spécifiquement en matière de mesures d'anticipation, il faut encore ajouter que leur fonction d'anticipation sur la satisfaction du requérant

¹ Et codifiées aux arts. L. 511-1 s. CPCE.

² V. *Supra*, n°s 774 s.

n'éclaircit en rien le débat, car par essence cette satisfaction doit être appréciée *in concreto*¹. Seules les observations les plus générales sont donc permises quant à la *nécessité* de solliciter les mesures d'anticipation.

Ces observations générales sont en substance les mêmes que celles qui ont été formulées à l'endroit des mesures de conservation. Elles sont au nombre de deux. La première est de faire remarquer que les mesures prononcées par le biais des ordonnances innommées ne sont par hypothèse jamais issues de dispositions législatives obligeant à recourir à une procédure unilatérale. Ce qui conduit à la seconde observation : le texte qui fournit la base légale aux pouvoirs juridictionnels du juge des requêtes, à savoir l'article 812 et ses émules dispersés au sein du Code de procédure civile², ne mentionne que les circonstances qui exigent que ces mesures « ne soient pas prises contradictoirement ». Une circonstance étant par nature un élément extrinsèque à la nature de la décision obtenue, il faut en conclure que les ordonnances innommées ne sont jamais le fruit d'une obligation légale, mais celui d'une véritable nécessité de saisir le juge des requêtes. Sur cette première branche du critère, les mesures d'anticipation sont donc bien provisoires structurellement.

b. L'anticipation et la satisfaction du requérant

974. Il peut sembler d'emblée absurde de soulever la question de la satisfaction du requérant à propos des mesures d'anticipation. Leur objet même est d'anticiper la satisfaction recherchée. Comment pourraient-elle dans ce cas satisfaire au critère qui voudrait que seules soient provisoires les mesures qui n'aboutissent *pas* à une telle satisfaction ? Manifestement, ce second critère ne peut jamais être considéré rempli à l'égard des mesures d'anticipation. C'est en ce sens que va, incontestablement, notre opinion. Mais la vraie question est ailleurs : que faut-il déduire du fait de la défaillance de ce critère concernant les mesures d'anticipation ?

975. Ce constat peut en effet appeler trois conclusions possibles, aux conséquences différentes pour l'ensemble de la recherche jusqu'ici menée. La première de ces conclusions pourrait être que les mesures d'anticipation ne sont pas provisoires et que par conséquent la théorie du provisoire dans son ensemble est fautive. La deuxième conclusion serait également de considérer les mesures d'anticipation comme définitives, mais d'admettre qu'il s'agit seulement d'une exception à la théorie du provisoire, qui confirmerait en quelque sorte la règle générale. La troisième et dernière

¹ V. *Infra*, n°s 981 s.

² V. l'art. 851 CPC pour le Tribunal d'instance et l'art. 874 CPC pour le Tribunal de commerce.

conclusion envisageable serait que les mesures d'anticipation seraient bien provisoires, et que la défaillance du critère à leur égard ne constitue qu'une exception aux principes développés au regard de la théorie du provisoire en général. Seule cette dernière proposition nous semble justifiée, pour plusieurs raisons.

976. Pour commencer, les deux premières conclusions proposées sont inacceptables en raison des conséquences qu'elles entraîneraient sur la division catégorielle des ordonnances sur requête dans leur ensemble. Retenir une qualification définitive des mesures d'anticipation équivaldrait à les ranger dans la même catégorie que les ordonnances gracieuses et les ordonnances rendues en la forme des requêtes, qui sont substantiellement définitives¹. Toutes ces diverses mesures sont en effet fédérées par une qualité commune : elles conduisent à la satisfaction du requérant. Mais raisonner ainsi reviendrait à oublier que cette satisfaction ne résulte aucunement du même mécanisme procédural. Dans le cas des ordonnances gracieuses ou en la forme des requêtes, la satisfaction du requérant résulte du fait que le juge des requêtes tranche la prétention sur le fond, et statue sur le droit substantiel. Il en résulte que ces mesures ne peuvent être structurellement provisoires, c'est-à-dire organiser l'attente d'un procès au fond : elles *sont* ce procès au fond. Inversement, lorsqu'il prononce une véritable mesure d'anticipation, le juge des requêtes aboutit également à la satisfaction du requérant, mais *sans se prononcer sur le droit substantiel*. La mesure et la règle de droit qui la permet a une nature purement processuelle. La satisfaction n'est que factuelle et laisse le champ libre à un éventuel procès ultérieur sur le fond.

977. Mais la principale raison de retenir une qualification provisoire à l'égard des mesures d'anticipation réside dans le péril de tardiveté lui-même. L'existence d'un tel péril est en soi une anomalie au sein du système juridictionnel contemporain. Il est totalement extrinsèque au droit substantiel du requérant. Tout au contraire, c'est un *péril intrinsèque au droit substantiel menacé* qui motive le recours aux mesures de conservation, apanage classique des juges du provisoire en général et du juge des requêtes en particulier. L'incapacité des juridictions à absorber et à traiter dans des délais satisfaisants est en soi une déviance par rapport aux schémas traditionnels de la protection juridictionnelle provisoire. Il en résulte un dévoiement, voire une instrumentalisation² des procédures provisoires. Au lieu de tendre à la préservation, au maintien en l'état, c'est l'objectif de désengorger les rôles des juges du fond qui est directement recherché par les mesures d'anticipation. Les procédures d'urgence, et la procédure sur requête en particulier, sont par conséquent détournées de leur but originel.

¹ V., pour les ordonnances gracieuses, n°s 78 s. ; pour les ordonnances rendues en la forme des requêtes, n°s 114 s.

² Sur ce terme, V. *Infra*, n°s 1166 s.

Cette observation a des conséquences directes sur le régime et la mise en œuvre des mesures provisoires d'anticipation. Elles ne tendent pas à *préparer* un procès au fond, mais seulement à *éviter* ce procès. C'est le pari qu'une première décision de justice, fût-elle provisoire, dissuadera les plaideurs de saisir – encombrer ? – les juridictions de fond. Ce pari repose justement sur la satisfaction procurée, dès l'instance au provisoire. Est-il dès lors étonnant que ce critère de la satisfaction ne puisse être rempli concernant les mesures d'anticipation ? La réponse négative s'impose d'évidence.

978. Mais il faut à présent conclure sur le plan théorique de la qualification à retenir. Nous pensons que les vicissitudes budgétaires et politiques affectant le fonctionnement des juridictions, quand bien même seraient-elles nécessaires sur le plan pratique, ne doivent aboutir à tourner les conclusions théoriques qui s'imposent. Les mesures d'anticipation restent provisoires sur le plan substantiel, en raison de la structure de la règle appliquée, telle qu'elle a été précédemment décrite¹. Leur défaillance au regard du critère de la satisfaction a pour unique cause le dévoiement des procédures d'urgence, provoqué par l'émergence du péril de tardiveté. Par conséquent, il ne faut pas en déduire une qualification de *décision définitive*. Il est plus opportun de prendre acte de cette instrumentalisation et de considérer que les mesures d'anticipation sont bien provisoires structurellement, leur discordance avec le critère de la satisfaction n'étant que l'exception qui confirme la théorie du provisoire dans son ensemble. Les questions de qualifications étant résolues, un mot d'explication quant au régime de l'anticipation est indispensable pour dresser un tableau complet des pouvoirs du juge des requêtes dans ce domaine.

§2. Le régime de l'anticipation

979. Si, en théorie, anticiper - avancer dans le temps le moment de la satisfaction attendue - est simple, il en va différemment dans la pratique. Le juge se doit d'utiliser les moyens juridiques et intellectuels appropriés, tant pour réguler les effets qu'elle implique sur la situation concrète du justiciable et sur le schéma procédural général (A.), que pour ordonner la mesure adéquate (B.).

¹ Sur l'écriture structurale de la règle appliquée par le juge des requêtes, V. *Supra*, n°s 205 s.

A. La technique de l'anticipation

980. Ordonner une mesure anticipatoire recèle un aspect technique auquel le juge se trouve inévitablement confronté. En effet, pour satisfaire le justiciable avant l'heure, il faut au préalable déterminer *comment* le satisfaire, c'est-à-dire déterminer exactement quel est le résultat final recherché (1.). De plus, provisoire, la mesure anticipatoire est nécessairement *précaire* et il importe de présenter un bref aperçu des issues procédurales envisageables (2.).

1. L'appréciation du caractère anticipatoire

981. Rechercher une définition de la mesure anticipatoire requiert de revenir sur sa distinction avec la mesure conservatoire, déjà entrevue par ailleurs¹. Anticiper le résultat définitif attendu par le requérant passe *a priori* par une innovation à la fois dans sa situation personnelle et dans l'ordonnement juridique général, ce qui opposerait la mesure anticipatoire à la mesure de conservation, statique par nature (a.). Cependant, il faut se garder d'un cloisonnement hermétique entre le conservatoire et l'anticipatoire, car un rapprochement, voire une interversion, est parfois nécessaire (b.).

a. L'anticipation recherchée *in abstracto* : le cloisonnement rigide entre mesures conservatoires et anticipatoires

982. Dans leur conception abstraite, les mesures d'anticipation impliquent une nouveauté, un changement. Si le justiciable s'adresse au juge, c'est pour obtenir quelque chose qu'il n'a pas encore et qu'il lui tarde d'obtenir. Si ce n'était pas le cas, soit l'intervention judiciaire ne serait pas requise parce que le justiciable est en mesure de se procurer lui-même l'avantage recherché, soit elle aurait pour objet le prononcé d'une mesure de conservation. Or, celle-ci est par essence négative, destinée à maintenir en l'état, à préserver le *statut quo ante*. Elle implique l'immobilité et non l'évolution. Cette distinction catégorielle et abstraite est mise en avant par Mme CHAINAIS, lorsqu'elle explique que « certaines mesures, considérées *in abstracto*, semblent d'emblée relever ou bien de la

¹ V. *Infra*, n°s 855 s.

satisfaction, ou bien de la sauvegarde. Lorsque, par exemple, une décision octroie une provision en raison d'un péril, cette mesure relève nécessairement de la satisfaction anticipée, puisqu'il s'agit d'accorder immédiatement, partiellement ou complètement, une créance qui sera par ailleurs demandée au fond. [...] A l'opposé de ces mesures de satisfaction, certaines décisions provisoires typiques sont uniquement aptes à la sauvegarde. Il en va ainsi de la saisie conservatoire, qui n'est jamais une fin en soi, mais vise toujours à la réalisation d'un autre droit »¹. Mais une telle approche n'est que partiellement exacte ; si les exemples choisis ici, la provision sur une créance de somme d'argent et la saisie conservatoire sont en effet particulièrement démonstratifs de la césure entre l'anticipation et la conservation, une approche *in concreto* apparaît nécessaire pour cerner au mieux la satisfaction finale recherchée par le justiciable.

b. L'anticipation recherchée *in concreto* : la répartition souple entre mesures conservatoires et anticipatoires

983. Certes, considéré abstraitement, anticiper semble équivalent à innover. Ce raisonnement repose sur le postulat que ce qui serait demandé au juge du fond, dans l'hypothèse d'un procès par-devant lui, c'est une mesure positive, un avantage nouveau. Mais ce schéma classique peut se trouver inversé, si ce qu'aurait demandé le requérant au juge du définitif avait été la remise en état d'une chose ou d'une situation, ou plus généralement l'anéantissement d'un acte dommageable. L'anticipatoire, on l'a vu, est la poursuite de la satisfaction anticipée ; or, ce qui satisfait l'un n'est jamais ce qui satisfait tous les autres et un raisonnement *in concreto* s'impose.

Pour cela, il faut prendre en considération le fait que ce qui est immobile, statique, n'est pas toujours dénué d'effets. Bien au contraire, interdire, éviter ou préserver, en un mot : conserver, peut avoir une influence directe sur la situation juridique du requérant. « Certes, en interdisant quelque chose, le juge empêche souvent un changement d'advenir et de ce point de vue il exerce une activité de « conservation ». [...] Pourtant, cette apparente « conservation » peut masquer l'effet réel de telles mesures, qui peut être un effet d'anticipation. [...] En effet, en ordonnant la *conservation* des faits en l'état, le juge modifie le cours du temps procédural et accorde parfois en fait au demandeur ce qu'il souhaiterait obtenir de façon définitive au terme du procès au fond »². Si par exemple la satisfaction

¹ C. Chainais, *op. cit.*, pp. 409 et 410.

² *Ibid.*, pp. 410 et 411.

ultime est l'annulation de la décision d'un organe collégial, la suspension de la délibération de cet organe revêt bien un caractère d'anticipation, car elle aboutit en pratique à un résultat identique¹.

984. Par ailleurs, cet aspect de l'anticipation a été mis en avant par M. BRENNER dans son ouvrage sur l'acte conservatoire. Il écrit en effet, à propos de la protection des droits extrapatrimoniaux, que si « le séquestre et certaines saisies sont normalement conservatoires, c'est parce qu'ils consistent communément à assurer la conservation d'un bien dans l'intérêt de ceux qui prétendent avoir sur lui des droits. En revanche, lorsqu'ils interviennent pour la protection des droits de la personnalité, ils ne visent plus à éviter la compromission de droits par suite de disparition physique ou juridique d'un bien, mais, bien au contraire, à éviter que par l'usage illégitime de celui-ci, il ne soit porté atteinte aux droit d'une partie qui, loin d'être intéressée à sa conservation, en demande, d'ailleurs, en général, la destruction. [...] Prétendument conservatoires, ces mesures sont alors simplement *protectrices*² ». En somme, la fonction réelle de la mesure ne doit pas s'apprécier *in abstracto* mais *in concreto*, en fonction de l'effet qui serait attendu par le demandeur d'un jugement sur le fond dans la même affaire. C'est, en définitive, reconnaître au juge des requêtes la souplesse d'intervention qui doit être la sienne dans l'exercice de sa fonction de protection.

Mais, comme il a déjà été vu par ailleurs³, la satisfaction ainsi obtenue reste substantiellement provisoire. Le demandeur à la protection, même s'il obtient en fait une similitude de résultat avec celui qu'aurait pour lui la décision définitive, doit attendre celle-ci pour voir sa situation consacrée au principal. Or, cette consécration, comme toutes les choses à venir, est teintée d'une touche d'incertitude. Il faut donc considérer les divers dénouements possibles.

2. L'issue procédurale des mesures anticipatoires

985. Deux issues sont en pratique envisageables, et doivent être envisagées. Si un procès au fond suit le prononcé de la décision provisoire d'anticipation, il peut aboutir à la confirmation de celle-ci (a.), ou au contraire à son infirmation (b.).

¹ V., pour un comité d'établissement, Cass. Soc., 23 mars 1982, Bull. civ. V, n° 208.

² C. Brenner, *L'acte conservatoire*, LGDJ, 1999, n° 205.

³ Par application de l'écriture structurale de la règle de droit, V. *Supra*, n° 206.

a. Le maintien de l'anticipatoire conforme au définitif

986. Lorsque la prévision opérée par le juge des requêtes s'avère exacte, elle se voit légitimée par la décision définitive prononcée par le juge du fond. Le changement dans la situation de fait du justiciable ne pose aucun problème : il n'y en a pas. Seul change le fondement de cette situation au regard de la structure de la règle appliquée. Si au terme de l'instance au provisoire le requérant n'avait obtenu que la concrétisation factuelle de la satisfaction escomptée dans l'absolu, cette satisfaction est désormais consacrée au principal. Autrement dit, pour en revenir à la règle qui s'écrit (a) (A) *i* (B) (b), le juge ne décide pas seulement *b*, il constate *A* et en déduit *B*. L'anticipatoire fait par là même l'objet d'une « définitivisation »¹, de son approbation par le définitif, même s'il reste sans incidence sur la situation factuelle et concrète des parties.

b. La disparition de l'anticipatoire contrariant le définitif

987. Telle n'est pas le cas de la mesure d'anticipation contraire aux conséquences que tire le juge du fond de la règle de droit substantiel. Dans cette hypothèse les résultats de l'exécution de la mesure provisoire doivent disparaître pour laisser la place à un aménagement factuel nouveau. Le problème est alors de savoir comment assurer cette transition, car le provisoire, dans la plupart des cas, s'inscrit dans la durée et a un impact important sur les droits des parties. La rétroactivité qui s'attache à la disparition de l'anticipatoire peut dans ce cas avoir des conséquences importantes sur la situation factuelle des parties. Cette rétroactivité découle de la conception que la théorie classique du provisoire retient des mesures provisoires par nature, et qui fonde par ailleurs l'autorité de la chose jugée au provisoire que nous avons déjà critiquée². Dans cette théorie, la mesure provisoire qui anticipe sur la satisfaction du requérant est le résultat de l'application de la même règle que celle sur laquelle statue le juge du principal, mais diminuée dans sa portée en raison de la juridiction limitée du juge du provisoire. Il en résulte que la rétroactivité est une conséquence naturelle de la décision au principal contraire à la mesure d'anticipation. Puisque c'est la même règle qui est successivement appliquée par le juge du provisoire et le juge du principal, si la décision du second est contraire à celle du premier, c'est bien parce qu'il a, *ab initio*, mal appliqué cette règle de droit. Cette *error in iudicando* initiale ne peut par conséquent être corrigée que par le jeu de la rétroactivité et des restitutions qui lui sont subséquentes.

¹ L. Merland, *op. cit.*, n° 534.

² V. *Supra*, n°s 238 s.

988. Une telle proposition ne saurait tenir au vu de la nature processuelle de la mesure rendue au provisoire, et qui a déjà été soulignée à plusieurs reprises. Contrairement à ce que postule la théorie classique, ce n'est pas la même règle qui est appliquée lors des instances successives au provisoire et au principal. Si la décision au principal conduit à une solution différente de la mesure d'anticipation, c'est en raison d'un aménagement factuel – au stade de l'exécution – de la situation des parties, et non en raison d'une mauvaise application de la règle de droit par le juge du provisoire. La modification de l'ordonnancement juridique opérée par la décision au principal ne peut prendre effet qu'au jour de son prononcé. En ce sens, la rétroactivité ne peut avoir lieu car elle met en œuvre une fiction juridique tendant à effacer une situation dont le droit prétend qu'elle n'a jamais existé¹ : *quod nullum est nullum producit effectum*. Il n'y a rien de tel concernant la mesure provisoire, même contraire dans ses conséquences à la décision au fond. Ces deux décisions s'articulent chronologiquement sans qu'il soit nécessaire de prétendre que l'ordonnance sur requête n'a jamais existé. Il en résulte également que les solutions dégagées par la jurisprudence concernant les restitutions suivant l'annulation d'un contrat² ne sont pas applicables, faute de rétroactivité au regard de l'articulation des procédures. Les restitutions provoquées par la nullité du contrat reposent en effet sur le postulat que la détention par l'une des parties a été illégitime et qu'il convient d'en effacer les traces dans les faits³, ce qui n'est pas de l'ordonnance sur requête aboutissant à un résultat inverse à celui consacré par le juge du fond. La décision provisoire et le jugement au fond sont structurellement indépendants et sont exécutés successivement.

989. Ce bref aperçu de la *technique* de l'anticipation, tant en amont, lors du prononcé de la décision, qu'en aval, lors de sa disparition, a permis de cerner les contours des mesures pouvant concrètement être prononcées. Il convient à présent de dire un mot sur l'appréciation de leur opportunité par le juge des requêtes.

¹ V. le visa utilisé systématiquement par la Cour de cassation : « vu le principe selon lequel ce qui est nul est réputé ne jamais avoir existé », V. Cass. 1^{ère} Civ., 15 mai 2001, Bull. civ. I, n° 133, RTD Civ. 2001 p. 699 obs. N. Molfessis et Cass. 3^e Civ., 2 octobre 2002, CCC 2002 n° 23 obs. L. Leveneur ; *adde* R. Jambu-Merlin, « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », RTD Civ. 1948 p. 279.

² Pour une vue synthétique de la question, V. A. Bouziges, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, thèse dactyl. Poitiers 1982 et M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, thèse Paris II, 1990.

³ V., pour une restitution en nature, Cass. Civ. 6 décembre 1967, Bull. civ. I n° 358 p. 269, RTD Civ. 1968 p. 708 obs. J. Chevallier ; *adde*, pour une restitution par équivalent lorsqu'une restitution en nature est impossible, Cass. Ch. Mixte, 9 juillet 2004, JCP G 2004, I, 173 n° 14 obs. Y.-M. Sérinet, RTD Civ. 2005 p. 280 obs. Ph. Stoffel-Munck.

B. L'appréciation du juge quant aux mesures à adopter

990. Sollicité aux fins de voir prononcée une mesure d'anticipation, le juge des requêtes doit au préalable procéder à un double examen : celui de l'opportunité (1.) et de l'étendue de la mesure demandée (2.).

1. L'appréciation quant à l'opportunité de l'anticipation

991. L'arbitrage du magistrat doit tout d'abord porter sur le point de savoir s'il est opportun d'ordonner une mesure d'anticipation ou si une mesure de conservation est suffisante¹. Nous pensons en effet que les mesures anticipatoires au sens strict doivent demeurer subsidiaires, du moins lorsqu'elles sont ordonnées à l'issue d'une procédure unilatérale, et ce pour trois raisons au moins.

En premier lieu, les mesures anticipatoires ne relèvent pas de la destination originelle des mesures provisoires, mais sont le fruit d'une incapacité de la justice à absorber l'accroissement de la masse contentieuse. Il est peut être quelque peu excessif de qualifier, à l'instar de Monsieur LORVELLEC, les mesures anticipatoires de « perversion »². Notre opinion rejoint en revanche cet auteur en ce qu'il souligne le lien premier qui unit la *conservation* et le provisoire. Il écrit en effet que « préserver l'avenir face au péril : c'est le facteur déterminant des mesures à la fois conservatoires et provisoires »³. La justice provisoire doit tendre vers une limitation au strict nécessaire des mesures d'anticipation. Discutable en matière de référé, ce point de vue doit prévaloir en ce qui concerne les ordonnances sur requête.

992. La procédure de référé constitue en effet un *diminutif* du procès ordinaire, dans le sens où les formalités procédurales sont allégées et simplifiées, et les délais abrégés. Elle n'en constitue pas moins une émanation directe de la procédure *ordinaire* car le principe du contradictoire est respecté. En quelque sorte, dans l'esprit des parties du moins, c'est un procès à part entière qui se déroule devant elles, car chacune est en mesure de présenter ses arguments à un tiers impartial en vue du règlement du conflit qui les oppose. Et c'est pour cette même raison que, souvent, l'ordonnance de

¹ Bien que les deux notions puissent se croiser, voire se confondre, V. *Supra*, n°s 855 s.

² L. Lorvellec, *Remarques sur le provisoire en droit privé* in Mélanges Alex Weil, Dalloz, 1983, p. 385, *spéc.* p. 403.

³ *Ibid.* p. 389.

référé marque l'achèvement du litige. La possibilité pour le juge d'accorder une satisfaction intégrale au demandeur, couplée à l'indépendance du référé vis-à-vis de l'instance au fond et au sentiment des parties que leur différend a déjà été tranché « en justice », conduit à l'évitement du procès définitif. Conséquemment, cet évitement du procès au fond contribue à désengorger les rôles, et il est en ce sens louable.

En revanche, ce qui est contestable en matière d'ordonnances sur requête, c'est cette même capacité à éviter tout procès au fond, mais sur un autre fondement. Comme pour la procédure de référé, la voie sur requête est structurellement indépendante par rapport à l'instance au fond¹. Comme l'ordonnance de référé, l'ordonnance sur requête peut anticiper intégralement la satisfaction recherchée par le demandeur. Or, l'évitement du procès ultérieur qui en résulte n'est pas le fruit d'un sentiment commun à tous les protagonistes d'avoir fait l'objet d'un procès à part entière, mais l'impression qu'a le défendeur potentiel d'avoir déjà été jugé². C'est le caractère comminatoire de l'ordonnance qui le pousse alors au découragement, qui le dissuade d'agir au fond et même, d'exercer le référé-rétractation. En somme, l'anticipatoire ordonné sur requête doit rester subsidiaire au conservatoire, et c'est pour cette même raison que le magistrat doit également s'interroger sur l'étendue des mesures à ordonner.

2. L'appréciation quant à l'étendue de l'anticipation

993. Lorsque les mesures anticipatoires sont requises, elles ne doivent porter que sur ce qui est strictement nécessaire à la protection du requérant. L'étendue de la satisfaction anticipée accordée sur requête peut, ici encore, se situer dans le schéma procédural général au moyen d'un triple rapport de subsidiarité. En premier lieu, la procédure unilatérale est subsidiaire à la procédure de référé, principal moyen de la mise en œuvre de la protection provisoire anticipatoire. L'exigence de circonstances rendant nécessaire l'éviction du contradictoire conditionne et régule cette subsidiarité³. En second lieu, les mesures anticipatoires sont, au sein même de la procédure sur requête, subsidiaires aux mesures strictement conservatoires, par hypothèse purement statiques. Enfin, au sein des mesures anticipatoires unilatérales, la satisfaction complète doit rester subsidiaire par rapport à la satisfaction partielle. L'évitement du procès au fond constitue un effet pervers de la procédure sur requête, car il repose non sur le sentiment que justice a été rendue, mais s'impose par

¹ V. *Infra*, n°s 1125 s.

² V., sur l'instrumentalisation des ordonnances sur requête, V. *Infra*, n°s 1166 s.

³ V. *Supra*, n°s 793 s.

la menace. De plus, la procédure n'étant pas contradictoire, celui contre lequel la mesure requise est dirigée n'aura pu présenter sa défense. Dans la mesure du possible, le juge ne devra donc accorder que la satisfaction anticipée strictement nécessaire à la protection des droits qui lui sont soumis, c'est-à-dire celle sans laquelle ces droits seraient irrévocablement perdus du fait de leur non réalisation immédiate. De cette manière, le magistrat pousse à l'engagement d'une procédure contradictoire, en référé ou au fond, de la part de celui qui n'a pas obtenu entièrement satisfaction¹.

Une fois posées ces quelques règles qui devraient, selon nous, régir le choix de la mesure appropriée, il convient de faire l'analyse de ces mesures à proprement parler.

994. **Conclusion sur les mesures d'anticipation.** L'anticipatoire n'est pas le but premier de la justice provisoire. Mais celle-ci, dans sa fonction de protection des droits des justiciables, doit s'adapter à l'évolution de la société en général et de la justice en particulier. L'encombrement des juridictions n'est pas un fait nouveau, mais combiné à l'accélération du « temps social » tel qu'il est ressenti par l'ensemble du corps social, associé à l'accroissement et la montée en technicité des normes juridiques, sans compter le gonflement du volume des affaires, il a des conséquences déplorables sur la protection juridictionnelle. En ce sens, même si l'on peut dire que les mesures d'anticipation ne constituent pas, au contraire des mesures de pure conservation, la fonction naturelle de la juridiction du provisoire, elles sont un mal nécessaire, seul remède contre l'encombrement croissant des rôles. Le juge des requêtes doit néanmoins prendre garde à n'ordonner que les mesures d'anticipation strictement nécessaires, pour que l'ordonnance sur requête reste l'*ultimum subsidium* de la protection juridictionnelle provisoire.

¹ Sur le lien structurel pouvant exister entre la procédure provisoire et le procès au principal, V. *Infra*, n°s 1166 s.

Titre II. Le droit de l'ordonnance sur requête

995. L'étude de l'accès à l'ordonnance sur requête a permis de préciser le régime des deux extrémités de la chaîne chronologique que constitue l'instance introduite par la requête : en amont, les conditions de saisine du juge des requêtes, en aval les mesures que celui-ci ordonne. L'analyse du provisoire structurel serait incomplète sans un exposé de l'*instance* sur requête elle-même. Le provisoire y joue un rôle important qu'il faut ici expliciter (Chapitre I). De plus, un changement de perspective s'avère nécessaire pour démontrer que l'ordonnance sur requête est provisoire au regard du procès, au sens large. Sa place au sein du schéma procédural général, autrement dit l'articulation de la procédure sur requête avec à la fois la justice provisoire et l'instance au principal, devra donc être précisée (Chapitre II).

Chapitre I. Provisoire et déroulement de la procédure sur requête

996. La théorie du provisoire structurel a permis jusqu'ici de catégoriser les fondements conceptuels de la procédure sur requête, par l'étude des chefs de saisine du juge des requêtes ainsi que des mesures que celui-ci peut ordonner. Le provisoire exerce sur ces deux aspects une profonde influence, qui traduit son rôle dans le schéma procédural général : préserver le droit d'agir au fond lorsque celui-ci est menacé. Au sein des chefs de saisine, la nécessité d'évincer le contradictoire se conjugue avec l'urgence¹, permettant aux ordonnances sur requête de compléter de manière subsidiaire la juridiction provisoire des référés. Le provisoire se manifeste principalement au travers des mesures ordonnées, les ordonnances conservatoires correspondant à l'essence de la juridiction des requêtes, tendant à préserver le *statu quo* en attendant le procès au fond. L'influence du provisoire s'étend également au déroulement de la procédure sur requête elle-même, c'est-à-dire cet intervalle de temps qui s'étend de la saisine du juge des requêtes au prononcé de l'ordonnance. Le provisoire structurel, autrement dit la dépendance intellectuelle de l'ordonnance sur requête à un éventuel procès au fond, influe sur l'instance unilatérale de deux manières. D'une part, la juridiction des requêtes exerce un rôle préparatoire par le règlement du contentieux accessoire que constituent les mesures d'instruction ordonnées pour éclairer la religion du juge, ainsi que la détermination de sa compétence (Section I). D'autre part, le rôle conservatoire de la juridiction provisoire se traduit en cours d'instance par des mécanismes compensateurs du caractère unilatéral de l'ordonnance sur requête, qui forment des substituts au principe du contradictoire temporairement évincé (Section II).

Section I. Le provisoire et le contentieux accessoire dans la procédure sur requête

997. La question du contentieux accessoire dans la procédure suit les lignes de la division entre les ordonnances gracieuses et les ordonnances contentieuses². D'un côté, certains aspects du déroulement de l'instance sur requête sont indifférents à la qualification gracieuse ou contentieuse des ordonnances considérées et sont caractéristiques de la procédure unilatérale en général (§1). Mais, de l'autre côté, certains éléments du régime de l'ordonnance sur requête requièrent pour leur détermination de ranger l'ordonnance au sein de la juridiction gracieuse ou contentieuse par le biais d'une qualification préalable (§2).

¹ Sauf pour les ordonnances nommées, qui sont dispensées tant de la preuve de l'urgence, que de celle du besoin d'évincer le contradictoire, V. *Supra*, n°s 789 s.

² Sur les difficultés de qualification et l'apport de la théorie du provisoire, V. *Supra*, n°s 21 s. et n°s 77s.

§1. Les aspects du régime de l'ordonnance sur requête indépendants de la qualification gracieuse ou contentieuse

998. Certains aspects du régime de la procédure unilatérale sont indépendants de la dichotomie, au sein de la juridiction des requêtes, entre les ordonnances gracieuses ou contentieuses. Il s'agit des éléments qui caractérisent l'ordonnance sur requête définie formellement, à savoir une procédure commençant par une requête et s'achevant par une ordonnance, en excluant toutefois d'emblée les mesures d'administration judiciaire en raison des spécificités qui leur sont propres¹. L'indifférence de cette première qualification reste cependant sans conséquence sur l'opposition entre ordonnances provisoires et définitives, ces deux catégories ayant chacune des traits qui leur sont propres et qui devront être explicités dans les lignes à suivre.

Le contentieux accessoire dans la théorie du provisoire structurel doit être abordé sous deux angles. Celui des mesures d'instruction tout d'abord, dont l'admissibilité peut parfois être discutée concernant la juridiction des requêtes (A.). Celui du contentieux de la compétence ensuite, dont l'autorité peut dépasser la procédure sur requête pour s'étendre au juge du fond (B.).

A. Le régime des mesures d'instruction ordonnées par le juge des requêtes

999. A titre de clarification liminaire, il faut préciser ici que les mesures d'instruction qui font l'objet de l'analyse à suivre ne sont pas celles visées par l'article 145 et qui sont sollicitées du juge des requêtes avant tout procès. Les mesures d'instruction à futur, dont les caractéristiques ont déjà été explicitées par ailleurs², marquent en effet la *fin* de l'instance sur requête, qui s'éteint par leur prononcé³. Elles éclairent la religion des parties dans l'optique d'une future action au fond, ce qui les rend incontestablement provisoires à la fois sur le plan substantiel et structurel. Tout au contraire, les mesures d'instruction dont l'admissibilité devant le juge des requêtes peut être discutée ne sont que les *moyens* de la procédure unilatérale. Elles ont pour but d'éclairer la religion du juge et non

¹ Sur la catégorie des mesures d'administration judiciaire, V. *Supra*, n°s 122 s.

² V. *Supra*, n°s 862 s.

³ Il faut cependant rappeler ici que la prescription reste interrompue jusqu'au dépôt du rapport d'expertise en application de l'article 2239 al. 1 dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription ; *adde*, sur l'extinction de l'instance par le prononcé des mesures *in futurum*, Cass. 2^e Civ., 8 février 2007, Bull. civ. II, n° 24, D. 2007 p. 2339 obs. V. Vigneau.

plus celle des parties, pour permettre à celui-ci de décider du bien-fondé de la requête qui lui est soumise¹.

1000. *A priori*, la question même de l'admissibilité de certaines mesures d'instruction devant le juge des requêtes peut sembler quelque peu incongrue en raison de la solide assise textuelle permettant d'ordonner l'ensemble des mesures nécessaires. Le livre premier du Code de procédure civile, qui regroupe les dispositions communes à toutes les juridictions, comprend en effet trois textes conférant de larges pouvoirs au juge qui souhaite s'éclairer sur les faits qui font l'objet du débat. Il s'agit respectivement des articles 10², 143³ et 144⁴ du Code. Dès lors que ces textes sont applicables à *toutes* les juridictions, il semble logique de considérer qu'elles concernent également celle du juge des requêtes. C'est en ce sens que va notre opinion. Cependant, ce point de vue doit recevoir une justification théorique en raison des traits particuliers de la procédure sur requête qui peuvent nourrir des doutes sur l'admissibilité de certaines mesures d'instruction, notamment le caractère unilatéral (1.), ou provisoire (2.), des ordonnances sur requête.

1. Le caractère unilatéral de l'ordonnance sur requête, obstacle au prononcé des mesures d'instruction

1001. L'éviction du contradictoire, structurellement inhérente à l'ordonnance sur requête, est commune aux ordonnances provisoires et définitives. Le caractère unilatéral de la procédure sur requête s'allie cependant mal à l'exigence du respect de la contradiction qui irrigue les mesures d'instruction exécutées par un technicien (a.). Par ailleurs, même si leur admissibilité est admise, les résultats de ces mesures ne doivent pas rester intangibles et doivent pouvoir être discutés lorsque le contradictoire est rétabli par la voie du référé-rétractation (b.).

¹ Il en résulte que l'article 150, qui ne concerne pas les mesures de l'article 145, redevient applicable aux mesures d'instruction ordonnées en cours d'instance, V. J. Miguet, « Exécution provisoire et exécution immédiate : le cas des mesures d'instruction », Mélanges Louis Boyer, PUSS, Toulouse, 1996, p. 453.

² « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ».

³ « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ».

⁴ « Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer ».

a. Lors du prononcé de la mesure

1002. Le prononcé des mesures d'instruction en cours d'instance se heurte, concernant la procédure sur requête, aux exigences relatives à la contradiction qui irriguent l'ensemble de la question. L'exigence de la contradiction, tant dans le déroulement des opérations effectuées dans le cadre de la mesure d'instruction, que lors de la discussion des résultats obtenus, est fermement ancrée dans les textes. Il s'agit, d'une part, de l'article 16, qui dispose dans son alinéa premier que « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». D'autre part, au stade du prononcé de la mesure, c'est l'article 160 qui établit l'exigence du contradictoire en disposant que « les parties et les tiers qui doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction sont convoqués [...] »¹. Les *parties*² sont donc nécessairement présentes ou à tout le moins appelées. La jurisprudence actuelle fait une application particulièrement large de cette disposition et la déclare applicable à toutes les mesures d'instruction exécutées par un technicien, qu'il s'agisse d'une expertise ou même d'un simple constat³. L'éviction du contradictoire lors du déroulement des mesures d'instruction est sanctionnée par la nullité pour vice de forme dans les termes des articles 175 et suivants, dont la jurisprudence fait une rigoureuse application⁴. Enfin, il faut ajouter que l'exigence du déroulement contradictoire des mesures d'instruction est également irriguée par le droit européen et notamment l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Cour de Strasbourg fait en effet application de ce texte et de l'ensemble des exigences du procès équitable aux opérations d'expertise⁵. Dans une décision *Mlle Mantovanelli contre France* en date du 18 mars 1997⁶, la Cour a ainsi condamné la France pour violation de l'article 6§1 dans le déroulement d'une expertise hospitalière, les délais prévus par le Code de justice administrative pour la convocation des parties n'ayant pas été respectés.

1003. La nécessité de respecter le contradictoire dans le déroulement des mesures d'instruction s'accorde mal avec la nature unilatérale de l'ordonnance sur requête. Toute la difficulté, tant conceptuelle que pratique, est de trouver une articulation satisfaisante entre ces deux éléments antinomiques que sont l'exigence du contradictoire dans l'exécution des mesures d'instruction et son

¹ La jurisprudence veille strictement au respect de ce texte, notamment dans le cas où l'expert a omis de convoquer les parties, V. Cass. 2^e Civ., 20 décembre 2001, Bull. civ. II, n° 202 ; *adde* E. Jeuland, « Le caractère contradictoire du rapport d'expertise, une contradiction en haut lieu ? », JCP G 2012 p. 340.

² Nous soulignons ce terme, qui se décline au pluriel.

³ Cass. 2^e Civ., 5 mars 2009, Bull. civ. II, n° 66, Procédures 2009, comm. 135 obs. R. Perrot.

⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 6 juillet 2011, n° 10-22.826, JCP G 2011 p. 852 obs. J. Deharo ; *adde* T. Moussa, « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », BICC 2004, Hors série n° 3, p. 51.

⁵ J.-P. Marguenaud, « Le droit à l'expertise équitable », D. 2000, p. 111.

⁶ CEDH, 18 mars 1997, requête n° 21497/93, Gaz. Pal. 24 octobre 1997 p. 80 obs. J.-P. Marguenaud.

éviction dans la procédure sur requête. A ce titre, plusieurs propositions peuvent être envisagées, couvrant l'entier spectre des possibilités.

1004. La première proposition, qui se situe à l'un des extrêmes, serait de considérer que l'expertise, ainsi que les autres mesures soumises à l'exigence du contradictoire, ne peuvent être ordonnées dans le cadre d'une instance sur requête. La nature unilatérale de l'ordonnance sur requête serait alors structurellement incompatible avec ces mesures d'instruction, dont serait privé le juge des requêtes pour éclairer sa religion en cours d'instance. M. PERROT estime ainsi que la généralité de la décision, qui étend à toutes les mesures d'instruction l'application de l'article 160, « suscite des réserves [car] certaines mesures de constat, même ordonnées en justice, n'ont d'efficacité que si elles restent discrètes »¹. Il cite en exemple les mesures d'instruction *in futurum* ordonnées sur requête, dont l'efficacité serait compromise si le tiers visé par la mesure était préalablement convoqué. Cette première position n'est pourtant pas sans mérite, d'une part par sa simplicité puisqu'elle évacue de la procédure sur requête tout débat relatif aux mesures d'instruction. D'autre part, du point de vue du tiers visé par la requête, la solution est plus protectrice et évite que celui-ci soit confronté, au stade de l'exécution de l'ordonnance, aux résultats d'une mesure d'instruction à laquelle il n'a pas pris parti.

Deux autres critiques peuvent encore être formulées à l'encontre de cette proposition. Premièrement, elle contrarie directement la lettre des articles 10, 143 et 144 relatifs à la possibilité pour toute juridiction d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires. Deuxièmement, même dans le cadre d'une procédure unilatérale, des mesures d'instruction peuvent s'avérer nécessaires pour éclairer la religion du juge. Priver le juge des requêtes de cette possibilité se révèle donc insatisfaisant et contrarie l'objectif d'efficience de la norme.

1005. Une position médiane, située à mi-chemin entre une exclusion ou une ouverture inconditionnelle des mesures d'instruction, pourrait s'appuyer sur un argument solide, relatif aux chefs de saisine de la juridiction des requêtes. Si par essence l'emploi de la procédure unilatérale exige des circonstances rendant nécessaires l'éviction du contradictoire, et qu'une mesure d'instruction telle qu'une expertise ou un constat est requise pour décider du bien-fondé de la requête, il est fort probable que le recours à la procédure unilatérale ne soit pas nécessaire. Cette seconde proposition serait en somme la suivante : le juge des requêtes a, comme tout autre juge, la possibilité d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires pour éclairer sa religion, mais le seul fait que ces mesures soient requises implique que l'éviction du contradictoire ne soit pas nécessaire et que la procédure unilatérale n'aurait pas dû être empruntée. Il en résulterait que si en théorie ces

¹ R. Perrot, obs. précitées sous Cass. 2e Civ., 5 mars 2009.

mesures peuvent parfaitement être ordonnées, en pratique elles ne le seraient jamais car le chef de saisine résultant de la nécessité d'évincer le contradictoire ne pourrait pas être caractérisé.

Cette deuxième possibilité est à la fois simple et cohérente pour déterminer le régime des mesures d'instruction dans la procédure sur requête. Simple car dépourvue de distinctions au sein des diverses ordonnances sur requête ; cohérente car produisant les mêmes effets à l'égard de toutes les ordonnances quelle que soit leur nature. Elle souffre néanmoins deux critiques. En premier lieu, s'il est raisonnable de penser que le besoin d'ordonner une mesure d'instruction rend *très probable* l'absence de circonstances rendant nécessaires l'éviction du contradictoire, il ne peut en aucun cas la rendre *certaine*. En théorie tout du moins, il ne paraît pas possible d'exclure complètement l'éventualité que la procédure unilatérale doive être empruntée et que pour décider du bien-fondé de la requête une mesure d'instruction s'avère nécessaire. L'argument de la saisine ne parvient pas à englober complètement l'ensemble des situations envisageables en ordonnance sur requête. La seconde critique tient à la diversité des ordonnances sur requête elles-mêmes. Le chef de saisine issu de l'éviction du contradictoire ne concerne qu'une partie seulement des ordonnances sur requête, à savoir les ordonnances innommées. Pour l'ensemble des ordonnances nommées, les conditions de leur mise en œuvre sont nécessairement déterminées par les textes qui les instituent. Ainsi, à titre d'exemple, ni l'article 1441-4¹ du Code de procédure civile relatif à l'octroi de la force exécutoire aux transactions, ni l'article 99² du Code civil relatif à la rectification des actes d'état civil ne mentionnent l'éviction du contradictoire au titre des conditions de la saisine. Que faut-il alors décider, pour les ordonnances nommées, au regard de la possibilité d'ordonner les mesures d'instruction ? Cette deuxième proposition, bien qu'attrayante, se révèle impuissante à répondre à cette interrogation et doit être rejetée.

1006. C'est vers l'autre extrême du spectre des possibilités qu'il faut se tourner pour obtenir une solution satisfaisante. Elle implique de revenir à ce qui a été dit à propos du tiers visé par la requête et de sa qualité procédurale dans le mécanisme du référé-rétractation³. Ce tiers n'est pas partie à la procédure sur requête jusqu'à l'exécution de la mesure dirigée contre lui. C'est la conséquence de la définition de la notion de partie précédemment adoptée. La *partie* au sens procédural de ce terme a en effet été définie comme l'individu contre lequel est dirigée une prétention à laquelle il a la

¹ « Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ».

² « La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal [...] La requête en rectification peut être présentée par toute personne intéressée ou par le procureur de la République ; celui-ci est tenu d'agir d'office quand l'erreur ou l'omission porte sur une indication essentielle de l'acte ou de la décision qui en tient lieu ».

³ Renvoi ; *adde* Y.-M. Serinet, «La qualité du défendeur», RTD Civ. 2003, p. 203 et F. Bussy, «La notion de partie à l'instance en procédure civile», D. 2003, p. 1376.

possibilité de répondre par une prétention inverse¹. Il en résulte que la phase unilatérale de l'instance sur requête ne comprend qu'une seule *partie*, c'est-à-dire le requérant lui-même.

Ce bref rappel vise un objectif précis, qui est de déterminer le régime des mesures d'instruction au moyen de la notion de partie à la procédure sur requête. L'ensemble des textes relatifs au déroulement des opérations d'expertise et aux modalités de convocation, qui s'appliquent également au constat, exigent que les parties à la procédure soient présentes ou dûment appelées. Cette exigence peut parfaitement être remplie dans le cadre de la procédure unilatérale, puisqu'il y a bien une partie, même s'il n'y a *qu'une seule partie*. Rien ne s'oppose donc, sur le plan des textes, à ce que les mesures d'instruction puissent être ordonnées et se déroulent en présence de la partie à la procédure, c'est-à-dire le requérant. Cette solution présente plusieurs avantages, car d'une part elle n'enlève pas au juge des requêtes la possibilité d'ordonner les mesures d'instruction dont le besoin peut se faire sentir en cours d'instance et, d'autre part, ne contrarie pas les textes applicables. Ceci amène à conclure que la question des mesures d'instruction dans la procédure unilatérale doit être reformulée. Si la possibilité d'ordonner ces mesures d'instruction doit être admise, alors la véritable problématique est celle du *devenir des résultats obtenus au moyen de ces mesures* durant la phase contradictoire de la procédure, ce qu'il faut à présent examiner.

b. Lors de l'exercice du référé-rétractation

1007. Si, au stade unilatéral de la procédure sur requête, une mesure d'instruction a été ordonnée et que les résultats obtenus ont permis au juge de conclure au bien-fondé de la requête, le tiers visé qui intègre la procédure par le référé-rétractation a tout intérêt à contester lesdits résultats. C'est le but même de la réintroduction du contradictoire, qui est de rouvrir le débat sur l'opportunité des mesures ordonnées et sur l'existence des chefs de saisine du juge des requêtes. Le principe de la discussion n'est donc pas remis en cause. C'est cependant son application pratique qui soulève davantage de difficultés : est-il nécessaire d'ordonner une nouvelle mesure d'instruction dont le déroulement sera contradictoire, ou un simple débat sur les résultats obtenus à l'issue de la mesure précédente est-il suffisant ? Deux pistes de réflexion peuvent être poursuivies par analogie avec des mécanismes procéduraux similaires que sont l'intervention et la tierce opposition. La ressemblance avec le référé-rétractation est que dans ces deux hypothèses un tiers à l'instance originaire intègre le procès, soit en cours d'instance dans le cas de l'intervention (α .), soit après son prononcé s'agissant

¹ V. *Supra*, n°s 272 s.

de la tierce opposition (β). Comme dans la procédure sur requête, une mesure d'instruction peut avoir été ordonnée en l'absence de ce tiers, dont les résultats peuvent lui être préjudiciables. Les possibilités de raisonner par analogie avec ces deux mécanismes doivent être étudiées.

α . L'analogie avec l'intervention

1008. Concernant l'intervention tout d'abord, le Code de procédure civile règlemente directement cette hypothèse en disposant, dans le second alinéa de l'article 169, que « l'intervenant est mis en mesure de présenter ses observations sur les opérations auxquelles il a déjà été procédé ». Raisonner par analogie avec l'intervention reviendrait à conclure que dans le cadre du référé-rétractation la simple discussion des résultats de la mesure est suffisante. Cependant, un examen attentif révèle une différence structurelle importante entre l'intervention et le référé-rétractation pour permettre un raisonnement par analogie.

En effet, l'article 169, par son alinéa premier et par sa position dans le code, suggère qu'au moment de l'intervention la mesure est en cours d'exécution, alors que dans le cas du référé-rétractation, la mesure a par hypothèse déjà épuisé ses effets. L'article 169 alinéa premier dispose en effet qu' « en cas d'intervention d'un tiers à l'instance, le secrétaire de la juridiction en avise aussitôt le juge ou le technicien chargé d'exécuter la mesure d'instruction ». Ce texte est par ailleurs placé au sein d'une sous-section deuxième intitulée « exécution des mesures d'instruction ». Or, dans le cadre du référé-rétractation, la mesure a par hypothèse déjà été exécutée. Cette seconde incompatibilité structurelle conduit à écarter toute analogie avec l'intervention pour se tourner vers la tierce-opposition.

MM. HERON et LE BARS, commentant les dispositions de l'article 169, estiment que la contradiction commande qu'une personne soit rendue partie à l'instance à chaque fois qu'une mesure d'instruction est dirigée contre elle¹. Cette solution est sans doute fondée sur le plan de l'équité, mais présente deux incompatibilités techniques avec la procédure unilatérale : d'une part, en ordonnance sur requête la contradiction est évincée structurellement et, d'autre part, en matière contentieuse, ce qui est le cas pour la plupart des ordonnances sur requête, le juge ne peut qu'inviter et non enjoindre aux parties de mettre en cause un tiers en application de l'article 332².

¹ J. Héron, Le Bars, Th., *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 892.

² V. à titre d'exemple Cass. Com. 11 décembre 2007, RTD Civ. 2008 p. 154 obs. R. Perrot ; Cass. 2^e Civ., 5 octobre 1983, Gaz. Pal. 1984 pan. 44.

1009. L'analogie avec la tierce opposition est plus cohérente au regard du déroulement du référé-rétractation, car, comme il vient d'être dit, la mesure d'instruction a été ordonnée au cours d'une instance distincte de celle où le tiers intègre le procès en qualité de partie. Or, la jurisprudence décide, de manière ancienne et constante, qu'une expertise ne peut être opposée à un tiers qui n'a pas été partie à l'instance au cours de laquelle elle a été ordonnée¹. Cette solution, qui vaut pour l'expertise, peut très certainement être étendue à toutes les mesures d'instruction qui sont rendues dans une instance différente de celle au cours de laquelle elles sont invoquées. Cependant, cette solution ne doit pas être généralisée aux mesures d'instruction à futur de l'article 145, qui sont structurellement différentes².

1010. Le caractère d'inopposabilité implique qu'à l'égard du tiers à l'instance primitive la mesure invoquée est considérée comme inexistante³. La conséquence immédiate est alors que le juge ne peut se référer à une mesure d'instruction non opposable qu'à la condition que les données de celle-ci soient corroborées par d'autres éléments qu'il doit préciser⁴. Dans le cadre du référé-rétractation, comme de la tierce opposition, deux situations peuvent se présenter. Soit le juge dispose d'éléments suffisants pour statuer sans recourir à la mesure d'instruction, ce qui est possible étant donné que le rétablissement du contradictoire permet au défendeur d'introduire de nouveaux éléments de fait dans le débat. Dans ce cas le juge peut statuer sans recourir à la mesure d'instruction qui devient inutile. Soit le juge, même dans le cadre d'un débat contradictoire, ne dispose pas d'assez d'éléments et la mesure d'instruction reste nécessaire. Dans ce cas, cette mesure doit être recommencée contradictoirement. C'est en somme ce qu'affirme M. REDON lorsqu'il écrit, concernant la tierce opposition, qu' « une nouvelle expertise peut être prescrite, même si celle-ci est régulière et complète, car elle est inopposable au tiers opposant »⁵.

Au-delà du mécanisme de la tierce opposition, c'est la même solution que retient la jurisprudence. La Chambre mixte, dans un arrêt en date du 28 septembre 2012, décide que « si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties »⁶. En

¹ V. par exemple Cass. Civ. 11 déc. 1888, DP 1889. 1. 423.

² V. *Infra*, n° 1014.

³ Pour une analyse détaillée de la théorie de l'opposabilité, V. J. Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984.

⁴ Cass. Com., 27 février 1963, Bull. civ. IV, n° 129 ; Cass. 3^e Civ., 10 février 1976, Bull. civ. III, n°s 56 et 57.

⁵ M. Redon, « Mesures d'instruction confiées à un technicien », Rép. Proc. Civ. 2010, n° 563.

⁶ Cass. Ch. mixte, 28 septembre 2012, n° n° 11-18.710, JCP G 2012 p. 1200, note S. Amrani-Mekki, à paraître au Bulletin.

d'autres termes, lorsque l'expertise est ordonnée dans une instance autre que celle à laquelle elle est invoquée à l'encontre de l'une des parties, c'est comme si elle « descendait du piédestal »¹ pour devenir un simple indice parmi d'autres, soumis à l'appréciation du juge.

1011. La conclusion est que les résultats de la mesure d'instruction ordonnée lors de l'instance primitive sont soumis à un traitement qui reste souple et circonstanciel. Tout dépend des éléments nouveaux que la contradiction fait apparaître. Ce n'est que dans le cas où le défendeur ne produit aucun élément nouveau qui permet au juge de se forger une opinion sans avoir recours à une mesure d'instruction que celle-ci devient véritablement nécessaire et son déroulement est alors véritablement contradictoire. Cette proposition laisse au juge une marge de manœuvre concernant les mesures d'instruction tant dans la phase unilatérale que dans la phase contradictoire de la procédure sur requête.

1012. **Conclusion sur le caractère unilatéral de l'ordonnance sur requête.** Le caractère structurellement unilatéral de la procédure sur requête ne peut être érigé en obstacle de principe à l'admission de mesures d'instruction, sous peine de contrarier à la fois la lettre et l'esprit du Code à cet égard. L'ensemble des mesures d'instruction doivent être considérées admissibles pour la juridiction des requêtes, qui, pour non contradictoire qu'elle soit, n'en est pas moins une juridiction à part entière. Le véritable débat ne porte en réalité pas sur l'admissibilité des mesures d'instruction en tant que telles, mais sur la possibilité d'une contestation de leurs résultats par le tiers visé. Un simple débat sur ces résultats, qui par hypothèse pourrait avoir lieu lors de l'instance sur référé-rétractation, ne paraît pas suffisant pour compenser l'éviction du contradictoire lors de l'exécution de la mesure. Une nouvelle mesure d'instruction, exécutée contradictoirement, doit avoir lieu, mais uniquement dans le cas où la réintroduction du contradictoire ne fournirait pas au juge suffisamment d'éléments pour statuer sur le bien-fondé de la requête initiale.

2. Le caractère provisoire de l'ordonnance sur requête, obstacle à la pérennité des mesures d'instruction

1013. La question du régime des mesures d'instruction au sein de la procédure sur requête se pose également sous l'angle de leur autorité, au regard de la théorie du provisoire. Il ne s'agit plus de l'autorité de la mesure dans le cadre de l'instance sur requête, car les résultats obtenus dans le cadre

¹ S. Amrani-Mekki, note précitée.

de l'instruction peuvent être remis en cause lors de l'exercice du référé-rétractation. La problématique qui prévaut ici a trait au devenir de la mesure d'instruction au-delà de l'ordonnance sur requête. En d'autres termes, une fois éteinte l'instance sur requête, de quelle autorité peut disposer la mesure d'instruction exécutée, à l'égard du juge du fond comme du juge du provisoire ? Il s'agit, pour être plus précis, non pas d'une, mais de deux questions complémentaires, car il faut distinguer les éléments de fait, tels qu'ils ont été établis à l'issue de la mesure, de la qualification qu'ils reçoivent.

1014. Du point de vue des seuls faits, il y a lieu ici de reprendre les solutions énoncées à propos de la tierce opposition, et qui ont été par analogie transposées au référé-rétractation¹. Les faits, lorsqu'ils sont établis à l'issue d'une mesure d'instruction ordonnée dans une instance différente de celle au cours de laquelle ils sont invoqués, ne sont pas opposables à celui qui n'a pas été partie à cette première instance. Le juge ne peut donc en tenir compte à moins qu'il ne puisse les compléter par d'autres éléments qui ressortent du dossier². Il en résulte que les mesures d'instruction qui sont ordonnées en cours d'instance par le juge des requêtes pour éclairer sa religion ne s'imposent³ pas par elles-mêmes au juge du principal qui serait ultérieurement saisi.

Il faut cependant distinguer ces mesures, qui sont *internes* à l'instance et ne visent qu'à estimer le bien-fondé de la requête, du cas des mesures d'instruction à futur de l'article 145, qui sont l'*aboutissement* de l'instance au provisoire. Celle-ci s'éteint en effet par leur prononcé, mais ce n'est pas la seule différence qui justifie un traitement différent des faits établis par le recours à l'article 145. Ce texte institue un mécanisme qui a pour objectif précis d'établir ou de conserver des preuves en vue d'un « procès futur ». Les faits qui sont établis par ce biais des mesures *in futurum* s'imposent donc à tout juge qui serait ultérieurement saisi, pour ces deux raisons : d'une part, parce qu'elles marquent l'aboutissement de l'instance et ne se résument pas à une simple décision avant-dire droit, et, d'autre part, parce que leur pérennité a été expressément prévue par le législateur. Leur intégration aux débats s'impose au juge et aux parties lors d'une instance ultérieure, même si le magistrat n'est jamais lié dans sa décision par les constatations faites par le technicien⁴.

¹ V. *Supra*, n° 1011.

² V. par exemple Cass. Com., 27 février 1963, précité.

³ Il faut préciser que ce terme est à prendre en considération sous la réserve de l'article 246 du Code de procédure civile qui dispose que « le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien ». Les faits ne s'imposent donc qu'en tant qu'ils figurent dans le dossier et que le juge ne peut en faire abstraction.

⁴ V. l'art. 246 précité du Code de procédure civile ; *adde* Cass. 1^{ère} Civ., 12 novembre 1985, JCP 1985 IV, p. 40. Sur la motivation exigée du juge qui recherche dans le rapport d'expertise les éléments de preuve de nature à établir sa conviction cf. Cass. 2^e Civ., 14 décembre 1983, Bull. civ. II, n° 202.

Pour conclure sur l'aspect factuel, il faut résumer en disant que ce n'est pas tant le caractère provisoire des ordonnances sur requête qui crée un obstacle à leur pérennité, mais plutôt leur caractère unilatéral. Les résultats de la mesure seront donc inopposables au tiers visé, s'il devient ultérieurement partie à une instance distincte l'opposant au requérant primitif.

1015. Mais cette pérennité purement factuelle ne signifie aucunement qu'ils soient également immuables *de jure*. L'établissement des faits n'est utile que pour la caractérisation de la prémisse de la règle de droit utilisée. Pour reprendre l'écriture structurelle déjà utilisée par ailleurs¹, les faits ne sont que le (a) dans l'ensemble (a) (A) *i* (B) (b), où *A* désigne la prémisse théorique de la règle appliquée, *i* le rapport d'imputation, *B* la conséquence juridique qui découle de l'application de la règle et *b* son aménagement factuel concret au profit des parties. Par conséquent, tant leur qualification que les conséquences qui doivent découler de cette qualification, sont nécessairement propres à la règle de droit appliquée par le juge. Il en résulte que lorsque deux juges invoquent successivement les mêmes faits pour l'application de règles de droit distinctes, il ne peut y avoir entre la première décision et la seconde aucune autorité².

1016. Or, c'est précisément le schéma mis en œuvre dans le cadre de la justice provisoire en général et des ordonnances sur requête en particulier. Lorsque le juge des requêtes estime nécessaire d'établir certains faits par la voie d'une mesure d'instruction, ce ne peut être qu'à deux fins précises : soit pour caractériser l'existence d'un chef particulier de saisine, soit pour déterminer l'opportunité de la mesure sollicitée dans la requête. Le seul enjeu est l'application des règles propres à l'ordonnance sur requête, qui sont de nature purement procédurale³. Il n'en est rien concernant le juge du principal, dans son application des règles de droit substantiel, qui divergent des règles procédurales à la fois par leurs prémisses et leurs conséquences. Il en résulte que bien que les faits établis sont invariables, ils n'ont en soi aucune autorité sur le juge du principal. La réponse à la problématique posée est par conséquent négative.

1017. Au regard de la théorie du provisoire dans son ensemble, cette position confirme le rôle essentiellement conservatoire⁴ que joue l'ordonnance sur requête dans le schéma procédural général. Elle contribue à préserver le droit substantiel du requérant par des mesures procédurales,

¹ V. *Supra*, n°s 205 s.

² Comp. Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, pp. 422 s. ; adde, L. Merland, *Recherches sur le provisoire en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001 n° 530 p. 424 et C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, n° 315 p. 324.

³ V. *Supra*, n°s 213 s.

⁴ Renvoi ; adde J. Normand, «Les fonctions des référés», in Tarzia and Van Compernelle (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 8; R. Perrot, «Du provisoire au définitif», in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 447.

tout en préparant le procès au principal par le biais des mesures d’instruction qui peuvent avoir lieu au provisoire. Ces mesures, sans rien préjuger de la solution au fond, font l’économie d’une instruction nouvelle relativement aux mêmes faits. Si l’absence d’autorité à l’égard du juge du principal est donc avérée, la question reste ouverte concernant les autres juges du provisoire.

1018. Ces autres juges ne peuvent qu’être un juge des référés¹ ou un autre juge des requêtes qui seraient saisis ultérieurement à une première ordonnance sur requête. Les solutions à retenir à l’égard du premier ne sont pas les mêmes qu’à l’égard du second. Le juge des référés se retrouve, du point de vue des mesures d’instruction, dans la même position que le juge du principal en ce que les règles qu’il applique divergent de celles dont fait usage le juge des requêtes. Tant les chefs de saisine que les pouvoirs dont dispose le magistrat divergent selon qu’il s’agisse de la juridiction des référés ou des requêtes². Ce n’est que dans des cas exceptionnels, lorsque certaines règles sont soumises aux mêmes conditions d’application, que l’ordonnance sur requête aura une autorité sur le juge des référés. Il en sera par exemple ainsi à chaque fois que les chefs de saisine du juge des requêtes se recourent avec ceux prévus pour le juge des référés. Si ce dernier se trouve saisi, dans la chronologie processuelle, postérieurement au juge des requêtes, il sera tenu par la décision de ce premier juge quant à la caractérisation du chef de saisine concerné. Le droit positif ne comprend qu’un seul chef de saisine commun aux deux juridictions, nommément l’urgence³, mais le principe resterait le même si ces règles venaient à évoluer à l’avenir. En effet, lorsque la même règle est appliquée en référé comme sur requête, c’est non seulement les mêmes faits qui sont pris en considération, mais ils sont employés à une même qualification ayant les mêmes conséquences. La notion d’urgence sert, ici encore, d’exemple topique.

1019. Enfin, au regard du juge des requêtes ultérieurement saisi, la première ordonnance fait nécessairement autorité, comme cela a déjà été démontré par ailleurs⁴. Les règles appliquées sont les mêmes et toutes les conditions de l’exception de chose jugée de l’article 1351 du Code civil se trouvent remplies. Les faits établis par les mesures d’instruction font ainsi corps avec l’ordonnance rendue au regard de l’autorité. En somme, le titre des présents développements doit être nuancé, car la nature provisoire des ordonnances sur requête ne fait pas obstacle à la pérennité des faits en

¹ Il faut préciser ici qu’il s’agit ici du juge des référés de droit commun et non le juge qui statue sur le référé-rétractation.

² V. R. Perrot, «Les mesures provisoires en droit français», in Tarzia (dir.), *Les mesures provisoires en procédure civile*, actes du colloque des 12-13 octobre 1984, Milan, Guiffre, 1985, Milan, p. 140, P. Hébraud, «Le domaine des ordonnances sur requête», in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 3 et N. Cayrol, «Référé civil», *Rép. Proc. Civ.* 2011, n°s 350 s.

³ V. *Supra*, n°s 708 s.

⁴ V. *Supra*, n°s 249 s.

tant que tels, mais seulement à celle des conséquences que ces faits produisent à l'égard du juge des requêtes.

Au-delà des mesures d'instruction, la nature provisoire des ordonnances sur requête influe par ailleurs sur d'autres aspects du régime de la procédure sur requête, qui concernent le contentieux de la compétence.

B. Le contentieux de la compétence dans la procédure sur requête

1020. Le contentieux de la compétence au sein de la procédure sur requête mérite dans ces lignes un examen particulier en raison de l'articulation de la nature provisoire de ces ordonnances avec l'article 95 du Code de procédure civile. Ce texte dispose en effet que « lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence, sa décision a *autorité de chose jugée sur cette question de fond*¹ ». Il s'agit en réalité du seul exemple textuel de l'autorité positive de chose jugée, ce qui a pu créer un doute sur l'existence de cette notion au sein de la doctrine processualiste². Dans le cas des ordonnances sur requête, la possibilité d'une autorité véritable pour une décision que l'on sait provisoire crée le risque d'un bousculement des concepts. L'analyse du contentieux de la compétence au sein de la procédure sur requête requiert de se demander si l'article 95 peut y trouver application (1.), et dans l'affirmative, de déterminer l'étendue de son autorité (2.).

1. L'applicabilité de l'article 95 à la procédure sur requête

1021. Il faut observer, à titre liminaire que le caractère unilatéral de la procédure sur requête ne constitue pas en soi un obstacle à l'application de l'article 95. Durant la phase initiale de la procédure c'est le juge des requêtes lui-même qui peut d'office relever son incompetence territoriale ou matérielle³. Réciproquement, lorsque le contradictoire a été rétabli par la voie du référé-rétractation, le défendeur peut prendre l'initiative de soulever une exception d'incompétence. Le

¹ Nous soulignons.

² V. Th. Le Bars, «Autorité positive et autorité négative de chose jugée», Procédures août-septembre 2007, p. 9.

³ Sur les conditions et les modalités de mise en œuvre du relevé d'office, V. *Infra*, n°s 1153 s.

juge des requêtes peut par conséquent se prononcer sur sa compétence tout au long de la procédure.

1022. Le cœur du problème, concernant l'applicabilité de l'article 95, réside dans la nature provisoire des ordonnances sur requête. Ce texte vise en effet les hypothèses dans lesquelles le juge, tout en se prononçant sur la compétence, tranche une « question de fond ». Comment le juge des requêtes, dont la juridiction se limite nécessairement au provisoire, pourrait-il se prononcer sur le fond ? Encore une fois, le terme « fond » se révèle ambigu¹. Il peut désigner alternativement la règle de droit substantiel, apanage du juge du principal par opposition au juge du provisoire, mais aussi les prétentions des parties telles que définies par l'article 4 alinéa 1 du Code². Dans la procédure sur requête, les prétentions des parties, que ce soit celles du requérant ou du tiers visé devenu défendeur dans le cadre du référé-rétractation³, se limitent nécessairement à deux hypothèses. Il peut s'agir, d'une part, de l'existence du chef de saisine invoqué ou, d'autre part, de l'opportunité ou de l'étendue d'ordonner les mesures sollicitées.

Cependant, ce ne sont pas les prétentions des parties, ainsi entendues, qui déterminent la compétence matérielle des juridictions. L'existence de la saisine ne conditionne l'attribution de la requête à aucune juridiction en particulier – qu'il s'agisse de l'urgence, des circonstances exigeant l'éviction du contradictoire ou encore de tel ou tel chef de saisine particulier propre à une ordonnance sur requête nommée⁴. L'opportunité ou l'étendue des mesures ordonnées n'affecte pas non plus la détermination de la compétence, car ce sont des notions spécifiques à la procédure sur requête, alors que la compétence matérielle se détermine de la même manière pour les juridictions de fond que pour le juge des requêtes, c'est-à-dire en considération de règles générales applicables à toutes les juridictions⁵. Il faut donc en déduire que si le terme *fond* n'est pas pris au sens de *prétentions respectives des parties*, il doit être entendu comme le *droit substantiel* qu'applique le juge du principal. A ce stade de l'analyse, l'article 95 semble inapplicable à la juridiction des requêtes, en l'absence du pouvoir de trancher le « fond » au sens de droit substantiel.

¹ V. *Supra*, n°s 521 s. ; *adde* Y. Desdevises, «Variations sur le fond en procédure civile», in Mélanges Cosnard, Paris, Economica, 1990, p. 325, *comp.* J. Ghestin, « L'autorité de chose jugée des motifs ayant tranché une question de fond dont dépendait la compétence », in Mélanges Normand, Litec 2003, p. 199.

² « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ».

³ Le référé-rétractation se caractérise en effet par le maintien des qualités procédurales des parties, c'est-à-dire que la qualité de demandeur reste attribuée au requérant primitif, tandis que le tiers visé reste défendeur bien qu'il introduise de son initiative le référé-rétractation, V. *Supra*, n° 351.

⁴ Comme par exemple le « motif légitime de conserver ou d'établir des preuves pour » les mesures *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile ou encore la « menace dans le recouvrement » pour les saisies conservatoires de l'article L. 551-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

⁵ Le juge des requêtes matériellement compétent est le président de la juridiction compétente au fond, V. Cass. Com. 14 sept. 2010, n° 09-16.854, D. 2010 IR 2152 ; *adde* S. Pierre-Maurice, «Ordonnance sur requête», Rép. Proc. Civ. 2011, n°s 118 s.

1023. Cependant, cette conclusion se révèle quelque peu hâtive au regard de la théorie du provisoire qui constitue l'axe de la présente recherche. Pour les besoins de la démonstration, il importe de revenir, en amont, aux règles de compétences applicables au juge des requêtes. Pour les ordonnances innommées, qui sont les seules véritablement provisoires¹, la compétence est déterminée comme suit. *Ratione loci*, le juge des requêtes compétent est le président de la juridiction saisie s'il en existe une², ou, si aucune juridiction n'a été saisie au fond, le juge du lieu d'exécution de la mesure³. En matière de compétence matérielle, les règles applicables sont sensiblement les mêmes que pour le juge du principal, puisque le juge des requêtes compétent est le président de la juridiction qui est compétente au fond. Ainsi par exemple, le juge des requêtes du Tribunal d'instance est compétent pour les requêtes en matière civile et mobilière jusqu'à un montant de 10000€, le président du Tribunal de grande instance au-delà, ainsi que dans toutes les matières où il n'existe pas de juridiction des requêtes propre, telles les relations individuelles de travail⁴.

Ce raisonnement pourrait être illustré par un exemple concret, au regard de la compétence d'attribution d'une juridiction d'exception, nécessairement plus limitée que la compétence de principe du Tribunal de grande instance. Ainsi, le Tribunal de commerce, aux termes de l'article L. 721-3 du Code de commerce, connaît : « 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ; 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes ». Le président de cette juridiction a le pouvoir de statuer par ordonnance sur requête en application de l'article 875 du Code de procédure civile qui dispose que « le président peut ordonner sur requête, *dans les limites de la compétence du tribunal*⁵, toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». Les ordonnances sur requête en matière commerciale sont donc un exemple topique de cas où le juge pourrait avoir à trancher une question de fond si une exception d'incompétence venait à être soulevée. S'il se déclarait incompétent en décidant, par exemple que le requérant n'a pas qualité de commerçant, la question de l'application de l'article 95 à la procédure sur requête revient à s'interroger sur l'autorité dont pourrait être assortie cette décision. Serait-elle à même de s'imposer aux juges qui seraient ultérieurement saisis

¹ Sous la réserve des saisies conservatoires, des mesures d'instruction à futur de l'article 145 CPC, des mesures de l'article 220-1 C. Civ. et des saisies contrefaçon.

² Cass. 2^e Civ., 18 novembre 1992, D. 1993 p. 91, note D. Chartier.

³ Même arrêt.

⁴ Cass. Soc. 12 avril 1995, n° 93-10.982, Bull. civ. V, n° 134 ; *adde* M. Segonds, «La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance», JCP G 2000, I, 738.

⁵ Nous soulignons.

ou resterait-elle *provisoire* au sens de *dénuée de toute autorité* ? Répondre à cette question requiert de revenir aux fondements de la théorie du provisoire.

1024. Pour revenir au terme « fond » employé dans l'article 95, il faut conclure de ce qui précède que ce vocable désigne bien le droit appliqué par le juge du principal. Dans certains cas, ce *fond* désigne une règle procédurale visant à assurer un meilleur fonctionnement des juridictions par une répartition harmonieuse des dossiers. Tel est le cas, par exemple, du taux de compétence, qui s'applique également à l'ordonnance sur requête. Dans d'autres cas il pourra s'agir de véritables règles de droit substantiel, comme la qualification d'acte de commerce ou de la qualité de commerçant, pour reprendre l'exemple cité plus haut. Le caractère provisoire des ordonnances sur requête est-il dans ce cas un obstacle à l'application par le juge des requêtes de ces règles de droit substantiel, et, partant, de l'article 95 ? La réponse, au vu de la théorie du provisoire telle que formulée jusqu'ici, doit être négative. Il apparaît que la particularité du provisoire réside surtout dans la nature processuelle de la règle appliquée, ce qui empêche la mise en œuvre de l'exception de chose jugée devant le juge du principal, privant l'ordonnance sur requête de toute autorité à son égard¹. Cela ne signifie cependant pas que le juge des requêtes ne puisse pas appliquer des règles de droit substantiel lorsque cela est nécessaire, comme par exemple dans le cas de l'astreinte². Le seul caractère provisoire est impuissant à justifier que soit écarté l'article 95 dans la procédure sur requête, ce qui permet d'ailleurs d'unifier les solutions entre les ordonnances provisoires et définitives³.

1025. Enfin, il faut noter que cette observation ne vaut pas pour la compétence territoriale, pour deux raisons qui tiennent à l'option disponible dans ce domaine. En effet, soit une juridiction a déjà été saisie au fond et dans ce cas c'est son président qui est compétent pour recevoir les requêtes afférentes au même litige. Il n'y a alors aucune question de compétence qui pourrait être soulevée lors de l'instance sur requête. Soit, inversement, aucune juridiction n'a été saisie et le juge compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure, ou du moins de l'une des mesures si plusieurs d'entre elles ont été sollicitées⁴. Or, le lieu de l'exécution est en soi une donnée purement factuelle,

¹ V. *Supra*, n°s 241 s.

² V. *Supra*, n° 553.

³ Comme les ordonnances de nature gracieuse et celles rendues en la forme des requêtes, définitives car relevant de la juridiction du principal, V. *Supra*, n°s 114 s. et 78 s.

⁴ Cass. 2^e Civ., 30 avril 2009, n° 08-15.421, Bull. civ. II, n° 105.

qui ne donne lieu à aucune appréciation d'ordre juridictionnel. La localisation en soi¹ est peu susceptible de donner lieu à une contestation, voire à une décision d'incompétence.

1026. De l'ensemble de ce qui précède il faut conclure que l'article 95 est applicable à la procédure sur requête, car un contentieux sur la compétence y a sa place, comme devant toute autre juridiction. De plus, ni le caractère unilatéral, ni la nature provisoire des ordonnances sur requête ne peuvent constituer des obstacles à l'emploi de ce texte. Si le juge des requêtes se prononce sur sa compétence et tranche par la même décision une question de fond, son ordonnance aura sur ce fond « autorité de la chose jugée »² en application de l'article 95. Toute la question est donc de savoir quelle est la nature et la portée de cette autorité, ce qu'il faut à présent examiner.

2. La portée de l'autorité issue de l'article 95

1027. L'autorité de la décision sur le *fond* rendue par le juge des requêtes est susceptible d'être invoquée dans deux situations : soit le premier juge des requêtes se déclare incompétent au profit d'une autre juridiction de même nature (a.), soit la question est à nouveau soulevée, ultérieurement, devant le juge des référés ou devant le juge du principal (b.). L'autorité à l'égard du juge des référés, même s'il statue également au provisoire, doit être traitée dans la même catégorie que l'autorité à l'égard du juge du principal. La raison en est que lorsque le requérant est renvoyé à se pourvoir en référé³, il ne s'agit pas d'incompétence mais d'un défaut de saisine. Dans ce cas le juge considère qu'il n'y a pas lieu à requête et qu'une procédure contradictoire doit être empruntée : les dispositions de l'article 95 se trouvent inapplicables.

a. L'autorité de l'article 95 à l'égard d'un autre juge des requêtes

1028. La question du renvoi à un autre juge des requêtes doit être examinée séparément, pour deux raisons. La première, issue de considérations générales relatives à l'autorité des ordonnances sur

¹ Qu'il ne faut pas confondre avec l'existence de l'option de compétence, qui a fait l'objet d'un contentieux, V. S. Pierre-Maurice, «La compétence territoriale en ordonnance sur requête : l'apport de l'arrêt du 30 avril 2009», D. 2009, p. 2321.

² V. Cass. 1^{ère} Civ., 12 juillet 2001, Bull. Civ. I, n° 216 ; Nancy, 20 octobre 2005, D. 2006 pan. 1774.

³ TGI Toulouse, ord. sur requête, 24 mars 1976, JCP 1976, II, 6626, p. 270 ; *adde* Cass. Civ., 13 mai 1987, Bull. Civ. II n°112 p. 65, JCP 1987, IV, 244.

requête¹, est que celles-ci sont toujours revêtues de l'autorité de la chose jugée à l'égard d'un autre juge des requêtes. Les règles appliquées étant les mêmes et pour peu que les données factuelles de la requête n'aient pas changé, le juge saisi en second doit déclarer la demande irrecevable. L'exception de chose jugée pourra donc être mise en œuvre devant le juge des requêtes saisi en second, les conditions de l'article 1351 étant alors remplies².

1029. La seconde raison est qu'en matière de renvoi d'un juge des requêtes à un autre, l'article 96 alinéa 2 trouve à s'appliquer. Ce texte dispose que « le juge qui se déclare incompetent désigne la juridiction qu'il estime compétente [et] cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi ». Outre qu'il se trouve lié par le « fond » tranché en même temps que la compétence et régi par l'article 95, le juge des requêtes de renvoi se trouve également lié par la décision sur la compétence à proprement parler, ce qui rend sa situation particulière.

b. L'autorité de l'article 95 à l'égard du juge des référés ou du juge du principal

1030. Si l'autorité envers un second juge des requêtes semble aller de soi dans la perspective du provisoire, il n'en va pas de même concernant le juge des référés ou du principal qui serait ultérieurement saisi. La théorie classique de la juridiction provisoire voudrait que la décision du juge des requêtes ne puisse jamais lier le juge du principal, car l'ordonnance sur requête ne serait susceptible par principe que d'une autorité « au provisoire »³.

Cependant, comme cela a déjà été démontré par ailleurs⁴, l'autorité de chose jugée « au provisoire » est un concept erroné, ou plutôt une erreur d'interprétation des mécanismes de la chose jugée. L'autorité de la chose jugée peut soit exister, soit être absente, mais elle ne saurait exister à moitié, au *provisoire* seulement. Si les décisions du juge des requêtes ou du juge des référés ne lient pas le juge du principal, c'est que les règles de droit appliquées ne sont pas les mêmes et que par conséquent les conditions de l'article 1351 du Code civil ne sont pas remplies. L'exception de chose jugée ne peut donc être invoquée pour faire obstacle à un procès au principal sur un litige qui aurait déjà été tranché au provisoire.

¹ V. *Supra*, n°s 246 s.

² Pour peu que ce second juge ait la possibilité de connaître l'existence d'une précédente ordonnance.

³ V., par exemple, H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Paris, Sirey, 1991, n° 1346 et C. Brenner, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », *Procédures* 2007/8, p. 13, spéc. p. 17 ; *comp.*, en matière de contentieux administratif, P. Cassia, « L'autorité de la chose ordonnée en référé », *JCP A* 2004, 1344.

⁴ V. *Supra*, n°s 238 s.

La clé de l'absence d'autorité est ainsi la différence dans les règles de droit appliquées. Chacun reste dans son domaine, la règle procédurale étant l'apanage du juge des requêtes, la règle de droit substantiel celui du juge du principal. Mais l'inverse doit également être considéré comme vrai. Si la règle qu'appliquent ces deux juridictions est la même, alors il convient de considérer que la décision rendue par le juge des requêtes lie bien le juge du principal. Or, c'est bien le cas¹ concernant le contentieux de la compétence et l'application de l'article 95. Les règles qui régissent la compétence matérielle sont les mêmes qu'il s'agisse du juge des requêtes, du juge des référés, ou encore du juge du fond. Si un premier juge, fût-il un juge du provisoire, a statué sur la question, sa décision doit valoir à l'égard de tous ceux qui seraient ultérieurement saisis de la même question. L'« autorité de chose jugée » qu'établit l'article 95 doit par conséquent s'étendre à tout juge des référés ou juge du principal qui serait ultérieurement saisi.

1031. Si cette solution peut paraître surprenante au premier abord, surtout au regard de la conception traditionnelle de la juridiction provisoire, elle se trouve confortée non seulement sur le plan théorique mais également pratique. La règle appliquée étant la même, il est peu opportun de vouloir recommencer un contentieux qui alourdirait d'autant le rôle de la juridiction saisie. De plus, la juridiction des requêtes étant dévolue au président, il semble raisonnable d'estimer que celui-ci connaît les limites de la compétence de sa juridiction et ne se déjugera pas au fond après avoir statué sur la même question au provisoire.

1032. **Conclusion sur les aspects du régime de l'ordonnance sur requête indépendants de la qualification préalable.** L'application de la théorie du provisoire processuel au régime des mesures d'instruction et au contentieux de la compétence a permis de démontrer les insuffisances de la théorie classique de la juridiction provisoire. La protection juridictionnelle provisoire n'est pas un domaine isolé vis-à-vis du fond, mais un ensemble de mécanismes procéduraux qui forment une séquence cohérente avec le procès au principal. Si les mesures prises par voie d'ordonnance sur requête n'ont en principe aucune autorité sur le juge du fond, la procédure unilatérale permet d'anticiper et de préparer le procès au principal par le biais d'une autorité partielle qui s'attache à certaines décisions particulières du juge des requêtes. Ainsi, les faits établis lors de l'exécution des mesures d'instruction en cours de l'instance sur requête demeurent établis devant le juge du principal, même si leur qualification et les conséquences de celle-ci sont appelées à varier. L'influence du provisoire sur le fond est encore plus importante dans le domaine de la compétence car les règles appliquées pour déterminer la juridiction matériellement compétente sont strictement identiques. Il s'ensuit que l'autorité de la chose jugée, résultant de l'article 95 lorsque le juge tranche

¹ N. Cayrol, *préc.*, n°s 56 s. ; S. Pierre-Maurice, « Ordonnance sur requête », *préc.* n° 118.

une question de fond en même temps qu'il statue sur sa compétence, doit s'étendre du provisoire au principal. Cette proposition doit être reformulée, car dans ce cas précis le juge des requêtes tranche *le principal*, au sens de la règle commune partagée avec le juge du fond.

1033. Hors de cet aspect préparatoire du procès au fond qui vient d'être envisagée, l'étude du provisoire dans le déroulement de la procédure sur requête doit également s'attacher à des aspects du régime dépendants d'une qualification préalable entre décision gracieuse et contentieuse.

§2. Les aspects du régime de l'ordonnance sur requête dépendants de la qualification préalable

1034. Le débat sur la nature gracieuse ou contentieuse des ordonnances sur requête, s'il a pu être au moins en partie résolu grâce à la théorie du provisoire¹, n'en laisse pas moins quelques séquelles au regard du régime des décisions unilatérales. Certains aspects de l'instance sont en effet directement dépendants de la nature de la décision rendue, qu'elle fût gracieuse ou contentieuse. La problématique de la qualification préalable doit d'abord être présentée dans son ensemble (A.), avant que ne soient explorées des pistes pour sa résolution (B.).

A. Le domaine de l'exigence de la qualification préalable

1035. Le Code de procédure civile recèle trois textes, tous applicables dans leur généralité à la juridiction des requêtes, qui subordonnent leur application à une qualification préalable. Bien que régissant des domaines variés, ils sont tous trois susceptibles d'être invoqués dans le cadre d'une procédure sur requête.

1036. Le premier de ces textes, situé dans le chapitre détaillant le régime des décisions gracieuses, a trait à l'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles, c'est-à-dire celles qui ne résulteraient aucunement du dossier, pour prendre sa décision. Il s'agit de l'article 26, qui dispose que « le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués ». La nature de la juridiction gracieuse commande l'existence de cette disposition. Le juge n'intervient pas pour trancher un litige, au sens de deux prétentions

¹ En ce sens que les mesures gracieuses sont provisoires par objet, alors que les ordonnances sur requête sont provisoires par nature, V. *Supra*, n°s 53 s.

opposées, mais parce que la loi place certaines situations sous son contrôle¹. Par conséquent, les règles de preuve peuvent y être assouplies pour permettre au juge d'appréhender au mieux une requête qui par principe est dénuée de contradicteur. Dans le cas des ordonnances sur requête dans leur ensemble, l'application de ce texte peut constituer un contrepoids important à l'unilatéralité de l'instance. La difficulté est que les ordonnances contentieuses sont exclues de son champ d'application, ce qui rend nécessaire une qualification préalable.

1037. Le second texte dont il est question est l'article 93, situé dans une section relative aux exceptions d'incompétence, qui dispose qu'« *en matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale* »². Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparaît pas ». Si la question du régime du relevé d'office sera abordée en détail plus loin³, la *possibilité* d'un tel relevé dépend bien d'une qualification préalable. L'article 93 opère en effet une discrimination très nette selon que le juge statue en matière gracieuse ou contentieuse car dans ce dernier cas les hypothèses de relevé d'office sont limitativement énumérées. C'est encore une fois dans la logique d'une procédure unilatérale que s'inscrit cette disposition. En raison de l'absence de tout contradicteur dans la procédure gracieuse, le relevé d'office de l'incompétence territoriale doit être facilité pour permettre une meilleure administration de la justice. Ce texte peut potentiellement avoir des répercussions importantes dans la procédure sur requête, qui partage avec la matière gracieuse son caractère unilatéral⁴. La qualification préalable est donc nécessaire à l'application de l'article 93.

1038. Enfin, le troisième et dernier texte qui s'inscrit dans la problématique de la qualification préalable est l'article 332, qui traite de la mise en cause des tiers dans une instance en cours. Dans son alinéa premier, de manière générale, ce texte dispose que « le juge peut *inviter* »⁵ les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige ». En revanche, l'alinéa second est circonscrit à la matière gracieuse et dispose qu'« en matière gracieuse, il peut *ordonner* »⁶ la mise en cause des personnes dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la décision à prendre ». La différence de vocabulaire, pour être subtile, n'en est pas moins conséquente. Lorsque le juge statue en matière contentieuse, il ne peut qu'inviter les parties à

¹ Pour une étude de détail sur la juridiction gracieuse, V. *Supra*, n°s 21 s.

² Nous soulignons.

³ V. *Infra*, n°s 1053 s.

⁴ Ce qui est à l'origine de toutes les difficultés de qualification.

⁵ Nous soulignons.

⁶ Nous soulignons.

mettre en cause un tiers¹. En revanche, s'agissant de la juridiction gracieuse, il peut ordonner cette mise en cause, obligeant le requérant à obtempérer sous peine de sanctions². L'emploi de cette disposition en ordonnance sur requête la rapproche de la procédure italienne de *cautele*³ et constitue un autre contrepoids à son caractère unilatéral. La qualification préalable est cependant, ici encore, une condition de son application.

1039. Les trois textes susmentionnés ont le potentiel de modifier considérablement le cours de la procédure sur requête en donnant au juge des pouvoirs exorbitants au déroulement d'un procès contentieux. Leur logique se trouve parfaitement justifiée lorsque le juge statue en matière gracieuse. Dans ce cas et comme cela a été relevé, il n'existe aucun tiers qui serait visé par la mesure sollicitée et le seul enjeu réside dans un changement de la situation du requérant lui-même. La contradiction a peu de chances d'être introduite dans un procès gracieux, à moins que le juge ne décide de mettre en cause un tiers⁴. Dans une ordonnance sur requête provisoire, en revanche, la procédure est certes unilatérale mais elle vise, *in fine*, à l'obtention d'une mesure préjudiciable à un tiers. La logique de la procédure s'en trouve considérablement modifiée.

1040. La qualification préalable ne devrait pas, en principe, appeler à de longs développements en ces lignes. Après tout, si le législateur a prévu des règles exorbitantes de droit commun, c'est pour les cantonner à un domaine particulier qui limite leur application. Mais en matière d'ordonnances sur requête deux difficultés font obstacle à ce raisonnement si simple en apparence. La première est que le critère de la matière gracieuse est d'application délicate à la vaste nébuleuse des ordonnances sur requête. Deux critères permettent en effet de conférer à une ordonnance sur requête la qualification gracieuse, qui suivent les lignes directrices de l'article 25. Ce texte dispose, pour définir cette juridiction particulière, que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ». Le premier de ces critères est donc l'obligation légale : c'est en raison d'une intervention spéciale et ponctuelle du législateur que le juge gracieux exerce son contrôle sur une situation donnée. Le second critère tient à la raison qui justifie ce contrôle, qui repose soit sur la « nature de l'affaire », soit sur la « qualité du requérant ». En d'autres termes, le

¹ Cette invitation impliquant un caractère facultatif, V. Cass. Com., 11 décembre 2007, RTD Com. 2008 p. 154 obs. R. Perrot ; *adde* Cass. 2^e Civ., 5 octobre 1983, RTD Civ. 1984 p. 357 obs. J. Normand et p. 364 obs. R. Perrot

² Cass. Soc., 10 mars 1978, Bull. civ. V, n° 255 .

³ Dans laquelle une requête unilatérale introduit toujours la procédure, à charge pour le juge de décider si celle-ci doit ou non se poursuivre contradictoirement, Renvoi ; V. également C. Chainais, *op. cit.*, n° s. 422 s.

⁴ V. P. Callé, «L'élévation du contentieux», Procédures 2003/4, p. 3.

juge du gracieux intervient soit pour conférer l'efficacité juridique à un acte de volonté privée qui en a été privé par la loi, soit pour valider un changement de statut personnel du requérant¹.

Si l'ensemble de ces critères permettent d'obtenir une certaine cohérence sur le plan théorique, il reste que son application pratique reste délicate. L'application des articles 26, 93 et 332 serait donc systématiquement et préalablement subordonnée à une réponse positive à ces deux questions : d'une part, l'intervention juridictionnelle est-elle rendue nécessaire par une disposition légale et, d'autre part, cette disposition légale vise-t-elle à l'homologation d'un acte privé ou à un changement de statut ? On imagine aisément que le magistrat ne s'encombrera pas d'un tel raisonnement à chaque fois que ces textes devront être appliqués.

La seconde difficulté de la qualification préalable provient de la théorie du provisoire elle-même. Elle se retrouve incapable de faciliter la qualification là où les critères traditionnels de la matière gracieuse sont impuissants à assurer une catégorisation fiable². La discrimination des diverses ordonnances sur requête selon leur rapport au provisoire a permis d'obtenir un double résultat. D'une part, le provisoire a permis de faire le départ entre les ordonnances gracieuses, les ordonnances en la forme des requêtes et les ordonnances provisoires. D'autre part la théorie du provisoire a rendu incontestable la qualification contentieuse des ordonnances sur requête véritablement provisoires³. Mais le provisoire est *a priori* incapable de fournir un critère plus facile d'application que celui issu de l'article 25.

1041. En conclusion, les aspects du régime des ordonnances sur requête qui requièrent une qualification préalable se heurtent à la difficulté que constitue l'application d'un critère très théorique, celui de la juridiction gracieuse. Ni l'article 25, ni la théorie du provisoire sur laquelle s'appuie la présente recherche ne peuvent fournir un critère de qualification suffisamment simple pour être effectivement appliqué dans le prétoire. C'est à cette interrogation, ainsi définie, que des solutions doivent être proposées.

B. Les pistes pour faciliter la qualification préalable des ordonnances sur requête

¹ V. *Supra*, n° 38.

² Sur l'inadaptation des critères de l'article 25 à la matière gracieuse, V. S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003.

³ V. *Supra*, n° 91.

1042. Face à la difficulté pratique de qualifier les ordonnances sur requête au moment d'appliquer les articles 26, 93 ou 332 du Code de procédure civile, plusieurs solutions peuvent être envisagées. La première serait d'adopter une position universelle à l'égard de l'ensemble des ordonnances sur requête, indépendamment de leur nature véritable. Autrement dit, pour faciliter l'application des textes précités, il pourrait être décidé que le régime relatif à la matière gracieuse s'applique indistinctement à toutes les ordonnances sur requête. Ou, inversement, qu'il ne s'applique à aucune. Mais ce raisonnement serait à l'évidence faussé par le caractère arbitraire d'un tel choix. De plus, retenir une solution unique alors que l'hétérogénéité des ordonnances sur requête ne fait plus de doute serait aller contre les déductions théoriques les plus solides. La simplification ne saurait aboutir au simplisme. Une solution unique applicable à l'ensemble des ordonnances sur requête doit donc être rejetée.

1043. Une seconde proposition, située à l'autre extrême du spectre des possibilités, serait de maintenir le critère de l'article 25, c'est-à-dire l'obligation légale combinée à l'homologation d'un acte de volonté privée ou à un changement de statut. Le risque serait alors de voir ce critère tomber aux oubliettes de la pratique juridictionnelle. L'encombrement des juridictions et les nécessités de purge du stock des affaires ne laissent que peu de marge pour les applications trop théoriques. Retenir le double critère de l'article 25 risque donc de conduire à une application quasi arbitraire des textes requérant une qualification préalable de l'ordonnance sur requête, conduisant sans cohérence tantôt à une qualification contentieuse, tantôt gracieuse des ordonnances sur requête.

1044. Le régime des ordonnances sur requête fait ici face à une aporie, une difficulté logique apparemment insoluble, pour laquelle aucune des solutions proposées ne semble satisfaisante. Il serait cependant erroné de croire que l'application des articles 26, 93 et 332 est vouée à n'être que simpliste ou arbitraire. Il faut, tout d'abord, nuancer l'importance pratique de ces textes.

Concernant l'article 26 tout d'abord, s'il a déjà fait l'objet d'un certain nombre d'applications en jurisprudence¹, son utilisation au quotidien dans les juridictions risque d'être rare. Si une connaissance personnelle du juge relativement à une requête inscrite au rôle de sa juridiction est théoriquement possible, gageons qu'elle se rencontre peu dans la pratique, ce qui diminue les inconvénients de la qualification préalable.

Par ailleurs, au regard de l'application de l'article 332, il est fort à parier que si le juge estime nécessaire d'appeler en cause un tiers, il considérera qu'il n'y a pas lieu à requête et renverra la

¹ V. à titre d'exemple Cass. 1^{ère} Civ., 20 mai 1980, JCP 1981, II, 19549 note D. L. N.

requérant à se pourvoir en référé. L'éviction du contradictoire ne sera pas nécessaire et la procédure unilatérale ne pourra être empruntée faute d'existence du chef de saisine correspondant.

1045. La difficulté de la qualification préalable doit également être tempérée face à l'existence d'un certain nombre de qualifications certaines, à propos desquelles il n'existe aucun doute. A titre d'exemple, la rectification d'un acte d'état civil, demandée sur requête au président du Tribunal de grande instance¹, relève nécessairement de la matière gracieuse. Mais, plus important encore, la qualification est également certaine pour l'ensemble des ordonnances provisoires par nature, qui sont toujours contentieuses². Cette catégorie comprend en son sein, d'après la répartition obtenue par application de la théorie du provisoire, l'ensemble des ordonnances innommées, ainsi que certaines ordonnances nommées comme les saisies conservatoires et les mesures d'instruction *in futurum*³. Une grande partie des ordonnances sur requête échappe donc au besoin de la qualification préalable car cette qualification devient la conséquence directe de leur classification au regard du provisoire. Il faut également souligner que ces ordonnances provisoires sont porteuses d'un préjudice potentiel important pour le tiers visé. La certitude de leur qualification est qualitativement plus importante pour le régime des articles concernés. C'est à cette certitude qu'aboutit justement la théorie du provisoire.

1046. Pour conclure sur l'ensemble de ce qui précède il faut dire que si aucune des solutions possibles au problème de la qualification préalable n'est entièrement satisfaisante, l'importance de cette difficulté doit être doublement tempérée. Tout d'abord au regard de la fréquence de l'application des articles 26 et 332, qui risque d'être faible en pratique. Vis-à-vis de l'existence de qualifications certaines, ensuite, surtout en ce qui concerne le groupe important des ordonnances innommées, qui sont toujours contentieuses.

1047. **Conclusion sur l'influence du provisoire sur le contentieux accessoire dans la procédure sur requête.** Le régime du contentieux accessoire dans la procédure sur requête, qu'il s'agisse des mesures d'instruction ou de la compétence, s'inscrit parfaitement dans la logique conservatoire qui gouverne la protection juridictionnelle provisoire. D'une part, la théorie nouvelle du provisoire, sans porter atteinte aux mécanismes de la chose jugée, oblige le juge du fond saisi postérieurement au juge des requêtes, à tenir compte des faits précédemment établis et des solutions données au contentieux portant sur la compétence. D'autre part, au regard des dispositions dont l'application requiert une qualification préalable de l'ordonnance sur requête, la théorie du provisoire est d'une

¹ Art. 99 C. civ.

² Car elles doivent être qualifiées de mesures provisoires par objet, V. *Supra*, n°s 91 s. et n°58.

³ V. *Supra*, n°s 95 s.

utilité indéniable puisqu'elle permet de qualifier d'emblée les ordonnances provisoires de décisions contentieuses, permettant de grandement clarifier leur régime au profit du praticien.

1048. Outre la problématique du contentieux accessoire, le provisoire au sein de la procédure sur requête soulève la question de la préservation des droits du défendeur absent, ce qui implique d'examiner les divers substituts au principe du contradictoire dans la phase unilatérale du procès.

Section II. Le provisoire et les substituts du contradictoire

1049. Il peut être *a priori* surprenant d'envisager, dans l'étude d'une procédure structurellement unilatérale, les moyens de remplacer la contradiction évincée. Après tout, si le droit positif a choisi d'intégrer en son sein un mécanisme unilatéral, n'est-ce pas justement pour faire exception à l'exigence de la contradiction ? Malgré cette considération logique, faire état des possibles substituts au débat contradictoire est important à un double point de vue.

1050. Tout d'abord, au regard de la procédure sur requête considérée en elle-même, les substituts du contradictoire sont importants pour préparer l'éventuel retour du défendeur temporairement écarté du prétoire. La contradiction est en effet toujours susceptible d'être rétablie et il est vital qu'elle puisse subsister au moins « en filigrane »¹ pour permettre un véritable débat si le tiers visé choisit d'exercer le référé-rétractation. Ensuite, au regard du schéma procédural dans son ensemble, le provisoire joue également un rôle. La juridiction provisoire a une fonction essentiellement conservatoire, car elle vise à préserver le droit du requérant dans l'attente d'un procès au fond. De ce point de vue, les substituts du contradictoire sont essentiels pour éviter autant que possible un préjudice irréparable au tiers visé par la requête, et que le juge du fond ne pourrait réparer ou rétablir. Idéalement, le rôle conservatoire de l'ordonnance sur requête tend à maintenir, autant qu'il est possible, le *statu quo* et les substituts du contradictoire contribuent à cet objectif.

1051. Le terme *substituts du contradictoire* est sans doute quelque peu maladroit pour décrire les mécanismes procéduraux analysés dans les développements qui vont suivre. Il est impossible de réellement remplacer le débat contradictoire et l'absence de contradicteur. Il est en revanche parfaitement envisageable de limiter le préjudice potentiel qu'implique son caractère unilatéral, par le biais de certains éléments du régime de la procédure sur requête. Ces éléments peuvent être schématiquement scindés en deux catégories. La première comprend le pouvoir du juge des requêtes de soulever d'office des moyens de droit, pour s'ériger un temps en contradicteur de substitution (§1). La seconde regroupe les applications du principe processuel de loyauté qui peuvent décourager, voire limiter, les intentions malveillantes d'un requérant peu scrupuleux (§2).

¹ M. Foulon et Y. Strickler, «Le constat sur requête avant tout procès», *Procédures* 2006, chron. 71, n° 4.

§1. L'office du juge

1052. Littéralement, le vocable *substitut* désigne « celui qui tient la place ou qui exerce les fonctions d'un autre »¹. Qui, dans la procédure sur requête, est mieux placé pour exercer les fonctions d'un légitime contradicteur que le juge des requêtes lui-même ? Il faut toutefois se garder de pousser trop loin l'analogie car le juge ne deviendra jamais partie et ne fait que statuer sur la requête, telle qu'elle lui est soumise. Les modalités du relevé d'office ont été tranchées par la décision très remarquée d'Assemblée plénière en date du 21 décembre 2007, qui en a clarifié le régime. La Cour décide dans cet arrêt que l'article 12 alinéa premier du Code de procédure civile ne fait pas obligation au juge de soulever d'office un moyen de droit mais lui en offre seulement la faculté. La seule exception que souffre cette règle concerne les moyens d'ordre public, pour lesquels le relevé d'office devient une obligation.

Si la faculté de relevé d'office n'appelle pas en tant que telle de commentaires s'agissant de la procédure sur requête, c'est en revanche le moyen d'ordre public qui présente un intérêt particulier. C'est précisément dans ce cas que la faculté de soulever laisse la place à une obligation et constitue un véritable substitut du contradictoire (A.). Il faut, par ailleurs, ménager une place particulière pour le relevé d'office de l'incompétence, car il est régi par deux textes, les articles 92 et 93, placés au sein d'une sous-section qui leur est réservée (B.).

A. L'obligation de relever d'office un moyen de droit par le juge des requêtes

1053. La notion d'ordre public est connue pour être protéiforme, en procédure comme ailleurs². Son contenu est en effet variable selon les législatures et les époques, visant à tenir compte au mieux des évolutions sociales. Une schématisation de son contenu reste cependant possible et certains auteurs s'y sont attelés, pour produire une distribution catégorielle des règles d'ordre public³. Du point de vue de la procédure civile en général, et de l'ordonnance sur requête en particulier, l'ordre public procédural concerne surtout les règles relatives au bon fonctionnement des juridictions et à l'administration du service public de la justice. Deux moyens paraissent répondre à ces critères au

¹ V° *Substitut*, Dictionnaire Le Littré de la langue française.

² A. Dorsner-Dolivet et Th. Bonneau, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », D. 1986, chron. 59.

³ V. par exemple J. Hauser et J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes moeurs », Rép. Proc. Civ. 2010, n°s 31 s. ; *adde* J.-B. Racine, « La diversité de l'ordre public », Mélanges Sainte-Rose, Bruylant 2012, p. 1201.

sein de la procédure sur requête. Il s'agit, d'une part, du moyen issu de l'absence de saisine, car il régle la répartition du contentieux entre le juge du provisoire et celui du principal (1.). D'autre part, le moyen issu du dépassement d'un délai d'action semble également concerner l'ordonnance sur requête (2.). Il apparaît donc nécessaire de confronter ces deux propositions aux critères de l'ordre public procédural.

1. Le moyen issu de l'absence de saisine

1054. Avant même de s'interroger sur la nature de moyen d'ordre public de l'absence de saisine du juge des requêtes, il est nécessaire de lui donner une qualification au regard de la trilogie procédurale des défenses. A cet égard, le parallèle avec la procédure des référés est édifiant car le juge des requêtes partage avec le juge des référés les contraintes liées à la notion de saisine¹. Or, en matière de référé, la Cour de cassation s'est prononcée sur le point de savoir si, sur le plan de la technique procédurale, le moyen de l'absence de saisine s'identifiait à une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou à une défense au fond. Dans un arrêt au libellé très clair elle a décidé que « le moyen tiré devant le juge des référés de l'existence d'une contestation sérieuse ne constitue pas une exception d'incompétence ; par suite, il n'a pas à être présenté avant toute défense au fond »². L'absence des conditions de la saisine – ici l'absence de contestation sérieuse – est donc clairement distingué à la fois de l'exception d'incompétence et de la défense au fond. Cette conception de la saisine est en conformité avec ce qui a été dit précédemment à propos de cette notion³. Les règles relatives à la compétence ont trait à la répartition des affaires entre les diverses juridiction qui composent le système judiciaire, tandis que la saisine pose les limites de l'intervention du juge du provisoire. La distinction est d'autant plus claire que les règles relatives à la compétence matérielle sont les mêmes au provisoire et devant le juge du principal, le juge des requêtes compétent étant le président de la juridiction compétente au fond⁴.

Enfin, cette qualification est en parfaite harmonie avec le rôle que joue la fin de non-recevoir dans le procès, à savoir sanctionner le défaut du droit d'agir aux termes de l'article 122 qui en donne la

¹ Il est utile de rappeler ici que les deux juridictions partagent même certains chefs de saisine, notamment l'urgence, V. *Supra*, n°s 708 s.

² Cass. 3^e Civ., 19 mars, 1986, Bull. civ. III, n° 34, Gaz. Pal. 1987. 1. Somm. 55, obs. S. Guinchard et T. Moussa, Rev. huiss. 1988. 13334, note J. Lescaillon.

³ V. *Supra*, n°s 705 s.

⁴ V. *Supra*, n° 1023 ; *adde* Cass. 2^e Civ., 5 mai 2011, n° 10-20.435, JCP G 2011 p. 1397 n° 8, obs. S. Amrani-Mekki, Procédures 2011, comm. 221 obs. R. Perrot.

définition¹. Si les éléments constitutifs de la saisine ne sont pas caractérisés, le droit d'agir du requérant n'existe pas. A cette nuance près qu'il s'agit alors de son droit d'agir *au provisoire* et plus spécifiquement le droit de saisir le juge des requêtes. Si le requérant se heurte à cette fin de non-recevoir, cela ne préjuge pas de son droit d'action par ailleurs, qu'il s'agisse des référés ou du juge du principal. La saisine se voit confirmée dans son rôle de pas-de-porte au prétoire du juge des requêtes.

1055. Si la qualification de fin de non-recevoir du moyen issu de l'absence de saisine ne pose que peu de difficultés, la question de son appartenance à l'ordre public reste à ce stade posée. Les fins de non-recevoir d'ordre public sont régies au sein du Code de procédure civile par l'article 125 qui dispose, dans son premier alinéa, que « les fins de non-recevoir *doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public*², notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ». Aux règles établies par la décision précitée du 21 décembre 2007³ s'ajoute donc une obligation textuelle de relevé d'office, propre au régime des fins de non-recevoir d'ordre public. Ce texte fournit une liste de fins de non-recevoir qui doivent être considérées comme étant d'ordre public. Cependant, elle n'est pas limitative du fait de l'emploi de l'adverbe *notamment* dans le texte de l'article 125. Ceci laisse donc ouverte la possibilité d'y adjoindre d'autres moyens que ceux énumérés, comme l'absence de saisine⁴.

1056. La saisine, ou le moyen tiré de son absence, relève-t-elle de l'ordre public ? Selon MM. HAUSER et LEMOULAND, « les lois de droit judiciaire ne sont d'ordre public que lorsqu'elles sont faites dans l'intérêt général ou lorsqu'elles énoncent des principes fondamentaux »⁵. Si la notion d'intérêt général, comme d'ailleurs celle de principes fondamentaux, peut donner lieu à une certaine liberté d'interprétation, notre opinion se rallie à celle des MM. COUCHEZ et LAGARDE qui estiment que « sans doute les règles concernant l'ordre et le degré de juridiction doivent-elles être considérées comme reposant sur l'intérêt général »⁶. Cette considération est applicable à la notion de saisine, en ce qu'elle demeure en toute hypothèse un moyen de régulation de la justice provisoire. Il faut ici insister sur le fait que cette régulation est double. D'une part, les chefs de saisine qui permettent

¹ « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, *pour défaut de droit d'agir*, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

² Nous soulignons.

³ Cass. Ass. plén., 21 décembre 2007, précité.

⁴ Ce caractère non limitatif de la liste de l'article 125 a par ailleurs permis le soulevé d'une fin de non-recevoir lors d'un référé-rétractation exercé contre une autorisation d'assigner à jour fixe qui est une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours, V. Cass. 2^e Civ., 25 février 2010, D. 2010 act. jurisp. p. 713.

⁵ J. Hauser et J.-J. Lemouland, *préc.* n° 44.

⁶ G. Couchez et X. Lagarde, *Procédure civile*, 16e éd., 2010, Sirey, n° 92.

l'intervention du juge des requêtes délimitent son action vis-à-vis de celle du juge des référés, soumise à des chefs de saisine distincts. La régulation assurée par la saisine opère donc en premier lieu de manière interne à la protection juridictionnelle provisoire. Mais cette régulation est également externe et vaut à l'égard du juge du principal, qui peut toujours être saisi, même en l'absence d'un chef de saisine du juge des requêtes. La saisine est un pivot essentiel et incontournable dans le fonctionnement de la juridiction des requêtes. Le moyen tiré de son absence doit donc, à notre sens, être considéré comme étant d'ordre public.

1057. Un autre argument en faveur de cette qualification d'ordre public peut être trouvé au moyen d'un raisonnement *a contrario*. Considérer que l'absence de saisine est un moyen d'intérêt privé, et restreindre le relevé d'office à une simple faculté pour le juge, pourrait être la source de bien des abus de la procédure sur requête. Rien ne s'opposerait alors à ce que par laxisme ou empressement les magistrats s'abstiennent de relever l'absence de circonstances exigeant l'éviction du contradictoire. Or, la procédure sur requête est particulièrement dangereuse par son caractère unilatéral et comporte toujours un préjudice potentiel pour le tiers visé, préjudice qui peut parfois se révéler irréparable. Il est important que le relevé d'office de l'absence de saisine soit en toutes circonstances une véritable obligation pour le juge des requêtes, sans quoi le caractère subsidiaire de cette procédure et toutes les précautions prévues pour son emploi seraient vaines. La qualification de moyen d'ordre public est logique et nécessaire pour contrôler efficacement l'accès à l'ordonnance sur requête et préserver la cohérence de la protection juridictionnelle provisoire. Au demeurant, c'est en ce sens que s'oriente la jurisprudence en décidant qu'« il appartient à la cour d'appel, *même d'office*, de vérifier si le juge avait été régulièrement saisi » en recherchant « si la requête ou si l'ordonnance caractérisaient les circonstances justifiant une dérogation au principe de la contradiction »¹, ou encore qu'elle est « *tenue de rechercher d'office* si la mesure sollicitée exigeait une dérogation au principe de la contradiction »².

1058. Outre l'absence de saisine, un autre moyen invocable lors de l'instance sur requête est susceptible d'être qualifié d'ordre public : l'écoulement ou l'absence d'un délai d'action.

¹ Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n° 09-11.342, BICC n° 725 du 1^{er} juillet 2010, arrêt n° 105.

² Cass. 2^e Civ., 30 avril 2009, Bull. civ. II, n° 105 ; 11 février 2010, n° 09-11.342, précité.

2. *Le moyen issu de l'inobservation des délais d'action par le requérant*

1059. La question de l'inobservation des délais soulève les mêmes interrogations que l'absence de saisine, à ceci près que la plupart d'entre elles sont immédiatement résolues par une application de l'article 125 précité. Ce texte vise en effet de manière expresse l'inobservation des délais au titre des fins de non-recevoir qui doivent être considérées comme étant d'ordre public. La qualification de fin de non-recevoir doit aller de soi, étant donné que le cours d'un délai imparti pour agir est la condition d'existence de l'action en justice¹. La nature d'ordre public est également en accord avec ce qui vient d'être dit, l'existence de délais régule l'accès aux juridictions et intéresse par conséquent l'ordre juridictionnel dans son ensemble. L'inobservation des délais lors de l'instance introduite par requête doit en conséquence toujours être relevée d'office et sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande.

1060. La spécificité de l'ordonnance sur requête au regard des délais d'action est que ceux-ci en sont absents. Il n'existe aucun délai pour l'introduction de la requête initiale pour les ordonnances innommées, pas plus que pour les ordonnances nommées recensées en droit positif. L'introduction du référé-rétractation n'est enfermée dans aucun délai qui en sanctionnerait la recevabilité². Le seul délai applicable à l'ensemble des ordonnances sur requête est le délai de quinzaine alloué au requérant pour faire appel si sa requête a été rejetée³. Si donc la qualification d'ordre public du moyen issu de l'inobservation des délais ne pose pas de difficulté en soi, son domaine d'application dans la procédure sur requête est très restreint. Les seuls délais dont l'inobservation est susceptible d'être soulevée d'office par le juge des requêtes sont le délai d'appel de l'article 496 et les éventuels délais d'action dans lesquels le législateur pourrait enfermer telle ou telle ordonnance rendue en la forme des requêtes.

1061. **Conclusion sur le relevé d'office dans la procédure sur requête.** Pour conclure il convient d'observer que le relevé d'office est toujours possible pour le juge des requêtes, comme pour tout autre juge, en application de l'article 12 alinéa premier qui dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Cependant, hors le cas des moyens d'ordre public, le relevé d'office demeure une simple faculté pour le juge. Néanmoins, le moyen issu de l'absence de réunion des conditions de la saisine doit être considéré comme étant d'ordre public, au vu de son importance pour la répartition des contentieux entre les juridictions. Le relevé d'office

¹ N. Cayrol, « Action en justice », Rép. Proc. Civ. 2011, n°s 33 s.

² Ce qui rend par ailleurs impossible sa qualification en tant que véritable voie de recours, V. *Supra*, n° 344.

³ Art. 496 CPC.

est dès lors une véritable obligation, ce qui permet au juge de s'assurer d'une utilisation légitime de la procédure unilatérale.

1062. Il faut cependant réserver des développements distincts pour les règles relatives à la compétence et notamment au relevé d'office de l'incompétence du juge des requêtes, qui obéit aux règles particulières des articles 92 et 93 du Code de procédure civile.

B. L'incompétence relevée d'office par le juge des requêtes

1063. La question du relevé d'office en matière d'incompétence se distingue par deux particularités. La première est que le juge des requêtes partage avec le juge du fond certaines règles relatives à la compétence matérielle. La seconde est que le Code de procédure civile consacre une sous-section composée de trois articles à l'hypothèse de l'incompétence soulevée d'office, ce qui justifie qu'elle soit examinée à part. En ce qui concerne la procédure sur requête, les deux textes qui doivent être mis en avant sont les articles 92 et 93, relatifs respectivement à l'incompétence matérielle et à l'incompétence territoriale. L'article 92 dispose dans son premier alinéa que « l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas ». L'article 93 dispose quant à lui qu' « en matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparaît pas ».

1064. La synthèse de ces deux dispositions est aisée à opérer : le juge peut relever d'office son incompétence matérielle si (i.) une compétence exclusive a été méconnue ou si (ii.) le défendeur ne comparaît pas. En revanche, en matière de compétence territoriale le relevé d'office est retreint à (iii.) la matière gracieuse et à (iv.) l'absence de comparution du requérant. De ces quatre hypothèses, trois ne sont pas pertinentes pour les développements qui vont suivre, et ce pour plusieurs raisons.

1065. Concernant tout d'abord l'hypothèse de la méconnaissance d'une compétence exclusive, il faut observer qu'étant donné que la compétence matérielle du juge des requêtes est déterminée de la même façon que pour le juge du principal, les compétences exclusives dont il est question sont nécessairement identiques. Si une telle compétence venait à être violée, le juge des requêtes a

toujours la possibilité de soulever son incompétence d'office, comme tout autre juge¹. Cette possibilité intéresse sans aucun doute la problématique du relevé d'office dont il est ici question. Cependant, le caractère provisoire ou unilatéral de l'ordonnance sur requête n'ayant aucune influence sur la détermination des cas de compétence exclusive, aucun autre développement n'est nécessaire en ces lignes, mis à part le constat de la possibilité de relevé d'office.

Par ailleurs, la possibilité offerte au juge gracieux de soulever d'office son incompétence a déjà été discutée car elle dépend d'une qualification préalable de l'ordonnance sur requête. Cette deuxième hypothèse repose exclusivement sur la nature de la juridiction exercée et implique de recourir aux critères de la matière gracieuse inscrits à l'article 25.

1066. Enfin, il reste le dernier cas de figure, commun à l'incompétence matérielle et territoriale, qui est l'absence de comparution du défendeur. La rédaction générale des articles 92 et 93 sur ce point permet de s'interroger sur son éventuelle application à la procédure sur requête. Cette applicabilité doit être vérifiée en confrontant la procédure sur requête à la lettre, puis à l'esprit des articles 92 et 93.

1067. Pris à la *lettre*, ces deux textes ne semblent interdire en rien leur application à l'ordonnance sur requête. Seul est mentionné le cas où « le défendeur ne comparait pas », sans que ne soient données des précisions sur les raisons de cette absence. Il est sans doute aisé d'imaginer que les rédacteurs de ce qui avait été le Nouveau Code de procédure civile ont tout d'abord pensé au défaut au sens ordinaire du terme, dans lequel l'absence du défendeur est circonstancielle et non prévue². Or la procédure sur requête diffère radicalement du défaut sur ce point, car elle prévoit, organise et règlemente de manière structurelle l'absence du défendeur. Il n'en reste pas moins que, pris dans leur sens le plus littéral, les articles 92 et 93 ne permettent pas de faire le départ entre une absence circonstancielle ou structurelle du défendeur et n'interdisent pas leur application à la procédure sur requête.

1068. *Quid* alors de *l'esprit* des textes ? A penser au défaut, il n'est pas loin d'admettre que l'ordonnance sur requête doit être exclue du champ d'application de ces deux articles pour des raisons téléologiques. Ce serait cependant aller un peu vite en besogne. La raison d'être de la faculté de relevé d'office donnée au juge en cas d'absence du défendeur a trait à la défense des intérêts de ce dernier. Le droit positif présume que le défendeur défaillant l'est pour des raisons indépendantes de sa volonté et cherche à protéger les intérêts de l'absent en conférant davantage de prérogatives

¹ V. par exemple Cass. 2^e Civ., 19 février 1986, Bull. civ. II, n° 22.

² V. par ex. Cass. Com. 23 nov. 1982, Bull. civ. IV, n° 366 ; *adde* C. Tirvaudey-Bourdin, « L'intervention d'office du juge », RRJ 2007, p. 909, spéc. p. 912 et G. Cornu, « L'élaboration du Nouveau Code de procédure civile », in B. Beigner (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 71.

au magistrat. Or, si l'on admet que le défendeur défaillant en raison de circonstances imprévues puisse être protégé, comment pourrait-il en aller autrement au regard d'une procédure où cette même absence est provoquée ? Il est difficile d'imaginer un droit qui protège moins celui qui est structurellement exclu du prétoire que celui qui a été simplement empêché, surtout lorsque des dispositions fondamentales comme l'article 17¹ affirment par ailleurs le souci de protéger les absents.

1069. La conclusion qu'il faut tirer de l'ensemble des observations qui précèdent est que ni la lettre, ni l'esprit des articles 92 et 93 n'interdisent qu'ils soient appliqués à l'ordonnance sur requête. Que faut-il alors en déduire ? Que le juge des requêtes doit systématiquement disposer de la faculté, sinon de l'obligation, de relever d'office son incompétence tant matérielle que territoriale. La raison première serait bien entendu de protéger, en amont, le tiers visé par la mesure sollicitée, exclu du procès dans sa phase unilatérale. La seconde est de prévenir un potentiel contentieux sur la compétence en aval, lors de l'instance sur référé-rétractation.

Il n'est pas interdit de tracer, ici encore, un parallèle avec le droit des procédures civiles d'exécution et notamment avec les pouvoirs dont dispose le juge de l'exécution en matière de relevé d'office de son incompétence. A cet égard, l'ancien article 8 alinéa trois du décret du 31 juillet 1992, devenu l'article R. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution, dispose que « le juge de l'exécution peut relever d'office son incompétence ». En d'autres termes, la faculté de relevé d'office est, pour le juge de l'exécution, générale et permanente. Cette disposition s'inscrit sans doute dans l'esprit de la réforme opérée en 1991 et 1992, qui a eu pour objectif affiché la simplicité au profit du créancier poursuivant et l'efficacité au regard de la protection des intérêts du débiteur². Il est utile de rappeler que la procédure devant le juge de l'exécution comprend un autre point dont la transposition serait souhaitable à la procédure sur requête. Il s'agit de la faculté pour ce juge, lorsqu'il se prononce sur une saisie conservatoire, de fixer par avance la date d'une audience contradictoire où la saisie pourra être discutée³. Les règles suivies devant la juridiction de l'exécution sont donc une source d'inspiration pour la pratique de la procédure sur requête.

Dans cette optique, le parallèle pourrait aller plus loin pour conférer au juge des requêtes une faculté générale et permanente de relevé d'office de son incompétence. Elle irait de pair avec une

¹ « Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief » ; sur cette disposition, V. P. Julien, « Ce que la raison ou la nécessité commandent (à partir des articles 17 et 462 du NCPC) », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges Normand*, Paris, Litec, 2003, 241.

² Sur les objectifs de la réforme opérée en 1991, V. notamment H. Croze, « Commentaire de la loi du 9 juillet 1991 », *JCP G* 1992, I, 3555 et 3585, et G. Taormina, *Le nouveau droit des procédures d'exécution et de distribution*, éd. Journal des notaires, 1993, t. 1, p. 13.

³ Art. R. 511-5 CPCE.

codification des solutions jurisprudentielles relatives à la compétence matérielle et territoriale du juge des requêtes. Un **nouvel article 494-1 pourrait être inséré dans le Code de procédure civile**, ainsi rédigé :

« Sauf s'il en est autrement disposé, le juge des requêtes matériellement compétent est le président de la juridiction compétente au fond.

Sauf dispositions légales contraires, le juge territorialement compétent pour rendre l'ordonnance sur requête est le président de la juridiction saisie au fond ou celui du tribunal du lieu où la mesure demandée doit être exécutée¹.

Le juge des requêtes peut toujours relever d'office son incompétence. »

L'introduction d'une telle disposition permettrait de donner une assise textuelle aux solutions prétorienne, tandis qu'une faculté générale de relevé d'office permettrait une meilleure protection des intérêts du tiers vidé dans l'optique d'un contradictoire de substitution.

1070. Outre le rôle du juge dans son dialogue juridictionnel face au requérant, l'existence d'un contradictoire de substitution réside dans les obligations que fait peser sur le requérant le principe de loyauté.

¹ Il s'agit sur ce point de la transposition littérale de l'attendu de principe de l'arrêt (précité) rendu par la deuxième Chambre civile le 18 novembre 1992, pourvoi n° 91-16.447, D. 1993 p. 91, note P. Chartier, JCP 1993 I. 3678, obs. L. Cadet, RTD civ. 1993 p. 648, obs. R. Perrot.

§2. Le principe de loyauté

1071. La loyauté, synonyme d'un comportement de probité et d'honnêteté¹, trouve naturellement sa place en procédure. Le droit, en effet, « ne saurait s'enfermer dans une « visée purement normative ; le droit, c'est la vie »². Ce principe, qui n'est pas étranger à l'idée d'équité, n'a cependant trouvé une expression littérale en jurisprudence qu'il y a peu. C'est à l'occasion de la contestation de la recevabilité d'une note en délibéré que la Cour de cassation a rendu le 7 juin 2005, un arrêt au visa du principe de loyauté, clairement affirmé³. Pour déclarer déloyal le comportement de l'une des parties, qui s'est abstenue de produire une pièce essentielle, l'arrêt énonce que « le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats ». Le fondement textuel choisi est double, d'une part l'article 10 alinéa premier du Code civil⁴, de l'autre l'article 3⁵ du Code de procédure civile. Ce tournant dans la jurisprudence de la Cour n'a pas fait, de la part de la doctrine, l'objet d'un accueil unanimement enthousiaste. Certains auteurs ont salué l'émergence de la loyauté comme instrument de moralisation de la procédure⁶. D'autres en revanche ont été plus réservés, estimant la loyauté quelque peu vague⁷, voire hostiles à un principe qu'ils estiment inopportun et incohérent⁸. D'autres encore, s'ils ont vu d'un œil bienveillant l'avènement de la loyauté, ont regretté qu'il faille « ériger en principe ce qui relève du bon sens et devrait aller de soi »⁹.

1072. Au regard de la procédure sur requête, la question de la loyauté se pose naturellement étant donné son caractère unilatéral, à ce point même que plus d'une fois l'ordonnance sur requête est citée en exemple du domaine d'application du nouveau principe¹⁰. L'absence de contradicteur est en effet une invitation à la mauvaise foi pour le requérant mal intentionné, qui peut être tenté d'occulter certaines pièces essentielles pour manipuler l'opinion du juge. Le principe de loyauté doit

¹ V° ce mot, Dictionnaire Le Littré de la langue française.

² Y. Strickler, «La loyauté processuelle», in Mélanges Burgelin, Paris, Dalloz, 2008, p. 355.

³ Cass. 1^{ère} Civ., 7 juin 2005, Bull. Civ. I, n° 241, D. 2005 p. 2570 note M.-E. Boursier, RTD Civ. 2006 p. 151, obs. R. Perrot.

⁴ « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ».

⁵ « Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ».

⁶ V. M.-E. Boursier, note précitée ; *adde* L. Cadiet, «La légalité procédurale en matière civile», BICC 15 mars 2006, p. 6 ; Th. Caupain et E. Leroy, « La loyauté : un modèle pour un petit supplément d'âme ? », Mélanges Van Compernelle, Bruylant, 2004, p. 67 ; S. Guinchard, "L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes"" , in *De code en code*, Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 379, spéc. p. 381.

⁷ V. R. Perrot, obs. précitées sous Cass. 1^{ère} Civ. 7 juin 2005.

⁸ L. Miniato, «L'introuvable principe de loyauté en procédure civile», D. 2007, p. 1035.

⁹ M. Foulon et Y. Strickler, *préc.*, spéc. n° 4.

¹⁰ V. Y. Strickler, article précité aux Mélanges Burgelin ; *adde* J.-Cl. Magendie, «Loyauté, dialogue et célérité», in Mélanges Guinchard, Paris, Dalloz, 2010, p. 329, spéc. p. 335.

par conséquent être examiné dans ses manifestations au sein de la procédure sur requête (A.) pour permettre de recenser les sanctions possibles des comportements déloyaux (B.).

A. Les manifestations du principe de loyauté dans la procédure sur requête

1073. Pour mettre en lumière les aspects du principe de loyauté qui intéressent directement la procédure sur requête, il est utile de dresser un bref inventaire du domaine d'application de celui-ci, car tous les aspects de la loyauté ne sont pas pertinents s'agissant de celle-là.

En premier lieu, le vocable *loyauté* a toujours renvoyé, même avant la décision remarquée du 7 juin 2005, au comportement des parties dans l'administration de la preuve. Autrement dit, c'est avant tout au stade de la collecte des preuves que les parties doivent être loyales et ne pas user de procédés clandestins, tels les enregistrements effectués à l'insu de l'interlocuteur¹. Ce premier aspect du principe de loyauté n'intéresse pas directement les substituts du contradictoire en tant que tels. Non pas que l'administration de la preuve ne peut légitimement être déloyale devant le juge des requêtes. Elle ne présente simplement aucune spécificité à la procédure sur requête, ni en raison de son caractère unilatéral, ni en raison de sa nature provisoire.

1074. Par ailleurs, la loyauté trouve intégrée en son sein le principe de *l'estoppel* ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. C'est par un arrêt en date du 27 février 2009 que la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière a fait expressément référence à cette notion en décidant *a contrario* que « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir »². L'importation de ce concept anglo-saxon en droit français fait encore l'objet de quelques incertitudes³, mais la doctrine a rassemblé au sein de trois catégories les comportements que sanctionne cette règle nouvelle⁴. Elle distingue ainsi les contradictions non processuelles, c'est-à-dire l'incohérence entre deux comportements antérieurs au procès, les contradictions mixtes, à savoir l'incompatibilité entre un comportement antérieur et une prétention soumise au juge et les contradictions processuelles, définies comme deux prétentions inconciliables soumises de manière consécutive à la même juridiction. A ces diverses contradictions correspond

¹ V., parmi l'abondante littérature disponible sur la question, A. Leborgne, «L'impact de la loyauté sur l'administration de la preuve ou le double visage d'un grand principe», D. 1996, p.535 et Ph. Bonfils, «Loyauté de la preuve et procès équitable», D. 2005, p.122.

² Cass. Ass. plén., 27 février 2009, n° 07-19841, D. 2009 p. 1245 note D. Houtcieff.

³ V. X. Delpech, « Consécration limitée de la règle d'estoppel », D. 2009 p. 723.

⁴ V. N. Dupont, «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française», RTD Civ. 2010, p. 459 ; adde M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, n°s 417 s.

une palette de sanctions prétoriennes. Ainsi, si les contradictions au sein même des prétentions d'une partie sont sanctionnées par leur rejet après examen au fond¹ les contradictions entre deux procédures distinctes aboutissent à l'irrecevabilité de la seconde demande sur le fondement de l'intérêt à agir².

1075. Concernant l'application de l'*estoppel* à la procédure sur requête, rien ne permet d'exclure d'emblée les comportements contradictoires de la part du requérant. Mieux encore, il est facile d'imaginer que la nature unilatérale de cette procédure encourage ce genre d'attitude, qui restera par hypothèse inconnue du juge en l'absence de contradicteur. Mais l'interdiction de se contredire ne peut pas pour autant être considérée comme un substitut du contradictoire au sens où l'entend la présente recherche. La raison en est que si un tel comportement existe, il ne pourra être découvert que si la contradiction, une fois réintroduite, le met à jour, sous réserve du cas exceptionnel de la présence d'une contradiction apparente dans les écrits du requérant³. Dans ce cas, le tiers visé devenu défendeur au référé-rétractation pourra soulever la fin de non-recevoir sanctionnant la contradiction du requérant. Mais au stade unilatéral de la procédure sur requête l'*estoppel* se révèle impuissant à préserver les droits du tiers visé par la mesure et ne présente dans cette mesure que peu d'intérêt.

1076. La troisième facette du principe de loyauté est en revanche davantage en accord avec la logique qui gouverne les substituts du contradictoire et avec les faits qui étaient à l'origine de la décision précitée du 7 juin 2005. Dans cette espèce une des parties avait en effet occulté une pièce essentielle pour l'issue de la procédure, à savoir un avis de la CNIL dans laquelle celle-ci avait exposé son opinion sur les conditions dans lesquelles s'étaient déroulées les élections du bâtonnier au barreau de Paris. Ladite lettre avait finalement été produite par l'autre partie au moyen d'une note en délibéré, dont la recevabilité avait été contestée au regard des conditions posées par l'article 445⁴. La partie loyale, dans cette troisième conception de principe nouveau, est celle qui n'occulte aucune pièce du débat pour s'octroyer un avantage indu, qui découvre les armes procédurales dont elle dispose au vu et au su de son adversaire pour permettre un débat véritablement contradictoire. Sans doute la procédure est-elle souvent comparée à un jeu d'échec où chacun est tenté d'avancer « en couvrant ses pièces »⁵. Pour autant, cet aspect stratégique, inhérent à toute confrontation, ne doit pas permettre de surprendre la religion du juge ou la défense de l'autre partie, telle est en

¹ V. L. Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, PUAM 2004, n°s 142 s.

² Paris, 10 novembre 1987, Rev. Arb. 1989 p. 670 note E. Bousquet.

³ Dans ce cas, le rejet de la requête pourra mettre opportunément fin à la procédure et à la déloyauté.

⁴ « Après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs observations, si ce n'est en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444 ».

⁵ Y. Strickler, « La loyauté procédurale », *préc.*, spéc. p. 357.

somme l'apport de la loyauté à l'échange contradictoire. *Quid*, alors, en l'absence de toute contradiction ? Le caractère unilatéral de la procédure sur requête, loin d'éliminer l'exigence de loyauté, la renforce d'autant plus que l'absence de contradicteur rend propices les comportements malhonnêtes. L'impact du principe de loyauté doit alors être mesuré à l'égard du défendeur absent, mais aussi à l'égard du juge, seul interlocuteur du requérant dans la phase unilatérale de la procédure.

1077. Au regard du tiers visé par la mesure sollicitée sur requête, le droit positif organise directement une substitution au principe du contradictoire, qui reste ainsi préservé « en filigrane »¹ dans la procédure sur requête. L'article 494 du Code de procédure civile dispose, dans son premier alinéa, que la requête « doit comporter l'indication précise des pièces invoquées ». Cette exigence a pour objectif de permettre au tiers visé de préparer sa défense en vue de l'introduction éventuelle du référé-rétractation. La sanction est particulièrement sévère pour ce qui peut au premier abord paraître comme une simple exigence de forme, puisque l'omission de l'indication des pièces est systématiquement sanctionnée par l'irrecevabilité de la requête². L'importance de cette disposition ne doit en effet pas être sous-estimée, surtout lorsque l'on sait qu'une copie de la requête doit être obligatoirement jointe à l'ordonnance au stade de l'exécution de cette dernière³.

L'obligation d'indication des pièces ne saurait cependant être directement rattachée au principe de loyauté, car la jurisprudence y voit une manifestation du principe de la contradiction. Malgré l'évidente proximité conceptuelle des deux principes⁴, il faut admettre que l'article 494 ne peut être considéré comme une conséquence de l'obligation de se comporter loyalement.

1078. Au vu de ce qui précède, la question qui vient immédiatement à l'esprit est celle de savoir s'il existe des applications du principe de loyauté dans la procédure sur requête, ou si la conclusion dans ce domaine doit être purement négative. A notre sens, il en est au moins une, dont la nécessité est aigue et qui ne se trouve ni réglementée textuellement ni régie par aucun autre principe directeur. Il s'agit de l'indication par le requérant d'une éventuelle précédente requête qui aurait déjà été soumise à un autre juge et rejetée. La question est directement en lien avec la qualification d'acte juridictionnel des ordonnances sur requête. Celles-ci, à part quelques exceptions peu nombreuses, doivent incontestablement être rangées dans cette catégorie et par conséquent être considérées

¹ M. Foulon et Y. Strickler, « Le constat sur requête avant tout procès », *préc.*

² Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n° 08-21.469, Bull. civ. II, n° 34, RTD Civ. 2010 p. 374 obs. R. Perrot.

³ En application de l'art. 495 al. 3 ; V. également Cass. 2^e Civ., 18 novembre 2004, Bull. Civ. III, n° 499, Procédures 2005 comm. 5, obs. R. Perrot.

⁴ L. Miniato, *préc.*

comme revêtues de l'autorité de la chose jugée¹. Celle-ci s'impose tant au requérant qu'au juge, celui-ci devant d'office soulever la fin de non-recevoir issue de la chose jugée² si une nouvelle requête relative aux mêmes faits venait à lui être présentée. Un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse a pourtant, de manière tout à fait contestable, décidé le contraire³. Or, une précédente requête n'est pas, à proprement parler, une pièce que l'on produit à l'appui d'une requête nouvelle. Il est donc douteux qu'elle puisse tomber sous le champ d'application de l'article 494 précité. Le principe du contradictoire n'est pas directement mis en cause puisque même si une éventuelle requête précédente venait à être citée à ce titre, elle n'aurait que peu d'utilité pour la préparation de la défense du tiers visé. C'est davantage à l'égard du juge qu'un préjudice serait constitué, car sa religion aura été trompée par un comportement qui ne peut être de bonne foi. Il faut donc en conclure que si le régime des ordonnances sur requête prévoit un substitut du contradictoire à l'égard du tiers visé à l'article 494, il ne prévoit en revanche rien de tel à l'égard du juge des requêtes lui-même. Cette lacune est opportunément comblée par l'application du principe de loyauté dont il faut à présent examiner les possibles sanctions.

B. Les sanctions du comportement déloyal du requérant

1079. La sanction du principe de loyauté doit obéir, pour être efficace, à deux considérations. La première est qu'une telle sanction doit pouvoir être prononcée dès le stade unilatéral de la procédure. Attendre la réintroduction du contradictoire par le référé-rétractation serait en effet trop aléatoire étant donné que l'exercice de ce recours est laissé à l'entière initiative du tiers visé. Il est possible que le référé-rétractation ne soit jamais introduit, rendant impossible la sanction envisagée. De plus, reporter le prononcé de la sanction reviendrait à considérablement amoindrir son aspect dissuasif, minorant le rôle de la loyauté en tant que substitut du contradictoire. La seconde considération à prendre en compte est qu'à défaut d'intégration textuelle, le principe de loyauté doit pouvoir puiser dans le droit préexistant les sanctions disponibles. Deux de ces sanctions processuelles se révèlent adaptées : l'irrecevabilité et l'amende civile pour abus du droit d'agir en justice.

¹ V. *Supra*, n°s 238 s.

² En application de l'article 125 qui dispose que « les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment [...] la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la **chose jugée** ».

³ Toulouse 14 février 2002, D. 2003, p. 160, obs. crit. Y. Strickler.

1080. La recevabilité représente le contentieux de l'existence du droit d'agir et c'est sur ce terrain que la Cour de cassation a choisi de sanctionner la contradiction du demandeur dans l'arrêt du 7 juin 2005¹. Plus généralement, c'est sur le plan de la recevabilité que les auteurs s'accordent sur une possible sanction du comportement déloyal². Sur le plan technique, l'irrecevabilité est mise en œuvre au moyen d'une fin de non-recevoir que l'article 122 définit comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». Au regard du principe de loyauté, la prescription, la qualité à agir ou la chose jugée ne peuvent fonder l'irrecevabilité. Seul reste l'intérêt à agir, qui conditionne au même titre que les notions précitées l'existence de l'action en justice.

1081. Si l'intérêt à agir, au sens de l'article 31 du Code de procédure civile³, doit être né, actuel, personnel et direct, c'est surtout son caractère légitime qui est en cause lorsque le comportement du requérant se révèle déloyal. Est légitime l'intérêt qui est « digne d'être pris en considération »⁴, protégé par le système juridictionnel. Or, si le requérant occulte l'existence d'une précédente requête, c'est bien qu'il craint que le juge ne décide en sa défaveur une nouvelle fois. Il trompe ainsi délibérément le magistrat dans l'espoir d'obtenir une ordonnance qui lui serait favorable. Ce comportement, malhonnête et déloyal, rend illégitime son intérêt à saisir la juridiction provisoire. Partant, sa requête doit être rejetée comme irrecevable.

Il est intéressant de noter ici que la violation du principe de loyauté est sanctionnée, au même titre que la contradiction⁵, par un visa de principe⁶, notamment dans l'arrêt du 7 juin 2005 précité, dans lequel la Cour rappelle que « le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats ». Une sanction nouvelle et intéressante de la déloyauté serait, pour la Cour de cassation, de revenir sur le caractère limitatif des vices de fond énumérés par l'article 117⁷ pour y inclure la violation des principes fondamentaux de procédure⁸. La requête initiale pourrait alors être frappée de nullité de fond, sans justification d'un grief.

¹ Cass. 1^{ère} Civ., 7 juin 2005, précité.

² M.-E. Boursier, *op. cit.*, n°s 433 s.

³ « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ».

⁴ G. Wiederkehr, « La légitimité de l'intérêt à agir », in Mélanges Guinchard, Paris, Dalloz, 2010, p. 877 ; *adde* G. Wicker, « La légitimité de l'intérêt à agir », in Mélanges Serra, Paris, Dalloz, 2006, p. 455.

⁵ Elle a répondu en invoquant le manque de base légale, V. Cass. 2^e Civ., 30 avr. 2009, Bull. civ. II, n° 105.

⁶ Cf. art. 1020 CPC ; P. Morvan, « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », LPA 8 juin 2005, n° 113, p. 5.

⁷ Sur ce caractère limitatif, V. Cass. Ch. mixte, 7 juillet 2006, n° 03-20026, Bull. mixte n° 6.

⁸ V. aussi, pour une annulation d'un jugement au visa de l'article 14 CPC, que la Haute juridiction affirme constituer une « règle d'ordre public doit être relevée d'office » : Cass. 2^e Civ., 10 mai 1989, Bull. civ. II, n° 105.

1082. Il existe encore une sanction possible du principe de loyauté, différente dans sa nature des solutions jusqu'ici exposées. Elle diffère du rejet des prétentions par son caractère purement répressif, celui d'amende civile. Il s'agit de l'abus du droit d'agir, défini à l'article 32-1 comme le fait d'agir « en justice de manière dilatoire ou abusive ». Ce mécanisme a déjà fait l'objet de plus amples développements par ailleurs, auxquels il convient de renvoyer le lecteur pour une analyse plus technique¹. Deux remarques doivent toutefois être faites en ce qui concerne son utilisation pour sanctionner les comportements déloyaux. La première est que le prononcé de l'amende n'est pas exclusif d'éventuels dommages-intérêts que pourrait demander le tiers visé dans le cadre du référé-rétractation². La sanction peut donc parfaitement se coupler à une réparation pour peu que la déloyauté cause un préjudice au tiers visé par la mesure³. La seconde est que l'abus n'est pas exclusif de l'intention de nuire et comprend toutes les hypothèses où le droit est « détourné de sa fonction sociale »⁴, c'est-à-dire lorsque le requérant fait usage de la voie unilatérale non pour voir sanctionner un droit mais pour d'autres motifs (faire pression sur un concurrent, assouvir une pulsion personnelle, etc...). En d'autres termes, quelle que soit la raison qui pousse le requérant à ne pas faire état d'une précédente requête, elle est toujours susceptible de faire dégénérer le droit d'agir en abus, à condition de pouvoir être démontrée.

1083. Et c'est précisément ici que le bât blesse concernant l'application du principe de loyauté dans la procédure sur requête. Il est vain de prétendre appliquer ce principe, encore moins de le sanctionner, s'il n'existe matériellement aucun moyen pour le juge de s'assurer qu'un requérant donné n'a pas déjà introduit une requête ailleurs. La tendance actuelle à l'informatisation croissante des juridictions et des échanges de pièces⁵ permet de formuler l'espoir que dans un avenir proche existera une base de donnée unique et consultable par tous les magistrats chargés des requêtes, et qui regrouperait l'ensemble des requêtes introduites⁶, avec les ordonnances auxquelles elles ont donné lieu. Un tel outil serait la clef de voute – technique – qui permettrait de prononcer des sanctions sur le plan du droit. Mais tant que cet outil n'existera pas, il reviendra à la seule prudence et à la diligence des magistrats de veiller à ce qu'un même requérant ne puisse introduire deux requêtes successives pour les mêmes faits, et d'assurer la sanction de ceux qui s'y aventureraient.

¹ V. *Supra*, n°s 664 s.

² Avec cette précision qu'il s'agirait alors de provision sur dommages-intérêts, car le juge de la rétractation statue avec les pouvoirs du juge des référés, V. *Supra*, n° 697.

³ V. par exemple Cass. 3^e Civ., 1^{er} avril 2009, JCP G 2009, IV, 1780.

⁴ N. Cayrol, « Action en justice », Rép. Proc. Civ. 2011, n° 167.

⁵ Sur cette question, V. Y. Strickler, « Atteinte au droit à l'image et violation de la vie privée », Dr. fam. 2011, comm. 17; F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler, « Droit pour le mineur capable de discernement à être entendu en justice », JCP G 2005, II, 1008; S. Amrani-Mekki, « L'avenir du nouveau code de procédure civile », in Canivet (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, p. 24; M. Segonds, « La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance », *préc.*

⁶ Ce regroupement devrait être opéré à la fois par nom du demandeur et par juridiction.

Chapitre II. La place de l'ordonnance sur requête dans le schéma procédural général

1084. L'étude de l'ordonnance sur requête sous le prisme du provisoire a jusqu'ici montré les conséquences du caractère provisoire de ces décisions sur l'accès au juge et sur le déroulement de l'instance. L'analyse a également permis de souligner que le caractère unilatéral de la procédure sur requête soulève de nombreuses questions et contribue à faire de l'ordonnance sur requête un mécanisme procédural unique en son genre. Mais au-delà de l'étude de la procédure sur requête *per se*, se pose la question non moins importante de son intégration dans le schéma procédural général, autrement dit de sa place parmi les autres mécanismes processuels dont se compose le droit positif. L'ordonnance sur requête n'existe jamais en autarcie et le plaideur qui sollicite la protection des juridictions étatiques se trouve toujours face au choix de la stratégie à adopter et des juridictions à saisir. C'est la mise en perspective de la procédure sur requête au regard des autres moyens de l'intervention juridictionnelle qui permet de revenir au sens primitif de l'expression *provisoire structurel*. Cet aspect de la théorie du provisoire s'appuie sur les raisons d'être de la juridiction provisoire et postule que son rôle n'est que de préparer le procès au fond. L'ordonnance sur requête structurellement provisoire est en effet celle qui ne constitue qu'une étape dans la protection juridictionnelle, qui s'intègre à la *structure* du procès, non comme une fin mais seulement comme un moyen. Le terme *procès* doit ici être entendu au sens large de satisfaction du justiciable par la concrétisation de son droit substantiel. C'est tout le sens de cette procédure fortement dérogatoire que de ne pas réaliser le droit substantiel du requérant, mais seulement de lui accorder des mesures provisoires aux fins de préserver son droit d'agir au fond. L'ordonnance sur requête n'est donc pas à elle seule suffisante pour désintéresser le requérant et ne constitue qu'une étape vers la satisfaction de celui-ci. A ce titre, elle s'articule nécessairement avec d'autres procédures, qu'elles soient provisoires (Section I) ou définitives (Section II).

Section I. La place de l'ordonnance sur requête au sein de la justice provisoire

1085. L'articulation entre les procédures dont il est ici question doit être examinée sous un double aspect. Le premier aspect est l'articulation *interne*, au sein même de la juridiction des requêtes. Celle-ci peut parfois relever de plusieurs magistrats aux compétences concurrentes, ce qui oblige le requérant à faire un choix (§1). Le second aspect est relatif à l'articulation *externe* de l'ordonnance sur requête au sein de la justice provisoire, c'est-à-dire sa mise en œuvre concomitante ou successive avec l'ordonnance de référé (§2).

§1. L'articulation de la juridiction des requêtes de droit commun avec les juridictions particulières des requêtes

1086. Le terme *particulières* s'agissant des diverses juridictions des requêtes dont il est ici question renvoie uniquement à leur domaine d'intervention, nécessairement restreint, et doit être pris pour antonyme de la juridiction *générale* des requêtes qui dispose d'une compétence de principe. Cette juridiction générale se compose du président du Tribunal de grande instance¹ et de celui du Tribunal d'instance², entre lesquels la compétence matérielle se détermine exclusivement par le taux de compétence actuellement fixé à 10000 euros. Mais la liste des juridictions qu'il faut considérer comme *générales* au regard des ordonnances sur requête ne s'arrête pas là. En effet, le Tribunal de commerce doit également y être inclus. Il est utile de rappeler à ce titre l'article 875 du Code de procédure civile qui dispose que « le président peut ordonner sur requête, *dans les limites de la compétence du tribunal*³, toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». Il s'agit, à première vue, d'un cas de juridiction des requêtes spéciale car restreinte à la compétence d'attribution du Tribunal de commerce lui-même, liée à la qualité de commerçant de l'une des parties ou à la commercialité de l'acte litigieux⁴. Mais en réalité cette juridiction des requêtes est générale au même titre que celle du président du Tribunal d'instance et du Tribunal de grande instance en ce sens qu'elle ne sert que de critère de répartition des affaires et ne rend pas nécessaire une véritable articulation des compétences au sens du présent

¹ Art. 812 CPC.

² Art. 851 CPC.

³ Nous soulignons.

⁴ V. l'art. L. 721-3 C. com.

chapitre. Celle-ci est rendue nécessaire lorsque des juges uniques spécialisés disposent de compétences pouvant entrer en concurrence avec celle du président¹.

L'avènement progressif de juridictions à juge unique, de plus en plus nombreuses², a conduit le législateur à conférer à certaines d'entre elles des compétences en matière d'ordonnances sur requête, dans un but affiché de concentration des contentieux et d'efficacité des procédures. L'articulation de ces compétences particulières avec la juridiction générale des requêtes requiert d'en préciser le domaine (A.), avant de placer cette articulation au sein de la théorie du provisoire structurel (B.).

A. Le domaine de l'articulation des compétences entre les juridictions des requêtes

1087. Il faut tout d'abord remarquer à titre liminaire que le juge de la mise en état, dont la compétence est pourtant caractérisée par l'exclusivité³, ne dispose pas de la juridiction des requêtes étant donné qu'en application de l'article 774 alinéa 1 du Code de procédure civile⁴ il ne peut rendre que des décisions contradictoires. Il doit donc être écarté de la présente recherche. Il n'en reste pas moins que parmi les diverses juridictions à juge unique en matière civile, deux possèdent des compétences notables pour rendre des ordonnances sur requête : le juge aux affaires familiales (1.) et le juge de l'exécution (2.).

1. La juridiction des requêtes du juge aux affaires familiales

1088. Le juge aux affaires familiales, depuis sa création par la loi n° 93-22 en date du 8 janvier 1993⁵, est devenu l'organe juridictionnel de référence dans divers domaines concernant à la fois la famille au sens strict et la protection de l'enfance. Son domaine d'intervention est délimité par un ensemble

¹ V. *Infra*, n°s 1087 s.

² V. M. Naudet-Sénéchal, *Le juge unique - essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2000; R. Perrot, «Le juge unique en droit français», RIDC 1977, p. 659.

³ V. G. Verdun, «Pouvoirs du conseiller de la mise en état», Gaz. Pal. 2-6 novembre 2001, p. 3 ; M. Douchy-Oudot, «La scission des phases de l'instance : la mise en état», in *De code en code, Mélanges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 233.

⁴ « L'ordonnance est rendue, immédiatement s'il y a lieu, les avocats entendus ou appelés ».

⁵ JORF n°7 du 9 janvier 1993, p. 495.

de textes épars qui témoignent de l'étendue de ses compétences¹, qui regroupent principalement le divorce, l'autorité parentale et les diverses actions alimentaires au sein de la famille². Une loi plus récente du 9 juillet 2010³ a rajouté à cette liste la lutte contre les violences conjugales, notamment par l'introduction de l'ordonnance de protection réglementée par les articles 515-9 et suivants du Code civil⁴. Cependant, malgré la volonté du législateur de faire du juge aux affaires familiales un véritable « homme-orchestre »⁵ lorsqu'il statue en qualité de juge du principal, ses attributions en matière de juridiction provisoire sont établies de manière très inégale entre la juridiction des référés et celle des requêtes. Concernant les référés, le juge aux affaires familiales dispose d'une compétence qui épouse celle qu'il détient au principal, en application de l'article 1073 du Code de procédure civile qui dispose qu'« il exerce aussi les fonctions de juge des référés ». Autrement dit, le concours avec le juge général des référés, c'est-à-dire le président du Tribunal, peut toujours se résoudre par un critère matériel tenant à l'objet du litige. La juridiction des requêtes, s'agissant du juge aux affaires familiales, est beaucoup plus réduite et se limite textuellement à deux hypothèses. La première concerne la requête initiale en divorce, régie par l'article 1106 du Code de procédure civile. Le premier alinéa de ce texte dispose que « l'époux qui veut former une demande en divorce présente par avocat une requête au juge. La requête n'indique ni le fondement juridique de la demande en divorce ni les faits à l'origine de celle-ci. Elle contient les demandes formées au titre des mesures provisoires⁶ et un exposé sommaire de leurs motifs ». Le rôle joué par cette disposition est ambivalent. Lorsqu'aucune mesure provisoire n'est demandée à ce stade de la procédure de divorce, l'objet de la requête est simplement de solliciter du juge l'autorisation de convoquer l'époux défendeur à l'audience de conciliation. Celle-ci devient une simple formalité procédurale, et l'avocat du demandeur peut alors se présenter seul, sans être accompagné de son client. Tout autre est le cas où l'époux souhaite, de manière unilatérale puisqu'il s'agit d'une requête au sens formel de ce terme, solliciter du juge aux affaires familiales de mesures d'urgence. L'époux doit alors « se présenter en personne »⁷ pour justifier de l'opportunité de ces mesures. Leur liste est fournie par

¹ V., pour recensement exhaustif de ces textes, C. Lienhard, *Juge aux affaires familiales*, Rép. Proc. civ. Dalloz, 2011, n°s 35 s.

² Art. L. 213-3 COJ ; V., parmi la littérature abondante sur ce thème, « La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », dossier AJ fam. N° 4-2002, p. 125 ; A. Bénabent, « La réforme du divorce, article par article », Defrénois 2004, p. 1298 ; *adde* L. Gebler, « L'enfant et ses juges. Approches transversales des procédures familiales », AJ Famille 2007, p. 390.

³ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JORF n°0158 du 10 juillet 2010, p. 12762

⁴ C. Ambroise-Casterot et N. Fricero, « La loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes : nouvelles armes juridiques », RJPF 2010-9/8 ; E. Bazin, « Violences dans les couples : procédure aux fins de mesures de protection des victimes. À propos du décret du 29 septembre 2010 », JCP G 2010, I, 886.

⁵ L'expression est empruntée à J.-C. Groslière, « Le JAM ou l'homme orchestre du divorce », D. 1976, I, chron. p. 73.

⁶ Nous soulignons.

⁷ Art. 1106 al. 2 CPC.

l'article 257 du Code civil qui dispose que le juge peut « autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs », ainsi qu' « ordonner toutes mesures conservatoires telles que l'apposition de scellés sur les biens communs ». La généralité de l'expression *mesures conservatoires* confère une grande latitude au juge aux affaires familiales, sauf à préciser qu'il ne s'agit pas de mesures conservatoires au sens que leur confère le Code des procédures civiles d'exécution car elles restent l'apanage du juge de l'exécution¹. Le terme *conservatoire* doit être ici pris dans son sens large au sens *de toute mesure qui préserve un élément du patrimoine*, et son remplacement par le vocable *mesures de sauvegarde* nous semblerait plus approprié².

1089. La seconde hypothèse de compétence du juge aux affaires familiales en matière d'ordonnances sur requête se situe hors du strict cadre du divorce. Ses pouvoirs résultent de la combinaison des articles 220-1 du Code civil et 1290 du Code de procédure civile. Le premier de ces textes dispose, dans son alinéa 1, que « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts ». L'article 1290 du Code de procédure civile, qui est le volet procédural de la disposition précitée, dispose quant à lui que « les mesures urgentes prévues à l'article 220-1 du code civil sont prescrites par le juge aux affaires familiales statuant en référé ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête ». Les mesures urgentes, dont l'article 220-1 donne une liste non limitative³, constituent l'une des ordonnances nommées provisoires par nature, au même titre que les mesures d'instruction à futur de l'article 145⁴.

1090. Hormis ces deux types de décisions, se pose la question de la compétence du juge aux affaires familiales relativement aux ordonnances innommées, c'est-à-dire d'une compétence de principe au regard de la juridiction des requêtes en général. Sur le plan technique, l'interrogation porte sur l'application au juge aux affaires familiales de l'article 812 : soit ce texte a une portée générale et s'applique à tous les juges uniques, soit son domaine d'application est restreint aux seuls juges qu'il vise⁵. Un auteur prend parti pour la première de ces propositions en écrivant que si « la saisine en référé est la voie usuelle, [...], le juge aux affaires familiales peut également être saisi par ordonnance

¹ Dont la compétence revêt un caractère exclusif en application de l'art. L. 213-6 COJ.

² Il en résulte qu'au contraire des mesures conservatoires du Code des procédures civiles d'exécution, les **mesures de sauvegarde** ne relèvent pas de la compétence exclusive du juge de l'exécution.

³ L'art. 220-1 al. 2 C. civ. dispose que le juge peut « **notamment** interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints ».

⁴ V. *Supra*, n°s 95 s.

⁵ Pour l'article 812, il s'agit du président du Tribunal de grande instance.

sur requête dès lors qu'il est rapporté la preuve de circonstances particulières justifiant que des mesures soient prises de façon non contradictoire » sur le fondement de l'article 812¹. Cette compétence serait au plus d'ordre public et tout autre juge pourrait relever d'office son incompétence dans les termes de l'article 92 du Code de procédure civile². Notre opinion ne va cependant pas en ce sens et rejoint plutôt la seconde proposition, celle de l'application restrictive de l'article 812. Une raison de nature textuelle forge cette conviction : si l'article 812, placé dans un sous-titre traitant spécialement des pouvoirs du président du Tribunal de grande instance, était d'application large, pourquoi le législateur aurait-il pris la précaution de formuler les mêmes dispositions à l'endroit de chaque magistrat auquel il a confié la juridiction des requêtes ? Il en est ainsi des présidents de juridiction³ comme du juge de l'exécution, dans son domaine de compétence⁴. Inversement, aucune disposition n'existe au profit du Conseil de prud'hommes, dénué de toute juridiction des requêtes. Enfin, l'article 1073 alinéa 2 précité du Code de procédure civile, détaillant les fonctions du juge aux affaires familiales, précise que celui exerce « aussi les fonctions de juge des référés ». Les textes applicables à la juridiction des requêtes sont donc gouvernés par un principe de spécialité, d'application stricte. Il faut en déduire que la juridiction des requêtes du juge aux affaires familiales est restreinte aux mesures des articles 257 et 220-1 du Code civil. L'analyse de la jurisprudence, circonscrite à l'application de ces deux textes, confirme cette analyse⁵. Quels peuvent alors être les cas où ce magistrat rentre en concurrence avec la juridiction des requêtes présidentielle et comment ce conflit peut-il être résolu ?

1091. Il faut d'emblée écarter ici toute concurrence entre le juge des requêtes de droit commun et le juge aux affaires familiales au regard de l'application de l'article 220-1. La raison en est que ce texte vise explicitement le juge aux affaires familiales pour son application, ce qui exclut toute autre juge. La solution au concours de compétences est en revanche moins aisée à déterminer concernant la requête initiale en divorce, puisqu'un tel concours sera borné à la fois par un critère matériel et un critère temporel. D'un point de vue matériel, le domaine du concours sera réduit au domaine de compétence du juge aux affaires familiales, définie par l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Ce texte dispose que « le juge aux affaires familiales connaît :

1° De l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil

¹ C. Lienhard, «Juge aux affaires familiales», Rép. Proc. Civ. 2011, n° 158.

² N. Fricero, *Procédure de divorce*, fasc. 910-30, J.-Cl. Proc. Civ. 2012, n° 6.

³ V., au sein du Code de procédure civile, les arts. 851 (TI), 874 (T. com.) et 897 (T. par. baux ruraux)

⁴ V. l'art. R. 121-32 CPCE .

⁵ V. Cass. 1^{ère} Civ., 15 février 2012, n° 11-12217, inédit ; Cass. 1^{ère} Civ., 13 juillet 2005, n°s 05-10519 et 05-10521, Bull. civ. I, n° 334.

de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs ;

2° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence ;

3° Des actions liées :

a) A la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ;

b) A l'exercice de l'autorité parentale ;

c) A la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement ;

d) Au changement de prénom ;

e) A la protection à l'encontre du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ou d'un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin violent ;

f) A la protection de la personne majeure menacée de mariage forcé. »

En-dehors de ces hypothèses, seul le juge des requêtes de droit commun sera compétent. Si, en revanche, la requête en ordonnance innommée porte sur l'un des éléments énumérés ci-dessus et que les circonstances exigent de ne pas « appeler de partie adverse »¹, l'adjonction du critère temporel se révèle nécessaire. Ce critère sert de limite à la compétence du juge aux affaires familiales et permet la résolution d'un éventuel conflit. En effet, comme cela a déjà été souligné, c'est uniquement lorsqu'il est saisi de la *requête initiale* que le juge aux affaires familiales est susceptible de rendre une ordonnance sur requête au sens formel. Il en résulte qu'antérieurement à l'introduction de la procédure de divorce, le juge des requêtes de droit commun doit être considéré comme compétent même dans les domaines qui ressortissent au fond au juge aux affaires familiales. Il ne pourrait en aller autrement que si le juge aux affaires familiales disposait d'une compétence générale pour rendre des ordonnances sur requête, ce qui n'est pas le cas en droit positif. La seule hypothèse où le juge aux affaires familiales reste compétent par préférence au président de la juridiction constitue l'homologation de changement de régime matrimonial², qui est une ordonnance

¹ Par référence à l'art. 493 CPC.

² Art. 1397 C. civ. ; CPC arts. 1300 à 1303.

nommée et que le Code de l'organisation judiciaire place dans les attributions du juge aux affaires familiales¹. De la même manière, en cours de procédure de divorce², c'est-à-dire postérieurement à la requête initiale, le juge aux affaires familiales redevient incompétent concernant la juridiction des requêtes, à défaut d'une disposition générale en ce sens. Il reste bien juge des référés à ce stade de la procédure³ mais les requêtes lui échappent au profit de la juridiction présidentielle.

1092. Seul un amendement des textes de droit positif permettrait d'étendre la juridiction des requêtes au profit du juge aux affaires familiales dans le domaine d'application de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. **Un alinéa troisième pourrait ainsi être ajouté à l'article 1073 du Code de procédure civile**, ainsi rédigé :

« Il statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement ».

L'introduction de cette disposition permettrait de véritablement concentrer le contentieux familial entre les mains de ce juge spécialisé et d'aligner sa compétence en matière d'ordonnances sur requête sur les prérogatives dont il dispose en matière de référé.

1093. En somme, la compétence du juge aux affaires familiales en matière d'ordonnances sur requête est une contradiction dans la politique juridique de gestion des flux contentieux. Alors que ce juge unique, comme ses homologues apparus au cours des dernières décennies⁴, est à raison perçu comme un instrument de concentration des contentieux, seule la juridiction des référés atteint cet objectif. Il est parfaitement logique de conférer la même compétence en référé qu'au fond pour une juridiction qui se veut spécialisée. Ne pas faire de même pour les ordonnances sur requête, pour lesquelles aucune compétence générale n'est prévue au profit du juge aux affaires familiales, conduit au contraire à une dispersion du contentieux, fût-ce au sein d'une même juridiction⁵. Ce n'est pas le cas concernant le juge de l'exécution, pourtant aîné de plus de vingt ans du juge aux affaires familiales⁶.

¹ Art. 131-3, 1° COJ.

² Sur l'ordonnance sur requête en cours d'instance, V. *Infra*, n°s 1148 s.

³ En application de l'art. 1073 CPC.

⁴ R. Perrot, « Le juge unique en droit français », RIDC, 1977, p. 659.

⁵ Lorsqu'une juridiction a déjà été saisie au fond, son président aura alors compétence pour traiter des ordonnances sur requête afférentes à l'instance en cours, V. *Infra*, n° 1150.

⁶ Le juge de l'exécution fut en effet créé par la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, bien avant le 8 janvier 1993.

2. La juridiction des requêtes du juge de l'exécution

1094. Le problème de l'articulation des compétences se pose sous un tout autre aspect en ce qui concerne le juge de l'exécution. Celui-ci dispose en effet d'une compétence générale en matière d'ordonnances sur requête. L'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution¹ dispose, paraphrasant l'article 812 du Code de procédure civile, que « le juge de l'exécution statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement ». Cette disposition générale renvoie, pour son domaine d'application, aux textes régissant la compétence d'attribution du juge de l'exécution. C'est l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire qui définit précisément cette compétence. Il dispose que « le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Dans les mêmes conditions, il autorise les mesures conservatoires et connaît des contestations relatives à leur mise en œuvre. Le juge de l'exécution connaît, sous la même réserve, de la procédure de saisie immobilière, des contestations qui s'élèvent à l'occasion de celle-ci [et] des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires ». Ce texte peut être résumé en quatre éléments qui sont les pivots de la compétence du juge de l'exécution :

- Les contestations s'élevant à l'occasion de l'exécution forcée ;
- Les mesures conservatoires et le contentieux qu'elles génèrent ;
- La saisie immobilière ;
- La réparation des préjudices causés par les mesures d'exécution forcée.

Il faut d'emblée écarter de notre propos la procédure concernant les difficultés d'exécution, régie par les articles R. 151-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution, car celle-ci est contradictoire². Il n'en reste pas moins que la compétence d'attribution du juge de l'exécution est suffisamment large pour qu'un concours puisse exister avec la juridiction des requêtes de droit commun. Ce concours implique de s'interroger sur les modalités de l'articulation des compétences, impliquant tantôt l'existence d'une option pour le requérant (a.), tantôt la saisine successive des deux juges (b.).

¹ Anciennement l'article 32 du décret du 31 juillet 1992.

² L'article R. 151-3 dispose en effet que « l'huissier de justice informe les parties intéressées de la difficulté rencontrée et des lieu, jour et heure de l'audience au cours de laquelle cette difficulté sera examinée ».

a. Les compétences véritablement concurrentes du juge de l'exécution et du juge des requêtes de droit commun

1095. L'examen des compétences concurrentes implique d'abord de réserver toutes les hypothèses où l'intervention du juge de l'exécution est parallèle à celle du juge des requêtes, sans la concurrencer. Il en sera ainsi à chaque fois qu'existe une compétence exclusive du juge de l'exécution qui échappe par principe à la juridiction des requêtes de droit commun. La saisine sur requête de l'un comme de l'autre peut dans ce cas être concomitante. Parmi les chefs de compétence précédemment énoncés, il s'agit du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires et de la procédure de saisie immobilière¹. La saisie conservatoire des créances est un exemple topique pour illustrer cette analyse. Le juge des requêtes de droit commun n'a aucune compétence pour prononcer une telle mesure. Par conséquent, le requérant qui sollicite une mesure par voie de requête, mais souhaite également saisir conservatoirement les fonds sur le compte bancaire de son débiteur, peut parfaitement saisir concomitamment le juge de l'exécution et le juge des requêtes de droit commun. Rien ne s'oppose à ce que ces deux procédures soient menées parallèlement. Le caractère exclusif² de la compétence du juge de l'exécution en la matière impose cette solution concernant l'articulation des compétences.

1096. Cette première catégorie de compétences mise à part, il existe bien un domaine où les deux juridictions des requêtes sont mises en concurrence, à savoir la réparation des conséquences dommageables causées par les opérations d'exécution forcée. Le juge de l'exécution reçoit compétence sur cette question en application de l'article L. 121-3 du Code des procédures civiles d'exécution (anc. art. 23 de la loi du 9 juillet 1991), qui dispose que « le juge de l'exécution a le pouvoir de condamner le débiteur à des dommages-intérêts en cas de résistance abusive ». Un autre texte lui confère également le pouvoir de condamner le créancier poursuivant. Il s'agit de l'article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution (anc. art. 22 de la loi du 9 juillet 1991), qui dispose que « le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie ». La compétence du juge de l'exécution quant aux réparations consécutives aux opérations d'exécution forcée est donc double : à l'égard du créancier, qui peut être condamné à des dommages-intérêts si la mesure est abusive, et à l'égard du débiteur si celui-ci fait preuve d'une résistance abusive. La

¹ Il existe en effet plusieurs cas d'ordonnances nommées dans le domaine de la saisie immobilière, comme par exemple l'art. R. 322-37 CPCE qui permet de saisir le juge de l'exécution aux fins d'ordonner des nouvelles mesures de publicité pour la vente de l'immeuble, ou de compléter les mesures existantes.

² Art. L. 123-6 COJ.

notion d'abus¹ est par conséquent la clef de voûte des pouvoirs du juge de l'exécution et pourra, comme il sera vu plus loin², contribuer à résoudre un éventuel conflit de compétences.

1097. Le juge des requêtes de droit commun n'est pas non plus en reste en ce qui concerne la réparation des dommages causés par l'exécution de l'ordonnance rendue. Dans le cadre de l'instance sur référé-rétractation, le tiers visé devenu défendeur peut en effet solliciter du juge l'octroi d'une provision sur dommages-intérêts³. La question de l'articulation des compétences dans ce domaine peut donc être synthétisée comme suit. Lorsque le tiers visé par l'ordonnance sur requête subit un préjudice du fait des opérations d'exécution, il dispose d'une option, car il peut alors saisir soit le juge de l'exécution sur le fondement de l'article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution, soit le juge qui a rendu l'ordonnance par la voie du référé-rétractation aux fins de solliciter une provision sur dommages-intérêts. Cependant, la voie de l'article L. 121-2 est sensiblement plus restrictive car elle requiert de sa part la démonstration d'un abus de la part du requérant⁴, ce qui peut être délicat. L'abus implique en effet le détournement de l'exécution forcée de sa finalité⁵ ou la preuve d'une intention de nuire⁶. En outre, l'opportunité de la mesure ne peut être discutée devant le juge de l'exécution, car celui-ci « ne peut modifier le titre qui sert de fondement aux poursuites » en application de l'article R. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Tout au contraire, la réparation du préjudice dans le cadre du référé-rétractation porté devant le juge qui a rendu l'ordonnance n'est soumise qu'à la démonstration du caractère non sérieusement contestable de l'obligation de réparer ce dommage, par référence aux termes de l'article 809 alinéa 2 du Code de procédure civile⁷. L'opportunité de la mesure peut en outre être discutée lors de cette instance, ce qui rend le référé-rétractation d'un intérêt considérable comparé à la saisine du juge de l'exécution. Du point de vue du tiers visé, s'il existe bien une option de compétence qui lui laisse le choix, une stratégie procédurale solide le conduira à préférer systématiquement l'exercice du référé-rétractation.

¹ V., sur l'abus de saisie, V. *Supra*, n°s 671 s. ; V. également G. Courtieu, « Abus de droit », J.-Cl. Resp. civ. et assur. 2005, fasc. 131-10.

² V. *Infra*, n°s 1098 s.

³ Le juge de la rétractation statuant en qualité de juge des référés, il ne pourrait prononcer une condamnation à des dommages-intérêt, pouvoir réservé au seul juge du fond ; pour cette raison, seule une provision peut être obtenue à ce stade de la procédure, V. *Supra*, n°s 696 s.

⁴ V. par exemple Cass. 2^e Civ., 10 mai 2007, n° 05-13.628, D. 2008. pan. 1171, obs. A. Leborgne ; Limoges, 22 novembre 2006, JCP 2007. IV. 1619 ; *adde* S. Hocquet-Berg, « Le procès civil envisagé comme fait générateur de dommages », RCA mars 2009, dossier n° 6 ; J. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 439.

⁵ Cass. Com., 28 septembre 2004, n° 02-15818, inédit.

⁶ Cass. 2^e Civ., 28 juin 2001, n° 99-17972, Bull. civ. II, n° 125.

⁷ V. *Supra*, n°s 696 s.

1098. Du point de vue du requérant qui est à l'origine des mesures d'exécution, l'articulation des compétences ne se présente pas de la même manière. Il faut souligner à ce stade de l'analyse que les opérations d'exécution ne présentent pas seulement un risque de préjudice pour celui qui les subit, mais également pour celui qui les met en œuvre. Comme il a déjà été vu par ailleurs¹, l'huissier instrumentaire chargé de l'exécution d'une ordonnance sur requête peut se heurter à toutes sortes d'obstacles qui l'empêcheront de mener à bien sa mission. Ces obstacles peuvent être juridiques, comme l'invocation par le tiers visé d'un secret². Ils peuvent également être factuels, comme la résistance physique opposée par le tiers visé à l'exécution, voire le simple refus de laisser l'huissier pénétrer dans ses locaux. Si un tel comportement peut parfois et éventuellement trouver sa sanction sur le terrain du délit de rébellion³, il n'en reste pas moins qu'il est susceptible de causer un préjudice important au requérant. La stratégie consistant à emprunter une procédure unilatérale aura en effet échoué, puisque la mesure obtenue sur requête ne pourra pas être mise en œuvre et l'effet de surprise ne pourra plus être reproduit. Des preuves pourront ainsi être détruites, des comportements illicites interrompus.

Il est entendu que ce dommage pourrait être indemnisé au moyen d'une provision sur dommages-intérêts sollicitée lors de l'instance sur référé-rétractation. Cette solution présente néanmoins un inconvénient pratique de taille : le tiers visé par la requête est seul maître de l'introduction de ce recours. Or, si ce tiers met un obstacle à l'exécution de la mesure ordonnée, il est peu probable, voire complètement invraisemblable, qu'il assigne le requérant en référé-rétractation. Si donc en théorie il existe bien la même articulation des compétences au profit du requérant qu'à celui du tiers visé, en pratique le requérant risque fort de ne voir s'ouvrir à lui que la seule saisine du juge de l'exécution. La condition que pose l'article R. 121-3 du Code des procédures civiles d'exécution à l'indemnisation du créancier poursuivant est l'existence de la « résistance abusive du débiteur ». Or, la jurisprudence décide de manière constante que la caractérisation de la résistance abusive requiert la démonstration d'une faute de la part du débiteur⁴. La résistance de ce dernier doit par hypothèse être *abusive*, c'est-à-dire illégitime et placée en-dehors des voies de recours que lui offre la loi. Il en est par exemple ainsi du débiteur qui refuse de restituer les clés d'un local litigieux, dans une intention purement dilatoire, alors qu'il y avait été condamné⁵. Il en résulte que le requérant est désavantagé par rapport au tiers visé du point de vue des demandes en réparation. Il reste en effet tributaire de ce tiers quant à l'exercice du référé-rétractation, au cours duquel les deux parties

¹ V. *Supra*, n°s 587 s.

² Comme le secret des affaires, celui de la vie privée, etc...

³ V. *Supra*, n°s 647 s.

⁴ Cass. 2^e Civ., 28 octobre 1999, n° 97-12.734, Bull. civ. II, n° 161, Rev. huiss. 2000. 370, obs. J.-J. Bourdillat, à propos de l'exécution d'une obligation inscrite dans un jugement de donné acte.

⁵ Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n° 08-21.787, Bull. civ. II, n° 30.

peuvent former des demandes en provision sur dommages et intérêts sur le fondement de l'article 809 alinéa 2. Or, cette demande obéit à un régime probatoire favorable car ce texte ne requiert, pour l'octroi d'une provision, que la démonstration du caractère non sérieusement contestable de l'obligation. Si le tiers visé s'abstient de former une demande en rétractation, le requérant n'aura d'autre choix que de demander réparation devant le juge de l'exécution sur le fondement de l'article R. 121-3 du Code des procédures civiles d'exécution, exigeant la démonstration de la résistance abusive, et donc d'une faute.

1099. Du point de vue de la stricte articulation des compétences, la juridiction du juge de l'exécution est toujours concurrente de celle du juge des requêtes de droit commun concernant les réparations consécutives à l'exécution, même si l'indemnisation ne s'opère pas sur le même fondement selon le juge saisi. L'intervention de ces deux magistrats peut également être successive, ce qu'il convient à présent d'exposer.

b. La possibilité d'une saisine successive du juge de l'exécution et du juge des requêtes de droit commun

1100. La possibilité d'une articulation par des saisines successives entre le juge de l'exécution et le juge des requêtes de droit commun se pose en matière de mesures conservatoires mises en œuvre sans l'autorisation préalable du juge de l'exécution. Il faut rappeler ici qu'en principe une telle autorisation est nécessaire, à charge pour le créancier poursuivant de prouver que sa créance paraît fondée dans son principe et qu'il existe des circonstances qui en menacent le recouvrement¹. Mais la loi du 9 juillet 1991 avait également introduit, dans son article 68 devenu l'article L. 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution, la possibilité de saisir de façon conservatoire le montant de la créance entre les mains du tiers saisi sans autorisation judiciaire, pourvu qu'il justifie être en possession de l'un des documents qu'énumère ce texte. La liste comprend le « titre exécutoire ou [...] une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire », ainsi qu'une « lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer resté impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeubles ». L'hypothèse à considérer ici est la suivante : l'ordonnance sur requête constitue-t-elle un titre exécutoire au sens de l'article L. 511-2 ? Dans l'affirmative, le juge de l'exécution serait seul compétent pour connaître des contestations relatives à la mesure conservatoire et des demandes de mainlevée de celle-ci. L'articulation des compétences serait alors bien successive.

¹ Art. L. 511-1 CPCE.

1101. L'interrogation sur la qualité de titre exécutoire de l'ordonnance sur requête n'est pas nouvelle et a déjà été soulevée par M. STRICKLER à propos d'une ordonnance particulière à savoir l'injonction de payer¹. M. STRICKLER a conclu que la réponse devait être négative concernant l'ordonnance portant injonction de payer, du moins lorsque celle-ci n'est pas encore revêtue de la formule exécutoire. La procédure d'injonction de payer comprend en effet deux phases successives, la première unilatérale, la seconde contradictoire². La demande est formée par requête, qui donne lieu au prononcé d'une ordonnance si le juge estime la demande bien fondée. S'ouvre alors un délai d'un mois accordé au débiteur pour former opposition et déclencher alors un véritable débat contradictoire. Ce n'est qu'à défaut d'opposition dans le délai imparti que le créancier peut faire apposer par le greffier la formule exécutoire sur l'ordonnance, qui produit alors tous les effets d'un jugement contradictoire³. Ce n'est qu'à partir de ce moment que l'ordonnance portant injonction de payer devient un véritable acte juridictionnel. Durant la période qui précède l'apposition de la formule exécutoire elle ne constitue qu'un « mode particulier de liaison du contentieux »⁴.

1102. Ce raisonnement peut-il s'appliquer par analogie à l'ordonnance sur requête véritable⁵ ? Rien n'est moins sûr. La première différence a trait à la qualification d'acte juridictionnel de l'ordonnance sur requête, qui, sauf exceptions, relève bien de la fonction de juger et non de l'administration judiciaire⁶. Cette qualité s'acquiert dès le prononcé de l'ordonnance, qui dessaisit le juge⁷. Par ailleurs, elle n'est susceptible d'aucune voie de recours suspensive d'exécution⁸, ce qui en fait un titre exécutoire au sens de l'article L. 111-3, 1° du Code des procédures civiles d'exécution. Ce texte vise en effet « les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif « lorsqu'elles ont force exécutoire ». Or, la *force exécutoire* est la qualité reconnue à une décision

¹ Y. Strickler, « L'ordonnance sur requête en injonction de payer n'est pas une décision de justice au sens de l'article 68 de la loi de 1991 », D. 2005, p. 342 ; *adde* Cass. 2^e Civ., 13 septembre 2007, Droit et procédures 2007 comm. 29 obs. C. Lefort ; *adde* R. Perrot, « Injonction de payer et mesure conservatoire ou un accouplement inattendu », Procédures 2005, étude 3, où l'auteur constate que « la procédure n'est pas un self-service où l'on peut déguster tous les plats en même temps ».

² V. les arts. 1405 s. CPC.

³ Art. 1422 al. 2 CPC.

⁴ Y. Strickler, *préc.*

⁵ Il faut rappeler ici que l'injonction de payer n'est pas une ordonnance sur requête au sens technique du terme, en raison de sa capacité à devenir définitive par l'apposition de la formule exécutoire.

⁶ V. *Supra*, n°s 158 s.

⁷ V. *Supra*, n° 72.

⁸ Le référé-rétractation, seul recours ouvert si le juge fait droit à la requête, ne peut par hypothèse être suspensif d'exécution car ce n'est que lors de l'exécution que le tiers visé apprend l'existence de l'ordonnance rendue à son encontre.

insusceptible de recours suspensif d'exécution et revêtue à ce titre de la formule exécutoire¹, ce qui est toujours le cas pour les ordonnances sur requête exécutoires sur minute de plein droit².

1103. Sur le plan des textes, l'ordonnance sur requête doit donc recevoir la qualité de titre exécutoire permettant de se passer de l'autorisation du juge de l'exécution nécessaire à la mise en œuvre de la saisie conservatoire. Qu'en est-il sur le plan de l'opportunité ? S'il existe des différences structurelles importantes entre les ordonnances sur requête véritables et l'injonction de payer, prohibant le raisonnement par analogie, elles ont néanmoins en commun leur caractère unilatéral. Est-il dans ce cas judiciaire de permettre que le requérant, qui a obtenu une première décision non contradictoire, puisse s'en servir pour saisir de façon conservatoire les fonds du tiers visé sans contrôle du juge de l'exécution ? En d'autres termes encore, permettre l'articulation successive de deux mesures unilatérales ne fait-il pas courir un risque disproportionné aux droits du tiers visé ?

Il nous semble qu'admettre qu'une ordonnance sur requête dispense le créancier de solliciter l'autorisation du juge de l'exécution préalablement à la mise en œuvre de la mesure conservatoire est justifié en opportunité, pour deux raisons au moins. La première est que si une ordonnance sur requête a été rendue, c'est que le juge a estimé que la demande était fondée et qu'il y a lieu d'évincer le contradictoire. Un contrôle juridictionnel préalable sur le bien-fondé de la demande existe, faisant obstacle aux demandes fantaisistes ou abusives. La seconde raison est qu'une mesure conservatoire permettra de renforcer l'efficacité de la mesure que porte l'ordonnance rendue, sans alourdir la procédure par une intervention juridictionnelle supplémentaire.

1104. Enfin, et c'est en ce sens qu'il est possible ici de parler d'articulation des compétences, un contrôle *a posteriori* peut toujours être exercé par le juge de l'exécution. L'article R. 512-1 du Code des procédures civiles d'exécution dispose, dans son alinéa premier, que si les conditions requises pour la mise en œuvre de la mesure conservatoire ne sont pas réunies, « le juge peut ordonner la mainlevée de la mesure à tout moment, les parties entendues ou appelées, même dans les cas où l'article L. 511-2 permet que cette mesure soit prise sans son autorisation ». Le texte suivant, l'article R. 512-2, dispose que « si [la mesure] a été prise sans autorisation préalable du juge, la demande est portée devant le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur ». L'instance qu'ouvre la demande en rétractation est assez similaire au mécanisme du référé-rétractation car elle est contradictoire³ et les qualités procédurales sont maintenues en ce sens qu' « il incombe au créancier

¹ M. Donnier et J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, Litec, 2008, n°s 192 s.

² Art. 495 al. 2 CPC.

³ Les parties étant « présentes ou appelées », art. R. 512-1 al. 1 CPCE.

de prouver que les conditions requises sont réunies »¹ et non au défendeur de prouver qu'elles ne le sont pas.

Il en résulte que l'intervention du juge de l'exécution, si une demande de mainlevée est formée, sera toujours postérieure à celle du juge des requêtes, rendant l'articulation des compétences chronologique. Rien n'empêche par ailleurs que le tiers visé, qui aura subi une mesure conservatoire et la mesure obtenue sur requête, assigne simultanément le créancier requérant en référé-rétractation devant le juge qui a rendu l'ordonnance et en mainlevée de la mesure conservatoire devant le juge de l'exécution. Les deux mesures doivent donc être contestées de manière concomitante mais distincte, en raison de la nature exclusive de la compétence du juge de l'exécution. L'articulation des compétences entre la juridiction de droit commun et les juridictions spécialisées des requêtes peut donc donner lieu à des concours de compétences, dont il convient à présent d'examiner le régime.

B. Le régime de l'articulation des compétences entre les juridictions des requêtes

1105. L'analyse du régime de l'articulation des compétences en matière d'ordonnances sur requête requiert de mettre en exergue les hypothèses dans lesquelles un chevauchement de ces diverses compétences devient possible (1.) avant d'énoncer les sanctions de l'ordonnance entachée d'incompétence (2.).

1. Les hypothèses de dépassement des domaines de compétence

1106. Les hypothèses où un juge des requêtes spécialisé statue en dehors de sa compétence d'attribution sont restreintes du fait même de leur spécificité. Ainsi, la juridiction des requêtes du juge aux affaires familiales est par hypothèse réduite à la seule requête initiale en divorce². Il lui est par conséquent impossible de dépasser sa compétence puisqu'elle est nécessairement éphémère et ponctuelle. Soit le juge aux affaires familiales aura été saisi d'une demande de mesures d'urgence formulée dans cette requête initiale et il pourra dans ce cas statuer par une véritable ordonnance sur requête au sens matériel de ce terme ; soit il n'a pas été saisi d'une telle demande et le juge des

¹ Même texte.

² V. *Supra*, n° 1088.

requêtes de droit commun sera alors seul compétent pour rendre des décisions unilatérales au cours de la procédure de divorce.

1107. C'est par conséquent le seul juge de l'exécution, détenteur d'une compétence générale en matière d'ordonnances sur requête, qui est susceptible de recoupements avec la compétence du juge des requêtes de droit commun. Il n'est pas inutile de rappeler ici le texte de l'article R. 121-23 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que « le juge de l'exécution statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement ». La généralité des termes employés ne permettant pas, à elle seule, de faire la distinction avec la juridiction des requêtes de droit commun, il faut considérer que la compétence du juge de l'exécution ne s'exerce que dans les limites générales posées par l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, c'est-à-dire les difficultés relatives aux titres exécutoires, les mesures conservatoires, la procédure de saisie immobilière et la réparation des dommages causés par les opérations d'exécution forcée¹. Cela conduit donc à admettre que le juge de l'exécution est compétent non seulement pour rendre des ordonnances nommées éparpillées çà et là au gré du Code des procédures civiles d'exécution, mais également lui reconnaître une compétence générale pour rendre des ordonnances innommées à condition que l'éviction du contradictoire soit nécessaire et que l'urgence soit caractérisée. C'est précisément dans le domaine des ordonnances innommées que le dépassement de cette compétence devient possible.

La raison en est que divers domaines de compétence de l'article L. 213-6 sont susceptibles d'être méconnus, sciemment ou non, par le conseil du requérant au moment de la rédaction de la requête. Les termes mêmes de ce texte sont sujets à interprétation et il est revenu à la Cour de cassation, au lendemain de la réforme opérée en 1991, d'unifier son application par les juridictions de fond. Ainsi par exemple, la notion de *difficulté* relative aux titres exécutoires dont fait mention le premier alinéa de ce texte, a fait l'objet d'un contentieux quant à son application². La notion de *titre exécutoire* elle-même a été débattue, qu'il s'agisse de son caractère exécutoire³ ou de ses énonciations⁴. Inversement, c'est le juge des requêtes de droit commun qui pourrait être saisi d'une demande relevant de la compétence du juge de l'exécution, au simple motif que la décision exige l'éviction du

¹ V. *Supra*, n° 1094 ; V. C. Lefort, « Juge de l'exécution », Rép. Proc. Civ. 2011, n° 259 *in fine*.

² V. par exemple Montpellier, 19 mai 2003, Dr. et proc. 2003 p. 368, obs. J.-J. Bourdillat, sur le refus d'une épouse de quitter les lieux suite à la décision du juge d'homologuer la convention définitive.

³ Cass. 2^e Civ., 18 octobre 2001, Dr. et proc. 2002 p. 104, obs. Ph. Hoonakker, sur le fait de savoir quels sont les chefs de la décision qui bénéficient de l'exécution provisoire.

⁴ Cass. 2^e Civ., 21 septembre 2000, n° 98-14.151, Bull. civ. II, n° 130, pour une décision ayant force de chose jugée, qui déclare opposable à l'AGS, en la disant tenue à garantie, le montant d'une créance de dommages-intérêts d'un salarié à l'égard de son employeur qui fait l'objet d'une procédure collective et constitutive d'un titre exécutoire à l'égard de l'association.

contradictoire. Il en irait par exemple ainsi si le titulaire d'une décision sur le fond, se heurtant à la résistance du débiteur dans l'exécution de celle-ci, saisissait le juge des requêtes de droit commun et non pas le juge de l'exécution. La cohérence de la protection juridictionnelle provisoire implique que de tels dépassements de compétences soient efficacement sanctionnés sous peine de dénaturer la raison d'être des diverses juridictions spécialisées comme le juge de l'exécution. C'est donc sur la sanction de l'incompétence qu'il convient à présent de s'attarder.

2. Les sanctions de la saisie d'un juge des requêtes incompetent

1108. La sanction la plus immédiate et la plus efficace de la requête adressée à tort à un juge incompetent est la décision d'incompétence. Celle-ci peut résulter d'un relevé d'office de son incompetence ou du soulevé par le défendeur d'une exception d'incompétence. La particularité de la procédure unilatérale fait que celui-ci est absent dans la première phase de celle-ci et c'est vers le relevé d'office qu'il faut se tourner en tout premier lieu avant d'examiner le rôle du défendeur dans la sanction de l'incompétence.

1109. Dans l'hypothèse où c'est le juge de l'exécution qui est saisi à tort, la possibilité de relevé d'office est directement régie par l'article L. 121-3 alinéa 3 du Code des procédures civiles d'exécution, qui dispose qu'il « peut relever d'office son incompetence », ouvrant une faculté générale de relevé d'office de son incompetence matérielle au juge de l'exécution. Si ce juge constate que bien que la requête remplisse la condition d'urgence et celle d'éviction du contradictoire, son objet se trouve hors des cas énoncés par l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire, il a la faculté de se déclarer incompetent. Mais c'est bien sur le vocable *faculté* qu'il faut ici insister car s'il est parfaitement louable de la part du législateur d'avoir simplifié le relevé d'office devant le juge de l'exécution, celui-ci n'est en rien obligé de se déclarer incompetent d'office. Il en résulte qu'il est possible qu'au stade unilatéral de la procédure, la saisie à tort de cette juridiction spécialisée reste sans sanction.

1110. Tout autre est le cas inverse, lorsque le juge des requêtes de droit commun se trouve saisi d'une requête qui, par la mesure qu'elle sollicite, relève de la compétence du juge de l'exécution. Le relevé d'office est alors pour lui une obligation, la compétence du juge de l'exécution étant

exclusive¹. Le premier alinéa de l'article L. 121-3 précité du Code des procédures civiles d'exécution dispose qu'« en matière de compétence d'attribution, tout juge autre que le juge de l'exécution doit relever d'office son incompétence ». Le caractère obligatoire du relevé d'office est plus adapté au caractère unilatéral de la procédure sur requête car bien plus protecteur des intérêts du tiers visé, absent du prétoire à ce stade.

1111. Dans un cas comme dans l'autre, si le juge saisi à tort manque de relever d'office son incompétence, celle-ci peut toujours être soulevée par le tiers visé devenu défendeur à l'instance en référé-rétractation lorsque celui-ci est introduit. Le moyen prend alors la forme d'une exception d'incompétence qui obéit au régime de droit commun établi par l'article 74 du Code de procédure civile. Cette exception devra être soulevée *in limine litis* et simultanément aux autres exceptions de procédure dont le défendeur pourrait se prévaloir. Il faut en outre, en application de l'article 75, que le moyen soit motivé et indique la juridiction qu'il estime compétente.

1112. En somme, la protection des domaines de compétence respectifs doit être relativisée car les hypothèses de chevauchement se révèlent assez rares. Il n'en reste pas moins que le caractère unilatéral de la procédure sur requête fait peser une responsabilité supplémentaire sur le juge dans la première phase de celle-ci, puisque le défendeur est absent. La remarque vaut davantage pour le juge de l'exécution que pour le juge des requêtes de droit commun, le relevé d'office de l'incompétence étant facultatif pour le premier et obligatoire pour le second. L'articulation au sein même de la procédure sur requête est somme toute assez limitée car il n'existe qu'une seule juridiction spécialisée disposant d'une compétence générale pour rendre des ordonnances sur requête dans son domaine de compétence, à savoir le juge de l'exécution. L'articulation entre les mesures provisoires au sens large, c'est-à-dire entre les procédures de référé et sur requête, est en revanche plus étendue.

¹ V. J.-J. Barbiéri, « La compétence d'attribution du juge de l'exécution », LPA 17 janv. 1996, n° 8, p. 8 ; *adde* J. Normand, « Le juge de l'exécution », hors-série, RTD Civ. 1993 p. 31.

§2 L'articulation de la juridiction des requêtes avec la procédure des référés

1113. L'analyse de l'articulation entre les juridictions provisoires des référés et des requêtes est nécessaire pour rendre compte de la complémentarité qui existe entre ces procédures. La protection juridictionnelle provisoire peut, dans un souci d'efficience, s'appuyer sur une utilisation concomitante de la requête et du référé dans le but de protéger le droit d'agir au fond (A.). Mais l'articulation peut également se reposer sur le rôle subsidiaire que connaît l'ordonnance sur requête au regard du référé. Dans ce cas, le recours successif aux deux procédures aura pour but la protection du droit d'action en référé (B.).

A. L'articulation des procédures de référé et sur requête aux fins de préserver le droit d'agir au fond

1114. L'articulation des deux aspects de la protection juridictionnelle provisoire que constituent le référé et la requête est parfois rendue nécessaire par la protection du droit d'agir au fond. Une telle articulation est alors nécessairement conservatoire, au sens du provisoire structurel où le recours à une seule de ces procédures serait improductif, inutile, voire impossible.

1115. Une telle articulation est rendue nécessaire pour des raisons techniques relevant de la demande introductive d'instance. Il s'agit de la jurisprudence initiée par la décision aujourd'hui célèbre *Société du Ferodo* de la chambre sociale de la Cour de cassation¹. Les faits d'espèce étaient simples mais requéraient un brin d'ingéniosité procédurale. Des ouvriers de l'usine de la Société du Ferodo avaient entamé une grève avec occupation des locaux, empêchant leurs collègues non-grévistes de continuer leur travail. L'employeur a entamé une procédure d'expulsion à leur encontre mais s'est heurté à l'impossibilité d'identifier une majorité de grévistes. L'arrêt *Ferodo* a consacré la solution à adopter dans ce cas de figure², qui consiste en une articulation concomitante du référé et de la requête. L'assignation en référé doit en effet viser ceux des grévistes qui ont pu être identifiés et qui pourront être attirés devant le juge pour établir un débat contradictoire. La requête en revanche doit tendre à l'expulsion de tous ceux dont l'identité n'aura pu être établie. Il est aisé de voir combien l'efficacité de la mesure d'expulsion et donc de la protection provisoire sollicitée, repose sur une telle articulation. Aucune des deux procédures, introduite l'une sans l'autre, n'aurait

¹ Cass. Soc., 17 mai 1977, *Société du Ferodo*, D. 1977, p. 645, note A. Jeammaud.

² V., pour une étude approfondie de l'arrêt *Ferodo* et de ses suites, V. *Supra*, n° 839 s.

été pleinement satisfaisante. Assigner en référé les grévistes connus ne pourrait avoir pour conséquence que de voir le juge ordonner une expulsion à leur seule rencontre, laissant hors du champ juridictionnel les grévistes inconnus. Inversement, viser par une requête l'ensemble des occupants de l'usine, identifiés ou non, reviendrait à priver d'un débat contradictoire ceux qui devraient en bénéficier. Le seul moyen effectif de mettre en œuvre la protection juridictionnelle provisoire est bien l'emploi conjoint de la requête et du référé. Cette technique née avec les occupations d'usine, a été par la suite adaptée aux terrains communaux¹ et aux centrales nucléaires².

1116. L'utilisation conjointe du référé et de la requête s'inscrit dans la théorie du provisoire structurel telle qu'elle a été envisagée jusqu'ici, car le but affiché des mesures sollicitées et de préserver, tant de manière contradictoire qu'unilatérale, le droit d'agir au fond. Mais il se peut également que l'introduction de la procédure sur requête soit nécessaire pour sauvegarder le droit d'agir en référé, l'articulation des mesures étant alors successive et non plus concomitante.

B. L'emploi de la procédure sur requête aux fins de préserver le droit d'agir en référé

1117. Dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire, l'ordonnance sur requête doit être considérée comme subsidiaire à la procédure des référés. Sur le plan des principes, cette subsidiarité découle de l'importance qu'attache le Code de procédure civile à l'échange contradictoire, notamment dans ses articles 14 à 17 situés dans le chapitre consacré aux principes directeurs du procès. De manière plus spécifique à la procédure sur requête, c'est dans l'application de l'article 145 que la jurisprudence a affirmé avec force la subsidiarité de la requête au référé. Si le texte mentionne dans une apparente indifférence que les mesures d'instruction à futur peuvent être ordonnées « sur requête ou en référé », la Cour de cassation décide avec constance que l'usage de la procédure unilatérale est conditionné par l'existence de circonstances exigeant que ces mesures ne soient pas prises contradictoirement³.

1118. En ce qui concerne l'articulation des mesures provisoires, cette subsidiarité implique, dans la chronologie processuelle, que la requête puisse être utilisée pour préserver le droit d'agir en référé et non plus le droit d'agir au fond. Le caractère non contradictoire de l'ordonnance sur requête est en effet un trait unique qui en fait un instrument procédural pouvant être utilisé de manière interne

¹ Nancy, 15 janv. 2007, JCP 2008. IV. 1271.

² Paris, 6 nov. 2002, no 2002/14126.

³ Cass. 2^e Civ., 7 mai 2008, JCP G 2009, IV, 2017, D. 2009 p. 143 note S. Pierre-Maurice.

à la protection juridictionnelle provisoire. L'exemple le plus simple est, ici encore, celui d'une mesure d'instruction à futur sollicitée sur requête. Les preuves préservées ou constituées peuvent servir à appuyer un procès au fond, mais également une demande en référé. Imaginons encore qu'au stade de la demande que le requérant fonde sur l'article 145, il ne connaisse pas encore l'adversaire à assigner, comme c'est souvent le cas pour les malfaçons en matière de construction immobilière, dont la cause peut être difficile à déterminer¹. Si la mesure ordonnée établit que la malfaçon est due à une faute de conception, le requérant peut choisir d'attirer l'architecte devant le juge du fond. Mais il peut parfaitement faire le choix de l'assigner devant le juge des référés aux fins de condamnation à une provision sur dommages-intérêts sur le fondement de l'article 809 alinéa 2. Le rôle conservatoire de l'ordonnance sur requête peut donc s'étendre au fond comme au provisoire.

1119. Le droit positif fournit un autre exemple d'une telle articulation successive de mesures provisoires. La saisie conservatoire d'une créance, autorisée par le juge de l'exécution sur requête en application de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution, est subordonnée à peine de caducité à l'introduction dans le délai d'un mois d'une instance aux fins d'obtention d'un titre exécutoire². Si ce titre exécutoire peut être obtenu devant le juge du principal, il est de jurisprudence constante que les exigences de l'article L. 511-4 sont satisfaites par l'introduction d'une procédure de référé³. Même si cette solution a été critiquée en ce qu'elle permet de reporter indéfiniment la saisine du juge du fond⁴, elle doit être approuvée en ce sens qu'elle permet la tenue d'un débat contradictoire, qui importe plus que l'autorité de chose jugée de la décision qui en résulte. Au regard de l'articulation des mesures provisoires, la saisie conservatoire obtenue sur requête permet de préserver la créance qui fera l'objet de l'instance en référé. L'ordonnance sur requête peut donc parfaitement être cantonnée dans le rôle de conservation du droit d'agir en référé, tout en gardant son caractère structurellement provisoire car elle ne peut en ce cas aboutir à la satisfaction du requérant⁵.

1120. Pour conclure sur la place de l'ordonnance sur requête au sein de la justice provisoire, il convient d'observer que celle-ci est marquée par la subsidiarité à tous les niveaux de l'appareil juridictionnel. La compétence du juge des requêtes de droit commun reste subsidiaire à

¹ V. par exemple Cass. 3^e Civ., 7 février 2001, Bull. civ. III, n° 14, à propos de la responsabilité des constructeurs au-delà du délai décennal.

² Art. L. 511-4 CPCE.

³ Cass. 2^e Civ., 18 février 1999, n° 96-15.272, D. 1999, somm. 218, obs. P. Julien, D. 2000 p. 813, note Ph. Hoonakker, RTD civ. 1999 p. 472, obs. R. Perrot.

⁴ S. Piédelievre et F. Guerchoun, «Saisies et mesures conservatoires», Rép. Proc. Civ. 2012, n° 107.

⁵ Même si l'ordonnance de référé rendue à la suite de l'ordonnance sur requête peut aboutir à une satisfaction complète du requérant en ordonnant une provision égale à 100% de la somme réclamée, au cas où l'ensemble de la dette n'est pas sérieusement contestable dans les conditions de l'art. 809 al. 2 CPC, V. Cass. Com., 20 janvier 1981, RTD Civ. 1981 obs. J. Normand et Gaz. Pal. 1981 p. 332 note Ph. Bertin.

celle des juges uniques spécialisés dont la compétence d'attribution prime en cas de concours¹. Au sein de la justice provisoire au sens large, l'ordonnance sur requête reste subsidiaire à la procédure des référés en raison de son caractère unilatéral. Cette subsidiarité s'accorde avec la nature structurellement provisoire, qui voudrait que la mesure obtenue sur requête ne soit pas la fin mais le moyen de la protection juridictionnelle définitive. Elle prépare le procès au principal en préservant le droit d'agir au fond sans permettre la satisfaction immédiate du requérant. Cet aspect structurellement provisoire doit à présent être confirmé par l'analyse des rapports qu'entretient la procédure sur requête avec l'instance au principal.

¹ Comme par exemple le juge de l'exécution, V. *Supra*, n°s 1095 s.

Section II. La place de la requête au regard de la justice définitive

1121. Le placement de l'ordonnance sur requête au sein du schéma procédural général ne peut aller sans mettre en lumière les rapports que celle-ci entretient avec la juridiction du principal. Ce rapport a déjà été vu par ailleurs, sous l'angle du provisoire substantiel c'est-à-dire de l'autorité que les décisions provisoires peuvent avoir à l'égard du juge du fond¹. Analyser les liens entre provisoire et principal sous l'angle du provisoire structurel impose cependant de dépasser la question de l'autorité de la chose jugée et de s'interroger sur la continuité de la protection juridictionnelle comme sur le rôle que joue l'ordonnance sur requête dans la préservation du droit d'agir au fond et la satisfaction du requérant. De ce point de vue, l'articulation entre le provisoire et le fond peut tout d'abord être *normale* en ce sens que l'ordonnance sur requête n'est qu'un moyen de la protection juridictionnelle effective et se réduit à préparer la satisfaction que seul le procès au principal apporte au requérant (§1). Mais l'hypothèse inverse, celle de l'articulation *anormale*, peut également s'avérer vraie, l'ordonnance sur requête devenant la fin du procès, qui s'arrête à la seule protection juridictionnelle provisoire (§2).

§1. L'articulation normale des procédures : l'ordonnance sur requête structurellement provisoire

1122. La nature structurellement provisoire des ordonnances sur requête requiert de placer celle-ci dans la perspective d'un procès au fond et des effets concrets que la décision au principal aura sur la situation matérielle du requérant. Deux questions intéressent particulièrement l'articulation des protections juridictionnelles provisoire et définitive. La première est celle de la dépendance structurelle pouvant exister entre l'ordonnance sur requête et le procès au principal, à savoir l'obligation pour le requérant d'introduire une demande au fond postérieurement à l'instance sur requête (A.). La seconde question est celle de la coexistence des procédures, autrement dit l'introduction de la procédure sur requête alors qu'est en cours une instance au fond portant sur le même objet (B.).

¹ V. *Supra*, n° 242.

A. Le lien structurel entre l'ordonnance sur requête et le procès au fond

1123. Evoquer le lien structurel comme instrument d'articulation des procédures exige d'en donner à titre liminaire une définition. Dans les développements qui vont suivre, la proposition *lien structurel* désignera l'obligation faite au requérant d'introduire une procédure au fond concomitamment ou postérieurement à la procédure sur requête, comme condition de la pérennité de la mesure sollicitée. Réciproquement, l'absence de toute procédure au fond pourra également être exigée pour obtenir la mesure sollicitée par requête¹. Les diverses manifestations d'un tel lien en droit positif doivent tout d'abord être exposées (1.), avant qu'une analyse au vu de la théorie du provisoire puisse être proposée (2.).

1. Les manifestations du lien structurel en droit positif

1124. Conformément à la définition énoncée ci-dessus, le lien structurel peut revêtir deux formes symétriquement opposées. Il peut tout d'abord être *négatif*, en ce sens que la recevabilité de la requête est subordonnée à l'absence de procès au fond portant sur le même objet (a.). Le lien structurel peut ensuite être positif, c'est-à-dire exiger, à peine de caducité de la mesure ordonnée, l'introduction concomitante ou postérieure d'une instance au principal (b.).

a. Le lien structurel négatif

1125. L'article 145 du Code de procédure civile constitue, au jour de la présente recherche, le seul exemple de lien structurel négatif. Rien n'interdirait cependant d'imaginer qu'apparaissent à l'avenir des articulations procédurales similaires et ce texte ne doit pas simplement être vu ici comme un exemple mais comme une démonstration conceptuelle.

L'article 145 établit clairement un tel lien négatif en disposant que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir *avant tout procès*² la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige [...] ». Cette exigence d'absence de tout procès au fond est une nécessité fonctionnelle des

¹ Par exemple en matière de mesures d'instruction à futur pour lesquelles l'article 145 exige qu'elles soient ordonnées « avant tout procès ».

² Nous soulignons.

mesures d'instruction à futur, très précisément destinées à préparer le procès futur qui par hypothèse n'existe pas encore¹. Cette obligation négative qui pèse sur le requérant soulève à son tour deux interrogations au regard du lien structurel : le moment où l'absence de toute procédure au fond est appréciée et la détermination de la demande au fond qui contreviendrait à l'exigence de l'article 145.

1126. En ce qui concerne le moment où est appréciée l'absence de procès au fond, la solution est aujourd'hui clairement établie même si elle n'a pu l'être qu'au prix de quelques hésitations jurisprudentielles qui ont contribué à une certaine confusion en la matière². Au regard de la procédure unilatérale, c'est à la date du dépôt de la requête que la condition d'absence de procès doit être appréciée³, et non le jour où statue le juge de la rétractation. Admettre l'inverse reviendrait à considérer que la saisine du juge du fond, intervenue entre la requête initiale et la demande en rétractation, priverait de sa compétence le juge des requêtes, ce qui est difficilement acceptable⁴. Au regard du procès au fond, celui-ci doit être considéré comme existant au jour de la saisine du juge du principal. Toute la question est alors de savoir si cette saisine intervient le jour de la délivrance de l'assignation au défendeur ou de son enrôlement au greffe de la juridiction⁵. Il semble préférable, en ce qui concerne l'application de l'article 145, de retenir comme date de saisine du juge du fond celle de la signification de l'assignation, car cette date est alors certaine, au contraire de l'enrôlement dont la date peut être variable et faire l'objet de contestations⁶. En somme, le lien structurel négatif est caractérisé lorsqu'au jour du dépôt de la requête sollicitant la mesure d'instruction à futur, aucune assignation au fond n'a encore été délivrée contre le potentiel défendeur.

1127. Ainsi présentée, la solution semble claire et d'application aisée par le praticien. Il reste cependant nécessaire d'y apporter une précision relative à l'objet du procès au fond dont on exige l'absence. Il est en effet important de disposer d'un critère sûr pour déterminer avec exactitude le procès au fond dont l'existence empêcherait l'application de l'article 145. Une alternative est ici possible entre le critère de l'objet du litige au fond, et celui des faits qui servent de fondement à la demande. Si l'on prend pour critère l'objet du litige, l'instance au fond visée à l'article 145 serait celle

¹ V., entre autres, J.-Cl. Peyre, «Le référé probatoire de l'article 145 NCPC», JCP G 1984, I, 315 et M. Jeantin, «Les mesures d'instruction *in futurum*», D. 1980, chron., p. 206.

² V. Y. Strickler et M. Foulon, «Article 145. Saisine de la Cour d'appel et absence de saisine préalable du juge du fond», D. 2004, p. 2172.

³ Cass. 2^e Civ., 19 octobre 2006, n° 06-10.359, inédit.

⁴ Y. Strickler et M. Foulon, *préc.*, n° 20.

⁵ V., pour une synthèse des solutions en droit positif, M. Foulon et Y. Strickler, «Le constat sur requête avant tout procès», Procédures 2006, chron. 71, n° 22.

⁶ Ibid. ; *adde* Cass. 2^e Civ., 28 juin 2006, Bull. civ. II, n° 173 ; Dr. et procéd. 2006, n° 6, J. 75, pp. 344 et s., obs. E. Putman ; *cf.*, pour une décision ayant retenu la date de la remise de l'assignation au greffe, Cass. 3^e Civ., 13 février 2002, Procédures 2002, n° 87 note R. Perrot

qui tendrait à obtenir le même *avantage économique et social*¹ que celui recherché, directement ou indirectement dans la requête. Par exemple, si la demande de mesures *in futurum* vise à établir l'existence de malfaçons dans une bâtisse nouvellement construite, le résultat médiat recherché est l'engagement de la responsabilité de l'entrepreneur. Dans cette optique, le procès au fond qui ferait obstacle à l'application de l'article 145 serait ce procès en responsabilité, au principal. Cependant, ce critère peut se révéler difficile d'application car il implique la recherche systématique de la satisfaction que poursuit le requérant en sollicitant l'établissement des preuves. Or, sonder les esprits est toujours quelque peu délicat et un tel critère risque d'être difficile, sinon aléatoire, à mettre en application. La seconde branche de l'alternative lui est donc préférable, celle qui consiste à considérer que le procès au fond au sens de l'article 145 est celui qui porte sur les mêmes faits. C'est la solution qu'a retenue un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 14 janvier 2004² en disposant que ne satisfait pas à la condition posée par l'article 145 la cour d'appel qui n'a pas recherché si « à la date à laquelle elle statuait, le tribunal de commerce n'avait pas été saisi au *fond des faits, objet du présent litige*³ ». Ce critère est beaucoup plus sûr que le précédent car les faits sont clairement délimités dans la requête qui sollicite la mesure d'instruction à futur. Il est donc aisé de déterminer si une instance au fond a déjà été introduite au moment du dépôt de la requête puisque ce sera celle qui portera sur les faits dont la mesure sollicitée à futur vise à établir ou à conserver la preuve, pour reprendre les termes de l'article 145.

b. Le lien structurel positif

1128. De manière symétrique au lien structurel négatif, la procédure sur requête peut être subordonnée à l'introduction concomitante ou postérieure d'un procès au principal. Du point de vue structurel, le lien est *positif*, intégrant l'ordonnance sur requête dans un agencement procédural qui la dépasse et englobe la protection juridictionnelle provisoire comme définitive. Les hypothèses d'un tel lien positif sont plus nombreuses *de lege lata* que l'exigence inverse d'absence de procès au fond.

1129. Une première variante de lien structurel positif requiert l'introduction préalable à la requête d'une demande au principal. L'article 958 du Code de procédure civile en fournit un bel exemple en

¹ Définition donnée par H. Motulsky, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, Rapport au 4^e Congrès de droit international et de droit comparé*, in *Écrits : études et notes de procédure civile*, Dalloz 2009, p. 44

² Cass. 2^e Civ., 14 janvier 2004, n° 01-14.933, inédit.

³ Nous soulignons.

disposant que « le premier président peut, *au cours de l'instance d'appel*¹, ordonner sur requête toutes mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». Des différences de rédaction avec l'article 812 alinéa deux sont immédiatement perceptibles², la condition d'urgence étant renforcée puisque l'article 958 y ajoute la nécessité de sauvegarder les droits d'une partie ou d'un tiers. Du point de vue des chefs de saisine, la possibilité de faire usage de la procédure sur requête est donc plus délicate au stade de l'appel. Ce qui peut se comprendre, le besoin d'une protection juridictionnelle provisoire étant moins aigu lorsqu'un premier procès a déjà eu lieu. Mais le texte de l'article 958 restreint davantage encore l'accès au juge des requêtes en appel en ce qu'il établit un lien structurel entre la procédure sur requête et l'instance d'appel au fond. Pour que la requête soit recevable devant le premier président, il faut donc qu'elle ait été préalablement introduite l'instance d'appel au jour où cette requête est déposée au greffe. L'appel est en principe formé par le dépôt au greffe de la déclaration d'appel³, sauf en matière gracieuse où il est formé par une déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu la décision contestée⁴. La date de l'introduction de l'instance d'appel ne pose donc guère de difficultés. Il n'en reste pas moins que la nature matérielle du lien positif reste à déterminer pour établir avec exactitude le rapport entre la procédure sur requête et l'instance au fond. Les deux demandes doivent-elles porter sur le même objet ou les mêmes faits ? La question rejoint celle précédemment posée à propos de l'article 145 du Code de procédure civile⁵.

La Cour de cassation y a cependant répondu précisément dans un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 6 mai 1999⁶. Elle décide en effet que « la compétence reconnue au premier président de la cour d'appel par l'article 958 du nouveau Code de procédure civile implique que la mesure sollicitée *ait trait au litige dont la cour d'appel est saisie* et ne peut s'étendre à la prescription d'une mesure d'instruction propre à justifier éventuellement une *prétention qui n'a pas encore été portée devant la cour d'appel*⁷ ». Cette décision est riche d'enseignements sur deux aspects complémentaires. Le premier enseignement de l'arrêt, d'ordre général, est que la mesure sollicitée sur requête doit avoir trait au litige porté en appel. Le second, plus spécifique, rattache l'objet de la requête à la *prétention* portée devant la juridiction. Or la *prétention* doit être définie comme la

¹ Nous soulignons.

² Rappelons que ce texte, relatif à la juridiction du président du TGI, dispose que celui-ci « peut [...] ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

³ Art. 901 al. 3 CPC.

⁴ Art. 950 CPC.

⁵ V. *Supra*, n° 1127.

⁶ Cass. 2^e Civ., 6 mai 1999, Bull. Civ. II, n° 84, JCP 1999, IV 2154, D. 1999 IR p. 144.

⁷ Nous soulignons.

« question de fait et de droit soumise au juge »¹ et qui forme l'objet du litige au sens de l'article 4 alinéa 1 du Code de procédure civile. Il faut ici combiner cette définition avec la portée de l'effet dévolutif de l'appel, limité aux points que l'appelant critique dans ses conclusions en accord avec l'adage *tantum devolutum quantum appellatum*. Il en résulte que l'objet de la requête adressée au premier président sur le fondement de l'article 958 doit avoir trait non seulement au même objet que l'appel formé au principal, mais doit par ailleurs être restreint aux points que cet appel critique. Ainsi par exemple dans un contentieux en matière de construction, pour lequel l'appelant, insatisfait du montant des dommages et intérêts qui lui a été accordé en première instance, critique la somme allouée mais non le principe de l'engagement de la responsabilité ; s'il sollicite des mesures par voie de requête au cours de l'instance d'appel, celles-ci devront être en lien avec la contestation de ce montant mais ne pourront aller au-delà. L'appelant pourra par exemple demander l'apposition de scellés visant à interdire tout accès à l'immeuble litigieux pour permettre une évaluation ultérieure et contradictoire du dommage. Mais toute mesure sans lien direct avec les prétentions soulevées dans les conclusions d'appel devra être déclarée irrecevable car ne respectant pas la condition posée par l'article 958. Le lien structurel positif contribue donc à restreindre très fortement l'accès à la juridiction des requêtes du premier président, en limitant l'objet des mesures pouvant être sollicitées de lui.

1130. Au-delà de la juridiction des requêtes du premier président, c'est au sein des mesures conservatoires que se trouve l'exemple le plus topique du lien structurel positif : la saisie conservatoire de créances. Cependant, dans ce cas, l'instance au fond n'est plus antérieure à la procédure sur requête, mais postérieure à celle-ci.

En effet, en application de l'article L. 511-4 du Code des procédures civiles d'exécution, lorsque le créancier poursuivant ne dispose pas de titre exécutoire, ce qui est bien le cas lorsque la mesure conservatoire est sollicitée par voie de requête, il doit introduire dans un délai d'un mois une procédure aux fins d'obtention d'un tel titre. A peine pour le créancier de satisfaire à cette exigence, la saisie conservatoire sera caduque et perdra donc toute son utilité, y compris l'effet de surprise sur lequel repose son efficacité. La sanction est particulièrement forte et incite à la diligence. Ici, la nature matérielle du lien entre la procédure sur requête et l'instance au fond est aisée à déterminer, puisque la demande formée devant le juge du principal doit viser à la reconnaissance de l'existence, de la validité et de l'étendue de la créance conservatoirement saisie.

1131. Au-delà des procédures civiles d'exécution, c'est le droit de la propriété intellectuelle qui offre des exemples de lien structurel positif au regard des ordonnances sur requête. Les diverses saisie

¹ V° *Prétention*, Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, 9^e éd., PUF, 2011.

contrefaçon prévues par le droit positif¹, fussent-elles descriptives ou réelles, sont rendues à charge pour le requérant d'engager un procès au principal dans un délai compris entre vingt et trente et un jours ouvrables si ce dernier délai est plus long, « à compter du jour où est intervenue la saisie ou la description »². La sanction qui frappe la saisie en cas de non-respect de cette exigence est la nullité, qui, à la différence de la caducité, est rétroactive. L'article L. 521-4 alinéa 5 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet qu'« à défaut pour le demandeur de s'être pourvu au fond, par la voie civile ou pénale, l'intégralité de la saisie, y compris la description, est annulée à la demande du saisi, sans que celui-ci ait à motiver sa demande et sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être réclamés ».

Enfin, l'objet de l'instance au fond est, à l'instar de ce qui a été observé concernant la saisie conservatoire des créances, aisé à déterminer, puisqu'il s'agira nécessairement d'une action tendant à la reconnaissance et à la sanction des actes de contrefaçon ayant motivé la saisie. Tout au plus faut-il préciser, pour reprendre les termes de l'article précité, que la demande peut être formée tant au civil qu'au pénal.

1132. Cette brève synthèse du lien structurel, tant positif que négatif, a permis de brosser un tableau du droit positif. Il convient à présent de situer ce lien dans la théorie du provisoire structurel au regard de la procédure sur requête dans son ensemble.

2. Le lien structurel dans la théorie du provisoire structurel

1133. Une présentation analytique et non plus simplement descriptive du lien structurel implique d'établir son influence sur le caractère structurellement provisoire des ordonnances sur requête en droit positif (a.), avant que ne puissent être formulées des propositions, *de lege ferenda*, pour l'évolution de l'ordonnance sur requête (b.).

¹ Pour un tableau analytique et comparatif du droit positif, cf. Y. Strickler et M. Foulon, «Le constat sur requête avant tout procès, quatre ans après», *Droit et procédures* 2010, p. 307, spéc. p. 317.

² Art. R. 521-4 CPI relatif aux dessins et modèles ; la même disposition est reprise dans les textes relatifs aux marques (art. L. 716-7), aux brevets d'invention (art. L. 615-3), obtentions végétales (art. L. 623-27), indications géographiques (art. 722-4) et logiciels (art. L. 332-4).

a. Le lien structurel *de lege lata*

1134. Examiner le lien structurel au travers du prisme du provisoire structurel implique de se demander si la seule existence d'un tel lien rend l'ordonnance sur requête qui en est pourvue structurellement provisoire. Cette première question en appelle une autre, qui doit être ici traitée à titre liminaire : quelle est la *ratio legis* de l'existence d'un tel lien pour certaines ordonnances nommées ? Au vu de ce qui vient d'être dit à propos des diverses manifestations du lien structurel en droit positif, les raisons ayant poussé le législateur à établir un lien entre le provisoire et le fond semblent pouvoir être rassemblées au sein de deux catégories.

1135. La première de ces catégories comprend les ordonnances sur requête pour lesquelles le lien structurel est une nécessité *fonctionnelle*, c'est-à-dire nécessaire à leur mise en œuvre. En d'autres termes, si un tel lien n'existait pas, l'ordonnance considérée perdrait toute son utilité et son efficacité. L'exemple topique est ici l'article 145, qui exige l'absence de tout procès au fond pour la mise en œuvre des mesures d'instruction *in futurum*. A défaut d'un tel lien négatif, la mesure à futur perdrait tout son intérêt, puisqu'elle pourrait parfaitement coexister avec un procès en cours, ce qui serait contraire à sa raison d'être. Pire encore, cela provoquerait une confusion des compétences, alors que le prononcé de mesures d'instruction doit en toute logique relever du seul pouvoir de la juridiction saisie au fond.

1136. La seconde catégorie est celle pour laquelle le lien structurel joue un rôle protecteur, en empêchant que l'utilisation de la procédure unilatérale ne porte atteinte excessive à un droit fondamental. C'est en son sein que doivent être placées les ordonnances affectées d'un lien structurel positif. Les exigences de l'article 958 au regard de la juridiction des requêtes du premier président, se comprennent parfaitement du point de vue des droits de la défense du tiers visé. L'emploi de la procédure unilatérale est le résultat d'une subtile pondération d'intérêts antagonistes, le juge arbitrant entre l'efficacité de la mesure rendue et la protection du tiers visé. En instance d'appel, lorsqu'une décision a déjà été rendue en première instance et qu'un débat contradictoire a eu lieu, l'impératif d'efficacité de la mesure sollicitée est de moindre importance que la protection du tiers visé. Le besoin de protection juridictionnelle provisoire n'est plus aussi saillant à l'égard du requérant car il dispose déjà d'une décision juridictionnelle. La restriction posée à l'usage de la procédure sur requête au moyen du lien structurel est donc justifiée par la protection d'un droit fondamental, à savoir les droits de la défense du tiers visé par la requête.

La même idée de protection se retrouve dans le lien structurel en matière de saisies conservatoires de créances et de saisies contrefaçon. Ces deux mesures partagent en effet deux points communs.

Elles sont toutes deux aisées à mettre en œuvre, l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution se contentant d'exiger que la créance « paraisse fondée en son principe ». Les saisies contrefaçon ne sont pas plus compliquées à mettre en œuvre, car la saisie descriptive est toujours de droit pour celui qui se prétend être titulaire du droit suspecté de contrefaçon¹. Pourtant, et c'est là le second trait que partagent ces deux types de mesures, chacune présente un important risque pour celui qui les subit. Dans le cas de la saisie conservatoire, il est aisé de concevoir combien l'indisponibilité des fonds saisis peut gêner le débiteur, voire lui préjudicier gravement. Ce préjudice en germe se retrouve également dans les saisies contrefaçon, qui impliquent toujours l'intervention de l'huissier instrumentaire dans les locaux du suspecté contrefacteur. Dans un cas comme dans l'autre, c'est au droit de propriété qu'il est porté atteinte. Une telle atteinte, obtenue facilement par la voie unilatérale, appelle à des précautions supplémentaires de la part du législateur. Cette précaution a pris la forme d'une obligation de saisir le juge du fond dans un délai relativement court, pour que celui-ci statue au principal sur la prétention du requérant.

1137. Ainsi décrit, le lien structurel peut-il apporter une pierre à l'édifice de la théorie du provisoire structurel dans la procédure sur requête ? La réponse ne peut qu'être positive, en ce sens que les ordonnances sur requête qui sont liées à une instance au fond sont incontestablement provisoires structurellement. Est provisoire, au sens structurel du terme, une décision qui, d'une part, prépare le procès au fond en sauvegardant le droit processuel d'action et, d'autre part, ne permet pas la satisfaction immédiate du requérant. L'existence d'un lien de dépendance rend nécessairement provisoire l'ordonnance qu'il affecte au regard de ces deux critères. Le droit d'agir au principal est toujours sauvegardé, qu'il s'agisse de préserver des preuves ou de rendre indisponibles des fonds. Et la satisfaction du requérant ne peut être assurée par la seule mesure obtenue sur requête car elle sera toujours caduque, voire nulle, si le juge du fond n'est pas saisi dans les délais requis. Même le lien structurel négatif, tel qu'il résulte de l'article 145, contribue à assurer la nature provisoire de l'ordonnance en ce sens qu'elle reste cantonnée à un rôle préparatoire, en amont, du procès au fond.

1138. L'apport d'un lien structurel de dépendance à l'égard du fond est par conséquent positif d'un double point de vue. Il contribue à protéger le tiers visé par l'assurance que celui-ci aura toujours droit à un procès contradictoire au fond, et restreint l'ordonnance sur requête à un rôle conservatoire de l'instance au principal. Il donc légitime de se demander, si, *de lege ferenda*, une extension de ce lien est nécessaire.

¹ V., par exemple en matière de brevets d'invention, l'art. L. 615-5 du CPI ; *adde* Cass. Com., 29 juin 1999, JCP E 1999 p. 1513, sur l'impossibilité pour le juge de refuser une saisie descriptive.

b. Le lien structurel *de lege ferenda*

1139. Malgré les avantages qu'il procure sur les plans pratique comme théorique, le lien structurel est très peu répandu dans le vaste groupe des ordonnances sur requête. Certaines catégories d'ordonnance ne peuvent par hypothèse pas être subordonnées à une instance au fond. Il s'agit tout d'abord des ordonnances sur requête définitives, qu'elles soient gracieuses ou rendues en la forme des requêtes. Elles ne peuvent en effet pas être liées à un procès au fond car elles *sont* elles-mêmes ce procès, en ce sens que le juge des requêtes statue alors au principal et réalise directement le droit substantiel invoqué¹. Par ailleurs, l'ensemble des ordonnances innommées sont dépourvues d'un tel lien de dépendance, car aucun texte ne le prévoit. Enfin, rares sont celles des ordonnances nommées pour lesquelles le législateur a prévu une dépendance structurelle, réservant ce mécanisme à quelques textes choisis. Les seules à en être pourvues sont les ordonnances nommées qui sont également provisoires sur le plan substantiel, ce qui confirme sur ce point la cohérence de la théorie du provisoire.

1140. La question de la généralisation du lien structurel ne peut par conséquent se poser qu'à l'endroit des ordonnances innommées. Elle peut être formulée comme suit : faut-il prévoir une obligation générale et permanente de saisir le juge du principal à chaque fois que le juge des requêtes fait droit à une demande d'ordonnance innommée ? La question n'est en réalité pas nouvelle² et a déjà été posée en matière de référé, au vu de l'importance croissante qu'a connue cette procédure au cours du XX^e siècle³. Mais en procédure civile comme ailleurs, la bonne réponse est souvent le fruit de la nuance et du compromis plutôt que d'opinions tranchées. L'ordonnance sur requête n'échappe pas à cette règle, obligeant de pondérer la réponse à la question de l'élargissement du lien structurel.

1141. La nuance est d'autant plus nécessaire ici que l'existence d'un lien structurel entre le provisoire et le fond comporte son lot d'inconvénients. Le premier, mais non des moindres, est l'engorgement des juridictions de fond, qui risquerait de se retrouver notablement alourdi du fait de l'obligation de saisir le juge du principal après avoir obtenu une décision provisoire. De plus, une telle obligation

¹ V. *Supra*, n^{os} 114 s. et 78 s.

² V. à ce sujet les observations de R. Perrot dans son « Rapport de synthèse au XXI^e colloque des IEJ » in *Actes du colloque*, Cahiers de l'Université de Pau, 1981 p. 361, spéc. p. 370.

³ J.-P. Rousse, « Nature et finalité de la décision de référé », *Gaz. Pal.* 1977, p. 25; J. Normand, « Les fonctions des référés », in Tarzia and Van Compernelle (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 8 ; R. Perrot, « L'évolution du référé », in *Mélanges Hébraud*, Paris, Dalloz, 1981, p. 645.

mise à charge des justiciables constituerait un frein matériel et psychologique important à la saisine des juridictions du provisoire, qui doivent rester les plus accessibles possible pour assurer leur rôle de protection juridictionnelle. La systématisation du lien structurel n'apparaît donc pas souhaitable de ce point de vue.

1142. L'argument inverse, en faveur d'un élargissement du lien structurel, consisterait à souligner le danger que présente le modèle de provisoire autonome¹, c'est-à-dire dépourvu de tout lien avec les juges du principal. Il risque de conduire à une articulation anormale des procédures, à un détournement de la finalité des ordonnances sur requête, celles-ci devenant la *fin* et non les *moyens* de la protection juridictionnelle². En matière de référé, un tel détournement n'est pas toujours néfaste car il devient un moyen efficace de désengorger le rôle des juges du fond, fut-ce au moyen de décisions provisoires. Mais un tel argument peut difficilement être avancé pour les ordonnances sur requête, du fait de leur caractère unilatéral qui empêche de les voir comme un substitut du procès au fond, au contraire du référé qui est caractérisé par un véritable débat contradictoire. Par conséquent, l'absence de tout lien structurel pour les ordonnances innommées se révèle potentiellement préjudiciable à la cohérence de l'institution judiciaire dans son ensemble. Une voie médiane doit donc être trouvée.

1143. Puisque ni l'absence ni la présence systématique de lien structurel ne peuvent être entièrement satisfaisantes, un élément de souplesse doit être introduit. Cet élément ne peut qu'être l'appréciation du juge des requêtes lui-même. Le juge devrait ainsi pouvoir introduire un lien structurel lorsqu'il l'estime nécessaire, c'est-à-dire soit lorsque l'ordonnance rendue risque de marquer la fin du procès *de facto* sinon *de jure*, soit lorsqu'un droit fondamental risque d'être menacé par la mesure octroyée.

Nous avons conscience qu'une telle proposition risque de bouleverser les idées processuelles reçues. Mais plusieurs arguments plaident en faveur de l'octroi au juge des requêtes d'un tel pouvoir. Tout d'abord, sur le plan du droit interne, il existe un précédent consistant à créer un lien entre le provisoire et le fond : la technique de la passerelle en référé. Cette méthode d'origine prétorienne est née au sein des juridictions parisiennes sous l'impulsion de Pierre DRAI³, avant d'être introduite dans le Code de procédure civile par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998. L'article 811, qui en est issu, dispose aujourd'hui qu'« à la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le

¹ C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, p. 421 s.

² Sur l'articulation anormale du provisoire et du fond, V. *Infra*, n°s 1165 s.

³ V. J.-B. Racine, «La technique de la "passerelle" en droit judiciaire privé», in *Mélanges Julien*, Paris, Edilalix, 2003, p. 354 ; *adde* J.-J. Bourdillat, «La passerelle devant le Tribunal de commerce», *Gaz. Pal.* 1990, p. 400.

président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond ». Il ne s'agit certes pas du lien structurel tel qu'il a été jusqu'ici envisagé à propos de la procédure sur requête, mais l'exemple est parlant en matière de marge d'appréciation laissée au juge.

Hors de nos frontières, c'est vers la procédure italienne de *cautele*¹ qu'il faut se tourner pour un autre exemple de pouvoir d'appréciation du juge dans la mise en œuvre de la protection juridictionnelle provisoire. Cette procédure, à mi-chemin entre la requête et le référé, commence toujours par une requête adressée au juge. C'est alors à ce dernier de décider si l'instance doit se poursuivre de manière unilatérale, ou si un débat contradictoire est nécessaire auquel cas il convoque l'adversaire. La protection juridictionnelle y gagne en rapidité et en efficacité, grâce à la souplesse que permet la marge de manœuvre laissée au magistrat quant à l'articulation des procédures. Pourquoi, dès lors, ne pas introduire en droit interne une flexibilité similaire quant à la dépendance entre le provisoire et le fond ?

1144. Si un tel pouvoir devait être accordé au juge des requêtes, il devrait nécessairement avoir une assise textuelle. Nous proposons donc d'introduire dans le Code de procédure civile un **nouvel article 496-2** ainsi rédigé :

« Le juge peut également, à peine de caducité de la mesure ordonnée, enjoindre au requérant d'engager ou de poursuivre, dans les conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat, une procédure permettant d'obtenir un titre exécutoire ».

1145. Ce raisonnement pourrait même être poussé plus loin. En effet, comme il vient d'être dit, il y a des hypothèses où le lien structurel devrait être introduit en raison d'un risque accru pour les droits du tiers visé. Dans ce cas, il est possible que l'éviction du contradictoire ne soit pas justifiée et que la mesure sollicitée ne puisse être accordée par voie de requête. Pour autant, *de lege lata*, le juge des requêtes n'a alors pas d'autre choix que de rejeter la requête comme irrecevable, en renvoyant le requérant à mieux se pourvoir. L'efficacité de la justice civile gagnerait pourtant à une meilleure articulation des procédures et la transposition de la technique de la passerelle, telle qu'elle est connue en matière de référé, pourrait être envisagée. Il faut toutefois préciser que cette situation serait différente du cas où le juge introduit un lien structurel lorsqu'il prononce la mesure : celle-ci est en effet pleinement justifiée par les circonstances qu'invoque le requérant. En revanche, dans le cas où une passerelle serait mise en œuvre, le prononcé d'une mesure unilatérale n'est pas justifié

¹ C. Chainais, *op. cit.*, pp. 45 s.

en soi, mais l'urgence commande de fixer la date d'une audience au fond, à la manière de la procédure à jour fixe.

Une passerelle peut-elle être établie vers le fond comme le permet en matière de référé l'article 811 du Code de procédure civile¹ ? Rien, sur le plan des principes, ne semble s'y opposer. Cette proposition pourrait prendre la forme d'un **nouvel article 496-3** ainsi rédigé :

« En cas d'urgence et si la mesure sollicitée justifie que soit appelée la partie adverse, le président saisi par requête peut, à la demande du requérant, renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Dans ce cas, l'ordonnance emporte saisine du tribunal. Il est ensuite procédé comme il est dit à l'article 790 et aux trois derniers alinéas de l'article 792 ».

1146. La possibilité donnée au juge d'introduire, lorsqu'il l'estimera nécessaire, un lien structurel entre l'ordonnance innommée et la juridiction du principal, présente l'avantage de corriger certains excès de la procédure unilatérale. La protection des droits du tiers visé peut s'en trouver grandement améliorée. Par ailleurs, elle compléterait la proposition de texte précédemment formulée qui donne au juge des requêtes le pouvoir de provoquer devant lui une instance contradictoire à une date qu'il fixe, par analogie à la possibilité dont dispose le juge de l'exécution². La procédure sur requête s'intégrerait ainsi harmonieusement tant au sein de la justice provisoire que de la justice définitive. De plus, et ce n'est pas là le moindre des apports d'une telle innovation textuelle, les ordonnances innommées seraient davantage cantonnées à leur rôle de préparatoire du procès au fond, c'est-à-dire de décisions structurellement provisoires.

1147. L'analyse du lien structurel qui vient d'être faite n'épuise pas à elle seule les possibilités d'articulation entre le provisoire et le fond. Il faut encore réserver le cas où la procédure sur requête est introduite en cours d'une instance au principal, ce qu'il convient à présent d'examiner.

¹ « A la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal. Il est ensuite procédé comme il est dit à l'article 790 et aux trois derniers alinéas de l'article 792 ».

² Art. R. 511-5 CPCE.

B. L'ordonnance sur requête en cours d'instance au fond

1148. La possibilité d'user de la procédure sur requête alors qu'une instance au fond est pendante a suscité moins de débats qu'en matière de référés¹, car elle a été directement admise dans les textes du nouveau Code de procédure civile. Deux articles font référence, quoiqu'indirectement, à la requête en cours d'instance. Le premier est l'article 494 alinéa 2 qui dispose que « si [la requête] est présentée à l'occasion d'une instance, elle doit indiquer la juridiction saisie ». Le second est l'article 812 alinéa trois qui dispose que « les requêtes afférentes à une instance en cours sont présentées au président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge déjà saisi ». L'articulation concomitante de la procédure sur requête et de l'instance au fond exige de préciser les modalités d'accès au juge des requêtes (1.), avant de montrer en quoi ce mécanisme contribue au caractère structurellement provisoire des ordonnances sur requête (2.).

1. L'accès à l'ordonnance sur requête en cours d'instance

1149. Le régime de l'ordonnance sur requête en cours d'instance appelle deux séries de remarques. La première est que lorsqu'une juridiction est déjà saisie au fond, la compétence en matière d'ordonnances sur requête revient au président de la chambre saisie, perturbant les règles ordinaires de compétence matérielle et territoriale de la juridiction des requêtes (a.). Par ailleurs, les chefs de saisine constants en matière d'ordonnances innommées, à savoir l'urgence et la nécessité d'évincer le contradictoire, doivent être appréciés plus strictement lorsque le juge du principal est concomitamment saisi (b.).

a. Le juge compétent

1150. C'est la disposition précitée de l'article 812 alinéa 3, qui permet d'écarter les règles ordinairement applicables à la détermination de la compétence du juge des requêtes. Ce texte dispose que « les requêtes afférentes à une instance en cours sont présentées au président de la

¹ V. J. Ponelle, *Le référé en cours d'instance : étude théorique et pratique*, Paris, Sirey, 1934, pp. 37 s.

chambre à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge déjà saisi ». Même si l'indication du président de la chambre est considérée comme une mesure d'administration judiciaire destinée à assurer la répartition des requêtes pour le bon ordre du service¹, elle n'en constitue pas moins une véritable dérogation aux règles de compétence. Elle implique en effet qu'est compétente la juridiction saisie au fond² et dont la chambre n'est qu'une émanation. Le but affiché du législateur est ici de concentrer les contentieux entre les mains des mêmes juges, qui seront d'autant mieux avisés pour apprécier le bien-fondé de la requête qu'ils connaissent les éléments du même litige au principal³. Dans la même optique, les termes « juge déjà saisi » doivent être compris comme désignant le cas où le tribunal statue à juge unique⁴.

1151. Cette simplification des règles de compétence se heurte cependant à une difficulté sémantique qui peut se révéler être de taille. L'article 812 alinéa 3 n'est en effet applicable que si la requête est « afférente » à une instance en cours. L'interprétation la plus immédiate de ce terme amène à le rapprocher de l'idée d'une connexité particulièrement marquée. On peut ainsi lire qu'« un simple lien de connexité est insuffisant »⁵ pour que la requête soit considérée afférente, ou encore qu'il faut que celle-ci soit « attachée à l'instance en cours par un lien de connexité indiscutable »⁶. En réalité, la définition du terme *afférente* renvoie au débat déjà abordé à propos de l'absence de litige qu'exige l'article 145⁷, c'est-à-dire à la distinction entre l'objet de l'instance et les faits à l'origine de la demande en justice. En d'autres termes, la requête qui est *afférente* à l'instance en cours est-elle celle qui a le même objet que le procès au principal ou celle qui porte sur les mêmes faits ?

1152. Le premier critère, celui de l'objet de l'instance, semble être celui qui s'incorpore le mieux dans la séquence du procès qu'implique la protection juridictionnelle provisoire. Si l'objet de l'instance au principal est la réalisation d'un droit substantiel, l'objet de la procédure sur requête est de protéger l'objet de ce droit jusqu'à ce que le juge du fond se soit prononcé. Mais si ce critère est satisfaisant sur le plan des principes, il n'en demeure pas moins compliqué à mettre en œuvre en pratique. Comment, dès lors, déterminer avec certitude le droit substantiel qu'une requête donnée vise à protéger ? Par exemple, solliciter du juge des requêtes qu'il autorise l'apposition de scellés sur la

¹ TGI Paris, ord. req., 5 mars 1984, Gaz. Pal. 1984, 1, p. 576.

² Certains auteurs observent par ailleurs que la règle n'est pas toujours observée dans la pratique des juridictions, les requêtes en cours d'instance étant souvent déposées au greffe du Président, V. Ph. Bertin, «Les ordonnances sur requête et leurs nouveaux signataires», Gaz. Pal. 1979, 1, Doctrine, 294, spéc. p. 297 ; *adde* Philippe Bertin, «Les ordonnances sur requête, le président du tribunal et la trinité », note sous TGI Paris, 5 mars 1984, Gaz. Pal. 1984, 1, Doctrine, 237.

³ En ce sens, X. Vuitton, «Fasc. 480 : Ordonnances sur requête», J.-Cl. Proc. Civ. 2012, n° 8.

⁴ V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Paris, Sirey, 1991, n° 1375.

⁵ X. Vuitton, *préc.*

⁶ Ph. Bertin, *préc.*

⁷ V. *Supra*, n°s 1125 s.

porte d'un immeuble peut tout à la fois tendre à protéger le droit de propriété du bailleur comme le droit à la jouissance paisible des lieux du preneur. Une même mesure ordonnée au provisoire peut avoir des effets allant au-delà d'un seul droit substantiel. Partant, il peut être délicat en pratique de déterminer si la mesure sollicitée par requête est afférente par son objet à une instance pendante au principal. Ce critère ne se révèle donc pas pleinement satisfaisant.

1153. Le second critère, celui des faits qui font l'objet de la demande, paraît *a priori* plus sûr. En application de celui-ci, serait afférente à une instance en cours la requête qui serait fondée sur les mêmes faits que la demande au principal. Cependant, ce critère souffre lui aussi d'une certaine ambivalence. Il a déjà été vu par ailleurs¹ que le droit de la protection provisoire en général, et de la procédure sur requête en particulier, obéissait à des conditions d'application qui lui sont propres et distinctes de la demande portée au fond. Pour reprendre l'exemple donné précédemment, le bailleur qui agit au fond pour voir reconnaître la résiliation forcée du bail invoquera à l'appui de sa demande la clause résolutoire stipulée dans le contrat qui le lie au preneur. Mais lorsqu'en cours d'instance ce même bailleur sollicite par requête l'apposition de scellés, il invoquera des faits différents : l'insalubrité des locaux qui justifie l'urgence, l'attitude du preneur qui requiert que le contradictoire soit évincé, etc... Les faits invoqués peuvent donc varier entre la demande au fond et celle faite sur requête et ce critère peut se révéler incertain.

1154. Malgré les quelques aléas qui peuvent fausser chacun de ces deux critères, une voie médiane, à mi-chemin entre l'objet de l'instance et les faits qui la fondent, peut être trouvée. Il revient à la cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 23 avril 1980², d'avoir posé les bases d'un troisième critère mixte. Les magistrats parisiens ont décidé que n'est pas afférente à une instance en divorce par consentement mutuel une requête aux fins de constater l'adultère du conjoint, au motif qu'un tel constat serait sans effet sur le dénouement de la procédure en cours. Sans doute, et c'est bien ce que semble suggérer la cour, la solution aurait-elle été différente si l'instance avait été engagée sur le fondement du divorce pour faute. Il faut donc en déduire que doit être considérée afférente à l'instance au fond *la requête qui porte sur des faits concluants pour cette instance*, c'est-à-dire ceux dont la qualification permet au juge du fond de fonder sa décision, qui sont concluants au regard du litige en cours. Ainsi, la requête du bailleur donnée précédemment en exemple sera afférente à l'instance en résiliation si la clause résolutoire est subordonnée à l'insalubrité des locaux sur laquelle ce même bailleur fonde sa requête. Réciproquement, toute requête qui ne portera pas sur des faits *concluants* pour l'instance au fond ne doit pas être considérée comme afférente à celle-ci, et les

¹ Par l'application de l'écriture structurale de la règle de drois, V. *Supra*, n°s 205 s.

² Paris 23 avril 1980, JCP 1981, II, 18539 note R. Lindon et Ph. Bertin.

règles ordinaires gouvernant la compétence du juge des requêtes doivent retrouver leur pleine application.

1155. Pour conclure sur la détermination de l'instance au fond à laquelle l'ordonnance sur requête est afférente, il faut ajouter que les seuls faits *concluants* sont insuffisants à en donner une définition complète. Ils constituent en effet l'aspect *objectif* du lien d'instance, par opposition à son aspect *subjectif* que sont les parties. La précision est d'importance car la requête afférente à l'instance en cours partage avec elle ses éléments objectifs comme subjectifs. En d'autres termes, l'adversaire « intellectuellement visé »¹ dans la requête est opposé au requérant dans l'instance au fond. Il ne saurait bien entendu être question d'identité des parties entre les deux instances, en raison de la nature unilatérale de la procédure sur requête. Il s'agit cependant d'une identité au moins intellectuelle en ce sens que la mesure sollicitée par requête est dirigée contre la partie opposée au requérant dans l'instance au principal. En somme, la requête afférente à l'instance au fond est celle qui, d'une part, porte sur des faits concluants pour l'instance au fond, et, d'autre part, est dirigée contre la partie opposée au requérant dans cette même instance au fond.

1156. Outre une dérogation aux règles de compétence, l'introduction d'une requête au cours d'une instance au fond n'est pas sans incidence sur l'appréciation des chefs de saisine des ordonnances innommées, ce qu'il convient à présent d'examiner.

b. L'appréciation des chefs de saisine

1157. La vocation de l'ordonnance sur requête en tant qu'instrument de la protection juridictionnelle provisoire est par essence conservatoire car elle vise à protéger le droit d'agir au principal. Cette protection s'opère par la préservation, au moyen de la mesure ordonnée sur requête, des faits qui feront l'objet de l'instance au principal, qu'il s'agisse d'établir des preuves par une mesure d'instruction à futur ou d'éviter le détournement d'un bien par sa mise sous séquestre. Or, la mise en œuvre de cette protection provisoire, qui s'opère majoritairement au moyen des ordonnances innommées², varie nécessairement selon que l'instance au fond est une simple éventualité ou qu'elle est pendante devant le juge du principal. C'est en particulier l'appréciation des chefs de saisine qui

¹ S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003, pp. 412 s.

² A l'exception des rares ordonnances nommées qui doivent être classées parmi les mesures provisoires par nature, comme les mesures *in futurum*, les saisies conservatoires, les saisies contrefaçon et les mesures d'urgence de l'article 220-1 du Code civil, V. *Supra*, n°s 95 s.

doit en ce cas subir des ajustements, dans le sens d'une plus grande sévérité de la part du juge des requêtes.

1158. L'urgence tout d'abord, sera souvent moins aiguë lorsque l'instance au fond est déjà en cours. Définie comme « l'état de ce qui ne peut attendre »¹, l'urgence se traduit en procédure comme le dommage que risque de subir le justiciable faute d'une intervention juridictionnelle imminente. Or, si une procédure au principal est en cours, le requérant bénéficie déjà d'une intervention juridictionnelle. Cela ne revient pas à dire qu'il n'y a plus dans ce cas de place pour l'urgence au sens de l'article 812 alinéa 2², mais plutôt que celle-ci doit être appréciée plus strictement. Seules deux séries de circonstances semblent pouvoir caractériser l'urgence lorsque la procédure sur requête est introduite en cours d'instance au fond. La première concerne les situations dans lesquelles le juge du principal, du fait de la lenteur de la procédure, est incapable de protéger l'objet du droit d'action qui risque de disparaître ou de souffrir un préjudice si des mesures ne sont pas prises rapidement. Ce serait par exemple le cas du demandeur à une action en revendication mobilière si le détournement des objets revendiqués apparaissait imminent nonobstant la procédure en cours. Une mise sous séquestre, sollicitée par requête, permettrait alors de préserver l'intégrité des biens jusqu'à ce que soit rendue la décision au fond. La seconde série de circonstances qui justifierait l'urgence s'inscrit dans la même logique, bien que légèrement différente. Il s'agit de toutes les hypothèses où l'urgence, qui n'existait pas au moment où l'instance au principal a été introduite, est apparue au cours de celle-ci.

1159. La condition d'urgence rejoint immédiatement la nécessité d'évincer le contradictoire, à défaut de laquelle la procédure des référés devrait être empruntée par préférence à la requête. Ceci serait d'autant plus commode que la plupart des juges uniques spécialisés disposent de la juridiction des référés lorsqu'ils sont saisis, à l'instar du juge aux affaires familiales³ ou encore du juge de la mise en état⁴. Cela contribue notablement à la concentration du contentieux entre leurs mains et les raisons de leur faire échapper une partie de la protection provisoire doivent être d'autant plus impérieuses.

Il a déjà été vu par ailleurs que les faits qui rendent nécessaires l'éviction du contradictoire qui caractérise les ordonnances sur requête peuvent être réduits à deux catégories : la recherche d'un effet de surprise et l'impossibilité d'identifier l'adversaire⁵. Dans le cas où la procédure sur requête est introduite en cours d'une instance au fond, il ne saurait être question de ne pas pouvoir identifier

¹ V° *Urgence*, Dictionnaire Le Littré de la langue française.

² Ce texte dispose que le président peut « ordonner sur requête toutes mesures *urgentes* lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

³ Art. 1073 al. 2 CPC.

⁴ Art. 771 CPC.

⁵ V. *Supra*, n°s 816 s.

le potentiel défendeur puisqu'il est par hypothèse partie à l'instance au principal qui l'oppose au requérant. Il ne reste donc que l'effet de surprise, lorsqu'il conditionne l'efficacité de la mesure sollicitée, qui puisse justifier le recours à la procédure unilatérale.

L'effet de surprise a un domaine d'autant plus restreint que l'adversaire que vise la requête n'est plus ignorant des intentions du requérant en raison de l'existence entre eux d'un procès au principal. La mesure recherchée ne devrait par conséquent être sollicitée par requête que lorsque le comportement de l'adversaire lui-même met en péril son efficacité. Dans l'exemple donné plus haut, la mise sous séquestre ne doit pouvoir être demandée par requête que dans le cas où le défendeur au procès en revendication, s'il venait à être averti, serait de mauvaise foi et détournerait d'autant plus vite les biens revendiqués. Au contraire, si le risque de détournement n'était pas avéré, la demande devrait être formulée par une assignation en référé.

1160. L'accès au juge des requêtes au cours d'une instance au fond doit donc être envisagé plus restrictivement qu'en l'absence de celle-ci, car la nécessité de protection unilatérale en devient moins pressante et par conséquent plus difficile à justifier. Lorsque néanmoins le recours à la procédure sur requête s'avère fondé, l'ordonnance qui la clôt n'en reste pas moins provisoire structurellement.

2. Le provisoire structurel des ordonnances sur requête rendues au cours d'une instance au fond

1161. S'interroger sur la nature, provisoire ou non, des ordonnances sur requête rendues au cours d'une instance au fond, est parfaitement légitime. Jusqu'ici la théorie du provisoire s'est appuyée sur le postulat selon lequel ces décisions n'ont qu'un rôle conservatoire dans le schéma procédural général, préparatoire du procès au fond dont l'avènement n'est jamais certain. Est-il dès lors possible de continuer à leur attribuer une telle fonction lorsque le procès au fond existe déjà et que le droit d'action a été exercé ? Répondre à cette question implique de confronter les ordonnances sur requête en cours d'instance aux critères du provisoire structurel, qu'il apparaît utile de rappeler ici à titre liminaire. Est considérée structurellement provisoire la décision qui, d'une part, préserve le droit d'agir au fond et, d'autre part, ne permet pas la satisfaction immédiate du requérant. L'ordonnance sur requête provisoire au vu de ces critères cumulatifs s'intègre dans le processus juridictionnel en tant que moyen et non en tant que fin. Elle assure l'efficacité et la continuité du service public de la

justice jusqu'à ce que la décision au principal soit rendue. Qu'en est-il des ordonnances sur requête en cours d'instance ?

1162. En ce qui concerne le premier critère, le rôle conservatoire des ordonnances en cours d'instance doit être envisagé au sens large. Lorsqu'elle est rendue avant tout procès au fond, l'ordonnance sur requête tend à préserver le droit d'agir, sauf dans les hypothèses exceptionnelles où elle est détournée de son but¹. Lorsque le procès au principal est pendant, le rôle conservatoire des ordonnances sur requête se manifeste différemment, comme cela a été vu à propos de l'appréciation des chefs de saisine du juge des requêtes². Il ne s'agit plus de préserver le droit d'agir mais d'empêcher que disparaisse l'objet de l'instance au fond, faute de quoi celle-ci serait au mieux inutile, au pire éteinte. L'existence d'une procédure au fond contradictoire n'exclut pas qu'apparaisse la nécessité, en cours de celle-ci, d'ordonner des mesures dont l'efficacité requiert qu'elles soient ordonnées unilatéralement. L'apposition de scellés, la mise sous séquestre, la nomination d'un administrateur provisoire, etc... Il s'agit là d'autant de mesures qui peuvent ne s'avérer efficaces qu'ordonnées à l'insu de celui qui les subit. A défaut, les biens qui font l'objet de l'instance au fond pourraient être détournés, aliénés, voire détruits. En ce sens, l'ordonnance sur requête en cours d'instance ne contribue donc plus à préserver le droit d'agir au fond en tant que tel ; elle assure la pérennité³ de cette procédure au principal jusqu'à son dénouement, en préservant l'objet de l'instance. Elle continue donc de remplir une fonction conservatoire au sens du premier critère du provisoire structurel.

1163. Préserver l'objet de l'instance au fond implique par ricochet l'absence de satisfaction immédiate du requérant. La *satisfaction* a en effet été précédemment définie comme la réalisation, au principal, du droit substantiel du requérant. Cette réalisation implique que le juge du fond se soit prononcé sur l'existence ou l'inexistence du droit substantiel, ainsi que sur son étendue, le cas échéant. L'ordonnance sur requête en cours d'instance ne peut aboutir à ce résultat, pour deux raisons au moins. La première est qu'en ordonnant des mesures dont l'utilité est appréciée strictement⁴, le juge des requêtes ne peut en aucun cas consacrer l'existence ou l'absence du droit substantiel. En d'autres termes, l'apposition de scellés sur un bien immeuble ne préjuge en rien du droit de propriété sur celui-ci. Il est vrai que sur le plan factuel, l'ordonnance sur requête peut parfois marquer la fin du processus juridictionnel, ce qui constitue une issue anormale de la justice provisoire⁵. Mais cela est très improbable, sinon impossible, lorsque l'instance au principal est déjà

¹ V. *Infra*, n°s 1165 s.

² V. *Supra*, n°s 816 s.

³ Mais aussi l'efficacité future de son éventuel résultat judiciaire...

⁴ V. *Supra*, n°s 990 s.

⁵ V. *Infra*, n°s 1165 s.

en cours et que le prononcé de la décision au fond n'est qu'une question de temps. C'est là la seconde raison pour laquelle l'ordonnance sur requête en cours d'instance remplit le critère d'absence de satisfaction. Pour dire les choses autrement encore, la mesure prononcée par requête ne peut réaliser le droit substantiel du requérant, et le processus juridictionnel ne peut en rester au stade de la protection juridictionnelle provisoire étant donné que le procès au fond est en cours. Le deuxième critère du provisoire structurel est donc bien rempli.

1164. Il faut conclure de ce qui précède que les ordonnances sur requête rendues au cours d'instance au fond sont bien provisoires structurellement. Cette observation doit néanmoins être immédiatement nuancée car il n'a été jusque-là question que des ordonnances innommées, qui sont provisoires par nature sur le plan substantiel¹. Sur ce point, la théorie du provisoire se trouve confirmée, les décisions provisoires substantiellement l'étant également sur le plan structurel. Il s'agit ici de l'articulation normale des procédures, lorsque la décision au fond suit le prononcé de la mesure provisoire. Mais une articulation *anormale* est également possible, dans laquelle le procès au fond n'est jamais introduit, la mesure obtenue sur requête marquant la fin du processus juridictionnel.

§2. L'articulation anormale des procédures : l'instrumentalisation des ordonnances sur requête

1165. La cohésion de la théorie du provisoire, telle qu'exposée dans la présente recherche, repose sur la corrélation systématique entre celles des mesures ordonnées sur requête qui sont provisoires substantiellement et celles qui le sont structurellement. La prémisse théorique du provisoire substantiel trouve sa justification dans le provisoire structurel ; si telle mesure est de nature procédurale et ne lie pas le juge du fond, c'est qu'elle ne sert qu'à protéger le droit d'action pour que le juge du principal puisse réaliser, le moment venu, le droit substantiel du requérant. Jusqu'ici, cette concordance entre les deux facettes du provisoire a été vérifiée en tous points. Toutefois, comme toute règle, la réciprocité du substantiel et du structurel souffre d'une exception. Et s'il est commun, dans le langage populaire, de dire que *l'exception confirme la règle*, en matière de provisoire il s'agit plutôt d'un détournement déviant des objectifs que le législateur a assigné à la protection juridictionnelle provisoire. C'est en raison d'un tel détournement que l'articulation anormale du

¹ V. *Supra*, n° 95.

provisoire et du fond sera traitée dans les lignes qui vont suivre sous le vocable *instrumentalisation*, qui signifie littéralement « utiliser à des fins détournées »¹.

1166. Il faut cependant préciser le sens et la portée de l'adjectif *anormal* qui caractérise, dans les développements qui vont suivre, l'instrumentalisation des ordonnances sur requête. L'argument contraire peut en effet parfaitement être avancé, selon lequel il n'y aurait aucune anormalité à ce que le litige se règle au provisoire. Le vocable *provisoire* trouve ses racines étymologiques dans le latin *providere*, par précaution. Quel mal y aurait-t-il, pour les parties, à porter *par précaution* leur litige au provisoire et décider, après coup, de ne pas poursuivre leur différend judiciaire devant le juge du principal ? La réponse à ce contre argument doit être nuancée, entre les considérations purement théoriques et la pratique de la juridiction provisoire.

Sur le plan de la théorie, le terme *anormal* est le plus approprié pour décrire l'instrumentalisation des ordonnances sur requête. Elle s'oppose à l'harmonie *normale* entre le provisoire structurel et substantiel. Rappelons le sens de ces deux termes : la décision substantiellement provisoire est celle qui est de nature purement procédurale, et ne lie pas le juge du fond, tandis que la décision structurellement provisoire est celle qui ne permet pas la satisfaction du justiciable et prépare le procès au fond. Ces deux aspects du provisoire ne sont que les deux faces d'une même médaille, car le provisoire structurel explique et justifie le provisoire substantiel. Si une décision est de nature procédurale, c'est précisément parce qu'elle n'a pour unique but que de préparer le procès au principal et non de satisfaire directement le justiciable². De ce point de vue, une décision qui est provisoire substantiellement mais ne prépare pas de procès au fond, et doit en conséquence être qualifiée structurellement définitive, est une anormalité au sens de ce qui n'est pas « conforme à la règle »³.

Sur le plan de la pratique, l'argument selon lequel cette instrumentalisation n'est pas toujours anormale peut néanmoins partiellement prospérer. Les parties peuvent effectivement avoir de bonnes raisons de ne pas saisir le juge du principal. Pour le requérant, ce sera le cas lorsque l'ordonnance sur requête lui permet d'obtenir une satisfaction immédiate, sinon en droit, du moins dans les faits. Pour celui qui subit la mesure, l'inaction peut être le fruit d'un repentir, d'une reconnaissance de son propre tort qui lui fait accepter l'ordonnance rendue contre lui. Mais il faut souligner ici que le caractère unilatéral de la procédure sur requête rend ces deux situations moins acceptables, sinon moins probables. Sans débat contradictoire, il n'y a aucune possibilité de

¹ V° *Instrumentaliser*, Dictionnaire Le Littré de la langue française.

² Satisfaction qui ne peut résulter, dans notre définition du provisoire, que de la réalisation du droit substantiel.

³ V° *Normal*, Dictionnaire Le Littré de la langue française.

conciliation ou de médiation¹. Sans apparence de justice, l'intervention juridictionnelle prend davantage les allures d'un tour de force que d'un instrument de pacification sociale. Il faut donc en conclure que, sur le plan purement pratique du moins, la *définitivisation* de l'ordonnance sur requête n'est pas toujours indésirable, mais qu'elle doit rester aussi exceptionnelle que possible. En ce sens, et parce qu'elle dévie de la norme qu'est la pacification des rapports sociaux par le débat contradictoire, elle justifie l'emploi du terme *anormale*.

1167. En quoi, dès lors, consiste l'instrumentalisation des ordonnances sur requête ? Seront rassemblées dans cette catégorie toutes les hypothèses où, après avoir sollicité une mesure sur requête, le requérant, pas plus que le tiers visé, n'introduit de procès au fond. Le conflit qui les oppose reste, l'ordonnance rendue mise à part, hors du système juridictionnel. La procédure sur requête marque la fin de l'intervention du juge étatique. Une telle « définitivisation » des mesures provisoires a déjà fait l'objet d'écrits en matière de référé², pour lequel le nombre de saisines du juge du fond a évolué de manière anti-proportionnelle aux pouvoirs que s'est octroyé le juge des référés³. Mais le caractère unilatéral de la procédure sur requête ne permet pas de raisonner dans les mêmes termes qu'en matière de référé et sa fonction d'évitement du procès au fond devient malsaine pour la protection des droits du tiers visé, qui risque de ne jamais bénéficier d'un débat contradictoire. Il importe, pour établir la nature anormale, de cette instrumentalisation, d'en préciser les moyens (A.), avant d'en décrire les effets sur la théorie du provisoire (B.).

A. Les moyens de l'instrumentalisation

1168. Le terme *moyens* renvoie ici aux mécanismes qui, en droit positif, rendent possible l'instrumentalisation des ordonnances sur requête. Le domaine de l'instrumentalisation doit être cerné (1.) pour comprendre les causes techniques de cette articulation anormale des procédures (2.).

¹ *Rappr.*, en matière de référé, Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, pp. 358 s.

² V. *Ibid.*, pp. 436 s.

³ L. Merland, *Recherches sur le provisoire en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001, pp. 418 s.

1. *Le domaine de l'instrumentalisation des ordonnances sur requête*

1169. Consacrer des développements au domaine de l'instrumentalisation implique que celle-ci puisse être circonscrite ou, en d'autres termes, qu'elle ne concerne qu'une partie du vaste groupe des ordonnances sur requête. Il s'avère que c'est bien le cas et les classifications catégorielles qu'opère la théorie du provisoire permettent de comprendre pourquoi.

1170. Il a déjà été vu par ailleurs que l'une des principales causes des difficultés de qualification qu'à jusque-là éprouvé la doctrine processualiste à l'endroit des ordonnances sur requête était leur hétérogénéité¹. Il est en effet délicat de ranger sous une classification juridique commune des éléments procéduraux disparates. La distribution des ordonnances sur requête au regard de leur nature provisoire ou définitive a permis de dégager quatre catégories de décisions : les ordonnances provisoires par nature, les ordonnances gracieuses, les ordonnances rendues en la forme des requêtes et, enfin, les mesures d'administration judiciaires². Le rapport entre cette classification et le domaine de l'instrumentalisation est que cette dernière ne peut, par hypothèse, porter que sur les ordonnances provisoires par nature. Ou plutôt que l'instrumentalisation elle-même comprend deux facettes en fonction de la nature de l'ordonnance qu'elle concerne.

1171. Pour comprendre la proposition qui précède il faut prendre en considération que l'existence des ordonnances rendues en la forme des requêtes est en soi une forme d'instrumentalisation de la procédure sur requête. Pour emprunter le vocabulaire des économistes, si l'usage du provisoire à titre de définitif est une *micro* instrumentalisation, alors la création par le législateur de procédures en la forme des requêtes³, à l'instar du procédé qui s'opère en matière de référé⁴, est une *macro* instrumentalisation. Sans doute est-ce là un procédé fortement contestable sur le plan théorique, tant il contribue à brouiller les frontières entre les qualifications et rend complexe la détermination de l'autorité à attribuer aux diverses ordonnances sur requête. C'est un choix de politique juridique. Mais, sur le plan de la justice provisoire, les ordonnances rendues en la forme des requêtes ne sont pas anormales au sens d'un détournement de leur fonction. Il s'agit en effet de procédures au principal empruntant les formes de la procédure sur requête. Leur fonction n'est dès lors pas de préparer un procès au fond, puisqu'elles constituent ce procès au fond. Il ne peut y avoir par

¹ V. *Supra*, n° 105.

² V. *Supra*, n°s 122 s.

³ I. Desprès, «Référé et requêtes... en droit des successions et libéralités», in *De code en code, Mélanges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 217 ; Y. Strickler et M. Foulon, «De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC», D. 2009, p. 2963.

⁴ *Ibid.* ; *adde*, par les mêmes auteurs, «Le décret n° 2011-1043 du 1er septembre 2011 et la procédure en la forme des référés», D. 2011, p. 2668.

hypothèse aucune saisine ultérieure du juge du principal. Le requérant qui souhaite conférer force exécutoire à sa transaction en application de l'article 1441-4 du Code de procédure civile réalise directement son droit. Il est alors normal, et non pathologique, que le processus juridictionnel s'arrête à l'ordonnance en la forme des requêtes, qui est à la fois substantiellement et structurellement définitive.

1172. Les mêmes observations valent à l'égard des ordonnances gracieuses, à ceci près que le caractère unilatéral de cette procédure n'est en rien un emprunt procédural mais une conséquence historique de ce qu'était, dans l'Ancien droit, la juridiction volontaire¹. Elles partagent cependant avec les ordonnances en la forme des requêtes leur caractère définitif, en ce que le juge gracieux statue au principal et son intervention est ponctuelle, par opposition au processus que constitue normalement la protection juridictionnelle provisoire.

1173. La théorie du provisoire, par la classification catégorielle qu'elle opère parmi les ordonnances sur requête, permet de circonscrire avec précision l'instrumentalisation qui perturbe la corrélation entre provisoire substantiel et structurel. Seules les ordonnances provisoires par nature sur le plan substantiel peuvent être instrumentalisées, car elles ne sont par hypothèse que des *moyens* de protection provisoire et non la *fin* de l'intervention juridictionnelle. Il s'agit, au sein de la classification précédemment énoncée, de l'ensemble des ordonnances innommées ainsi que des ordonnances nommées provisoires par nature que sont les saisies conservatoires, les mesures d'instruction à futur, les mesures d'urgence de l'article 220-1 du Code civil, ainsi que l'ensemble des saisies contrefaçon. Une fois cerné le domaine de l'instrumentalisation, il est plus aisé d'en comprendre les rouages.

2. Les causes de l'instrumentalisation des ordonnances sur requête

1174. Le détournement des ordonnances provisoires de leur fonction de protection n'est pas le résultat d'une cause unique mais plutôt d'une conjonction de facteurs qui rendent possible l'instrumentalisation. Ces facteurs sont au nombre de deux : l'indépendance structurelle de l'instance provisoire à l'égard du procès au fond et la capacité du juge des requêtes de permettre la satisfaction factuelle du requérant au moyen des mesures d'anticipation.

¹ V. *Supra*, n° 811. ; *adde* G. Wiederkehr, «L'évolution de la justice gracieuse», in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 483.

1175. En ce qui concerne tout d'abord l'autonomie de la protection provisoire¹, il a été vu que l'ensemble des ordonnances innommées sont structurellement indépendantes de l'instance au principal². Cette indépendance souffre cependant quelques exceptions, comme les ordonnances innommées rendues par le premier président de la cour d'appel, qui sont subordonnées à l'introduction préalable d'un appel en lien avec la requête³. Les saisies conservatoires et les saisies contrefaçon sont également dotées d'un lien structurel obligeant le requérant à introduire une procédure au principal sous peine de caducité de la mesure obtenue. Toute instrumentalisation est donc exclue à leur égard, ce qui est justifié par l'atteinte qu'elles sont susceptibles de porter à celui qui les subit. En revanche, l'absence générale de tout lien avec l'instance au fond participe du modèle de la justice provisoire autonome dont le référé est l'exemple topique⁴. C'est le domaine de prédilection du détournement de la protection provisoire. Sans aucune obligation de saisir le juge du fond, le requérant peut parfaitement se contenter de la mesure obtenue sur requête, qu'elle lui apporte une satisfaction véritable ou qu'il s'en serve comme outil comminatoire à l'encontre du tiers visé.

Une remarque particulière doit être faite à l'endroit des mesures d'instruction *in futurum* ordonnées sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Elles sont dotées d'un lien structurel négatif car la recevabilité de la requête sur ce fondement exige qu'aucune procédure au fond n'existe au jour de la demande⁵. Il est important de souligner qu'au contraire du lien structurel positif qui oblige à saisir le juge du fond, ce lien négatif ne peut prémunir contre l'instrumentalisation de la mesure obtenue sur requête. L'instrumentalisation concerne par hypothèse les suites de la procédure sur requête et non les exigences placées en amont de celle-ci. Et, comme il sera vu plus loin⁶, il est parfaitement possible que le requérant exploite la mesure d'instruction obtenue à des fins d'instrumentalisation.

1176. La seule indépendance de la protection provisoire obtenue sur requête ne suffit pas à en permettre le détournement. Il faut encore, pour qu'aucune procédure au principal ne soit introduite, que le requérant, comme le tiers visé, se satisfassent de la mesure obtenue sur requête, ou plutôt de la situation de fait qui résulte de son exécution. Une distinction doit être néanmoins faite ici entre la position du requérant et celle du tiers visé. Si le premier instrumentalise l'ordonnance parce qu'elle lui apporte au provisoire la satisfaction qu'il est susceptible de solliciter du juge du fond, le second

¹ Y. Strickler, *op. cit.*, pp. 514 s.

² V. *Supra*, n°s 1134 s.

³ Art. 958 CPC.

⁴ C. Chainais, *op. cit.*, pp. 402 s.

⁵ V. *Supra*, n°s 1125 s.

⁶ V. *Infra*, n°s 1183 s.

risque fort de renoncer à agir au fond en raison de la pression que la mesure exécutée fait peser sur lui, plutôt qu'en signe de reconnaissance de sa mauvaise foi¹.

1177. Du point de vue du requérant tout d'abord, la possibilité d'obtenir satisfaction au provisoire constitue un puissant stimulant pour arrêter à ce stade le processus juridictionnel. Pour la fluidité des développements qui vont suivre, la mesure qui apporte au requérant la satisfaction qu'il attendait du système juridictionnel dans son ensemble sera ici appelée la mesure *satisfactoire*. Il faut en effet user à propos de l'instrumentalisation d'un vocable nouveau car cette satisfaction dépasse la mesure d'anticipation dont il a été précédemment question². Il existe entre la mesure satisfactoire et la mesure d'anticipation une différence non de nature mais de degré, la seconde étant une variété de la première.

La mesure d'anticipation est en effet celle qui tend à reproduire au provisoire le résultat attendu du juge du principal. L'exemple le plus topique de ce mécanisme est le référé provision qui permet, en application de l'article 809 alinéa 2 du Code de procédure civile, d'obtenir du juge des référés une provision sur une obligation non sérieusement contestable. Le mécanisme qui s'en rapproche parmi les ordonnances sur requête est la procédure d'injonction de payer. Il s'agit cependant d'un mauvais exemple pour illustrer l'instrumentalisation car l'injonction de payer est une décision *sui generis*³ qui a vocation à devenir définitive par l'écoulement du délai d'opposition et ne peut par conséquent être qualifiée de provisoire⁴. L'anticipation n'a cependant pas besoin de prendre la forme d'une provision, ce qui permet justement de qualifier certaines décisions du juge des requêtes d'anticipatoires. L'anticipation en tant que telle peut en effet être appréciée de deux manières⁵. Elle peut tout d'abord s'opérer *in abstracto*, c'est-à-dire correspondre en tous points au résultat attendu du fond. C'est l'exemple de la provision qui vient d'être cité⁶ : au fond comme au provisoire, c'est l'octroi d'une somme au demandeur qui est obtenu si le juge fait droit à la demande. Mais l'anticipation peut également être appréciée *in concreto*, c'est-à-dire en rapport avec la situation de fait du requérant. L'ordonnance sur requête peut en effet aménager les faits de manière similaire à ce qu'aurait obtenue le requérant devant le juge du fond, même si *de jure* les effets de la décision provisoire sont radicalement différents du principal. Voici par exemple un requérant qui souhaite, au fond, empêcher son concurrent de vendre des biens contrefaits en violation d'un brevet dont il est

¹ Sur ce point, V. *Infra*, n° 1184.

² V. *Supra*, n°s 952 s.

³ V. *Supra*, n°s 774 s.

⁴ L. Merland, *op. cit.*, pp. 245 s.

⁵ V. *Supra*, n°s 981 s. ; *adde* C. Chainais, *op. cit.*, pp. 424 s.

⁶ L'exemple est tiré de la procédure des référés, mais il est utile pour illustrer l'instrumentalisation de l'ordonnance sur requête ; *adde*, pour une étude synthétique de la notion de provision, V. A. Boujeka, *La provision, essai d'une théorie générale en droit français*, Paris, LGDJ, 2001.

titulaire. Au provisoire il sollicite du juge des requêtes le placement de ces biens sous séquestre. La mesure n'est pas anticipatoire *in abstracto*. Elle l'est en revanche *in concreto* car la situation de fait résultant de ces deux décisions est similaire, sinon identique, car les biens litigieux ne peuvent être vendus.

1178. L'explication qui précède est cependant insuffisante pour expliquer le rapport entre la mesure *satisfaisante* et la mesure d'anticipation. Si l'anticipation, au sens qui vient de lui être donné, n'est qu'une variété de mesure satisfaisante, c'est que la satisfaction peut revêtir plusieurs formes. Anticiper sur le résultat attendu du juge du fond, de fait ou de droit, relève en effet de la satisfaction directe. Il existe un rapport immédiat entre la mesure sur requête et la satisfaction du requérant. Mais cette satisfaction peut également être indirecte, en ce sens que l'exécution de l'ordonnance rendue ne permet pas, à elle seule, le résultat attendu. Dans ce cas la satisfaction résulte d'un processus extra-juridictionnel qui s'ajoute à l'intervention du juge des requêtes. Prenons l'exemple d'un constat à futur sollicité par requête en matière de concurrence déloyale. Une fois la mesure exécutée, le requérant dispose d'une arme redoutable à l'encontre de son adversaire, qui risque d'être dissuadé d'introduire un référé-rétractation ou d'agir au fond. L'ordonnance sur requête devient un instrument comminatoire, incitant l'adversaire, qui se sent déjà condamné, à transiger avec le requérant. La satisfaction est indirecte et résulte non plus de la seule mesure provisoire, mais de sa combinaison avec un accord conclu en-dehors du prétoire. Ce qui amène à considérer l'autre facette de l'instrumentalisation, vue du côté du tiers visé par la mesure.

1179. En effet, si l'ordonnance sur requête n'est suivie par aucun procès au fond, c'est que le tiers visé par la mesure, tout comme le requérant, a renoncé à l'introduire. Si le requérant renonce à saisir le Tribunal, c'est parce qu'il a trouvé une satisfaction, directe ou indirecte, dans la mesure ordonnée. Il ne saurait en être toujours de même pour le tiers visé, pour qui la mesure ordonnée à son insu présente un fort caractère comminatoire. Deux facteurs contribuent à faire de l'ordonnance sur requête une arme psychologique redoutable. En premier lieu, c'est le sentiment d'avoir déjà été condamné, même à son insu, par une juridiction. On sait aujourd'hui combien l'institution judiciaire peut être intimidante pour le profane et la mise à exécution de l'ordonnance sur requête par l'huissier instrumentaire peut l'être d'autant plus. Le second facteur de pression psychologique est que l'initiative se trouve transférée entre les mains du tiers visé après l'exécution de l'ordonnance. Qu'il s'agisse d'introduire le référé-rétractation ou, *a fortiori*, une instance au fond, ce sera à lui d'avancer les frais et d'entreprendre les démarches procédurales correspondantes. Ce mécanisme a été bien documenté dans le domaine de la psychologie sociale, qui a depuis longtemps démontré

combien entamer une action était plus compliqué que d'arrêter un processus en cours¹. Le législateur l'a d'ailleurs fort bien compris en créant la procédure d'injonction de payer, dont l'efficacité repose précisément sur le caractère comminatoire de la procédure unilatérale, et qui affiche un succès incontestable dans la pratique². Au-delà de nos frontières, c'est l'injonction de payer européenne³ qui témoigne de la popularité du pari que fait aujourd'hui le droit positif sur la pression psychologique produite par les procédures unilatérales. C'est, en d'autres termes, la même logique qui gouverna autrefois la conquête du *Far West*, au cours de laquelle « on pendait et on vérifiait la culpabilité après »⁴.

1180. Il n'en reste pas moins que l'absence de tout procès au fond provienne d'une cause plus saine, celle du repentir du débiteur de mauvaise foi, qui cède à sa culpabilité et renonce à illégitimement résister à l'exécution de son obligation. Dans ce cas, qui est la raison d'être originelle de la procédure d'injonction de payer⁵, le caractère structurellement définitif de l'ordonnance devient sain. C'est pour cette même raison, c'est-à-dire empêcher le débiteur de se réfugier dans le « maquis de la procédure »⁶, que le référé provision a connu le succès qui est le sien. Rien n'exclut par ailleurs qu'il puisse en aller de même dans la procédure sur requête en général, lorsque le tiers visé par la mesure s'incline en se sachant en tort. Mais il existe néanmoins des différences importantes entre la procédure en injonction de payer et l'ordonnance sur requête au sens large, qui font davantage craindre le risque d'une instrumentalisation malsaine pour cette dernière. La première de ces différences est que l'injonction de payer a un domaine d'application plus restreint que la procédure sur requête dans son ensemble, tant dans ses conditions d'application que dans les mesures que le juge peut ordonner⁷. Le risque d'instrumentalisation est donc moindre que pour les ordonnances innommées, qui peuvent donner lieu à une palette de mesures beaucoup plus large. La seconde différence est que ce risque a été spécifiquement encadré par le législateur s'agissant de l'injonction de payer. On en voudra pour preuve les mentions obligatoires que contient l'ordonnance portant injonction de payer⁸, ou encore les facilités offertes au débiteur pour former opposition, qui peut

¹ V. Brockner, J., Shaw M. C. et Rubin J. C., « Factors affecting withdrawal from an escalating conflict : quitting before It's too late », *Journal of applied Social Psychology* 1979, n° 15, p. 564.

² C. Brahic-Lambrey, « Injonction de faire », *Rép. Proc. Civ.* 2013, n° 10.

³ E. Guinchard, « L'Europe, la procédure civile et le créancier : l'injonction de payer européenne et la procédure européenne de règlement des petits litiges », *RTD. Com.* 2008 p. 465.

⁴ L'expression est tirée de la motivation très remarquable d'un magistrat bruxellois, *V. Trib. Com. Bruxelles*, 14 mars 1990, D., 1992, somm. 73 obs. T. Hassler.

⁵ V. C. Brahic-Lambrey, *préc.* n° 1.

⁶ R. Perrot, « L'évolution du référé », *op. cit.* ; en ce sens également, G. Couchez, « Le référé-provision, mesure ou démesure ? », in *Mélanges Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 161, spéc. n° 10.

⁷ Il ne peut que s'agir d'une somme d'argent lorsque la créance « paraît fondée en son principe », *V. l'art. 1409 CPC.*

⁸ Art. 1413 CPC.

être faite au moyen d'une lettre recommandée comme d'une simple déclaration au greffe¹. Il en résulte que le débiteur qui s'incline face à une injonction de payer le fait très probablement pour les bonnes raisons, parce qu'il se sait effectivement redevable de la somme réclamée. Ces modalités protectrices sont absentes de la procédure sur requête au sens des articles 493 et suivants du Code de procédure civile, car la rédaction de l'ordonnance est laissée au bon vouloir du juge, qui est libre d'attirer ou non l'attention du tiers visé sur les recours que lui offre le droit positif. Il est par ailleurs probable que rien de tel ne figure dans l'ordonnance, qui le plus souvent est pré-rédigée par l'avocat du demandeur, le juge n'ayant plus qu'à la signer. Or il est peu douteux que le conseil du requérant se préoccupe davantage des intérêts de son client que de ceux du tiers visé, et qu'il fera l'économie sur toute mention favorable à ce dernier. En somme, il faut dire que certains comportements du tiers visé, qui causent la *crystallisation* de l'ordonnance sur requête, sont provoqués par sa propre reconnaissance de son mauvais droit. Cependant, ce cas de figure est beaucoup moins probable en ordonnance sur requête au sens général du terme que dans la procédure d'injonction de payer. Pour cette raison, le risque d'une instrumentalisation fondé sur le caractère comminatoire de l'ordonnance sur requête est réel et ne peut être écarté.

1181. Pour conclure sur l'ensemble de ce qui vient d'être dit, l'instrumentalisation résulte de la combinaison d'un élément fonctionnel, l'autonomie structurelle de la protection provisoire, et d'un élément psychologique, qui peut être soit la satisfaction, soit la crainte, selon que l'on se place du côté du requérant ou du tiers visé. Il est aisé de voir à ce stade qu'un tel détournement de la protection provisoire présente un côté néfaste. L'analyse de l'instrumentalisation sous le prisme de la théorie du provisoire confirme cette première impression.

B. La place de l'instrumentalisation dans la théorie du provisoire structurel

1182. La théorie du provisoire, et particulièrement le provisoire structurel des ordonnances sur requête, peut contribuer à l'analyse de l'instrumentalisation à un double titre. Il s'agit tout d'abord de constater, d'un point de vue conceptuel, l'effet pervers de ce détournement de la procédure sur requête (a.), pour ensuite élaborer sur l'apport que permet la théorie du provisoire, tant *de lege lata* que *de lege ferenda* (b.).

¹ Art. 1415 CPC.

1. *L'instrumentalisation des ordonnances sur requête, voie d'eau dans la mécanique de la protection juridictionnelle provisoire*

1183. Le premier apport de la théorie du provisoire est tout d'abord de faire un constat, celui de l'inflexion des schémas ordinaires de la protection juridictionnelle provisoire par le biais de l'instrumentalisation des ordonnances sur requête. Constat qui, sur le plan théorique toujours, conduit à établir une discordance entre le provisoire substantiel et le provisoire structurel. Les décisions susceptibles d'instrumentalisation sont en effet uniquement celles qui sont provisoires par nature, sur le plan substantiel¹. N'étant pas suivies par un procès au principal, elles deviennent en revanche définitives structurellement, seule marque de l'appareil judiciaire dans le conflit qui oppose le requérant au tiers visé. Cette dissymétrie entre les deux aspects du provisoire aurait pu rester une simple aspérité conceptuelle si elle n'avait pas d'aussi fâcheuses conséquences pratiques.

1184. La conséquence première de l'instrumentalisation de la justice provisoire, qui s'observe depuis quelques décennies en matière de référé², est que la décision provisoire en droit devient définitive en fait. La seule intervention de la justice étatique aura donc été pour les parties celle des juridictions de l'urgence. Le sens de la justice provisoire en vient alors à changer, puisque de « SAMU judiciaire » elle prend la fonction d'évitement des procès au fond. Concernant la procédure des référés, ce rôle de désengorgement des juridictions de fond n'est pas en soi pathologique³ et avait été mis en avant par Réal déjà, qui espérait voir des magistrats « exerçant ces augustes et paternelles fonctions [anéantir] par des jugements provisoires rendus en leur hôtel plus de procès qu'ils n'en avaient terminés par les jugements définitifs rendus le même jour à l'audience du matin »⁴. L'évolution même de la procédure des référés est orientée vers cette fonction nouvelle. On en tiendra pour preuve la disparition de l'interdiction de préjudicier au principal au profit de la notion d'absence de contestation sérieuse, qui a conditionné l'essor spectaculaire du référé provision⁵. Dans le même esprit, on ne peut se garder de souligner le développement des diverses procédures des référés en la forme, qui témoignent de la volonté du législateur d'exploiter le référé comme une véritable justice parallèle aux juridictions de fond⁶.

¹ Sur les critères de la mesure provisoire par nature, V. *Supra*, n°s 95 s.

² J. Normand, *préc.* ; adde R. Perrot, « L'évolution du référé », *préc.*

³ V. cependant *contra*, R. Tendler, « Le juge des référés, une « procédure ordinaire » ? », D. 1991, p. 139.

⁴ Réal, cité par Locré *in Esprit du Code de procédure civile*, 1827, t. III, p. 412, Législation Civile de la France, t. XXII, p. 501.

⁵ J. Normand, « De quelques limites du référé provision », RTD Civ. 1999, p. 17 ; G. Couchez, *préc.*

⁶ V. Y. Strickler et M. Foulon, « Le décret n° 2011-1043 du 1er septembre 2011 et la procédure en la forme des référés », *préc.*

En ce qui concerne la procédure sur requête en revanche, un tel rôle d'évitement des procès au fond ne semble pas aussi souhaitable, et de loin. La raison à cela est aussi flagrante qu'elle n'est emblématique de l'ensemble de l'institution des requêtes : le caractère unilatéral de la procédure. Le référé est un procès contradictoire et prend toute l'apparence, dans l'esprit des parties comme dans les actes de procédure, d'un procès « véritable ». Il n'y a, dans les apparences comme dans les psychés, pas de différence notable avec l'instance devant le Tribunal¹. Les conclusions ont pu être échangées, les parties entendues et le juge a statué. Selon le mot bien connu de Lord Chief Justice Hewartn, « *justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done* », et il apparaît peu douteux que ce soit bien le cas en matière de référé. Rien de tel en revanche dans la procédure sur requête, où le tiers visé subit les foudres juridictionnelles déclenchées à son insu. Il en résulte que l'ordonnance sur requête présente un fort caractère comminatoire, qui a déjà été souligné précédemment. L'évitement du procès au fond qui résulte de l'instrumentalisation des ordonnances sur requête ne repose donc pas sur une impression, partagée par les parties, que justice a été faite. Elle repose sur la pression psychologique et financière produite par l'exécution d'une décision rendue à l'insu de celui qui la subit, ce qui est très différent. Par conséquent, si l'utilisation du référé pour cristalliser la situation des parties est dans une certaine mesure souhaitable, l'instrumentalisation de l'ordonnance sur requête est un effet pervers et néfaste de la procédure unilatérale contre lequel il faut lutter. C'est sur ce point que la théorie du provisoire peut apporter quelques pistes nouvelles.

2. L'apport de la théorie du provisoire structurel

1185. Replacer l'instrumentalisation des ordonnances sur requête dans la théorie du provisoire structurel revient à faire un travail de synthèse des observations qui ont été faites jusqu'ici sur les liens qui lient la procédure unilatérale à l'instance au fond.

Le premier apport de cette théorie est de donner des fondements précis au constat de l'instrumentalisation. Tout d'abord en en précisant le domaine, car seules les mesures provisoires par nature peuvent être instrumentalisées, au contraire des ordonnances sur requête définitives. En mettant en lumière les conséquences pernicieuses ensuite, car les ordonnances substantiellement

¹ V. cependant la distinction que fait la Cour de cassation, pour l'application du principe d'impartialité du juge, entre les mesures conservatoires et le référé provision : Cass. Ass. Plén., 6 nov. 1998, *Guillotet c/ Société Castel et Fromaget* (2^e espèce) et *Société Bord Na Mona c/ SA Norsk Hydro azote* (1^{ère} espèce), D. 1999, jurisp. p. 1, concl. J.-F. Burgelin, JCP 1998, II, n° 10198, rapp. P. Sargos ; D.1999, chron. p. 53, M.-A. Frison-Roche.

provisaires mais structurellement définitives tirent leur efficacité à mettre fin aux litiges en grande partie de leur aspect comminatoire¹.

1186. Mais le travail du chercheur serait infécond, sinon vain, s'il devait se résumer à une simple synthèse. Des propositions doivent être formulées pour tenter de parfaire le droit positif, et la théorie du provisoire permet d'en faire plusieurs. Elles ont toutes un point commun, celui de forcer la réintroduction du débat contradictoire, qui seul peut éviter une instrumentalisation de l'ordonnance rendue unilatéralement. Cette réintroduction peut d'abord être le fait du référé-rétractation, au regard duquel il a été proposé d'accorder au juge des requêtes le pouvoir de fixer par avance une audience contradictoire qui se tiendrait par devant lui, à l'image de la procédure devant le juge de l'exécution². Le contradictoire peut également résulter du lien qui pourrait être fait entre la requête et le référé par le biais d'une *passerelle* d'un genre nouveau, le juge des requêtes renvoyant le requérant à assigner le tiers visé à une audience des référés dont il fixe la date³.

L'instrumentalisation des ordonnances sur requête peut également être freinée par la création d'un lien structurel entre l'instance au principal et la procédure sur requête. Soit qu'un tel lien résulte de la décision du juge des requêtes, qui subordonne la pérennité de sa décision à l'introduction d'un procès au fond dans un certain délai⁴, soit qu'une *passerelle* soit utilisée ici encore, par analogie avec l'article 811 du Code de procédure civile⁵ en matière de référé⁶.

1187. En somme, consacrer des développements à l'instrumentalisation de la procédure unilatérale aura permis d'attirer l'attention du lecteur sur les dérives possibles d'un mécanisme destiné, par son essence, à n'être que le dernier recours possible dans le système juridictionnel. L'ordonnance sur requête doit, dans la mesure du possible, rester cantonnée dans ce rôle, qui la distingue du référé par son caractère subsidiaire au sein de la protection juridictionnelle provisoire. Mais le droit positif est actuellement dénué de tels mécanismes de contrôle.

¹ Et ce même si le sentiment de culpabilité du débiteur de mauvaise foi ne doit pas être négligé.

² Art. R. 511-5 CPCE.

³ V. *Supra*, n° 369.

⁴ V. *Supra*, n° 1145.

⁵ Ce texte dispose qu'« à la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense [...] ».

⁶ V. *Supra*, n° 1146.

Conclusion générale

Au terme de cette recherche sur la nature provisoire de l'ordonnance sur requête, les conclusions qui doivent en être tirées suivent la ligne de démarcation qui a constitué le fil d'Ariane de l'analyse, à savoir la complémentarité du provisoire substantiel avec le provisoire structurel.

1188. **Conclusions sur le caractère *substantiellement* provisoire des ordonnances sur requête.** Cet aspect du provisoire, qui a fourni un point de départ à l'analyse, a toujours été caractérisé par une grande confusion. Les deux termes du sujet proposé ont toujours fait l'objet de controverses, tant en ce qui concerne les mesures provisoires qu'en matière d'ordonnances sur requête. L'hétérogénéité des unes comme des autres a et pour conséquence l'indétermination de leur qualification, qui allait de pair avec les incertitudes qui planaient sur leur typologie. La conséquence première au regard de l'ordonnance sur requête était, outre son assimilation erronée aux mesures gracieuses, le déni de toute autorité de chose jugée. L'ensemble de ces questions ont plaidé pour une remise sur le métier de la théorie du provisoire en procédure, afin qu'elle puisse être appliquée aux ordonnances sur requête.

Au sein des mesures provisoires que connaît actuellement le procès civil, une distinction a pu être établie entre les mesures qui sont provisoire en raison de leur objet, et celles qui sont provisoires par leur nature, de par la limitation de la *juridictio* de leur auteur. Si cette division n'est pas nouvelle, loin s'en faut, c'est son application à la dichotomie entre les décisions gracieuses et contentieuses qui a permis d'aboutir au résultat recherché, la qualification de l'ordonnance sur requête. L'analyse a permis de montrer que les décisions gracieuses, en ce qu'elles mettent directement en œuvre un droit substantiel, ne peuvent se situer que dans la catégorie des mesures provisoires par objet. En ce sens, si elles peuvent être modifiées en cas de changement de circonstances, c'est parce qu'il s'agit d'une *demande nouvelle* qui ne se heurte pas à l'exception de chose jugée de l'article 1351 du Code civil, et non parce qu'elles sont dépourvues de toute autorité. La juridiction gracieuse se trouve donc dépourvue de décisions provisoires, au contraire de la juridiction contentieuse. Réciproquement, les ordonnances sur requête ne peuvent qu'être classées que parmi les mesures provisoires par nature, tout comme les ordonnances de référé avec lesquelles elles partagent ce caractère provisoire. Ainsi, toute mesure ordonnée par le juge des requêtes sera provisoire, indépendamment de l'objet sur lequel elle porte. Le résultat, en ce qui concerne la qualification des ordonnances de l'article 493 du Code de procédure civile, est univoque : elles ne peuvent qu'être contentieuses.

Ce constat ne permet cependant pas de lever toutes les incertitudes qui entourent l'ordonnance sur requête. Car l'analyse des textes de droit positif révèle que toutes les mesures qui prennent la forme d'une ordonnance rendue à la suite d'une requête ne sont pas des ordonnances sur requête au sens de l'article 493 précité. Ceci a conduit à rassembler sous le même vocable des décisions de nature disparate, certaines ordonnances étant des décisions gracieuses au sens de l'article 25 du Code de procédure civile, d'autres des mesures d'administration judiciaire ou encore des ordonnances rendues en la forme des requêtes. Il faut par conséquent conclure, de ce point de vue, que les difficultés de qualification sont le résultat d'une combinaison de deux facteurs : non seulement l'inadaptation de l'article 25 à l'ordonnance sur requête véritablement provisoire, mais également la grande hétérogénéité des ordonnances sur requête. Cette diversité n'empêche cependant pas de très lourdes conséquences sur le plan du régime applicable aux ordonnances sur requête, dans la mesure où le régime des articles 493 est d'une application unitaire à toutes ces décisions. Quelques textes échappent à cette unité en ce qu'ils requièrent une qualification préalable pour placer l'ordonnance considérée au sein de la juridiction gracieuse ou contentieuse. Il s'agit des articles 26¹, 93² et 332³ du Code de procédure civile. Cette exigence résiduelle de qualification doit cependant être tempérée dans son importance par deux observations. D'une part, parce que la qualification des ordonnances provisoires est certaine, car elles sont contentieuses par application de la *summa divisio* entre mesures provisoires par objet et par nature. D'autre part parce que ces textes, et notamment l'article 26 précité, ne sont que rarement appliqués en pratique.

1189. Outre la qualification gracieuse ou contentieuse des ordonnances sur requête, c'est à la démonstration de leur qualité d'acte juridictionnel que l'analyse s'est attachée. C'est, en effet, l'un des pivots du domaine de recherche choisi, dans la mesure où la qualité d'acte juridictionnel entraîne avec elle l'attribution de l'autorité de la chose jugée. Voilà une question lancinante intimement liée à la nature profonde de l'ordonnance sur requête : que signifie l'adjectif *provisoire* dont fait mention l'article 493, mais dont le Code ne donne aucune définition, alors qu'il donne davantage de précisions à propos de l'ordonnance de référé dans l'article 488⁴ ? Il est intuitif de considérer qu'étant rendue par un juge, l'ordonnance sur requête doit être revêtue d'une *certaine* autorité et

¹ « [En matière gracieuse], le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués ».

² « **En matière gracieuse**, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparaît pas ».

³ « Le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige. **En matière gracieuse**, il peut ordonner la mise en cause des personnes dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la décision à prendre ».

⁴ « L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ».

ne pas être ouverte à tous les vents contraires. Cependant, la nature de cette autorité restait évasive, ce qui a été l'une des questions fondamentales ayant motivé le choix du sujet de recherche.

La conclusion de ce point de vue est double. Premièrement, en ce qui concerne la nature de l'autorité de chose jugée dont sont revêtues les décisions provisoires par nature, il faut constater qu'elle ne peut être que la pleine et entière autorité des articles 1351 du Code civil¹ et 480 alinéa 1 du Code de procédure civile². De ce point de vue, la notion de chose jugée *au provisoire*, sur laquelle la majorité de la doctrine processualiste semble aujourd'hui s'accorder, est à notre sens inexacte. L'autorité de chose jugée existe ou n'existe pas, mais elle n'existe pas *à moitié*. Nous proposons donc une interprétation nouvelle du membre de phrase « n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée », que l'article 488 alinéa 1 dispose pour l'ordonnance de référé. Si la décision provisoire ne lie pas le juge du principal, c'est parce que l'exception de chose jugée n'a pas vocation à jouer à son égard. En effet, les conditions de l'article 1351 du Code civil ne sont pas remplies car l'objet de la demande diffère entre le provisoire et le principal. Au provisoire, il s'agit d'ordonner des mesures qui permettront de sauvegarder à titre conservatoire les droits des parties dans l'attente du procès au fond. Au principal, il s'agit en revanche pour le juge de se prononcer sur l'existence et l'étendue d'un droit substantiel disputé. Il ne peut pas non plus y avoir, entre ces deux aspects de l'intervention juridictionnelle, d'autorité positive de chose jugée. Les deux juges n'appliquent pas les mêmes règles de droit et ce qui a été décidé au provisoire n'emporte aucune conséquence sur l'application, au principal, du droit substantiel. Par exception, lorsque le juge des requêtes applique la même règle que le juge des référés ou le juge du principal, sa décision aura une autorité sur ces derniers. Tel sera par exemple le cas de l'article 95 du Code de procédure civile³.

Deuxièmement, la conclusion qu'il faut tirer concernant les ordonnances sur requête est qu'elles sont bien revêtues d'une telle autorité. La raison en est qu'elles doivent être qualifiées d'actes juridictionnels, malgré certaines réticences de la doctrine traditionnelle, sur lesquelles nous sommes revenus, consistant à ne considérer les ordonnances sur requête comme le fruit du seul *imperium* du juge. Cette qualité d'acte juridictionnel résulte de deux considérations. La première est que, positivement, le juge des requêtes applique bien le droit, celui *de* la situation qui lui est soumise. Peu importe, à cet égard, qu'il use de notions-cadres comme l'urgence ou les circonstances exigeant

¹ « **L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement.** Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

² « **Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal,** ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident **a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche** ».

³ « Lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence, sa décision a autorité de chose jugée sur cette question de fond ».

l'éviction du contradictoire. Sa vérification n'en est pas moins juridictionnelle, au sens de l'article 12 alinéa 1 du Code de procédure civile¹. La seconde considération en faveur de la qualification d'acte juridictionnel est que, négativement, les ordonnances sur requête ne peuvent être assimilées à des mesures d'administration judiciaire. Même si ces mesures prennent parfois la forme d'une ordonnance sur requête, elles ont pour objet l'administration de la justice et n'affectent pas les droits des parties. Or, tel n'est pas le cas de l'ordonnance sur requête au sens de l'article 493, qui a pour objet la préservation des droits du requérant et peut porter préjudice au tiers visé par la mesure : aucun amalgame avec la mesure d'administration judiciaire n'est donc permis.

Le caractère substantiellement provisoire de l'ordonnance sur requête signifie donc, au terme de la présente étude, que l'ordonnance sur requête est un véritable acte juridictionnel revêtu de la pleine autorité de chose jugée. Son incapacité à lier le juge du fond résulte, d'une part, de l'impossibilité d'invoquer devant ce dernier l'exception de chose jugée, et, d'autre part, du fait que la règle appliquée au provisoire est totalement différente de celle dont fait usage du juge du principal. Aucune autorité positive de chose jugée n'est donc permise.

1190. Des applications de cette théorie renouvelée du provisoire ont pu être faites concernant les suites de l'ordonnance sur requête postérieurement à son prononcé, à savoir son exécution et sa remise en cause au moyen des voies de recours. La voie de recours, qui est par essence un mécanisme tendant à la destruction et au remplacement de la décision contestée, a pour objet la vérification juridictionnelle contenue dans l'ordonnance sur requête. La reconnaissance d'acte juridictionnel de l'ordonnance emporte nécessairement cette conséquence. En outre, l'anéantissement de la décision ne peut produire qu'un effet processuel sur les droits des parties, étant donné que la règle appliquée par le juge des requêtes est elle-même de nature procédurale. La théorie du provisoire que nous défendons a également conduit à considérer certaines voies de recours ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête. Ainsi, le recours en révision doit être considéré ouvert à l'encontre des ordonnances sur requête, contrairement à l'avis d'une doctrine majoritaire qui estime que puisque les décisions provisoires sont révisables à l'envi, le recours en révision n'a pas d'objet en la matière. Or, si l'on considère l'ordonnance sur requête comme un acte juridictionnel doté de l'autorité de la chose jugée et entraînant, dès son prononcé, le dessaisissement du juge, le recours en révision retrouve tout son sens.

La tierce opposition doit également être ouverte en matière d'ordonnances sur requête. Elle ne se trouve pas exclue du fait de l'existence du référé-rétractation de l'article 496 alinéa 2². Ces deux

¹ « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

² « S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance ».

mécanismes n'ont en effet pas le même objet. La tierce opposition vise à déclarer inopposable la décision à un tiers à instance primitive, un *penitus extranei*. Le référé-rétractation, au contraire, ne vise qu'à rétablir le contradictoire évincé dans la première phase de la procédure sur requête. En ce sens, il ne peut pas non plus qualifié de voie de recours, car il ne participe pas du processus de destruction-remplacement précédemment décrit. Le référé-rétractation doit recevoir une qualification *sui generis*, correspondant à la nature unilatérale et dérogatoire des ordonnances sur requête. Et, puisque la qualité de voie de recours doit lui être déniée, il faut en conclure que l'ensemble des textes qui prohibent tout recours contre une ordonnance sur requête ne concernent pas le référé-rétractation, qui reste ouvert¹.

1191. **Conclusions sur le caractère structurellement provisoire des ordonnances sur requête.** Si l'étude du provisoire structurel s'est attachée à déterminer les *conséquences* du provisoire sur la nature et la portée de l'ordonnance sur requête, l'analyse du provisoire structurel pose en revanche la question de la *fonction* du provisoire en procédure. A quoi, en d'autres termes, servent les mesures provisoires dans le schéma procédural actuel ? Le postulat de départ a été le suivant : si l'ordonnance sur requête est provisoire structurellement, c'est parce qu'elle ne se suffit pas elle-même et ne constitue qu'une étape dans le processus de réponse juridictionnelle. La recherche a permis d'aboutir à plusieurs conclusions, tant du point de vue des rapports de la requête à la justice du provisoire, qu'à son lien avec le procès au principal.

1192. *La place de l'ordonnance sur requête dans la protection juridictionnelle provisoire.* L'ordonnance sur requête intègre pleinement la protection juridictionnelle provisoire, qui apparaît non pas comme un ensemble désuni de procédures, mais plutôt comme un bloc homogène. Dans ce bloc, la procédure des requêtes et celle des référés apparaissent comme deux aspects complémentaires de la protection juridictionnelle, qui ont en commun leur nature provisoire, et sont unis par l'exigence d'urgence qui constitue un chef de saisine partagé. Le caractère unilatéral de l'ordonnance sur requête sert d'élément départiteur qui subordonne l'emploi de la procédure sur requête à la stricte nécessité, à savoir l'existence de circonstances exigeant l'éviction du contradictoire. L'application des textes permettant le concours des deux procédures illustre parfaitement cette observation : le référé doit rester le principe, la requête l'exception².

L'homogénéité de la protection juridictionnelle provisoire se dégage également de l'articulation entre les divers juges des requêtes. Si le président du Tribunal dispose d'une compétence de principe en matière d'ordonnances sur requête, certains juges spécialisés ont également la faculté de rendre

¹ Ainsi de l'art. 1107 al. 3 CPC, au sujet de la requête initiale en divorce : « L'ordonnance ne peut faire l'objet d'aucun recours ».

² Deux textes sont sujets à un tel concours : les arts. 145 et 1290 CPC.

de telles décisions. Il en est ainsi du juge de l'exécution, auquel l'article R. 121-23 alinéa 1 du Code des procédures civiles d'exécution¹ confère une compétence générale pour rendre des ordonnances unilatérales. Dans ce cas, la concurrence avec le juge des requêtes de droit commun est utilement départagée au moyen d'un double critère, temporel et matériel. Son application conduit à ne considérer le juge de l'exécution comme compétent pour rendre des ordonnances sur requête uniquement pour le règlement d'une difficulté d'exécution et après qu'ait été signifié au débiteur un acte de saisie ou un commandement de payer. La juridiction des requêtes du juge aux affaires familiales pose en revanche davantage de problèmes, non en termes d'articulation de compétences, mais plutôt par l'absence, au profit de ce magistrat, de la faculté générale de rendre des ordonnances sur requête. Pour cette raison, nous préconisons l'introduction dans les textes d'une telle compétence générale, ce qui contribuerait à l'homogénéité de la protection juridictionnelle provisoire.

Le caractère structurellement provisoire des ordonnances sur requête se manifeste également dans les mesures qu'ordonne le juge des requêtes. Si le rôle premier du provisoire est d'organiser une attente, alors les ordonnances sur requête correspondent parfaitement à cette description. En ce sens, l'essentiel des mesures ordonnées sur requête ont un aspect *conservatoire*, et non pas seulement au sens restreint que donne à ce terme le Code des procédures civiles d'exécution. L'ordonnance sur requête doit être considérée conservatoire surtout en ce qu'elle permet de préserver, au sens large, la situation du requérant pour lui permettre d'exercer, le moment venu, une action au fond. En cela, la décision provisoire est intellectuellement subordonnée à un procès au fond, car la première n'a de sens qu'en considération du second.

Par exception, ou plutôt par *déviaton* du rôle que joue la protection juridictionnelle provisoire, les mesures ordonnées sur requête peuvent avoir un rôle d'anticipation plutôt que de conservation. La justice du provisoire ayant de plus en plus un rôle de désengorgement des juridictions de fond, l'ordonnance sur requête n'échappe pas tout complètement à ce mouvement. La mesure d'anticipation est celle qui, en fait sinon en droit, procure au requérant la satisfaction recherchée au principal. Cette tendance, si elle n'est pas nécessairement condamnable en soi car elle permet la résolution du litige au provisoire, doit toutefois être rapprochée des rapports que l'ordonnance sur requête entretiens avec la procédure au principal.

1193. *L'articulation de la procédure sur requête avec l'instance au principal.* Au regard du procès au fond, l'autonomie de la procédure sur requête semble à première vue contredire l'idée sur laquelle

¹¹ « Le juge de l'exécution statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement ».

se fonde le provisoire structurel. Le principe est que rien n'oblige le requérant, après avoir obtenu une mesure unilatérale, de saisir le juge du principal. Par exception, certaines mesures obtenues sur requête renferment une telle obligation de saisir le juge du fond, à peine de caducité de la mesure. C'est notamment le cas de la saisie conservatoire de créances, au sujet de laquelle L. 511-4 du Code des procédures civiles d'exécution dispose qu' « à peine de caducité de la mesure conservatoire, le créancier engage ou poursuit, dans les conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat, une procédure permettant d'obtenir un titre exécutoire s'il n'en possède pas ». Cette obligation, que nous avons dénommée le *lien structurel*, est cependant absente de la vaste majorité des ordonnances sur requête.

Cette absence de tout lien entre le provisoire et le principal n'est pas nécessairement préjudiciable, pas plus qu'elle ne contrarie *per se* la théorie du provisoire structurel. La plupart des mesures qu'ordonne le juge des requêtes étant des mesures d'attente, le requérant n'obtiendra pas satisfaction par leur seul prononcé. Par conséquent, dans le cadre d'une articulation *normale* des procédures, le requérant primitif saisira le juge du fond non parce qu'un texte l'y oblige mais parce que l'ordonnance sur requête n'aura été, par son essence même, qu'une mesure intermédiaire. Mais il n'en est pas toujours ainsi, en raison de l'existence précédemment mentionnée de mesures d'anticipation permettant d'obtenir au provisoire la satisfaction recherchée, *de facto*. Dans ce dernier cas, l'articulation des procédures tend à devenir *anormale* car rien ne poussera le requérant à saisir le juge du principal, la décision provisoire risquant de devenir définitive dans l'esprit des parties. Il faut encore une fois souligner qu'une telle issue n'est pas toujours à déplorer car elle éteint le litige sans encombrer les juridictions de fond. Cependant, le caractère unilatéral de la procédure sur requête requiert de prendre des précautions supplémentaires. Car, à la différence des mesures d'anticipation ordonnées en référé, et dont le référé provision est le plus brillant exemple, c'est le caractère comminatoire de la mesure qui peut conduire ne pas introduire de procès au fond. Il existe un risque que le tiers visé par la mesure, se sentant déjà condamné, se résigne à ne pas revenir dans le prétoire. Pour cela, nous proposons de donner au juge des requêtes la faculté d'assortir sa décision de l'obligation de saisir le juge du fond, ou de revenir par-devant lui pour une audience contradictoire, lorsqu'existera un tel risque d'*instrumentalisation* de l'ordonnance sur requête.

1194. **Plaidoyer pour une évolution textuelle du régime des ordonnances sur requête.** Outre la question du lien structurel qui vient d'être abordée, le régime des ordonnances sur requête apparaît, *de lege lata*, insuffisant sur le plan textuel. L'étude du *juge des requêtes, juge du provisoire* a révélé, au gré des pages, de nombreuses insuffisances dans la manière dont le Code de procédure civile aborde l'institution des requêtes. Les textes sont souvent incomplets et induisent à la confusion. Ainsi, beaucoup de questions théoriques lancinantes auraient très certainement pu être évitées si un

équivalent de l'article 488 alinéa 1 avait été prévu concernant les ordonnances sur requête. Certains textes doivent être clarifiés, d'autres ajoutés à la sous-section que le Code consacre aux ordonnances sur requête. Pour cette raison, nous avons émis, tout au long de l'analyse, un ensemble de propositions de thèse, résumées en annexe, que soutiennent les solutions théoriques proposées et qui pourraient contribuer à forger un régime plus cohérent pour l'ordonnance sur requête. Car c'est bien à cette conclusion qu'aboutit, à son terme, la recherche menée : loin d'être une relique d'un Far West légendaire, l'ordonnance sur requête est au contraire l'instrument par excellence de l'efficacité judiciaire, qui met un obstacle à la justice privée et participe pleinement à la réalisation quotidienne de l'Etat de droit.

Annexe : propositions de thèse

Nota : les propositions sont reprises dans l'ordre de présentation dans le corps de la thèse, les numéros renvoyant aux paragraphes concernés.

Problème théorique rencontré	Solution théorique proposée	Texte actuel	Modification textuelle proposée
<p>L'une des sources de confusion au regard de l'autorité de l'ordonnance sur requête est l'absence de toute précision textuelle sur ce point. Or, une autorité de chose jugée doit être reconnue à l'ordonnance sur requête en sa qualité d'acte juridictionnel (V. n° 259).</p>	<p>Dans la mesure où l'ordonnance sur requête sur requête partage avec le référé son caractère provisoire par nature, un emprunt textuel peut être fait à cette procédure voisine.</p> <p>En ce qui concerne le référé, l'article 488 du Code de procédure civile dispose que</p> <p>« L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.</p> <p>Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ».</p>	<p><u>Article 493 du Code de procédure civile</u> :</p> <p>« L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ».</p>	<p><u>Article 493 nouveau du Code de procédure civile</u> :</p> <p>« L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse.</p> <p><i>Elle n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.</i></p> <p><i>Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ».</i></p>
<p>Il n'existe actuellement aucune articulation véritable entre la procédure des référés et celle des requêtes. En ce sens, si le juge des requêtes constate qu'il n'existe pas de circonstances exigeant l'éviction du contradictoire, il ne peut que rejeter la requête.</p> <p>De la même manière, et sauf en ce qui concerne le juge de l'exécution dans les pouvoirs qu'il tire de l'article R. 511-5</p>	<p>Deux solutions peuvent être proposées.</p> <p>En ce qui concerne l'articulation avec le référé, un emprunt est possible à la procédure italienne de cautele, dans laquelle une requête est présentée au juge, qui décide ensuite de rendre la procédure contradictoire ou de la poursuivre de manière unilatérale. Il s'agit donc de donner au magistrat de faire basculer la procédure vers le référé.</p>	<p style="text-align: center;">Aucun</p>	<p><u>Article 496-1 nouveau du Code de procédure civile</u> :</p> <p>« Dans le cas où les circonstances justifient que soit appelée la partie adverse, le juge peut ordonner l'attrait à l'instance du tiers visé la mesure sollicitée. Celle-ci se poursuit alors en application des articles 484 à 492.</p>

du Code des procédures civiles d'exécution, le juge des requêtes ne peut par avance prévoir le retour du contradictoire si la procédure unilatérale se trouve ab initio justifiée mais présente un risque accru de préjudice pour le tiers visé (V. n°369).

Dans l'hypothèse où la procédure sur requête est justifiée, il faut donner la possibilité au juge d'en contrôler le déroulement par la faculté de fixer dès le prononcé de l'ordonnance une audience contradictoire au cours de laquelle la mesure sera réexaminée.

S'il fait droit à la requête sans user de la faculté donnée à l'alinéa précédent, le juge peut fixer la date du réexamen contradictoire de l'affaire en présence du tiers visé par la mesure ordonnée »

L'ouverture du contredit de compétence contre les ordonnances sur requête est incertaine en raison de la rédaction de l'article 98 qui ferme cette voie de recours concernant les ordonnances de référé et les décisions du juge conciliateur en matière de divorce (V. n° 431).

Dans la mesure où c'est le caractère provisoire par nature des ordonnances de référé qui légitime la fermeture du contredit à leur encontre, l'article 98 doit être réécrit pour tenir compte des conclusions auxquelles aboutit la recherche. D'une part, les décisions que prend le juge conciliateur sur le fondement de l'article 255 du Code civil sont provisoires par objet et non par nature, et la fermeture du contredit ne se justifie pas à leur égard. D'autre part, les ordonnances sur requête doivent y figurer, car elles sont bien provisoires par nature.

Article 98 du Code de procédure civile :

« La voie de l'appel est seule ouverte contre les ordonnances de référé et contre les ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce ou de séparation de corps ».

Article 98 nouveau du Code de procédure civile :

« La voie de l'appel est seule ouverte contre les ordonnances de référé et celles rendues sur requête ».

Le secret médical ou professionnel constitue un obstacle à l'exécution des ordonnances sur requête dans la mesure où le juge ne peut forcer la levée du secret et doit se borner à interpréter le refus de son titulaire de révéler les informations concernées. Un débat contradictoire sur la levée du secret n'est pas toujours possible car il peut nuire à l'efficacité de la mesure qui exige un effet de surprise (V. n°628).

Pour préserver les informations protégées par le secret tout en conservant les avantages de la procédure unilatérale, un texte nouveau pourrait donner au juge la faculté de mettre les pièces litigieuses sous scellés dans l'attente d'un débat contradictoire sur la levée du secret. Dans la mesure où l'empêchement légitime résultant du secret peut être soulevé tant devant le juge du provisoire que devant le juge du principal, toute disposition nouvelle

Article 11 du Code de procédure civile :

« Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

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,

Article 11 nouveau du Code de procédure civile :

« Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

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

devrait figurer dans les dispositions applicables à toutes les juridictions, préférablement parmi les principes directeurs du procès. Un troisième alinéa pourrait donc être ajouté à l'article 11 du Code de procédure civile.

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 ».

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.

Dans le cas où un tel empêchement serait soulevé par le détenteur de l'élément de preuve dont la production est ordonnée, celui-ci doit être placé sous scellé et déposé au greffe de la juridiction ayant ordonné la production, à charge pour le juge de statuer sur la levée de cet empêchement par une décision insusceptible de recours, les parties ayant été entendues ou appelées ».

La compétence matérielle et territoriale en matière d'ordonnances sur requête pose deux difficultés. D'une part, la détermination de cette compétence résulte de règles purement jurisprudentielles. D'autre part, le juge des requêtes ne dispose pas d'une faculté de principe de relever d'office son incompetence, alors pourtant qu'une telle faculté serait très utile pour contrebalancer le caractère unilatéral de la procédure sur requête (V. n° 1069).

Un article nouveau pourrait être inséré dans la Sous-section du Code relative aux ordonnances sur requête, portant à la fois sur la détermination des règles de compétence et donnant au juge une faculté générale de relever d'office son incompetence, tant matérielle que territoriale.

La compétence serait déterminée en application de l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 18 novembre 2002 (n° 91-16.447), dont l'article nouveau reproduirait l'attendu.

Aucun

Article 494-1 nouveau du Code de procédure civile :

« Sauf s'il en est autrement disposé, le juge des requêtes matériellement compétent est le président de la juridiction compétente au fond.

Sauf dispositions légales contraires, le juge territorialement compétent pour rendre l'ordonnance sur requête est le président de la juridiction saisie au fond ou celui du tribunal du lieu où la mesure demandée doit être exécutée.

Le juge des requêtes peut toujours relever d'office son incompetence ».

Au contraire du juge de l'exécution, le juge aux affaires familiales ne dispose d'aucune compétence de principe pour rendre des ordonnances sur requête. Cette lacune textuelle nuit à la cohérence de l'articulation des compétences entre les diverses juridictions des requêtes et contribue à l'éclatement des contentieux spécialisés (V. n° 1093).

Le juge aux affaires familiales devrait disposer d'une assise textuelle lui permettant de rendre des ordonnances sur requête dans les limites de sa compétence matérielle d'attribution. Dans la mesure où l'article 1073 du Code de procédure civile établit déjà une telle compétence de principe concernant les ordonnances de référé, un alinéa nouveau pourrait lui être ajouté.

Article 1073 du Code de procédure civile :

« Le juge aux affaires familiales est, le cas échéant, juge de la mise en état.

Il exerce aussi les fonctions de juge des référés ».

Article 1073 nouveau du Code de procédure civile :

« Le juge aux affaires familiales est, le cas échéant, juge de la mise en état.

Il exerce aussi les fonctions de juge des référés.

Il statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement ».

Dans la vaste majorité des ordonnances sur requête, notamment pour l'ensemble des ordonnances innommées, la décision rendue est autonome à l'égard de l'instance au principal. Ceci peut conduire à une instrumentalisation de la mesure provisoire, caractérisée par une absence de procès au fond en raison du caractère comminatoire que présente l'ordonnance sur requête (V. n° 1145).

Dans les cas où la mesure rendue présente un risque particulier pour le tiers visé, mais que l'emploi de la mesure unilatérale est néanmoins requis au vu des circonstances, le juge devrait pouvoir assortir sa décision d'une injonction faite au requérant d'introduire une instance au principal dans un certain délai. Un tel mécanisme existe déjà en droit positif, pour les saisies conservatoires de créance, à l'article L. 511-4 du Code des procédures civiles d'exécution. Un emprunt textuel pourrait ici être effectué pour insérer un texte nouveau dans la Sous-section relative aux ordonnances sur requête.

Aucun

Article 496-2 nouveau du Code de procédure civile :

« Le juge peut également, à peine de caducité de la mesure ordonnée, enjoindre au requérant d'engager ou de poursuivre, dans les conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat, une procédure permettant d'obtenir un titre exécutoire ».

Dans le cas où les circonstances ne justifient pas, *ab initio*, d'ordonner sur requête une mesure unilatérale, il est parfaitement possible qu'une intervention juridictionnelle soit requise, sous la forme d'une instance contradictoire.

En l'état du droit positif, lorsque le juge des requêtes constate que l'éviction du contradictoire n'est pas nécessaire, il ne peut que rejeter la requête et inviter le requérant à mieux se pourvoir. Cette absence d'articulation entre les procédures nuit à la rapidité et à la cohérence de la réponse juridictionnelle (V. n° 1146).

Une solution peut être proposée, s'inspirant de la « passerelle » établie entre la procédure des référés et le juge du fond à l'article 811 du Code de procédure civile.

S'il n'existe pas de circonstances justifiant d'évincer le contradictoire, et que le recours à la procédure des référés n'est pas utile, le juge des requêtes devrait se voir doté de la faculté de directement renvoyer le requérant au fond.

Aucun

Article 496-3 nouveau du Code de procédure civile :

« En cas d'urgence et si la mesure sollicitée justifie que soit appelée la partie adverse, le président saisi par requête peut, à la demande du requérant, renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Dans ce cas, l'ordonnance emporte saisine du tribunal. Il est ensuite procédé comme il est dit à l'article 790 et aux trois derniers alinéas de l'article 792 ».

Bibliographie

I. Traités, ouvrages généraux

Cadiet, L. et Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Lexisnexis, Paris, 2011.

Cadiet, L., Normand, J. et Amrani-Mekki, S., *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF coll. Thémis, Paris, 2013.

Cadiet, L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004.

Carré, J. et Chauveau, A. *Lois de procédure civile*, 4^e édition, 1867, LGDJ, Paris, 1880.

Colomer, A., *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Litec, 12^e éd., Paris, 2004.

Cornu, G. et Foyer, J., *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, Paris, 1996.

Cornu, G., *Vocabulaire de l'association Henry Capitant*, PUF, coll. "Quadriges", 9^e édition, Paris, 2011.

Couchez, G. et Lagarde X., *Procédure civile*, Sirey, 16^e édition, 2010.

Donnier, M. et Donnier J.-B., *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 9^e éd., Litec, Paris 2009.

Fricero, N. et Julien, P., *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 4^e éd., Paris, 2011.

Guinchard, S., Ferrand, F. et Chainais C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Précis Dalloz, 31^e édition, Paris, 2012.

Guinchard, S., Montagnier, G., Debard, Th. et Varinard, A., *Institutions juridictionnelles*, Précis Dalloz, 11^e éd., Paris, 2011.

Guinchard, S. et alii, *Droit processuel : Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 7^e éd., Paris, 2013.

Guinchard, S., *Mégacode de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2001.

Héron, J. et Le Bars, Th., *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 2012.

Hoonakker, Ph., *Procédures civiles d'exécution*, Orléans, Paradigme, 2010.

Japiot, R., *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, Rousseau, 1929.

Josserand, L., *Cours de droit civil positif français*, T. 2, 3^e édition, Paris, Sirey 1939.

Leborgne, A., *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., Paris, 2009.

Martin, R., *Théorie générale du procès*, Ed. Juridiques et Techniques, 1984.

Motulsky, H., *Droit processuel*, textes de cours par M. Capel, Monchrestien, Paris, 1973.

- Perrot, R.**, *Institutions judiciaires*, 15^e éd., Monchrestien, Paris, 2012.
- Solus, H. et Perrot, R.**, *Droit judiciaire privé, t. 3*, Paris, Sirey, 1991.
- Strickler, Y.**, *Procédure civile*, Orléans, Paradigme, 3^e éd., 2010.
- Terré, F., Simler, Ph. et Lequette, Y.**, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 10^e éd., Paris, 2009.
- Terré, F. et Catala, P.**, *Procédure civile et voies d'exécution*, PUF, Thémis, 2^e éd., Paris, 1976.
- Vizioz, H.**, *Etudes de procédure*, éd. Bière, Bordeaux, 1956.

II. Mélanges

- Mél. **Buffet Jean**, *La procédure en tous ses états*, Dalloz, Paris, 2004.
- Mél. **Burgelin Jean-François**, *Principes de justice*, Dalloz, Paris, 2008.
- Mél. **Carré de Malberg Raymond**, *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933.
- Mél. **Cornu Gérard**, *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, Paris, 1994.
- Mél. **Cosnard Henri-Daniel**, *La terre, la famille, le juge : études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, Paris, 1990.
- Mél. **Drai Pierre**, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000.
- Mél. **Foyer Jean**, *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit*, PUF, Paris, 1997.
- Mél. **Guinchard Serge**, *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010.
- Mél. **Hébraud Pierre**, *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, P.U. des sciences sociales de Toulouse, 1981, Toulouse.
- Mél. **Héron Jacques**, *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Héron*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2009.
- Mél. **Julien Pierre**, *La justice civile au vingt- et-unième siècle*, Edilaix, Aix-en-Provence, 2003.
- Mél. **Marty Gabriel**, *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1978.
- Mél. **Normand Jacques**, *Justice et droits fondamentaux*, Litec, Paris, 2003.
- Mél. **Vincent Jean**, *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, Paris, 1981.
- Mél. **Raynaud Pierre**, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985.

Mél. **Weill Alex**, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, Paris, 1983.

Mél. **Wiederkehr Georges**, *De code en code*, Dalloz, 2009, Paris.

III. Ouvrages spéciaux (monographies, thèses, rapports)

A. Monographies

Collectif, *La logique juridique, travaux du IIe Colloque de philosophie du droit comparé, Toulouse, septembre 1966*, Pédone, 1967.

---, *La règle "Nul ne peut se faire justice à soi même"*, Travaux de l'association Henry Capitant des amis de la culture juridique française, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1969.

---, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, Paris, Sirey, 1993.

Amselek, P., *Méthode phénoménologique et épistémologique du droit*, Paris, LGDJ, 1964.

Bachelier, X. et M.-N. Jobard-Bachelier, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2010.

Bazot, T., *Des ordonnances sur requête et des ordonnances de référé*, Paris, Cotillon, 1876.

Bertin, P., *Chambre du conseil en matière civile et disciplinaire*, 1853.

Bertin, J.-L.-H., *Ordonnances sur requête et référé avec formules*, Paris, Pédone, 1878.

Blanc, E., *Les nouvelles procédures d'exécution. Commentaire article par article de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992*, Monchrestien, 1994.

Bonjean, G., *Traité des ordonnances sur requête*, Paris, Pédone, 1899.

Boré, J., Boré, L., *Droit et pratique de la cassation en matière civile, 2009/2010*, Paris, Dalloz, .

Cadiet, L., Richer, L. (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, collection "Droit et Justice", 2003.

Carbonnier, J., *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1992.

Carré De Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920-1922.

Castelain, S., *La résolution des conflits : justice publique et justice privée*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2008.

Champetier de Ribes, J., *Etude de la nature des ordonnances sur requête et spécialement de la réserve d'en référer*, Paris, A. Pédone, 1910.

Coppens, P., *Normes et fonction de juger*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

- Cuq, E.**, *Etudes sur le droit babylonien : les lois assyriennes et les lois hitties*, Paris, Ed. P. Geuthner, 1929.
- Dabin, J.**, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.
- Estoup, P.**, *La pratique des procédures rapides*, Paris, Litec, 1998.
- Gallet, J.-L.**, *La procédure civile devant la Cour d'appel*, Paris, Litec, 2003.
- Garsonnet**, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 1882-1897.
- Gény, F.**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1996.
- Ghestin, J.**, *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe actes de la Table ronde du 12 décembre 1990 sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 1991.
- Kayser, P.**, *La protection de la vie privée par le droit*, Paris, Economica, 1995.
- Kelsen, H.**, *Théorie pure du droit (trad. Ch. Eisenmann)*, Paris, Dalloz, 1962.
- Motulsky, H.**, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs de droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002.
- Murat-Sempietro, M.-P. et V. Trambouze**, *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, Paris, Litec, 2006.
- Planiol, M.**, *Caractère et effets des décisions rendues en matière gracieuse*, Paris, éd. Pichon, 1910.
- Roubier, P.**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 2005.
- , *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2009.
- Thireau, J.-L.**, *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, Paris, PUF, 1995.
- Van Rhee, D., Heirbaut, D. et Storme, M.**, *Le bicentenaire du Code de procédure civile (1806) - La tradition de la procédure civile en France et à l'étranger*, Mechelen, Kluwer, 2008.
- Vuitton, X. et Vuitton, J.**, *Les référés*, Paris, Litec, 3^e éd., 2012.

B. Thèses

- Amrani-Mekki, S.**, *Le temps et le procès civil*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris, 2002.
- Baudin, H.**, *Des voies de recours contre les ordonnances sur requête*, thèse Dijon, 1902.
- Bléry, C.**, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, L.G.D.J., 2000.
- Bolard, V.**, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, thèse Paris I, 2006.
- Bouty, C.**, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008.
- Boujeka, A.**, *La provision, essai d'une théorie générale en droit français*, Paris, LGDJ, 2001.
- Boursier, M.-E.**, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003.
- Brenner, C.**, *L'acte conservatoire*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- Cagnoli, P.**, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2002.
- Cayrol, N.**, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Paris, Economica, 2001.
- Chainais, C.**, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007.
- Chodkiewicz, C.**, *L'urgence en matière de conflit de juridictions*, thèse Paris I, 2000.
- Cholet, D.**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2006.
- Contis, M.**, *Secret médical et évolutions du système de santé*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2006.
- Croze, H.**, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, thèse Lyon, 1981.
- D'Ambra, D.**, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994.
- De Percin, J.**, *Les voies de recours en matière d'ordonnance sur requête*, thèse Caen, 1912.
- Delville, J. P.**, *Introduction à la logique formelle du droit*, thèse Rennes I, 1994.
- Desprès, I.**, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004.
- Duclos, J.**, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984.
- Dumitresco, J.**, *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes physiques*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934.
- Devèze**, *De la règle « Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements »*, thèse Toulouse, 1938.

Dumitresco, J., *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes physiques*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934.

Dupré, H., *De la rectification des décisions judiciaires en dehors des voies de recours*, thèse Toulouse, 1941.

Fischer, J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, Aix-Marseille, PUAM, 2004.

Foyer, J., *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse Paris, 1954.

Francès, M., *Essai sur la notion d'urgence et de provisoire dans la procédure de référé*, thèse Toulouse, 1935.

Gaillard, E., *Le pouvoir en droit privé*, thèse Paris II, 1981.

Gilli, J.-P., *La cause juridique de la demande en justice*, Paris, LGDJ, 1962.

Guillien, R., *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, essai critique*, thèse Bordeaux, 1931.

Guilmard, R., *De la notion de juridiction gracieuse*, thèse Caen, 1913.

Hallouin, J.-C., *L'anticipation, contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse Poitiers, 1979.

Henry, *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, thèse Nancy, 1913.

Hoonakker, P., *L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ?*, thèse Strasbourg, 1988.

Jestaz, P., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LGDJ, 1968.

Jourdan, H., *La consommation du droit d'agir en justice dans la procédure romaine*, thèse Grenoble, 1900.

Jugault, J., *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, thèse Rennes, 1960.

Lassasagne, S., *Le contentieux provisoire international*, thèse Paris X, 2003.

Lasserre-Capdeville, J., *Le secret bancaire. Etude de droit comparé France-Suisse-Luxembourg*, Marseille, PUAM, 2006.

Layneveze, A., *Des voies de recours contre les ordonnances sur requête*, thèse Toulouse, 1923.

Lefort, C., *Théorie générale de l'appel*, thèse Angers, 2000.

Leduc, F., *L'acte d'administration en droit privé. Nature et fonctions*, éd. ANRT, 1992.

Leroyer, A.-M., *Les fictions juridiques*, thèse Paris II, 1995.

Levy, J.-R., *Des ordonnances sur requête des présidents des tribunaux civils*, thèse Aix Marseille, 1900.

Le Ninivin, D., *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, LGDJ, 1983.

Luxembourg, F., *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles.*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2008.

Mayer, P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973.

Mercier, A.-C., *La révision des décisions juridictionnelles*, thèse Bordeaux IV, 2000.

Merkt, O., *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zurich, Schulthess polygraphischer, 1994.

Merland, L., *Recherches sur le provisoire en droit privé*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001.

Merle, R., *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, thèse Paris, 1948.

Moreau, P., *L'homologation judiciaire - Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2008.

Michaud, J., *La notion d'urgence en droit judiciaire*, thèse Paris, 1944.

Mirabail, S., *La rétractation en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1997.

Naudet-Sénéchal, M., *Le juge unique - essai d'une théorie générale*, thèse Paris II, 2000.

Nioche, M., *La décision provisoire - Nature juridique et régime dans l'espace judiciaire européen*, thèse Paris I, 2007.

Outtin-Adam, A., *Essai d'une théorie des délais en droit privé : contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse Paris II, 1986.

Pageaud, P.-A., *L'acte conservatoire comme acte nécessaire*, thèse Poitiers, 1941.

Pallard, R., *L'exception de nécessité en droit civil*, Paris, LGDJ, 1949.

Peltier, V., *Le secret des correspondances*, Marseille, PUAM, 1999.

Peroz, H., *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2005.

Plassard, J., *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, thèse Toulouse, 1924.

Ponelle, J., *Le référé en cours d'instance : étude théorique et pratique*, Paris, Sirey, 1934.

Pierre-Maurice, S., *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003.

Roland, H., *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, 1958.

Rude-Antoine, E., *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Amiens, PUF, 2007.

Salhi, K., *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse Caen, 2004.

Strickler, Y., *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993.

Théry, P., *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris II, 1981.

Tomasin, D., *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, LGDJ, 1975.

Vahidi-Verdousi, A.-H., *De la vérité juridique : réflexions critiques sur la nature du droit*, thèse Strasbourg, 2000.

Zaghloul, A.-M., *La juridiction gracieuse - Essai de contribution à l'étude de l'acte juridictionnel dans les droits français et égyptien*, thèse Lyon, 1981.

Zaki, S., *La protection provisoire dans le cadre de l'exécution forcée*, thèse Reims, 2003.

IV. Articles, chroniques et études

Agostini, E., «Interversion des prescriptions et réforme de la prescription», D. 2010, p. 2465.

Albiges, C., «Equité», Rép. Proc. Civ. 2003.

Amiel-Cosme, L., «La fonction d'homologation judiciaire», *Justices* 1997/5, p. 135.

Amrani-Mekki, S., «L'avenir du nouveau code de procédure civile», in G. Canivet (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, p. 241.

---, «Analyse économique et temps du procès», in D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris, LGDJ, 2008.

Ancel, P., «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat», *RTD Civ.* 1999, p. 771.

Ansault, J.-J., «La Cour de cassation redonne toute sa confiance au juge de l'exécution», D. 2009, p. 2525.

Arcaute, M.-J., «Le référé probatoire dans le droit de la filiation», *Dr. famille* juin 1999, p. 4.

Avena-Robardet, V., «Secret bancaire dans un procès civil», D. 2003, p. 1162.

Bachelier, X., «Le pouvoir souverain des juges du fond», *BICC* 15 mai 2009, p. 18.

Balensi, I., «L'homologation judiciaire des actes juridiques», *RTD Civ.* 1978, 42.

Bandrac, M., «Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret n° 75-1123 du 25 décembre instituant un Nouveau Code de procédure civile», *JCP G* 1976, I, 2799.

---, «De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas», in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Dr. P. Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 178.

Barrère, J., «La rétractation du juge civil», in Mélanges P. Hébraud, Paris, Dalloz, 1981, p. 1.

Béguin, J., «Rapport sur l'adage "Nul ne peut se faire justice à soi même"», in *Travaux de l'Association Henry Capitant, t. XVIII, Journées lyonnaises*, Paris, Dalloz, 1969, p. 41.

Bonnard, R., «La conception matérielle de la fonction juridictionnelle», in Mélanges R. Carré De Malberg, Paris, Sirey, 1933, p. 3.

Barbier, L., «Le nouveau régime des ordonnances sur requête», Gaz. Pal. 1974, 1, doctrine, 223.

Barthouil, T., «Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé», RRJ 1992-2, p. 343.

Batut, M.-A., «Les mesures d'instruction *in futurum*», Rapport de la Cour de cassation 1999, p. 99.

Bazin, E., «De l'office du juge en droit de la consommation», Droit et procédures 2008, chron. 125.

Beauchard, J., «Le logement et les procédures civiles d'exécution», RTD Civ. 1993, p. 109.

Behar-Touchais, M., «L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ?», LPA 20 novembre 2002, p. 36.

Beigner, B., «Secret médical et assurances de personnes», D. 1999, p. 469.

Benezra, P., «Les pouvoirs du président du tribunal de commerce en matière de mesures conservatoires dans le cadre de la loi du 9 juillet 1991», Gaz. Pal. 1993, 1, doctrine, 616.

Bergel, J.-L., «La juridiction gracieuse en droit français», D. 1983, chron., p. 152.

---, «Juridiction gracieuse et matière contentieuse», D. 1985, chron., p. 165.

Bertin, P., «Le grand Noël du procédurier», Gaz. Pal. 1976, 1, doctrine, 116.

---, «Les ordonnances sur requête et leurs nouveaux signataires», Gaz. Pal. 1979, 1, Doctrine, 294.

---, «Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale», Rev. arb. 1983, p. 281.

---, «Les ordonnances sur requête, le président du tribunal et la trinité, note sous TGI Paris 5 mars 1984 », Gaz. Pal. 1984, 1, Doctrine, 237.

---, «Le référé afin de rétractation de l'ordonnance rendue sur la requête initiale en divorce est-il un "recours " interdit par l'article 1107 du nouveau Code de procédure civile ?», JCP G 1984, I, 3146.

Billier, J.-C., «Vérité et vérité judiciaire», Les cahiers de la justice printemps 2007, p. 195.

Bléry, C., «L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ?», Histoire de la justice 1991, n° 4, p. 79.

---, «Triple autorité de l'article 1351 : le retour ?», JCP G 2010, p. 153.

---, «Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ?», in Mélanges J. Héron, Paris, LGDJ, 2009, p. 111.

Bolze, A., «Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit», Gaz. Pal. 18 février 2003, p. 4.

Bonfils, P., «Loyauté de la preuve et procès équitable», D. 2005, p.122.

Bonnard, R., «La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolph Merkl», RDP 1928, p. 668.

Boré, L., «La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme», JCP G 2002, I, n° 104.

---, «Pourvoi en cassation», Rép. Proc. Civ. 2008.

Boré, L., De Salve de Bruneton, J., «Quelques idées sur le pourvoi en cassation», D. 2005, p. 180.

Bouloc, B., «Le secret professionnel : principe et limites», Gaz. Pal. 29 juin 2004, p. 15.

Bourdillat, J.-J., «La passerelle devant le Tribunal de commerce», Gaz. Pal. 1990, p. 400.

---, «L'annulation du titre exécutoire sur le fondement duquel a été pratiquée une saisie-attribution emporte de plein droit mainlevée de la saisie», D. 1999, p. 233.

Bouty, C., «Chose jugée», Rép. Proc. Civ. 2009.

Boy, L., «Réflexions sur l'action en justice», RTD Civ. 1979, p. 497.

Boyer, L., «Les effets des jugements à l'égard des tiers», RTD Civ. 1951, p. 163.

---, «Réflexions sur la requête civile», RTD Civ. 1956, pp. 55 s.

Brahic-Lambrey, C., «Injonction de faire», Rép. Proc. Civ. 2013.

Brenner, C., «L'étendue du secret professionnel», LPA 3 février 2005, p. 5.

---, «Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée», Procédures 2007/8, p. 13.

Bretagne-Jaeger, D., «Voies d'exécution et propriété intellectuelle», LPA 10 juillet 2003, p. 6.

Bruiliard, G., «L'évolution de la juridiction dite "gracieuse" ou "volontaire" et de celle de juridiction, d'après les récents travaux de la doctrine italienne», RIDC 1957, p. 5.

Brunel, P., «La juridiction de l'exécution et la responsabilité de l'huissier : compétence et conditions de mise en oeuvre», D. 1997, p. 370.

Bugada, A., «Le juge de l'exécution est compétent pour accorder des délais de grâce aux débiteurs de cotisations sociales», JCP G 2002, II, 10098.

Burgelin, J.-F., P. Houillon, C. Xueref et S. Cohen, «Secret et domiciles professionnels», LPA 20 juin 2001, p. 46.

Bussy, F., «La notion de partie à l'instance en procédure civile», D. 2003, p. 1376.

Cadiet, L., «La légalité procédurale en matière civile», BICC 15 mars 2006.

---, «note sous Cass. Ass. Plén. 24 novembre 1989», JCP G 1990, II, 21407.

---, «Quelques remarques sur l'urgence en matière de droit judiciaire», in H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, A. Pédone, 2001, p. 195.

---, «Connexité», *Rép. Proc. Civ.* 2006.

---, «Introduction au colloque "L'efficacité au service de la justice"», *Gaz. Pal.* 21 aout 2008, n° 286, p. 8.

Callé, P., «L'élévation du contentieux», *Procédures* 2003/4, p. 3.

Canivet, G., «Le juge entre progrès scientifique et mondialisation», *RTD Civ.* 2005, p. 33.

Cassia, P., «L'autorité de la chose ordonnée en référé», *JCP A* 2004, 1344.

Cauchy, M. et A. Dionisi-Peyrusse, «Le droit au secret médical et son application en matière d'assurances», *D.* 2005, p. 1313.

Cayrol, N., «Action en justice», *Rép. Proc. Civ.* 2011.

---, «Référé civil», *Rép. Proc. Civ.* 2011.

Cazalens, B., «note», *D.* 1875, 2, p. 73.

Chabas, F., «La réforme de l'astreinte», *D.* 1992, p. 299.

Champaud, C., «L'idée d'une magistrature économique», *Justices* 1995/1, p. 61.

Charruault, C., «La souveraineté des juges du fond à l'épreuve de quelques faits», *BICC* 15 mai 2009, p. 24.

Chatain, P.-L. et F. Ferrière, «Les recommandations de la commission de surendettement qui sont insuffisantes pour redresser la situation du débiteur doivent se voir refuser force exécutoire», *D.* 1999, p. 211.

Chaumont, C., «Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel», *RDP* 1942, p. 93.

Chemla, D. et E. Bouretz, «Le référé probatoire et secret bancaire : un secret bien gardé», *Revue de droit bancaire et financier* 2004, p. 208.

Cholet, D., «Le contrôle de l'activité non juridictionnelle des juridictions», *Gaz. Pal.* 13 octobre 2007, n° 156, p. 8.

---, «Responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle : la réforme nécessaire», *D.* 2005, p. 2540.

Christianos, V., «Injonction de faire et protection judiciaire du consommateur», *D.* 1990, p. 91.

Collectif, «La qualification», *Droits* 1993.

---, «"Les procédures d'urgence en matière judiciaire et administrative"», *RRJ*, numéro spécial 2003, p. 2933.

- Cornu, G.**, «Les définitions dans la loi», in Mélanges J. Vincent, Paris, Dalloz, 1981, p. 77.
- , «L'élaboration du Nouveau Code de procédure civile», in B. Beigner (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 71.
- , «Les définitions dans la loi et les textes réglementaires», RRJ 2005, n° spécial, p. 2173.
- Cosnard, H.-D.**, «L'autorité des actes et des jugements d'état dans la législation moderne», RTD Civ. 1961, p. 1.
- Cossa, A.**, «L'urgence en matière de référé», Gaz. Pal. 1955, 2, doct. 45.
- Couchez, G.**, «Le référé-provision, mesure ou démesure ?», in Mélanges P. Raynaud, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 161.
- Couchez, G., J.-P. Langlade et D. Lebeau**, D. 1998, pp. 424 s.
- Courtieu, G.**, «Abus de droit», J.-Cl. Resp. civ. et assur. 2005, fasc. 131-10.
- , «Abus du droit d'agir en justice», J.-Cl. Resp. civ. et assur. 2005, fasc. 131-30, .
- Cousin, A.**, «Le nouveau référé en matière de contenus illicites institué par la loi du 21 juin 2004», Gaz. Pal. 2005, p. 30.
- Couture, E.**, «La chose jugée comme présomption légale», RIDC 1954, p. 681.
- Crédeville, A.-E.**, «Le secret médical et la preuve judiciaire ou le secret médical mis en perspective», D. 2009, p. 2645.
- Créneau-Jabaud, B.**, «Le secret professionnel et la justice», LPA 3 février 2005, p. 17.
- Crosio, A.**, «Réflexions sur les mesures conservatoires», LPA 16 novembre 1983, p. 19.
- Daverat, X.**, «Tiers saisi ou tierce garantie», D. 2002, p. 1304.
- de Vareille-Sommières, P.**, «La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires», R.C.D.I.P. 1996, 401.
- Degoffe, M., Jeuland, E.**, «Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification», in Justice et droits fondamentaux, Mélanges J. Normand, Litec, 2003, 141.
- Delaporte**, «Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé», T.C.F.D.I.P. 1986-1988, p. 147.
- Desdevises, Y.**, «Variations sur le fond en procédure civile», in Mélanges H.-D. Cosnard, Paris, Economica, 1990, p. 325.
- , «L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de la saisie-vente», D. 1993, p. 160.
- , «Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?», D. 2000, chron., p. 284.

Desprès, I., «Référé et requêtes... en droit des successions et libéralités», in De code en code, Mélanges G. Wiederkehr, Paris, Dalloz, 2009, p. 217.

Douchy-Oudot, M., «La scission des phases de l'instance : la mise en état», in De code en code, Mélanges G. Wiederkehr, Paris, Dalloz, 2009, p. 233.

Donnier, M., «Réflexions sur les inscriptions conservatoires», D. 1961, chron., p. 79.

Dorange, A., «La gestion procédurale du squat : la protection du domicile contre l'occupation sans droit ni titre», Rev. Sc. crim. 2011, p. 371.

Dorsner-Dolivet, A., «A propos du recours en rectification», RTD Civ. 1989, p. 205.

Dorsner-Dolivet, A. et T. Bonneau, «L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure», D. 1986, chron. 59.

Duguit, L., «L'acte administratif et l'acte juridictionnel», RDP 1906, p. 451.

Duhamel, J.-P., «L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'acte d'appel et des écritures des parties», BICC Hors-série, Les rencontres Université-Cour de cassation, La procédure civile 2002, p. 6.

Dupont, N., «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française», RTD Civ. 2010, p. 459.

Duval-Arnould, D., «Le juge civil face au secret médical», D. 2004, p. 2682.

Eisenmann, C., «Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, La logique du droit», Annales de philosophie du droit 1966, n° 11, p. 25.

---, «Juridiction et logique (selon les données du droit français)», in Mélanges G. Marty, Toulouse, Université des Sciences Sociales, 1978, p. 477.

Esmein, A., «L'effet relatif de la chose jugée», in Mélanges Gérardin, Paris, Sirey, 1907, p. 239.

Eudier, F., «Jugement», Rép. Proc. Civ. 2012.

Fabiani, M.-H., «La saisie contrefaçon», Gaz. Pal. 21 décembre 2006, p.22.

Fabre, M., «La cassation sans renvoi en matière civile», JCP G 2001, I, 347.

Fages, B. et J. Mestre, «Secrets de professionnels», RTD Civ. 2005, p. 384.

Fixari, D., Pallez, F., «Comment traiter l'urgence», Annales de mines juin 1992, p. 78.

Florand, J.-M., «L'intervention judiciaire d'urgence en cas de crise matrimoniale sur le fondement de l'article 220-1 du Code civil», LPA 1988, p. 76.

Forest, D., «Cybersurveillance : de l'ambassade virtuelle à la citadelle assiégée», LPA 19 mars 2007, p. 6.

Fortis, E., «Divorce (cas)», Rép. Proc. Civ. 2008.

Fossier, T., «Protection de l'enfant par l'autorité publique», in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz Action, 2012/2013.

Foulon, M., «Quelques remarques d'un président de Tribunal de Grande Instance sur l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile», in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 311.

Fresnel, F., «La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs», *Gaz. Pal.* 30 janvier 2010, p.21.

Fricero, N., «L'excès de pouvoir en procédure civile», *RG Proc.* 1998, p. 17.

---, «Le droit européen à l'exécution des jugements», *Droit et procédures* 2001-1, p.6.

---, «Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée», in *Mélanges J. Héron*, Paris, LGDJ, 2009, p. 1999.

---, «Saisie des biens placés dans un coffre-fort», *Rép. Proc. Civ.* 2010.

Fricero, N. et **Ambroise-Casterot, C.**, « La loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes : nouvelles armes juridiques », *RJPF* 2010-9/8.

Frison-Roche, M.-A., «Les offices du juge», in *Mélanges J. Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463.

Gaillard, L., «Les mesures provisionnelles en droit international privé», *Sem. Judiciaire* 1993, p. 141.

Galloux, J.-C., «Les mesures probatoires, provisoires et conservatoires», *D.* 2008, p. 711.

Gebler, L., «L'enfant et ses juges. Approches transversales des procédures familiales», *AJ Famille* 2007, p. 390.

Gentili, C., «Créancier. Capacité, pouvoir, choix.», *J.-Cl. Voies d'exécution* 2005, fasc. 340, .

Gerbay, P., «Nouvelles réflexions sur les effets de l'appel voie d'annulation», *Gaz. Pal.* 24-25 janvier 2003, *doctr.*, p. 7.

---, «Le titre exécutoire provisoire et le recouvrement des créances», *Procédures* 2008, Numéro spécial, *Le titre exécutoire et le recouvrement des créances*, étude n° 5.

Gjidara, S., «La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles», *LPA* 26 mai 2004, p. 3.

Gobert, M., «La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée», *RTD Civ.* 1992, p. 344.

Gorchs, B., «Référé spéciaux et droit commun», *RRJ* 2005, p. 569.

Granet-Lambrechts, F. et **Y. Strickler**, «Droit pour le mineur capable de discernement à être entendu en justice», *JCP G* 2005, II, 10081.

Gridel, J.-P., «L'office du juge», *BICC* 1er février 2013, p. 6.

Groslière, J.-C., «Le JAM ou l'homme orchestre du divorce», *D.* 1976, I, *chron.*, p. 73.

Gouttenoire, A., «Autorité parentale», in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz Action, 2012/2013.

Guinchard, S., «L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil», in *De code en code*, Mélanges G. Wiederkehr, Paris, Dalloz, 2008, p. 457.

Hauriou, M., «Les éléments du contentieux», *Rec. Acad. Lég. Toulouse* 1905, p. 1.

Hauser, J., «Du provisoire et du définitif dans l'article 258», *RTD Civ.* 1997, p. 405.

---, «Le juge homologateur en droit de la famille», in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Dalloz, coll. "Thèmes et commentaires", 1998, p. 114.

---, «L'indisponibilité relative des droits de la personnalité : conventions directes et indirectes sur le droit au respect de la vie privée et le droit au secret», *RTD Civ.* 2000, p. 801.

---, «De quelques fautes : jtm plu jm lotr», *RTD Civ.* 2009, p. 514.

---, «Les formes de la prestation compensatoire», *Droit et patrimoine déc.* 2002, p. 57.

Hauser, J. et J.-J. Lemouland, «Ordre public et bonnes moeurs», *Rép. Proc. Civ.* 2004.

Hazard, J., «La juridiction gracieuse», in Mélanges G. Marty, Toulouse, Univ. Sciences Sociales Toulouse, 1978, p. 621.

Hébraud, P., «Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil», *D.* 1946, L., 333.

---, «Le rôle du juge des référés saisi à la suite d'une ordonnance sur requête qui a prononcé l'expulsion d'un occupant», *RTD Civ.* 1951, p. 412.

---, «Exercice préventif de l'opposition à l'ordonnance d'envoi en possession», *RTD Civ.* 1952, p. 538.

---, «Le domaine des ordonnances sur requête», in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 3.

---, «Le juge et la jurisprudence», in Mélanges P. Couzinet, Toulouse, 1974, p. 335.

Helfre, H., «Peut-on juger avec objectivité ?», *Gaz. Pal.* 16 juin 2005, p. 2.

Héron, J., «Eléments de typologie des jugements à partir de l'idée de réalisation du droit», *RRJ* 1992, p. 961.

---, «Existe-t-il des règles de non imputation ?» in Mélanges G. Cornu, PUF, 1994, p. 217.

---, «Convention européenne des droits de l'homme et voies de recours», in Mélanges P. Drai, Dalloz, 2000, p. 369.

Hilt, P., «De l'utilité des actions possessoires», *Gaz. Pal.* 18 août 2005, p. 2.

Hocquet-Berg, S., «Le procès civil envisagé comme fait générateur de dommages», *RCA* mars 2009, dossier n° 6.

Hontebeyrie, A., «Prescription extinctive», Rép. Proc. Civ. 2011, .

Hoonakker, P., «Des intérêts dus sur les créances de restitution», D. 1999, p. 328.

---, «L'introduction d'un référé-provision suffit à préserver une mesure conservatoire de la caducité prescrite par l'art. 215 du décret de 1992, note sous Cass. Civ 2e, 18 février 1999», D. 2000, jur., p. 814.

---, «Dernières réformes de l'exécution provisoire. Raison et déraison.», D. 2006, p. 754.

---, «La prescription de l'exécution forcée depuis la loi numéro 2008-561 du 17 juin 2008», Droit et procédures 2009, p. 15.

---, «Exécution provisoire», Rép. Proc. Civ. 2010, .

Huchet, G., «Retour sur l'article 1441-4 du CPC», Gaz. Pal. 11 décembre 2007, p. 6.

Hugon, C., «Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ?», LPA 11 décembre 2003, p. 4.

J.-Ch., L., «Litiges familiaux et chambre du conseil», JCP 1955, I, 1236.

Jamin, C., «L'efficacité au service de la justice», Gaz. Pal. 21 avril 2007, n° 111, p. 2.

Japiot, R., «Autorisation d'aliéner ou d'hypothéquer l'immeuble dotal donnée par le tribunal. Juridiction contentieuse et juridiction gracieuse. Critérium. Défaut d'autorité de la chose jugée ; révocation de l'autorisation ; défaut d'autorité de la chose jugée vis-à-vis des tiers. Limitation des causes de critiques qui peuvent être invoquées contre le jugement gracieux ; irrégularité ou mal-fondé ; erreur de fait et erreur de droit. Voies de recours ; appel, opposition, pourvoi, tierce opposition ; demande de révocation ; action en nullité», RTD Civ. 1912, 781.

Jarosson, C., «Modes alternatifs de règlement des conflits», RGDP 1999, p. 133.

Jeammaud, A., «Conflit, Différend, Litige», Droits 2001/34, 15.

Jeantin, M., «Les mesures d'instruction *in futurum*», D. 1980, chron., p. 206.

Jestaz, P., «Distinction entre droit et morale», RRJ 1983, p. 334.

---, «L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale», in Mélanges P. Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, p. 273.

---, «La sanction ou l'inconnue du droit», D. 1986, chron., p. 197.

Jeuland, E., «Les effets des jugements provisoires hors du territoire du for», Rev. Rech. Jur. 1996, spéc. n° 2, p. 175.

---, «L'expertise commerciale», D. 2000, chron., p. 209.

Jèze, G., «L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux», RDP 1909, p. 667.

---, «De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel», RDP 1913, p. 437.

Jubault, C., «Les «exceptions» dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond», LPA 15 janvier 2003, p. 4.

Julien, P., «L'effet dévolutif de l'appel au regard de l'appel tendant à l'annulation du jugement», BICC Hors-série, Les rencontres Université-Cour de cassation, La procédure civile 2002.

---, «Ce que la raison ou la nécessité commandent (à partir des articles 17 et 462 du NCPC)», in Justice et droits fondamentaux, Mélanges J. Normand, Paris, Litec, 2003, 241.

---, «Principe de la contradiction et expertise en droit privé», in Mélanges J. Buffet, Paris, LGDJ, 2004, 231.

Julien, P. et J.-B. Racine, «Difficultés soulevées par les articles 1441-4 et 1015 du NCPC», D. 2008, p. 129.

Julienne, M., «Obligation naturelle et obligation civile», D. 2009, p. 1709.

Junillon, J., «Quelques interrogations procédurales à propos de la procédure à jour fixe», RGP 1998, p. 577.

Kanayama, N., «On ne peut que présumer la vérité : l'autorité de la chose jugée», in J. Monéger (dir.), *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Paris, Economica, 2001, p. 143.

Kornprobst, M., «Obligation alimentaire», Rép. Civ. 2012.

Lacabarats, A., «Autorité de la chose jugée au civil : la concentration des moyens au cours d'une même instance et le droit d'accès au juge», Justice et cassation 2008, p. 116.

Lagarde, X., «Transaction et ordre public», D. 2000, chron., p. 217.

---, «Réformer l'injonction de payer. Défense d'une proposition», JCP G 2008, Doctrine, 165.

Lampué, P., «La notion d'acte juridictionnel», RDP 1946, p. 2.

Laouenan, O. et D. Epailly, «La protection pénale de l'huissier dans le cadre de son ministère», LPA 8 janvier 2002, p. 4.

Laroche, H., «Le paradoxe de l'urgence», in *Deuxièmes journée d'études "Temps et organisation"*, Paris, C.R.G. Ecole polytechnique, 1-2 février 1994.

Larribau-Terneyre, V., «Précisions sur la compétence exclusive du JAF comme juge des référés en matière de mesures provisoires», Dr. Fam. n° 11 2005, comm., p. 244.

Lassere-Capdeville, J., «Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ?», AJ Pénal 2009, p. 165.

Laurent-Merle, I., «Le secret des données médicales et la protection de la vie privée : un secret de polichinelle ?», D. 2000, p. 521.

Le Bars, T., «La théorie du fait constant», JCP G 1999, I, 178.

---, «Autorité positive et autorité négative de chose jugée», Procédures août-septembre 2007, p. 9.

Le Masson, J.-M., «La recherche de la vérité dans le procès civil», *Droit et société* 1998, n° 38, p. 21.

Leborgne, A., «L'impact de la loyauté sur l'administration de la preuve ou le double visage d'un grand principe», *D.* 1996, p.535.

---, «L'obligation de concours des tiers saisis», *Droit et procédures* 2001, chron. 151.

Lécuyer, H., «Prestation compensatoire : Prédire l'avenir, oui, constater le passé, non, ou comment il est enjoint au magistrat de s'improviser Mme Soleil sans pouvoir être juge des évidences», *Dr. Fam.* janvier 1998, n° 8.

Lefort, C., «Juge de l'exécution», *Rép. Proc. Civ.* 2011, .

Lienhard, C., «La compétence du juge aux affaires matrimoniales en tant que juge des référés entre le dépôt de la requête en divorce et la tentative de conciliation», *D.* 1985, I, chron., p. 15.

---, «Contribution aux réflexions sur la réforme des procédures de divorce», *D.* 1998, chron., p. 132.

---, «Juge aux affaires familiales», *Rép. Proc. Civ.* 2011.

Loiseau, G., «Focus sur la vie personnelle du salarié», *D.* 2009, p. 2393.

Lorvellec, L., «Remarques sur le provisoire en droit privé», in *Mélanges A. Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 385.

Louis-Lucas, P., «Vérité matérielle et vérité juridique», in *Mélanges R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 583.

Magendie, J.-C., «Loyauté, dialogue et célérité», in *Mélanges S. Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 329.

Marguenaud, J.-P., «Le droit à « l'expertise équitable »», *D.* 2000, p. 111.

Martin, J.-P., «Du délai entre saisie-contrefaçon de brevet et assignation», *JCP* 1994, I, p. 343.

Martin, R., «La saisine d'office du juge (essai sur sa signification)», *JCP G* 1973, IV, 6316.

---, «La formalisation de la demande gracieuse et de la requête du président du Tribunal de Grande Instance après le décret n° 76-714 du 29 juillet 1976», *JCP G* 1976, I, 2819.

---, «Les contradictions de la chose jugée», *JCP G* 1979, I, 2938.

---, «Les détournements de la procédure judiciaire», *RTD Civ.* 2007, p. 724.

Mayer, P., «Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée», in *Mélanges J. Héron*, Paris, LGDJ, 2009, p. 331.

Mazeaud, D., «Brèves remarques sur la réforme du droit du surendettement», *RDI* 1995, p. 227.

Merveille, A. et R. Thominette, «Nature et régime de l'ordonnance rendue au visa de l'article 1441-4 NCPC», *D.* 2004, p. 1332.

Mestre, J., «Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance», in *Mélanges P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 439.

Meunier, J.-L., «L'inscription provisoire d'hypothèque après la réforme des procédures d'exécution», *Defrénois* 1994, p. 81.

Miniato, L., «L'introuvable principe de loyauté en procédure civile», *D.* 2007, p. 1035.

Moreau, A., «L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant», *D.* 2006, p. 524.

Morvan, P., «Les vises de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit «hors-la-loi»», *LPA* 8 juin 2005, n° 113, p. 5.

Motulsky, H., «Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé», *TCFDIP* 1950, p. 15.

---, «Le droit subjectif et l'action en justice», *Archives philo. droit* 1964, p. 215.

---, «Rapport de synthèse», in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 55.

Moury, J., «De quelques aspects de l'évolution de la juridiction (en droit judiciaire privé)», in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, *Mélanges R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 299.

Moussa, T., «L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction», *BICC* 2004, Hors série n° 3, p. 51.

Muir-Watt, H., «La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)», *RGDP* 1998, p. 711.

Neirinck, C., «Enfance», *Rép. Civ.* 2013.

Neuville, S., «Le traitement planifié du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuse et contentieuse», *RTD Com.* 2001, p. 31.

Niboyet, M.-L., «Action en justice», in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 17.

Nicod, B., «La réforme des procédures civiles d'exécution», *D.* 1994, p. 15.

---, «Saisie-contrefaçon», *Rép. Proc. Civ.* 2012, .

Nicolau, G., «L'équivoque entre vice et vertu», *RTD Civ.* 1996, p. 57.

Normand, J., «La nature de la juridiction présidentielle : juridiction provisoire et juridiction définitive du président», *RTD Civ.* 1981, p. 893.

---, «La distinction de la compétence et des pouvoirs du juge des référés», *RTD Civ.* 1983, p. 781.

---, «La gravité de la faute en matière d'abus de droit de recourir aux voies d'exécution», *RTD Civ.* 1991, p. 160.

---, «Le juge de l'exécution», RTD Civ. 1993, p. 31.

---, «La portée de l'autorité de la chose jugée. Un renouvellement des critères ?», RTD Civ. 1995, p. 176.

---, «Le caractère provisoire ou le caractère temporaire des mesures prises en référé. Le cas des mesures restrictives de la liberté d'expression», RTD Civ. 1997, p. 499.

---, «Les fonctions des référés», in G. Tarzia et J. Van Compernelle (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 83.

---, «Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction», in G. Tarzia et J. Van Compernelle (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 137.

---, «Le domaine de principe de la motivation», in (dir.), *La motivation, Travaux de l'association Henry Capitant, t. 3*, Limoges, LGDJ, 1998, p. 17.

---, «De quelques limites du référé provision», RTD Civ. 1999, p. 177.

---, «Les facteurs d'accélération de la procédure civile», in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges P. Draï*, Paris, Dalloz, 2000, p. 427.

---, «Dommage imminent et trouble manifestement illicite», in *Mélanges P. Julien*, Paris, Edilait, 2003, p. 295.

---, «Juge de l'exécution. Compétence d'attribution.», *J.-Cl. Proc. Civ.* 2010, Fasc. 2040.

Orianne, P., «Les standards et les pouvoirs du juge», *RRJ* 1988, p. 1037.

Ost, F., «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», in F. Ost, P. Gérard et M. Van de Kerchove (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacement.*, Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint Louis, 1983, p. 1.

---, «Les multiples temps du droit», in *Le droit et le futur, Colloque de l'Association française de philosophie du droit*, actes du colloque des 4-5 novembre 1983, P.U.F., 1985, Paris.

Paisant, G., «Note sur le décret du 9 mai 1995 relatif à la procédure de traitement des situations de surendettement», *RTD Com.* 1995, p. 649.

---, «Le juge et la force exécutoire conférée aux recommandations de la commission de surendettement en l'absence de contestation», *RTD Com* 1999, p. 768.

---, «Du bon usage des pourvois contre les décisions des juges de l'exécution conférant force exécutoire aux mesures recommandées par les commissions», *RTD Com.* 2000, p. 194.

Perdriau, A., «Réflexions désabusées sur le contrôle de cassation en matière civile», *JCP G* 1991, I, n° 3538.

---, «La rectification des jugements civils», *JCP G* 1995, I, 3886.

- , «Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond», LPA 15 novembre 2001, p. 8.
- , «Le retour obligé du justiciable devant ses juges», JCP G 2001, I, n° 325.
- , «Usage actuel des cassations sans renvoi», JCP G 2001, I, 334.
- , «Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation», Gaz. Pal. 7 mars 2002, p. 6.
- Ponsard, A.**, «Rapport français», in *La vérité et le droit. Journées canadiennes. Trav. assoc. Henri Capitant*, t. 38, Paris, Economica, 1987, p. 673.
- Petit, J.**, «A propos de la théorie de la qualification : le juge et les qualifications légales», in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (dir.), *L'office du juge*, actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006, éd. du Sénat, 2007, Paris, p. 148.
- Perrot, R.**, «Le régime procédural des ordonnances sur requête», in *Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 8.
- , «Le juge unique en droit français», RIDC 1977, p. 659.
- , «L'évolution du référé», in Mélanges P. Hébraud, Paris, Dalloz, 1981, p. 645.
- , «Mesures d'instruction à futur : ordonnance de référé ou ordonnance sur requête ?», RTD Civ. 1982, p. 212.
- , «Ordonnance sur requête : étendue des pouvoirs du juge saisi d'une demande en rétractation», RTD Civ. 1984, p. 367.
- , «Le silence en droit judiciaire privé», in Mélanges Raynaud, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 627.
- , «Les mesures provisoires en droit français», in G. Tarzia (dir.), *Les mesures provisoires en procédure civile*, actes du colloque des 12-13 octobre 1984, Milan, Guiffrè, 1985, Milan, p. 140.
- , «Jugement. Omission de statuer : le délai d'un an et sa portée», RTD Civ. 1994, p. 683.
- , «Intervention forcée : mise en cause d'office par le juge.», RTD Civ. 1994, p. 163.
- , «Mesures conservatoires : diligences complémentaires prescrites à peine de caducité», RTD Civ. 1995, p. 197.
- , «Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : les limites et les dérives», RTD Civ. 1995, p. 191.
- , «Obligation de renseignement du tiers saisi : la notion de motif légitime», RTD Civ. 1997, p. 752.
- , «Juge de l'exécution. Compétence d'attribution : demandes en réparation contre les huissiers de justice.», RTD Civ. 1998, p. 753.
- , «L'homologation des transactions (article 1441-4 du NCPC)», Procédures août-septembre 1999, chron. 10, p. 3.

---, «Du provisoire au définitif», in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Drai, Paris, Dalloz, 2000, p. 447.

---, «Mesures conservatoires : dans quelle mesure peut-on saisir un juge des référés pour obtenir un titre exécutoire ?», *RTD Civ.* 2001, p. 960.

---, «Ordonnances sur requête. Rétractation : à quel moment le juge doit-il se placer ?», *RTD Civ.* 2002, p. 146.

---, «Qualité des parties et inversion du contentieux», *RTD Civ.* 2003, p. 351.

---, «Acte juridictionnel : distinction avec les actes administratifs du juge», *RTD. Civ.* 2004, p. 140.

---, «Mesure conservatoire. Mainlevée et réparation du préjudice : la preuve d'une faute à la charge du prétendu créancier est-elle nécessaire ?», *RTD Civ.* 2004, p. 353.

---, «Injonction de payer et mesure conservatoire ou un accouplement inattendu», *Procédures* 2005, étude 3.

---, «Signification des jugements : ses effets et sa portée», *RTD Civ.* 2006, p. 376.

---, «Tierce opposition : son effet dévolutif», *RTD Civ.* 2008, p. 555.

---, «Mesures d'instructions préventives. Conditions.», *Procédures* 2008, comm. 228.

---, «Intervention forcée : l'invitation d'un juge n'est qu'une simple faculté», *RTD Civ.* 2008, p. 154.

---, «L'urgence n'est pas nécessaire», *Procédures* 2009, comm. 72.

---, «Le droit à la preuve et les secrets de la vie privée», *RTD Civ.* 2009, p. 167.

Perrot, R. et P. Théry, «La subsidiarité de la saisie-vente», *D.* 1996, p. 169.

---, «Saisie attribution. La situation du tiers saisi», *D.* 2001, p. 714.

Peyre, J.-C., «Le référé probatoire de l'article 145 NCPC», *JCP G* 1984, I, 3158.

Piédelievre, S. et Guerchoun, F., «Saisies et mesures conservatoires», *Rép. Proc. Civ.* 2012, .

Pierre-Maurice, S., «Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum», *D.* 2002, p. 3131.

---, «Ordonnance sur requête», *Rép. Proc. Civ.* 2005, .

---, «Nature du référé-rétractation et notion de voie de recours», *RRJ* 2007-4, p. 1893.

---, «La compétence territoriale en ordonnance sur requête : l'apport de l'arrêt du 30 avril 2009», *D.* 2009, p. 2321.

---, «Vers la fin des ordonnances sur requêtes préventives probatoires ?», *D.* 2009, p. 149.

---, «Ordonnance sur requête», *Rép. Proc. Civ.* 2011, .

Poissonier, G., «Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue», D. 2008, chron., p. 1285.

Poullard, A., «Manières de juger. La représentation du pouvoir dans la fonction du juge», Institut des hautes études en sciences sociales 1999, <http://www.reds.msh-paris.fr>, .

Prêtot, X. et D. Chelle, «Responsabilité de l'Etat et d'une commune en raison du défaut de concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice prescrivant la libération des locaux d'une entreprise occupés par des grévistes», D. 1996, p. 229.

Racine, J.-B., «La technique de la "passerelle" en droit judiciaire privé», in Mélanges P. Julien, Paris, Edilaix, 2003, p. 354.

Redon, M., «Mesures d'instruction confiées à un technicien», Rép. Proc. Civ. 2010, .

Reiner, A., «Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage C.C.I.», J.D.I. 1998, p. 853.

Renaut, M.-H., «L'huissier face au droit pénal», Gaz. Pal. 12 octobre 2002, p. 3.

Rials, S., «L'office du juge», in *La fonction de juger, Droits*, P.U.F., 1989.

Rivero, J., «Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique», in Mélanges P. Raynaud, Paris, Dalloz, 1986, p. 675.

Rives, G., «La juridiction du conseiller de la mise en état», RTD Civ. 1984, p. 645.

Rondeau-Rivier, M.-C., «L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés», Gaz. Pal. 12 et 13 juillet 1991.

Rouast, A., «Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés», RTD Civ. 1944, p. 1.

Roucoux, D., «Réflexions sur le rôle du juge», Gaz. Pal. 7 mai 2008, p. 5.

Roujoux de Boubée, G., «La loi nouvelle et le litige», RTD Civ. 1968, p. 479.

Rousse, J.-P., «Nature et finalité de la décision de référé», Gaz. Pal. 1977, p. 251.

---, «Les pouvoirs du juge des référés dans la loi du 31 décembre 1976», Gaz. Pal. 1977, 2, doct., p. 557.

Routier, R., «Le secret bancaire face au juge civil et commercial en droit français», RLDA mai 2010, p. 55.

Rouzet, G., «Le secret notarial», Defrénois 30 novembre 1995, p. 1345.

Rovinski, J., «Les mesures d'urgence du juge aux affaires familiales et le devenir de l'article 257 du code civil», Gaz. Pal. 7 décembre 1999, p. 2.

Rubellin-Devichi, J. et M. Rebourg, «Procédure de divorce. Mesures provisoires», J.-Cl. Proc. Civ. 2011.

Ruellan, R. et L. Lauba, «Brèves réflexions sur la réforme des voies d'exécutions», LPA 16 mars 1996, p. 10.

---, «La subsidiarité de la saisie-vente : entre équité, justice et réalisme économique», D. 1997, p. 130.

Saint-Pau, J.-C., «L'article 9 du Code civil : matrice des droits de la personnalité», D. 1999, p. 541.

Salas, D., «Procès», in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 1243.

Salati, O., «Mise en état», Rép. Proc. Civ. Dalloz 2007.

Samain, F., «Saisie-appréhension», Rép. Proc. Civ. 2012.

Santa-Croce, M., «De quelques difficultés de qualification en droit judiciaire privé», in Mélanges C. David, Paris, LGDJ, 2005, p. 409.

Sarcelet, J.-D., «La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ?», D. 2008, p. 1921.

Savatier, R., «Le droit et l'accélération de l'histoire», D. 1951, chron., p. 29.

Segonds, M., «La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance», JCP G 2000, I, 738.

Sériaux, A., «Réflexions sur les délais de grâce», RTD Civ. 1993, p. 789.

---, «La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris», RTD Civ. 1997, p. 53.

Serinet, Y.-M., «La qualité du défendeur», RTD Civ. 2003, p. 203.

Sinay, H., «La compétence exclusive», JCP G 1958, I, 1451.

Soustelle, P., «Le retour de la compétence du juge des référés pour octroyer un délai de grâce», D. 1999, p. 517.

---, «Dans le cadre d'une saisie-attribution, le juge de l'exécution perd le pouvoir d'accorder des délais de grâce», D. 2002, p. 1658.

Strickler, Y., «L'ordonnance sur requête en injonction de payer n'est pas une décision de justice au sens de l'article 68 de la loi de 1991», D. 2005, p. 342.

---, «Atteinte au droit à l'image et violation de la vie privée», Dr. fam. 2011, comm. 175.

---, «La loyauté processuelle», in Mélanges J.-F. Burgelin, Paris, Dalloz, 2008, p. 355.

Strickler, Y. et M. Foulon, «Article 145. Saisine de la Cour d'appel et absence de saisine préalable du juge du fond», D. 2004, p. 2172.

---, «Le constat sur requête avant tout procès», Procédures 2006, chron. 71.

---, «Compétence et pouvoir du juge qui liquide l'astreinte», D. 2008, p. 585.

---, «De l'hybridation en procédure civile. La forme des référés et des requêtes des articles 1379 et 1380 CPC», D. 2009, p. 2963.

---, «Le référé-rétractation», D. 2010, p. 456.

---, «Le constat sur requête avant tout procès, quatre ans après», Droit et procédures 2010, p. 307.

---, «Le décret n° 2011-1043 du 1er septembre 2011 et la procédure en la forme des référés», D. 2011, p. 2668.

« Les pouvoirs du juge des référés », Gaz. Pal. 26 mai 2012 n° 147, p. 17.

---, «Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ?», Gaz. Pal. 08 décembre 2012, p. 10.

---, «Comment présenter une requête ?», Gaz. Pal. 9 mars 2013, p. 7.

Struycken, A. V., «Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé», TCFDIP 1986-1988, p. 105.

Tabuteau, D., «Le secret médical et l'évolution du système de santé», D. 2009, p. 2629.

Taormina, G., «Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exéquatur des transactions de l'article 1441-1 NCPC», D. 2002, chron., p. 2353.

Tendler, R., «Le juge des référés, une « procédure ordinaire » ?», D. 1991, p. 139.

Théry, P., «La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence», Droits 1999, p. 89.

---, «Compétence du juge de l'exécution : géométrie variable ?», RTD Civ. 2008, p. 546.

Thiberge, M., «L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties», D. 2011, p. 610.

Touffait, A. et Tunc A., «Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation», RTD Civ. 1974, p. 487.

Truchet, D., «Les définitions législatives», in *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 193.

Van Compernelle, J., «Vers une nouvelle définition de l'office de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts», in *Mélanges F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 502.

Van Hoecke, M., «Définitions légales et interprétation de la loi», Drot et société 1988, n° 8, p. 95.

Vandermeeren, R., «Les occupations d'églises : petite histoire et problématique juridique», AJDA 2003, p. 427.

Vasseur, M., «L'urgence en droit civil», RTD Civ. 1954, p. 405.

Veaux, D. et P. Veaux-Fournerie, «Les surprises de la tierce opposition», in *Mélanges D.-H. Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p. 409.

Verdun, G., «Pouvoirs du conseiller de la mise en état», Gaz. Pal. 2-6 novembre 2001, p. 3.

Véricel, M., «L'abandon de la justice de proximité en matière civile», JCP G 2012, I, 194.

Vincent, J., «Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles», in Mélanges P. Hébraud, Paris, Univ. Sc. Sociales de Toulouse, 1981, p. 917.

Vinckel, F., «Opérations d'exécution. Modalités d'exécution.», J.-Cl. Proc. Civ. 2009, Fasc. 2210, n°47.

---, «Droit de l'exécution. Présentation générale.», J.-Cl. Voies d'exécution 2010, fasc. 120.

Voidey, N., «La notion de «prétentions» en procédure civile », Gaz. Pal. 05 septembre 2006, p. 5.

Voulet, J., «L'étendue de la cassation en matière civile», JCP G 1977, I, n° 2877.

Vuitton, X., «Fasc. 480 : Ordonnances sur requête», J.-Cl. Proc. Civ. 2007.

---, « Fasc. 474 : Référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur», J.-Cl. Proc. Civ. 2011.

Weber, J.-F., «Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile», BICC 15 mai 2009, p. 6.

Weiller, L., «Nature et régime du recours contre l'ordonnance rendue au visa de l'article 1441-4 du NCPC», D. 2005, p. 3068.

Wicker, G., «La légitimité de l'intérêt à agir», in Mélanges Y. Serra, Paris, Dalloz, 2006, p. 455.

Wiederkehr, G., «La notion d'action en justice selon l'article 30 du Nouveau Code de procédure civile», in Mélanges P. Hébraud, Toulouse, Univ. Sc. Sociales de Toulouse, 1981, p. 949.

---, «La notion de grief et les nullités de forme en procédure civile», D. 1984, chron., p. 165.

---, «Qu'est-ce qu'un juge ?», in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges R. Perrot, Paris, Dalloz, 1995, p. 575.

---, «Décisions gracieuses, jugements sur le fond, dessaisissement du juge et autorité de la chose jugée», Justices 1995, p. 283.

---, «De la distinction entre les actes juridictionnels et non juridictionnels», Justices, n° 1 janv.-juin 1995, p. 246.

---, «De la distinction entre décision gracieuse et décision contentieuse», Justices 1996, p. 266.

---, «L'accélération des procédures et les mesures provisoires», RIDC 1998, p. 449.

---, «Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires», in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Mélanges A. Rieg, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 883.

---, «L'évolution de la justice gracieuse», in Le juge entre deux millénaires, Mélanges P. Draï, Paris, Dalloz, 2000, p. 483.

---, «Sens, signifiante et signification de l'autorité de la chose jugée», in Mélanges J. Normand, Paris, Litec, 2003, p. 507.

---, «De la légitimité de la justice», in Mélanges J. Héron, Paris, LGDJ, 2009, p. 485.

---, «Une notion controversée : l'action en justice», in Mélanges P. Simler, Paris, Litec, 2009, p. 903.

---, «La légitimité de l'intérêt à agir», in Mélanges S. Guinchard, Paris, Dalloz, 2010, p. 877.

V. **Conclusions, notes, observations, commentaires**

Almairac G., TGI Nevers (req.), 23 septembre 1976, JCP G 1977, II, 18603.

Amrani-Mekki S., obs. sous. Cass. 2^e Civ., 5 mai 2011, n° 10-20.435, JCP G 2011 p. 1397 n° 8.

---, note sous Cass. Ch. mixte, 28 septembre 2012, n° n° 11-18.710, JCP G 2012 p. 1200.

Avena-Robardet V., obs. sous Cass. 2^e civ., 11 février 2010, D. 2010 p. 659.

Barbier P., note sous TGI Paris, 11 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982. 1., somm. 367.

Bourdillat J.-J., note sous Paris, 11 juin 1998, Rev. huissiers 1999, p. 202.

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ., 28 octobre 1999, n° 97-12.734, Rev. huiss. 2000 p. 370.

---, note sous Montpellier, 19 mai 2003, Dr. et proc. 2003 p. 368.

Bousquet E., note sous Paris, 10 novembre 1987, Rev. Arb. 1989 p. 670.

Boursier M.-E., obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 7 juin 2005, D. 2005 p. 2570.

Bretzner J.-D., obs. sous. Cass. 2^e Civ., 8 février 2006, D. 2007 pan. 1907 et 1908.

Cabbanes J., note sous Cass. Ch. Mixte, 7 mai 1982, D. 1982 p. 541.

Cadiet L., note sous Cass. Com., 1er décembre 1987, JCP G 1988, II, 21091.

---, Cass. Ass. plén., 24 novembre 1989, JCP G 1990, II, 21407.

---, Cass. Soc., 31 janvier 1996 ; JCP G 1997, I, 3989, n° 23.

Chabot G., note sous Cass. Com., 16 décembre 2008, LPA 29 mai 2009, p. 10.

Chartier D., note sous Cass. 2^e Civ., 18 novembre 1992, D. 1993 p. 91.

Collart-Dutilleul P. et **Derruppé J.**, note sous Cass. 3^e Civ., 12 octobre 1994, RD imm. 1995. 173.

---, note sous Cass. 3^e Civ., 6 mars 1996, RD imm. 1997. 144.

Croze H. et **Morel M.**, obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 21 juillet 1987, Gaz. Pal. 1988, 1, somm. 148.

Croze H. et Moussa T., note sous Cass. Avis., 21 juin 1999, JCP G 1999, II, 10160.

Dahan R., obs. sous. Paris, 2 juill. 1998, Rev. huiss. 1999, p. 207.

---, Paris, 7 mai 1998, Revue huiss. 1999, p. 210.

Deharo J., obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 6 juillet 2011, n° 10-22.826, JCP G 2011 p. 852.

De Peyramont R., obs. sous. Cass. Civ. 26 novembre 1867, S. 1868, p. 73.

Derrida F., obs. sous. Cass. Com., 14 février 1989, D. 1991 p. 11.

De Quenaudon R., obs. sous. Cass. Soc. 17 mai 2005, *Klajer c. Sté Cathnet-Science*, D. 2005. Tribune 1873.

---, Cass. Soc. 18 oct. 2006, *Le Fur c. SARL Techni-Soft*, Bull. civ. V, n° 308 (1^{ère} esp.), RDT 2006 p. 395.

---, Cass. Soc. 23 mai 2007, RDT 2007 p. 590.

Desdevises Y., obs. sous Cass. Soc. 17 mai 1977 *Ferodo*, JCP G 1978, II, 18992.

---, note sous Cass. Avis, 9 février 1998, Procédures 1998, comm. 81.

Du Rusquec E., obs. sous. Cass. 2^e Civ., 30 avril 2003, Gaz. Pal. 8-10 févr. 2004, p. 28.

Egea V., obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 30 septembre 2009, D. 2009, AJ 2489.

Estoup P., note sous Versailles, 8 juillet 1987, JCP 1988, II, 20972.

Everaert D., obs. sous. Douai, 25 avril 1991, D. 1993 p. 129.

Foulon-Piganiol Cl., note sous TGI Digne, 1er juillet 1972, D. 1973 p. 259.

Fricero N., obs. sous. Cass. 2^e Civ. 24 mai 2007, D. 2007 p. 2427.

Frison-Roche M.-A., obs. sous. Cass. Ass. Plén., 6 nov. 1998, *Guillotet c/ Société Castel et Fromaget* (2^e espèce) et *Société Bord Na Mona c/ SA Norsk Hydro azote* (1^{ère} espèce), D.1999, chron. p. 53.

Groslière J.-C., note sous Versailles, 31 janvier 1989, D. 1990 p. 97.

Guinchard S. et Moussa T., obs. sous. Cass. 3^e Civ., 19 mars, 1986, Gaz. Pal. 1987. 1. Somm. 55.

---, obs. sous. Cass. Com., 7 juillet 1988, Gaz. Pal. 1989, panor. 258.

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ., 1er juin 1988, Gaz. Pal. 1989, 1, somm. p. 167.

Hauser J., note sous Cass. 2^e Civ., 30 novembre 2000, n° 99-12458, RTD civ. 2001 p. 114.

---, obs. sous. Versailles, 22 novembre 2001, RTD Civ. 2002 p. 282.

---, obs. sous. Cass. Soc., 2 octobre 2001, RTD Civ. 2002 p. 72.

Hassler T., obs. sous T. com. Bruxelles, ord. réf., 14 mars 1990, D. 1992 somm. 93.

Hébraud P., note sous Agen, 7 décembre 1951 RTD Civ. 1953 p. 146.

---, obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 15 juin 2004, RTD Civ. 2005, p. 99.

---, obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ. 13 juillet 2005, RTD Civ. 2005. 753.

Héron J., note sous Cass. 2^e Civ., 5 octobre 1994, Justices 1995, 2, 281.

Hoonakker Ph., note sous Cass. 2^e Civ., 18 février 1999, n° 96-15.272, D. 2000 p. 813.

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ., 18 octobre 2001, Dr. et proc. 2002 p. 104.

---, obs. sous Cass. 2^e Civ., 19 décembre 2002, Droit et procédures 2003, jurisp. 179, n° 4.

Huet-Weiller D., obs. sous. TGI Paris, 8 janvier 1991, RTD Civ. 1991 p. 720.

Jeamnaud A., note sous Cass. Soc., 17 mai 1977, *Société du Ferodo*, D. 1977, p. 645.

Julien P. et Racine J.-B., note sous Cass. 2^e Civ. 24 mai 2007, D. 2008, p. 129.

Julien P. et Fricero N., obs. sous. Cass. 2^e Civ. 24 juin 2004, D. 2005, p. 336.

Julien P., obs. sous. Cass. 2^e Civ., 3 janvier 1979, JCP G 1979, IV, p. 80, D. 1979, IR 19.

---, obs. sous TGI Paris, ch. Conseil, 18 avril 1980, IR, 426.

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ., 17 juin 1987, D. 1992, somm. 124.

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ, 14 décembre 1992, D. 1993 somm. 183.

Leborgne A., obs. sous. Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n°s n° 08-21.787 et 08-21.788, D. 2010 p. 1307.

Lefort C., obs. sous. Cass. 2^e Civ., 13 septembre 2007, Droit et procédures 2007 comm. 29.

Legeais D., obs. sous. Cass. com., 25 janvier 2005, RTD Com. 2005 p. 395.

Leveneur L., obs. sous. Cass. 3^e Civ., 2 octobre 2002, CCC 2002 n° 23.

Lindon R. et Bertin Ph., note sous. Paris 23 avril 1980, JCP 1981, II, 18539.

Lindon R., obs. sous. Paris, 14 novembre 1985, JCP G 1986, II, 18076.

Lucet F., obs. sous. Dijon, 21 juin 1994, D. 1994, somm. p. 338.

Matsopoulou H., obs. sous. Cass. Com., 15 avril 1995, D. 1996 p. 573.

Marguenaud J.-P., obs. sous. CEDH, 18 mars 1997, requête n° 21497/93, Gaz. Pal. 24 octobre 1997 p. 80.

Mazeaud, D., obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 7 novembre 2000, D. 2001, p. 1137.

Mestre, J., obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 1990, RTD Civ. 1991 p. 341.

Merveille A. et Thominette R., note sous Versailles, 18 juin 2003, D. 2004 p. 1332.

Molfessis N., obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 15 mai 2001, RTD Civ. 2001 p. 699.

Motulsky H., obs. sous Paris, 14^e ch., 2 févr. 1967.

---, obs. sous. TGI Seine, réf., 13 avr. 1967, JCP 1967. II. 5181.

Normand, J., obs. sous Cass. Com., 20 janvier 1981, RTD Civ. 1981 p. 897

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ., 5 octobre 1983, RTD Civ. 1984 p. 357.

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ., 5 juin 1985, RTD Civ. 1986 p. 404.

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ., 18 février 1999, RTD Civ. 1999 p. 690.

---, obs. sous. Cass. 1^{re} Civ., 11 juin 2003, RTD civ. 2003 p. 539.

Pansier F.-J., obs. sous Cass. Soc., 23 mai 2007, *Datacep*, Cah. soc. du barreau de Paris 2007 p. 320.

Patarin P., obs. sous. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1970, JCP 1971, II, n° 16780.

Perrot R., obs. sous Paris, 28 mars 1977, RTD civ. 1977 p. 828.

---, obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 7 novembre 1979, RTD Civ. 1980 p. 164

---, obs. sous. Cass. 3e Civ. 3 mai 1983, RTD. Civ. 1983 p. 795.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 13 mai 1985, RTD Civ. 1982 p. 212.

---, obs. sous. Cass. Soc. 31 mai 1989, RTD Civ. 1990, p. 150.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 18 novembre 1992, RTD civ. 1993 p. 648.

---, obs. sous. Cass. 2e civ., 12 janv. 1994, RTD civ. 1994, p. 426.

---, obs. sous. Cass. Soc. 24 mai 1995, RTD Civ. 1995, 958.

---, obs. sous. Cass. Soc. 24 mai 1995, RTD Civ. 1995 p. 958.

---, obs. sous. Cass. Soc., 26 mars 1997, *Procédures* 1997, n° 208.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 9 juillet 1997.

---, obs. sous. Cass. Avis, 9 février 1998, RTD Civ. 1997 p. 1000.

---, obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 10 mars 1998, RTD Civ. 1999 p. 199.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ. 19 décembre 1998, RTD Civ. 1999, p. 464.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 7 janvier 1999, *Procédures* mars 1999, p. 11.

---, obs. sous. Cass. Com., 26 janvier 1999, RTD Civ. 1999 p. 463.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 18 février 1999, RTD civ. 1999 p. 472.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 6 mai 1999, Procédures 1999 Comm. 177.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 17 juin 1999, Procédures 1999, comm. 195.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 31 mai 2001, Procédures 2001, comm. 191.

---, obs. sous. R. Perrot, obs. sous Cass. 2e Civ., 28 juin 2001, RTD Civ. 2001 p. 963.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 2 octobre 2001, RTD Civ. 2001 p. 146.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 23 novembre 2001, RTD Civ. 2001 p. 667.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 31 janvier 2002, Procédures 2002, comm. 90.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 31 janvier 2002, Procédures 2002, comm. 90.

---, obs. sous. Cass. 3e Civ., 13 février 2002, Procédures 2002, n° 87.

---, obs. sous. Cass. 3e Civ., 19 février 2002, RTD Civ. 2002 p. 359.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 30 avril 2002, D. 2002, p. 1595.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ. 19 décembre 2002, RTD Civ. 2003, p. 357.

---, obs. sous. Cass. 1re Civ., 11 juin 2003, Procédures 2003, comm. 216.

---, obs. sous. Cass. 1ère Civ., 6 janvier 2004, Procédures 2004, n° 70.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 29 janvier 2004, RTD Civ. 2004 p. 353.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 18 novembre 2004, RTD Civ. 2005 p. 185.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 18 novembre 2004, Procédures 2005 comm. 5.

---, obs. sous. Cass. 1ère Civ., 7 juin 2005, RTD Civ. 2006 p. 151.

---, obs. sous. Cass. 1ere Civ., 28 février 2006, Procédures 2006, comm. 134.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 11 mai 2006, Procédures 2006 comm. 154.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 7 juin 2006, RTD Civ. 2006 p. 830.

---, obs. sous. Cass. Ass. plén., 6 juillet 2006 RTD Civ. 2006 p. 825.

---, obs. sous. Cass. Com. 23 janvier 2007, RTD Civ. 2007, p. 383.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 8 février 2007, Procédures 2007 comm. 107.

---, obs. sous. Cass. Com., 15 mai 2007, RTD Civ. 2007 p. 637.

---, obs. sous. Cass. Soc. 23 mai 2007, RTD civ. 2007. 637.

---, obs. sous. Cass. 2e civ., 6 décembre 2007, RTD Civ. 2008 p. 162.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 10 janvier 2008, Procédures 2008, n° 72.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 7 mai 2008, Procédures 2008, comm. 228.

---, obs. sous. Cass. 1ère Civ., 25 juin 2008, RTD civ. 2008 p. 555.

---, obs. sous. Cass. 1ère Civ., 16 octobre 2008, RTD Civ. 2009 p. 167.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 15 janvier 2009, Procédures 2009, comm. 113.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 15 janv. 2009, Procédures 2009, comm. 72.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ. 15 janvier 2009, Procédures, 2009, comm. 72.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 5 mars 2009, Procédures 2009, comm. 135.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 18 juin 2009, RTD Civ. 2009 p. 577.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 11 décembre 2009, RTD Civ. 2009 p. 173.

---, obs. sous. Cass. Com. 15 décembre 2009, Procédures 2010/3, comm. 69.

---, obs. sous. Cass. Com., 15 décembre 2009, Procédures 2010, n° 35.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ. 7 janvier 2010, Procédures 2010, comm. 113.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 11 février 2010, RTD Civ. 2010 p. 374.

---, obs. sous. Cass. 2e civ., 11 février 2010, Procédures 2010, comm. 107.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 9 septembre 2010, Procédures 2010 comm. 371.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 2 décembre 2010, Procédures 2011 comm. 55.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., 5 mai 2011, Procédures 2011, comm. 221.

---, obs. sous. Cass. 2e Civ., RTD Civ. 2010 p. 374.

Pierre-Maurice S., note sous Cass. 2^e Civ., 7 mai 2008, JCP G 200, IV, 2017, D. 2009 p. 143.

Planiol M., obs. sous Cass. Civ., 25 octobre 1905, D. 1906, I, p. 237.

Putman E., obs. sous. Cass. 2e Civ., 28 juin 2006, Dr. et procéd. 2006, n° 6, pp. 344 et s.

Raynaud P., note sous Rouen, 8 mars 1949, RTD Civ. 1950 p. 97.

---, note sous Cass. Soc., 17 novembre 1960, RTD civ. 1961. 564.

---, note sous Paris, 31 mars 1962, Gaz. Pal. 1962. 2. 120, RTD civ. 1963 p. 166.

Salati O., note sous Cass. 2^e Civ., 6 mai 2004, JCP G 2004, II, 10150.

Sérinet Y.-M., obs. sous. Cass. Ch. Mixte, 9 juillet 2004, JCP G 2004, I, 173 n° 14.

Simler Ph., note sous Paris, 3 avril 2003, JCP 2004, I, p. 128, n° 8.

Sommer J.-M. et Leroy-Gissinger L., note sous Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, D. 2010 p. 2102

Storck M., note sous Cass. 2^e Civ., 29 janvier 2004, RTD Com. 2004 p. 780.

Strickler Y. et Foulon F., note sous Cass. 3^e Civ., 14 décembre 2011, Gazette du Palais 2-3 mars 2012, pp. 27-28.

Strickler Y., note sous Paris, 14^e Ch. B, 20 janvier 1995, Revue de Jurisprudence Commerciale 1996, n° 1471, p. 349.

---, obs. sous Toulouse, 14 février 2002, D. 2003, p. 160.

Thuillier H., note sous Cass. 1^{ère} Civ., 15 décembre 1976, JCP 1978, II, 18874.

Vasseur M., note sous TGI Nice, 2 juillet 1981, D. 1982 p. 124.

Vaissette P., obs. sous. Cass. 3^e Civ., 9 janvier 1991, JCP 1991. II. 21729.

Véron M., note sous Cass. crim., 20 octobre 1993, Dr. pén. 1997, comm. 34.

Viandier A. et Caussain J.-J., note sous T. Com. Paris (réf.), 5 juin 1989, JCP E, II, 15562, p. 493, n°1.

Viatte J., note sous Paris, 28 mars 1977, Gaz. Pal. 1977. 2. 446.

Vigneau V., obs. sous. Cass. 2^e Civ., 8 février 2007, D. 2007 p. 2339.

Vray P., note sous Lyon, 20 mai 1997, Gaz. Pal. 1998.1.149.

Wahl J., obs. sous. Cass. Civ., 26 décembre 1910, 1912, 1, 89.

Watremet F., obs. sous Montpellier, ord. 1^{er} président, 14 février 2001, Gaz. Pal. 19 juillet 2001, p. 19.

Weiller L., note sous Aix-en-Provence, 24 février 2005, D. 2005, p. 3068.

---, obs. sous. Cass. Ass. plén., 6 juillet 2006, D. 2006, p. 2135.

Wiederkehr G., obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ. 6 avril 1994, Bull. Civ. I n° 141, Justices 1995, n° 2, p. 283.

---, obs. sous. Cass. 2^e Civ., 7 janvier 1999, n° 95-21.197, Bull. civ. II, n° 5, RGDP 1999 p. 630.

---, obs. sous. Cass. 1^{ère} Civ., 22 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 440, JCP 2006, I, 141.

---, obs. sous. Césaréo, JCP G 2007, 10070.

VI. Sites internet

<http://www.assemblee-nationale.fr/>
<http://www.courdecassation.fr/>
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>
<http://www.crisco.unicaen.fr/cgi-bin/cherches.cgi>
<http://www.dalloz.fr/>
<http://www.legifrance.gouv.fr/>
<http://www.juris-classeur.fr/>
<http://www.lextenso.fr/>
<http://www.senat.fr/>
<http://www.sudoc.abes.fr>

Index des décisions citées

I. Tribunaux de première instance

T. corr. Le Mans, 23 décembre 1946, Gaz. Pal. 1947, 1, p. 69.

TGI Chambéry, 16 mars 1967, JCP. 1967. IV. 135.

TGI Seine, 13 avril 1967, JCP 1967. II. 15181.

TGI Digne, 1er juillet 1972, D. 1972. somm. 994.

TGI Paris, 11 avril 1973, Gaz. Pal. 1973, 2, 546.

TGI Toulouse, 24 mars 1976, JCP 1976, II, 6626, p. 270.

TGI Nevers, 23 septembre 1976, JCP G 1977, II, 18603.

TGI Bordeaux, 19 décembre 1977, D. 1978, II, 637,.

TGI Nanterre, 18 octobre 1978, JCP G 1979, II, 19116.

TGI Paris, 18 avril 1980, IR, 426.

TGI Nice, 2 juillet 1981, D. 1982 p. 124.

TGI Paris, 11 février 1982, Gaz. Pal. 1982. somm. 367.

TGI Paris, 5 mars 1984, Gaz. Pal. 1984, 1, p. 576.

T. com. Paris, 5 juin 1989, JCP E, II, 15562, p. 493, n°1.

TGI Paris, 8 janvier 1991, RTD Civ. 1991 p. 720.

TGI Paris, 27 mai 1992, Gaz. Pal. 1994, 2, somm. p. 345.

TGI Lyon, 2 novembre 1993, Gaz. Pal. 1994, 2 somm. p. 569.

TGI Paris, 30 novembre 1993, Bull. C.C.G.N.

TGI Agen, 26 avril 1994, LPA 11 août 1995, n° 69 p. 39.

TGI Paris, 8 septembre 1994, Gaz. Pal. 1994, 2, somm. 808.

TGI Lyon, 31 janvier 1995, Rev. huissiers 1995, p. 1396.

TGI Bayonne, 17 novembre 1995, BICC 1995 n° 426 p. 39.

TGI Paris, 20 mars 2000, Procédures, juin 2000, n° 145.

TGI Paris, 1er juin 2011, *JurisData* n° 2011-012148, JCP G 2001, zoom 882.

II. Cours d'appel

Rouen, 8 mars 1949, D. 1949, somm. 52.

Lyon, 8 janvier 1951, D. 1951, p. 342.

Agen, 7 décembre 1951 JCP A 1952, IV, 1887.

Paris, 27 août 1973, Gaz. Pal. 1974. 1. 187.

Paris, 28 mars 1977, Gaz. Pal. 1977. 2. 446.

Versailles, 26 novembre 1979, Gaz. Pal. 1980. 2. Somm. 480.

Paris, 23 avril 1980, JCP 1981, II, 18539.

Paris, 14 novembre 1985, JCP G 1986, II, 18076.

Paris, 10 novembre 1987, Rev. Arb. 1989 p. 670.

Versailles, 24 juin 1988, BICC 1988 n° 977.

Versailles, 13 octobre 1988, BICC, n° 278, 27, n°240.

Versailles, 31 janvier 1989, D. 1990 p. 97.

Douai, 25 avril 1991, D. 1993, somm. 129.

Dijon, 21 juin 1994 : D. 1994, somm. p. 338.

Douai, 30 juin 1994, Rev. huissiers 1995, p. 497.

Paris, 20 janvier 1995, Revue de Jurisprudence Commerciale 1996, n° 1471, p. 349.

Lyon, 24 juin 1997, Jurisdata n° 05668.

Angers, 26 janvier 1998, JCP G 1999, IV, 1373.

Paris, 26 févr. 1998, n° 96/06758, *JurisData* n° 1998-020731.

Paris, 28 avril 1998, Revue huiss. 1998, n° 890.

Paris, 7 mai 1998, Revue huiss. 1999, p. 210.

Orléans, 4 juin 1998, *JurisData* n° 047012.

Paris, 11 juin 1998, Rev. huissiers 1999, p. 202.

Caen, 12 oct. 1999, n° 97/04122, JurisData n° 1999-112029.

Versailles, 13 janv. 2000, n° 3989-98, JurisData n° 2000-107376.

Paris, 19 avril 2000, D. 2000 IR 193.

Montpellier, 14 février 2001, Gaz. Pal. 19 juillet 2001, p. 19.

Toulouse, 27 février 2001, n° n° 1998/00837, inédit.

Limoges, 28 mars 2001, D. 2001 IR 2089.

Paris, 13 juin 2001, n° 2000/12070, JurisData n° 2001-154838.

Versailles, 22 novembre 2001, RTD Civ. 2002 p. 282.

Paris, 7 février 2002, *Jurisdata*, n° 244052.

Toulouse, 14 février 2002, D. 2003, p. 160.

Paris, 6 novembre 2002, n° 2002/14126, AJDI 2003 p. 137.

Paris, 3 avril 2003, JCP 2004, I, p. 128, n° 8.

Montpellier, 19 mai 2003, Dr. et proc. 2003 p. 368.

Versailles, 18 juin 2003, D. 2004 p. 1332.

Aix-en-Provence, 24 février 2005, D. 2005, p. 3068.

Aix, 7 avril 2006, *Jurisdata* n° 324268.

Nancy, 15 janv. 2007, *Quignon c/ Cne Pont à Mousson*, Juris-Data n° 2007-337154, JCP G 2008 IV 1271.

Aix-en-Provence, 18 décembre 2009, n° 08/20117, inédit.

Rouen, 24 mars 2011, n° 08/05364, inédit.

Angers, 13 septembre 2011, n° 11/00692, inédit.

Dijon, 16 avril 2013, RG 12/01917, inédit.

III. Chambre civile

Cass. Civ. 26 novembre 1867, S. 1868, p. 73

Cass. Civ., 13 mai 1987, Bull. Civ. n°112 p. 65.

Cass. Civ. 11 déc. 1888, DP 1889. 1. 423.

Cass. Civ., 1^{er} juillet 1902, D. 1902, jurisprudence p. 393.

Cass. Civ. 25 octobre 1905, D. 1906, p. 237.

Cass. Civ. 4 mai 1910, DP 1910, 1, p. 385.

Cass. Civ., 26 décembre 1910, 1912, 1, 89.

Cass. Civ. 16 mars 1937, S. 1937. 1. 184.

Cass. Civ., 29 juillet 1952, D. 1952 p. 744.

Cass. Civ. 6 décembre 1967, Bull. civ. I n° 358 p. 269.

IV. Cour de cassation chambre des requêtes

Cass. Req. 3 mai 1897, DH 1897, p. 224

Cass. Req., 3 août 1915, Grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 67.

Cass. req., 7 mai 1924, DH 1924, p. 454.

Cass. req., 10 mai 1937, D. 1937, 1, p. 82.

Cass. req., 11 janv. 1943, DC 1944, p. 96.

V. Cour de cassation, première Chambre civile

Cass. 1^{ère} Civ., 6 janvier 1976, Bull. civ. I, n° 4.

Cass. 1^{ère} Civ., 20 janvier 1976, Bull. civ. I, n° 24.

Cass. 1^{ère} Civ., 15 décembre 1976, JCP 1978, II, 18874.

Cass. 1^{ère} Civ., 1er janvier 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, 455.

Cass. 1^{ère} Civ., 24 octobre 1978, Bull. civ. I, n° 317.

Cass. 1^{ère} Civ., 6 février 1979, Bull. Civ. I, n° 47.

Cass. 1^{ère} Civ., 7 novembre 1979, Bull. civ. I, n° 274,.

Cass. 1^{ère} Civ., 20 mai 1980, JCP 1981, II, 19549.

Cass. 1^{ère} Civ., 17 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981, pan. 64.

Cass. 1^{ère} Civ., 29 avril 1985, Bull. civ. I, n° 131.

Cass. 1^{ère} Civ., 12 novembre 1985, JCP 1985 IV.

Cass. 1^{ère} Civ., 21 juillet 1987, Gaz. Pal. 1988, 1, somm. 148.

Cass. 1^{ère} Civ., 14 juin 1988, Bull. civ. I, n° 186.

Cass. 1^{ère} Civ., 4 octobre 1989, n° 88-10-885, inédit.

Cass. 1^{ère} Civ., 15 mai 1990, Bull. civ. I, n° 107.

Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 1990, RTD Civ. 1991 p. 341.

Cass. 1^{ère} Civ., 18 novembre 1992, Bull. Civ. I, n° 285.

Cass. 1^{ère} Civ., 10 février 1993, Bull. civ. I n° 70.

Cass. 1^{ère} Civ., 6 avril 1994, Bull. Civ. I n° 141.

Cass. 1^{ère} Civ., 20 juillet 1994, Bull. Civ. I, n° 263.

Cass. 1^{ère} Civ., 25 octobre 1994, Bull. Civ. I, n° 306.

Cass. 1^{ère} Civ., 28 mars 1995, Procédures 1995, n° 122.

Cass. 1^{ère} Civ., 22 avril 1997, Bull. civ. I, n° 120.

Cass. 1^{ère} Civ., 29 mai 1997, Bull. Civ. I, n° 176.

Cass. 1^{ère} Civ., 10 mars 1998, RTD Civ. 1999 p. 199.

Cass. 1^{ère} Civ., 31 mars 1998, Bull. civ. I, n° 282.

Cass. 1^{ère} Civ., 2 février 1999, Bull. civ. I, n° 37 p. 25.

Cass. 1^{ère} Civ., 4 mai 1999, D. 1999, IR 174.

Cass. 1^{ère} Civ., 7 novembre 2000, D. 2001, p. 256.

Cass. 1^{ère} Civ., 15 mai 2001, Bull. civ. I, n° 133.

Cass. 1^{ère} Civ., 12 juillet 2001, Bull. Civ. I, n° 216.

Cass. 1^{ère} Civ., 21 novembre 2001, Bull. civ. I, n° 300.

Cass. 1^{ère} Civ., 19 mars 2002, Procédures 2002, n° 115.

Cass. 1^{ère} Civ., 6 janvier 2004, Procédures 2004, n° 70.

Cass. 1^{ère} Civ., 7 juin 2005, Bull. Civ. I, n° 241.

Cass. 1^{ère} Civ., 13 juillet 2005, n°s 05-10519 et 05-10521, Bull. civ. I, n° 334.

Cass. 1^{ère} Civ., 22 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 440.
Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2007, Bull. civ. I, n° 127.
Cass. 1^{ère} Civ., 25 juin 2008, RTD civ. 2008 p. 555.
Cass. 1^{ère} Civ., 16 octobre 2008, RTD Civ. 2009 p. 167.
Cass. 1^{ère} Civ., 20 mai 2009, Bull. civ. I, n° 104.
Cass. 1^{ère} Civ., 30 septembre 2009, D. 2009, AJ 2489.
Cass. 1^{ère} Civ., 20 octobre 2010, Bull. civ. I, n° 120.
Cass. 1^{ère} Civ., 12 mai 2011, n° 10-15.700, inédit.
Cass. 1^{ère} Civ., 6 juillet 2011, JCP G 2011 p. 852.
Cass. 1^{ère} Civ., 20 octobre 2011, n° 10-19615, inédit.
Cass. 1^{ère} Civ., 15 février 2012, n° 11-12217, inédit.
Cass. 1^{ère} Civ., 15 février 2012, Bull. civ. I, n° 31.
Cass. 1^{ère} Civ., 5 avril 2012, n° 11-12000, inédit.
Cass. 1^{ère} Civ., 5 décembre 2012, n° 11-28804, inédit.

VI. Cour de cassation deuxième Chambre civile

Cass. 2^e Civ., 30 mai 1956, Bull. civ. II, n° 303.
Cass. 2^e Civ., 27 novembre 1957, Bull. civ. II n° 706.
Cass. 2^e Civ., 18 décembre 1958, Bull. Civ. II, n° 872.
Cass. 2^e Civ., 30 juin 1960, Bull. civ., II, n° 427.
Cass. 2^e Civ., 7 juin 1974, Bull. Civ. II, n° 174.
Cass. 2^e Civ., 5 mai 1975, Bull. Civ. II, n° 134.
Cass. 2^e Civ., 19 juin 1975, Bull. civ. II, n° 192.
Cass. 2^e Civ., 24 mai 1978, Bull. civ. II, n° 140.
Cass. 2^e Civ., 13 décembre 1978, Gaz. Pal. 1979, pan. 106.
Cass. 2^e Civ., 3 janvier 1979, Bull. civ. II, n° 6.

Cass. 2e Civ., 3 janvier 1979, D. 1979, IR p. 291.

Cass. 2e Civ., 29 mai 1979, Bull. civ. II, n° 167.

Cass. 2^e Civ., 5 octobre 1983, Gaz. Pal. 1984 pan. 44.

Cass. 2^e Civ., 5 octobre 1983, RTD Civ. 1984 p. 357.

Cass. 2^e Civ., 8 décembre 1983, JCP 1984, IV, 54.

Cass. 2^e Civ., 14 décembre 1983, Bull. civ. II, n° 202.

Cass. 2^e Civ., 14 mars 1984, Bull. civ. II, n° 49.

Cass. 2^e Civ., 3 octobre 1984, Bull. civ. II, n° 161.

Cass. 2^e Civ., 12 décembre 1984, Bull. civ. II, n° 195.

Cass. 2^e Civ., 13 mai 1985, RTD Civ. 1982 p. 212.

Cass. 2^e Civ., 5 juin 1985, Bull. civ. I, n° 111, p. 74.

Cass. 2e Civ., 20 nov. 1985, Bull. civ. 1985, II, n° 176.

Cass. 2^e Civ., 16 décembre 1985, Bull. civ. II, n° 200.

Cass. 2^e Civ., 19 février 1986, Bull. civ. II, n° 22.

Cass. 2^e Civ., 13 mai 1987, Bull. Civ. II, n° 112.

Cass. 2^e Civ., 21 octobre 1987, Bull. civ. II, n° 209.

Cass. 2^e Civ., 9 décembre 1987, Bull. civ. II, n° 262.

Cass. 2^e Civ., 27 avril 1988, Bull. civ. II, n° 102.

Cass. 2^e Civ., 1er juin 1988, Gaz. Pal. 1989, 1, somm. p. 167.

Cass. 2^e Civ., 22 juin 1988, JCP 1988, IV, 306.

Cass. 2e Civ., 8 février 1989, Bull. civ. II, n° 33.

Cass. 2^e Civ., 10 mai 1989, Bull. civ. II, n° 105.

Cass. 2^e Civ., 3 mai 1990, Bull. civ. 1990, II, n° 91.

Cass. 2^e Civ., 6 mars 1991, Bull. civ. II, n° 77.

Cass. 2^e civ., 18 mars 1992, Bull. civ. II, n° 91.

Cass. 2^e Civ., 18 novembre 1992, D. 1993 p. 91.

Cass. 2^e Civ., 14 décembre 1992, Bull. civ. II, n° 311.

Cass. 2^e Civ., 17 mai 1993, Gaz. Pal. 1993, pan. n° 254.

Cass. 2^e Civ., 12 janv. 1994, Bull. civ. 1994, II, n° 25.

Cass. 2^e Civ., 5 octobre 1994, Bull. civ. II, n° 191.

Cass. 2^e Civ., 23 novembre 1994, Bull. civ. II, n° 241.

Cass. 2^e Civ., 21 juin 1995, Procédures 1995, n° 179.

Cass. 2^e Civ., 25 octobre 1995, Bull. II n° 258.

Cass. 2^e Civ., 15 janvier 1997, Bull. civ. II, n° 8.

Cass. 2^e Civ., 22 janvier 1997, D. 1997, AJ p. 47.

Cass. 2^e Civ., 2 avril 1997, Bull. civ. II, n° 104.

Cass. 2^e Civ., 9 juillet 1997, RTD Civ. 1997 p. 998.

Cass. 2^e Civ., 25 mars 1998, Bull. civ. II, n° 102.

Cass. 2^e Civ., 10 nov. 1998, JurisData n° 1998-004256, JCP G 1998, IV, 3516.

Cass. 2^e Civ., 16 décembre 1998, Bull. Civ. II, n° 301.

Cass. 2^e Civ., 19 décembre 1998, RTD Civ. 1999, p. 464.

Cass. 2^e Civ., 7 janvier 1999, Bull. civ. II, n° 5.

Cass. 2^e Civ., 18 février 1999, Bull. Civ. II, n° 32.

Cass. 2^e Civ., 6 mai 1999, Bull. civ. II n° 84.

Cass. 2^e Civ., 3 juin 1999, Bull. civ. II, n° 106.

Cass. 2^e Civ., 9 juin 1999, Bull. Civ. II, n° 110.

Cass. 2^e Civ., 17 juin 1999, n° 97-10.231, inédit.

Cass. 2^e Civ., 17 juin 1999, Bull. Civ. II, n° 122.

Cass. 2^e Civ., 28 octobre 1999, Bull. civ. II, n° 161.

Cass. 2^e Civ., 25 mai 2000, Bull Civ. II, n° 87.

Cass. 2^e Civ., 5 juillet 2000, Bull. Civ. II, n° 113.

Cass. 2^e Civ., 21 septembre 2000, Bull. civ. II, n° 130.

Cass. 2^e Civ., 30 novembre 2000, Bull. civ. II, n° 157.

Cass. 2^e Civ., 7 décembre 2000, n° 98-23.229, inédit.

Cass. 2^e Civ., 20 décembre 2000, Bull. civ. II, n° 143.

Cass. 2^e Civ., 31 mai 2001, Procédures 2001, comm. 191.

Cass. 2^e Civ., 28 juin 2001, Bull. civ. II, n° 125.

Cass. 2^e Civ., 2 octobre 2001, RTD Civ. 2001 p. 146.

Cass. 2^e Civ., 18 octobre 2001, Dr. et proc. 2002 p. 104.

Cass. 2^e Civ., 8 novembre 2001, n° 00-17058, inédit.

Cass. 2^e Civ., 23 novembre 2001, RTD Civ. 2001 p. 667.

Cass. 2^e Civ., 6 décembre 2001, Bull. civ. II, n° 184.

Cass. 2^e Civ., 20 décembre 2001, Bull. civ. II, n° 202.

Cass. 2^e Civ., 31 janvier 2002, Procédures 2002, comm. 90.

Cass. 2^e Civ., 7 mars 2002, Bull. Civ. II n° 36.

Cass. 2^e Civ., 30 avril 2002, D. 2002, p. 1595.

Cass. 2^e Civ., 19 septembre 2002, Bull. civ. II, n° 185.

Cass. 2^e Civ., 9 janvier 2003, Bull. Civ. II n° 18.

Cass. 2^e Civ., 27 mars 2003, Bull. civ. II, n° 86.

Cass. 2^e Civ., 30 avril 2003, Bull. civ. II, n° 127.

Cass. 2^e Civ., 7 mai 2003, Bull. civ. II n° 131.

Cass. 2^e Civ., 20 novembre 2003, Bull. civ. II, n° 343.

Cass. 2^e Civ., 14 janvier 2004, n° 01-14.933, inédit.

Cass. 2^e Civ., 29 janvier 2004, Bull. civ. II, n° 35.

Cass. 2^e Civ., 6 mai 2004, JCP G 2004, II, 10150.

Cass. 2^e Civ., 24 juin 2004, D. 2005, p. 336.

Cass. 2^e Civ., 23 septembre 2004, Bull. Civ. II, n° 429.

Cass. 2^e Civ., 18 novembre 2004, Bull. Civ. II, n° 499.

Cass. 2^e Civ., 15 septembre 2005, n° 01-14.948, inédit.

Cass. 2^e Civ., 22 septembre 2005, n° 04-12032, inédit.

Cass. 2^e Civ., 1^{er} février 2006, n° 04-13991, inédit.

Cass. 2^e Civ., 8 février 2006, Bull. Civ. II, n° 441.

Cass. 2^e Civ., 11 mai 2006, Bull. civ. II, n° 128.

Cass. 2^e Civ., 7 juin 2006, RTD Civ. 2006 p. 830.

Cass. 2^e Civ., 28 juin 2006, Bull. civ. II, n° 173.

Cass. 2^e Civ., 19 octobre 2006, n° 06-10.359, inédit.

Cass. 2^e Civ., 8 février 2007, Bull. civ. II, n° 24.

Cass. 2^e Civ., 10 mai 2007, D. 2008. pan. 1171.

Cass. 2^e Civ., 24 mai 2007, D. 2007 p. 2427.

Cass. 2^e Civ., 13 septembre 2007, Droit et procédures 2007 comm. 29.

Cass. 2^e Civ., 6 décembre 2007, RTD Civ. 2008 p. 162.

Cass. 2^e Civ., 10 janvier 2008, JCP G 2008, IV, 1253.

Cass. 2^e Civ., 7 mai 2008, Bull. civ. II, n° 104.

Cass. 2^e Civ., 11 décembre 2008, Bull. civ. II n° 262.

Cass. 2^e Civ., 15 janvier 2009, Bull. civ. II, n° 15.

Cass. 2^e Civ., 5 mars 2009, Bull. civ. II, n° 66.

Cass. 2^e Civ., 30 avril 2009, Bull. civ. II, n° 105.

Cass. 2^e Civ., 18 juin 2009, RTD Civ. 2009 p. 577.

Cass. 2^e Civ., 17 décembre 2009, Bull. civ. II, n° 292.

Cass. 2^e Civ., 7 janvier 2010, Procédures 2010/4, comm. 113.

Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, Bull. civ. II, n° 34,

Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, Bull. civ. II, n° 32.

Cass. 2^e Civ., 11 février 2010, n°s n° 08-21.787 et 08-21.788, Bull. civ. II, n° 30.

Cass. 2^e Civ., 25 février 2010, D. 2010 act. jurisp. p. 713.

Cass. 2^e Civ., 9 septembre 2010, Bull. civ. II, n° 151.

Cass. 2^e Civ., 2 décembre 2010, Procédures 2011 comm. 55.

Cass. 2^e Civ., 17 février 2011, n° 10-16737, inédit.

Cass. 2^e Civ., 5 mai 2011, JCP G 2011 p. 1397 n° 8.

Cass. 2^e Civ., 23 juin 2011, Bull. Civ. II, n° 142.

Cass. 2^e Civ., 21 mars 2013, n° 12-17461, inédit.

VII. Cour de cassation troisième Chambre civile

Cass. 3^e Civ., 16 avril 1969, Bull. civ. III, n° 288.

Cass. 3^e Civ., 22 février 1972, Bull. civ. III, n° 159.

Cass. 3^e Civ., 4 décembre 1973, Bull. civ. III n° 126.

Cass. 3^e Civ., 10 février 1976, Bull. civ. III, n°s 56 et 57.

Cass. 3^e Civ., 24 novembre 1976, Bull. civ. III, n° 426.

Cass. 3^e Civ., 13 octobre 1981, Bull. civ. III, n° 155.

Cass. 3^e Civ., 3 mai 1983, Bull. civ. III, n° 101.

Cass. 3^e Civ., 26 avril 1984, JCP 1984, IV, 210.

Cass. 3^e Civ., 19 mars 1986, , Bull. civ. III, n° 34.

Cass. 3^e Civ., 23 mars 1988, Rev. Loyers 1988 p. 215.

Cass. 3^e Civ., 9 janvier 1991, JCP 1991. II. 21729.

Cass. 3^e Civ., 3 juillet 1991, Bull. civ. III, n° 201.

Cass. 3^e Civ., 1^{er} avril 1992, Bull. civ. III, n° 111.

Cass. 3^e Civ., 20 octobre 1993, Bull. civ. III, n°126.

Cass. 3^e Civ., 12 octobre 1994, Bull. civ. III, n° 174.

Cass. 3^e Civ., 20 décembre 1994, Bull. civ. III, n° 227.

Cass. 3^e Civ., 6 mars 1996, Bull. civ. III, n° 15.

Cass. 3^e Civ., 6 mars 1996, Bull. civ. III, n° 62.

Cass. 3^e Civ., 27 mai 1998, Bull. civ. III, n° 111.

Cass. 3^e Civ., 7 février 2001, Bull. civ. III, n° 14.

Cass. 3^e Civ., 13 février 2002, Procédures 2002, n° 87.

Cass. 3^e Civ., 19 février 2002, RTD Civ. 2002 p. 359.

Cass. 3^e Civ., 26 juin 2002, JCP G 2002, IV, 2435.
Cass. 3^e Civ., 2 octobre 2002, CCC 2002 n° 23.
Cass. 3^e Civ., 9 novembre 2005, Bull. civ. III, n° 219.
Cass. 3^e Civ., 11 février 2009, Bull. civ. III, n° 34.
Cass. 3^e Civ., 1^{er} avril 2009, JCP G 2009, IV, 1780.
Cass. 3^e Civ., 20 janvier 2010, Dr. et Procéd. 2010 p. 147.
Cass. 3^e Civ., 29 mars 2011, n° 10-11593, inédit.
Cass. 3^e Civ., 14 décembre 2011, Gazette du Palais 2-3 mars 2012, pp. 27-28.
Cass. 3^e Civ., 16 janvier 2013, n° 11-25262, à paraître au Bulletin.
Cass. 3^e Civ., 12 février 2013, n° 12-14016, inédit.

VIII. Cour de cassation Chambre commerciale

Cass. Com., 27 février 1963, Bull. civ. IV, n° 129.
Cass. Com., 14 décembre 1966, Bull. civ. IV, n° 482.
Cass. Com., 16 octobre 1969, Bull. civ. IV, p. 494.
Cass. Com., 22 décembre 1975, Gaz. Pal. 1976. 1. 275.
Cass. Com., 3 mai 1976, Bull. civ. IV p. 121.
Cass. Com., 22 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 171.
Cass. Com., 29 mai 1980, Gaz. Pal. 1980.2. panor. 415.
Cass. Com., 21 octobre 1980, Gaz. Pal. 1981.1.panor. 57.
Cass. Com., 20 janvier 1981, RTD Civ. 1981 p. 658.
Cass. Com., 7 décembre 1981, Bull. civ. IV, n° 425.
Cass. Com., 20 avril 1982, Bull. civ. IV, n° 132.
Cass. Com., 23 novembre 1982, Bull. civ. IV.
Cass. Com., 25 octobre 1983, Bull. civ. IV n° 275.
Cass. Com., 13 décembre 1983, Bull. civ. 1983, IV, n° 351.

Cass. Com., 18 février 1986, Bull. civ. IV, n° 26.

Cass. Com., 6 mai 1986, Bull. civ. IV, n° 85.

Cass. Com., 17 mars 1987, Bull. V. n° 73.

Cass. Com., 16 juin 1987, Bull. civ. IV, n° 145.

Cass. Com., 1^{er} décembre 1987, JCP G 1988, II, 21091.

Cass. Com., 7 juin 1988, Bull. Civ. IV, n° 196.

Cass. Com., 14 février 1989, D. 1991 p. 11.

Cass. Com., 6 octobre 1992 Bull. civ. IV, n° 282.

Cass. Com., 11 avril 1995, Bull. civ. IV n° 56.

Cass. Com., 15 avril 1995, Bull. civ. IV n° 121.

Cass. Com., 28 avril 1998, Bull. civ. IV, n° 134.

Cass. Com., 16 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 192.

Cass. Com., 26 janvier 1999, Bull. civ. IV, n° 28.

Cass. Com., 29 juin 1999, JCP E 1999 p. 1513.

Cass. Com., 30 mai 2000, Bull. civ. IV, n° 113.

Cass. Com., 6 juin 2001, n° 99-13.753, inédit.

Cass. Com., 14 janvier 2004, Bull. civ. IV, n° 9.

Cass. Com., 28 septembre 2004, n° 02-15818, inédit.

Cass. com., 25 janvier 2005, RTD Com. 2005 p. 395.

Cass. Com., 8 février 2005, Bull. civ. IV, n° 22.

Cass. Com., 23 janvier 2007, RTD Civ. 2007, p. 383.

Cass. Com., 15 mai 2007, RTD Civ. 2007 p. 637.

Cass. Com., 11 décembre 2007, RTD Civ. 2008 p. 154.

Cass. Com., 16 décembre 2008, LPA 29 mai 2009, p. 10.

Cass. Com., 15 décembre 2009, Procédures 2010, n° 35.

Cass. Com., 14 septembre 2010, D. 2010 IR 2152.

Cass. Com., 25 septembre 2012, n° 11-22.337, à paraître au Bulletin.

IX. Cour de cassation Chambre sociale

- Cass. Soc., 17 novembre 1960, JCP 1961. II. 19924.
- Cass. Soc. 17 mai 1977 Ferodo, JCP G 1978, II, 18992.
- Cass. Soc. 21 février 1978, Bull. civ. V, n° 127 p. 95.
- Cass. Soc., 10 mars 1978, Bull. civ. V, n° 255.
- Cass. Soc., 21 février 1980, Gaz. Pal. 1980, 448.
- Cass. Soc., 23 mars 1982, Bull. civ. V, n° 208.
- Cass. Soc. 9 mars 1983, Bull. Civ. V, n° 139.
- Cass. Soc., 21 février 1985, Bull. Civ. V, n° 263.
- Cass. Soc. 31 mai 1989, RTD Civ. 1990, p. 150.
- Cass. Soc., 27 février 1991, Gaz. Pal. 1991 ,2, panor. 220.
- Cass. Soc., 12 décembre 1991, n° 88-42572, inédit.
- Cass. Soc. 12 avril 1995, Bull. civ. V, n° 134.
- Cass. Soc. 24 mai 1995, Bull. Civ. V n° 168.
- Cass. Soc., 31 janvier 1996, JCP G 1997, I, 3989, n° 23.
- Cass. Soc. 4 décembre 1996, JCP 1997. I. 4064 n° 11.
- Cass. soc., 14 octobre 1997, n° 94-44.692, inédit.
- Cass. Soc., 2 octobre 2001, D. 2001 p. 3148.
- Cass. Soc., 11 décembre 2001, Bull. V n° 377.
- Cass. Soc. 17 mai 2005, Bull. civ. V, n° 165.
- Cass. Soc. 18 oct. 2006, Bull. civ. V, n° 308.
- Cass. Soc., 23 mai 2007, Cah. soc. du barreau de Paris 2007 p. 320.
- Cass. Soc., 10 juin 2008, Bull. civ. V, n° 129.
- Cass. Soc. 18 novembre 2009, Dr. et procédures 2010/02, n° 56.

X. Cour de cassation Chambre criminelle

- Cass. crim., 15 mars 1972, Bull. crim. 1972, n° 106.
- Cass. Crim., 4 janvier 1977, n° 76-91.105, Bull. crim. n° 6.
- Cass. Crim., 24 avril 1985, n° 84-92.673, Bull. crim. n° 158.
- Cass. Crim., 9 février 1988, n° 87-82.709, Bull. crim. n° 63.
- Cass. crim., 20 octobre 1993, Dr. pén. 1997, comm. 34.
- Cass. crim., 10 nov. 1998, Bull. crim. 1998, n° 295.
- Cass. crim., 1er juin 1999, n° 98-83.609, inédit.
- Cass. crim., 24 avr. 2001, n° 00-86.406, inédit.
- Cass. crim., 11 mars 2003, n° 02-88.261, inédit.

XI. Cour de cassation, Chambre mixte

- Cass. Ch. Mixte, 7 mai 1982, Bull. mixte n° 2.
- Cass. Ch. Mixte, 9 juillet 2004, JCP G 2004, I, 173 n° 14.
- Cass. Ch. mixte, 7 juillet 2006, Bull. mixte n° 6.
- Cass. Ch. mixte, 28 septembre 2012, n° n° 11-18.710, à paraître au Bulletin.

XII. Cour de cassation, Assemblée plénière

- Cass. Ass. plén., 24 novembre 1989, JCP G 1990, II, 21407, spéc. n° 8.
- Cass. Ass. plén., 3 juillet 1992, Bull. civ. n° 7.
- Cass. Ass. Plén., 6 nov. 1998, *Guillotet c/ Société Castel et Fromaget* (2^e espèce) et *Société Bord Na Mona c/ SA Norsk Hydro azote* (1^{ère} espèce), D. 1999, jurisp. p. 1
- Cass. ass. plén., 16 novembre 2001, n° 99-20.114, Bull. civ. n° 13.
- Cass. Ass. plén., 24 février 2006, RTD Civ. 2006, p. 368.

Cass. Ass. plén., 6 juillet 2006, *Césaréo*, JCP G 2007, 10070.

Cass. Ass. plén., 27 février 2009, n° 07-19841, D. 2009 p. 1245.

XIII. Autres juridictions nationales

Trib. conflits, 17 octobre 1988, Rec. Lebon p. 495 .

Cons. d'Etat, 3 novembre 1965, *Commune de Bure les Templiers*, Rec. Lebon 1966 n° 62549.

Cons const., 29 décembre 2009, *Taxe carbone*, déc. n° 2009-599 DC, J.O. du 31 décembre 2009, p. 22295.

XIV. Juridictions internationales

Cour EDH, *Niemetz c./ Allemagne*, 16 décembre 1992, JCP G 1993, I, 3654.

Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c./ Finlande*, *Grands arrêts de la Cour EDH*, 4^e éd., p. 424.

Cour EDH, 30 mars 1989, *Chappell c. Royaume-Uni*, arrêt du, Série A n° 152-A, p. 21.

Cour EDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/Grèce*, n° 107/1995/613/701.

United Kingdom Royal court of justice, 8 décembre 1975, *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd & Ors*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1975/12.html>.

Cour suprême du Canada, 27 juillet 2006, *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, <http://canlii.ca/t/1p0mm>.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

Abus

De saisie.....380

Du droit d'agir.....377

Mainlevée de la mesure conservatoire....381

Acte de conservation..... 494

Acte juridictionnel..... 125

Appel 252

Appréhension sur injonction..... 302

Assistance éducative 69

Astreinte

Juge de l'exécution332

Juge des requêtes327

Autorisation d'assigner à jour fixe

Appel.....118

Première instance.....106

Autorité de chose décidée 31

Autorité de chose jugée

Au principal.....175

Au provisoire.....187

Présomption de vérité146

Autorité parentale..... 68

Autosaisine 112

Cause de la demande 65

Césaréo..... 65

Circonstances nouvelles

Exigence de - 65

Clause résolutoire.....165

Compétence

Juge de l'exécution..... 304

Matérielle..... 579

Territoriale 222

Contestation

A l'occasion de l'exécution forcée..... 315

Portant sur le fond du droit 317

Contredit de compétence

Ordonnances de référé 277

Ordonnances sur requête..... 280

Délai de grâce

Juge de l'exécution..... 340

Juge des requêtes..... 336

Dessaisissement180

Dispositif

Interdiction de modifier le - 320

Divorce

Mesures provisoires en cours d'instance de -
..... 65

Ecriture structurale.....169

Efficacité procédurale158

Eviction du contradictoire431

<i>Concours de procédures provisoires</i>	437	Jurisdiction	136
<i>Ordonnances innommées</i>	432	Lien structurel	602
<i>Ordonnances nommées</i>	435	Litige	
Exception de chose jugée		<i>Absence</i>	41
<i>Au principal</i>	178	<i>Eventuel</i>	45
<i>Au provisoire</i>	189	Loyauté	570
Exécution provisoire	384	Matière gracieuse	74
Exécution sur minute	336	<i>Par assimilation</i>	54
Expulsion	456	<i>Provisoire par objet</i>	75
Force exécutoire		<i>Qualité d'acte juridictionnel</i>	127
<i>Octroi de la</i> -	106	Mesure	
Fumus boni juris	417	<i>Article 220-1 C. civ.</i>	272
<i>Obligation non sérieusement contestable</i>	418	<i>D'anticipation</i>	510
<i>Procédures d'injonction</i>	425	<i>De conservation</i>	464
<i>Saisie conservatoire de créances</i>	488	<i>De sauvegarde du patrimoine</i>	467
Grief		<i>Procédurale</i>	162
<i>Capacité à faire</i> -	119	<i>Provisoire par nature</i>	63
Homologation	52	<i>Provisoire par objet</i>	64
Injonction de payer	425	Mesure d'administration judiciaire	101
Instance		<i>Critères formels</i>	104
<i>Ordonnance sur requête en cours d'</i> -	614	<i>Critères matériels</i>	115
Instrumentalisation	623	Mesures d'instruction	
Juge		<i>En cours d'instance sur requête</i>	535
<i>- aux affaires familiales</i>	580	<i>In futurum</i>	471
<i>- de l'exécution</i>	586	Motif légitime	
Jugement avant dire droit	71	<i>De ne pas concourir à la manifestation de la</i> <i>vérité</i>	366
Jurisdiction volontaire	445	<i>Mesures d'instruction à futur</i>	476

Motivation	110	Restitutions	389
<i>Pouvoir discrétionnaire</i>	111	Saisie contrefaçon	
Nul ne peut se faire justice à soi-même	52	<i>Dépendance structurelle</i>	606
Opposabilité	191	<i>Provisoire par nature</i>	92
Opposition	275	Saisine	399
Penitus extranei	196	<i>Relevé d'office</i>	562
Pourvoi en cassation		Secret	
<i>Cassation sans renvoi</i>	221	<i>Bancaire</i>	346
<i>Contrôle de qualification</i>	262	<i>Médical</i>	345
Prescription		<i>Professionnel</i>	351
<i>Interruption de la</i> -.....	483	Société du Ferodo	456
Principal	71	Surprise	
Principe dispositif	223	<i>Effet de</i> -.....	448
Rébellion	370	Tierce opposition	248
Recours		Titre	
<i>En rectification</i>	289	<i>Dispence d'autorisation judiciaire</i>	502
<i>En retranchement</i>	290	<i>Réformation du</i> -.....	384
<i>En révision</i>	287	Urgence	400
Référé rétractation		<i>Constatation</i>	407
<i>Élévation du contradictoire</i>	231	<i>Éléments constitutifs</i>	402
<i>Interdiction de tout recours</i>	229	<i>Ordonnances innommées</i>	409
<i>Qualification sui generis</i>	241	<i>Ordonnances nommées</i>	410
Règle de procédure	149	Vie privée	
Relevé d'office		<i>Domicile</i>	353
<i>Absence de saisine</i>	561	<i>Lieu de travail</i>	354
<i>Incompétence</i>	566	Voie de recours	
<i>Inobservation de délais</i>	565	<i>Anéantissement de la décision critiquée</i> ..	205
Réparations	386	<i>Remplacement de la décision anéantie</i> ..	217

Table des matières

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	12
TABLE DES ABREVIATIONS.....	15
INTRODUCTION.....	19
<u>PARTIE I. LE PROVISOIRE SUBSTANTIEL DES ORDONNANCES SUR REQUETE.....</u>	35
TITRE I. LA PORTEE DE L'ORDONNANCE SUR REQUETE	37
<i>Chapitre I. La qualification préalable de l'ordonnance sur requête</i>	39
Section I. La qualification gracieuse ou contentieuse des ordonnances sur requête	39
<i>§1. La difficile qualification des ordonnances sur requête au regard du critère de l'article 25 du Code de procédure civile.....</i>	41
A. L'absence de litige	41
1. La notion de litige	42
a. Le litige, phénomène juridique	43
b. Le litige, heurt de volontés antagonistes.....	44
2. L'existence du litige	45
a. L'admission du litige éventuel comme critère de qualification	46
b. Le concept de litige éventuel.....	47
B. L'obligation légale de recourir au juge	50
1. Le cadre de l'intervention judiciaire	50
a. La nature du recours au juge	51
b. Les circonstances du recours au juge	53
2. Les caractères de l'intervention judiciaire	55
a. Une intervention spéciale.....	56
b. Une intervention exclusive	57
<i>§2. La possible qualification des ordonnances sur requête au regard de la notion de provisoire</i>	60
A. La mise en évidence d'une nouvelle summa divisio : la distinction entre les mesures provisoires par nature et par objet	61
1. Les mesures provisoires par nature.....	63
2. Les mesures provisoires par objet	64
a. Les mesures provisoires afférentes à la procédure de divorce.....	66
b. Les mesures relatives à l'autorité parentale et les mesures d'assistance éducative.....	68
3. Les jugements avant-dire droit.....	71
a. Distinction des jugements avant dire droit avec les mesures provisoires par nature	71
b. Distinction entre les jugements avant dire droit et les mesures provisoires par objet	73
B. L'application de la distinction à l'ordonnance sur requête et la matière gracieuse	74
1. Le caractère provisoire par objet des décisions gracieuses.....	75
a. Le but de l'intervention judiciaire en matière gracieuse : permettre la réalisation d'effets de droit à vocation définitive	75
b. La juridiction gracieuse, pendant procédural du droit substantiel	80
2. Le caractère provisoire par nature des ordonnances sur requête.....	82
a. Le caractère provisoire des ordonnances relevant des articles 493 et suivants du Code de procédure civile	84
b. Le caractère provisoire des ordonnances ne relevant pas des articles 493 et suivants du Code de procédure civile	85
<i>α. Les critères de la mesure provisoire par nature.....</i>	<i>86</i>
<i>β. Le critère du régime des articles 493 et suivants</i>	<i>94</i>
Section II. La qualification d'acte juridictionnel des ordonnances sur requête	101

§1. La qualification négative : le rejet de l'assimilation de l'ordonnance sur requête à l'acte d'administration judiciaire	101
A. Les raisons de l'assimilation contestable de l'ordonnance sur requête à l'acte d'administration judiciaire.....	102
B. La recherche d'un critère de délimitation entre l'ordonnance sur requête et la mesure d'administration judiciaire.....	103
1. Les critères formels.....	104
a. L'absence de voies de recours	104
b. L'exigence de motivation.....	110
c. La faculté d'autosaisine du juge.....	112
2. Les critères matériels.....	114
a. L'objet de l'acte : régir le service public de la justice ou les droits des parties.....	116
b. L'absence d'atteinte aux droits et obligations des parties	117
§2. La qualification positive : la qualité d'acte juridictionnel de l'ordonnance sur requête	124
A. La recherche du critère de l'acte juridictionnel.....	125
B. L'application du critère de l'acte juridictionnel à l'ordonnance sur requête.....	127
1. L'obstacle entravant la réalisation des droits dans la procédure sur requête.....	128
a. La définition de la notion d'obstacle entravant les droits du requérant	128
b. L'application de la notion d'obstacle à l'ordonnance sur requête provisoire	131
α. La saisine du juge des requêtes en tant que recherche de la légitimité de la mesure sollicitée	132
β. La saisine du juge des requêtes, unique voie de réalisation de la mesure sollicitée.....	134
2. La levée de l'obstacle par le juge des requêtes	136
a. Le déni classique de l'application de la règle de droit par le juge des requêtes.....	136
b. La conception renouvelée de la <i>jurisdictio</i> en ordonnance sur requête.....	138
Chapitre II. L'autorité de la chose jugée de l'ordonnance sur requête	145
Section I. L'objet de l'autorité de la chose jugée : l'efficacité procédurale de l'ordonnance sur requête.....	145
§1. L'ordonnance sur requête, résultat de l'application d'une règle de procédure	145
A. La mise en évidence de la distinction entre droit procédural et droit substantiel	149
B. L'application de la distinction à l'ordonnance sur requête	151
§2. L'ordonnance sur requête, source d'une efficacité procédurale pour les parties	158
A. L'ordonnance fait droit à la requête.....	159
1. L'effet positif de l'ordonnance : la sauvegarde des droits processuels du requérant	159
2. L'effet négatif de l'ordonnance : l'absence d'impact sur le droit substantiel.....	162
a. Quant aux conditions du prononcé de la mesure	162
b. Quant au moment du prononcé de la mesure	167
B. L'ordonnance ne fait pas droit à la requête	169
1. L'écriture structurale de la règle appliquée.....	169
a. Présentation de la controverse sur l'efficacité des jugements de débouté.....	169
b. La conception renouvelée des jugements de débouté.....	171
2. <i>La modification des droits du requérant</i>	174
Section II. La portée de l'autorité de la chose jugée de l'ordonnance sur requête	175
§1. L'autorité à l'égard du juge	175
A. L'autorité à l'égard du juge du principal.....	175
1. L'autorité de l'ordonnance sur requête au regard de l'article 1351 du Code civil.....	176
2. L'autorité de l'ordonnance sur requête au regard du droit substantiel discuté devant le juge du principal.....	178
B. L'autorité à l'égard du juge du provisoire.....	180
1. L'autorité de l'ordonnance sur requête à l'égard du juge des requêtes lui-même.....	180
2. L'autorité de l'ordonnance sur requête à l'égard du juge des référés	183
§2. L'autorité de l'ordonnance sur requête à l'égard des personnes privées	187
A. L'autorité à l'égard du requérant	187
B. L'autorité à l'égard des tiers	190
1. L'opposabilité de l'ordonnance sur requête	191
a. La normativité de l'ordonnance sur requête, fondement de l'opposabilité.....	191
b. La portée de l'opposabilité de l'ordonnance sur requête	193

2.	La détermination des tiers à la mesure ordonnée sur requête	195
a.	La recherche d'un critère discriminant les tiers.....	195
b.	L'application du critère à l'ordonnance sur requête	197
TITRE II. LES SUITES DE L'ORDONNANCE SUR REQUETE		199
Chapitre I. Les voies de recours en matière d'ordonnances sur requête		201
Section I. La finalité des voies de recours en ordonnance sur requête : la remise en cause de l'efficacité procédurale de la décision rendue		204
§1. L'objet de la voie de recours : l'anéantissement de la vérification juridictionnelle opérée par le juge des requêtes		204
A. Le mécanisme de la remise en cause de la vérification juridictionnelle		204
1. La technique de remise en cause de la décision attaquée.....		205
2. L'objet de la remise en cause : l'efficacité de la décision contestée.....		207
a. La remise en cause de l'efficacité de la décision attaquée		208
α. <i>Le principe</i>		208
β. <i>Application à l'ordonnance sur requête</i>		209
b. La remise en cause de l'autorité de la chose jugée revêtant l'efficacité anéantie		211
B. La portée de la remise en cause de la vérification juridictionnelle		212
1. La limite inférieure de l'anéantissement : le bornage de l'étendue de la voie de recours		212
2. La limite supérieure : l'extension de l'anéantissement produit par l'exercice de la voie de recours 215		
a. Le sort des actes subséquents à la décision anéantie.....		215
b. L'extension aux tiers non visés par la requête.....		216
§2. L'effet de la voie de recours : le remplacement de la vérification juridictionnelle anéantie		217
A. L'auteur du remplacement		217
1. Le juge des requêtes lui-même.....		218
2. <i>Le juge hiérarchiquement supérieur</i>		218
a. Le juge d'appel.....		219
b. Le juge de cassation		220
B. La portée du remplacement		224
1. La limitation du remplacement par l'effet dévolutif de la voie de recours.....		224
2. Le contenu de la norme de remplacement.....		225
Section II. La mise en œuvre des voies de recours		227
§1. Les voies de recours ouvertes à l'encontre des ordonnances sur requête		227
A. Les voies de rétractation		227
1. Le référé rétractation		228
a. La nature du référé-rétractation.....		228
α. <i>Les enjeux du débat</i>		229
β. <i>Les éléments de qualification</i>		231
γ. <i>Proposition de qualification du référé-rétractation</i>		235
b. La mise en œuvre du référé-rétractation		243
α. <i>La mise en œuvre du référé-rétractation quant au juge</i>		243
β. <i>La mise en œuvre du référé-rétractation quant aux parties</i>		246
2. La tierce opposition		248
a. L'ouverture de la tierce opposition contre les ordonnances sur requête.....		248
b. L'objet de la tierce opposition		250
B. Les voies de réformation		252
1. L'appel		252
a. L'articulation de l'appel avec le référé-rétractation		253
b. L'articulation de l'appel avec les autres voies de recours		257
α. <i>L'articulation de l'appel avec la tierce opposition</i>		257
β. <i>L'articulation de l'appel avec les voies particulières de rétractation</i>		260
2. Le pourvoi en cassation		261
a. Le contrôle de qualification en matière d'ordonnances provisoires innommées.....		262
α. <i>Les circonstances exigeant l'éviction du contradictoire</i>		263
β. <i>L'urgence</i>		265

b.	Le contrôle de qualification en matière d'ordonnances provisoires nommées	266
α.	<i>Les cas de saisine relatifs à la saisie conservatoire.</i>	266
β.	<i>La saisine fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile : l'exigence du motif légitime.</i>	269
γ.	<i>La saisine du juge des requêtes sur le fondement des saisies-contrefaçon relevant du Code de propriété intellectuelle</i>	272
δ.	<i>Les mesures d'urgence de l'article 220-1 du Code civil</i>	272
§2.	Les voies de recours fermées à l'encontre des ordonnances sur requête	275
A.	L'opposition	275
1.	Le principe specialia generalibus derogant.....	275
2.	Les conditions d'ouverture de l'opposition.....	276
B.	Le contredit de compétence.....	277
1.	La raison d'être de l'interdiction posée par l'article 98 du Code de procédure civile	278
2.	L'extension à l'ordonnance sur requête de la prohibition posée par l'article 98 du Code de procédure civile	280
§3.	Les voies de recours à ouverture variable	282
A.	La variation de l'ouverture du recours en rectification ou en complément au cours des étapes de la procédure sur requête	283
1.	La phase unilatérale de la procédure sur requête	283
a.	Le caractère dérogoire du régime des ordonnances sur requête.....	284
b.	Le caractère autonome du régime des ordonnances sur requête.....	285
c.	Le cas particulier de la tierce opposition.....	286
2.	La phase contradictoire de la procédure sur requête.....	286
a.	Le recours en révision	287
α.	<i>La concurrence entre le recours en révision et la faculté de révision des décisions provisoires par nature</i>	288
β.	<i>Le défaut d'autorité de la chose jugée au principal des décisions provisoires par nature</i>	289
b.	Le recours en rectification	289
B.	La variation de l'ouverture du recours en retranchement ou en complément selon la nature de l'ordonnance contestée	290
Chapitre II. L'exécution des ordonnances sur requête		294
Section I. La juridiction du provisoire dans le droit de l'exécution		294
§1. La juridiction provisoire principale du juge de l'exécution		296
A.	Le domaine négatif : la juridiction non provisoire du juge de l'exécution.....	296
1.	Les ordonnances sur requête en la forme	298
a.	La typologie des ordonnances relatives à la régulation des mesures d'exécution	299
b.	La nature des ordonnances relatives à la régulation des mesures d'exécution	301
2.	La mesure gracieuse : l'octroi de la force exécutoire aux recommandations de la commission départementale de surendettement.....	Erreur ! Signet non défini.
a.	La qualification de l'ordonnance de l'article L. 332-1 du Code de la consommation	Erreur ! Signet non défini.
b.	Le régime de l'ordonnance de l'article L. 332-1 du Code de la consommation.....	Erreur ! Signet non défini.
3.	L'appréhension sur injonction du juge	302
B.	Le domaine positif : la véritable juridiction provisoire du juge de l'exécution	304
1.	Les ordonnances innommées dans le droit de l'exécution forcée.....	304
a.	La typologie des ordonnances innommées rendues par le juge de l'exécution	305
α.	<i>Le critère temporel de compétence</i>	306
β.	<i>Le critère matériel de compétence</i>	307
b.	L'autorité des ordonnances innommées rendues par le juge de l'exécution	308
2.	Les ordonnances nommées dans le droit de l'exécution forcée.....	310
a.	Les saisies conservatoires	310
b.	Les autres ordonnances nommées	311
§2.	La juridiction incidente du juge de l'exécution	313
A.	La juridiction incidente provisoire	313

1.	Le juge de l'exécution connaît des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution, même si elles portent sur le fond du droit	314
a.	Les conditions d'intervention du juge de l'exécution	314
α.	<i>Les contestations qui s'élèvent à l'occasion l'exécution forcée</i>	315
β.	<i>Les contestations qui portent sur le fond du droit</i>	317
b.	L'étendue de la juridiction provisoire incidente au regard de l'article R. 121-1 du Code des procédures civiles d'exécution	319
α.	<i>La portée de l'interdiction de modifier le dispositif</i>	319
β.	<i>L'application de l'interdiction à la juridiction provisoire incidente du juge de l'exécution</i>	321
2.	Le pouvoir d'interprétation du juge de l'exécution	323
B.	La juridiction incidente définitive	325
1.	Les pouvoirs du juge de l'exécution en matière d'astreinte	327
a.	Le prononcé de l'astreinte	327
α.	<i>La compétence de principe du juge des requêtes pour le prononcé des astreintes</i>	327
β.	<i>La compétence incidente du juge de l'exécution pour le prononcé des astreintes</i>	332
b.	La liquidation de l'astreinte	333
2.	Les pouvoirs du juge de l'exécution pour l'octroi des délais de grâce	335
a.	Le pouvoir du juge des requêtes d'accorder des délais de grâce	336
α.	<i>Le principe de l'octroi des délais de grâce par le juge des requêtes</i>	336
β.	<i>L'objet du délai de grâce dans l'ordonnance sur requête</i>	338
γ.	<i>L'autorité de la décision du juge des requêtes octroyant un délai de grâce</i>	339
b.	La compétence concurrente du juge de l'exécution pour le prononcé des délais de grâce	340
	Section II. Les modalités de l'exécution des ordonnances sur requête	342
	§1. Les obstacles à l'exécution de l'ordonnance sur requête	343
A.	Les obstacles de droit	343
1.	Le domaine des obstacles de droit à l'exécution de l'ordonnance sur requête	344
a.	Le secret.....	345
α.	<i>L'existence d'une exception à l'application du secret</i>	345
β.	<i>L'absence d'exceptions permettant la levée du secret</i>	348
b.	L'intimité de la vie privée	352
α.	<i>La vie privée au sein du domicile</i>	353
β.	<i>La vie privée sur le lieu de travail</i>	354
2.	La recherche d'un équilibre fondé sur l'idée de proportionnalité de l'intervention judiciaire.....	357
a.	La protection de la vie privée, résultat de l'exigence de proportionnalité dégagée par la Cour EDH 357	
b.	L'application de la notion de proportionnalité dans le domaine du secret	359
B.	Les obstacles de fait	363
1.	La résistance légitime à l'exécution	364
a.	La résistance légitime du tiers visé par la mesure ordonnée sur requête	364
b.	La résistance légitime du tiers saisi	365
2.	La résistance illégitime à l'exécution	367
a.	Les sanctions civiles de la résistance à l'exécution	368
b.	Les sanctions pénales de la résistance à l'exécution	370
	§2. La responsabilité consécutive à l'exécution de l'ordonnance sur requête	371
A.	Le fait générateur de responsabilité.....	372
1.	La réformation de l'ordonnance par le juge du principal	373
a.	La réformation de l'ordonnance sur requête sur le plan du droit : l'inapplicabilité de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution	373
b.	La réformation de l'ordonnance sur le plan des faits : la théorie de l'abus de droit comme fondement de la responsabilité.....	377
α.	<i>L'abus du droit d'agir de l'article 32-1 du Code de procédure civile</i>	377
β.	<i>L'abus de saisie de l'article L. 121-2 du Code des procédures civiles d'exécution</i>	380
2.	La réformation de l'ordonnance par le juge du provisoire	384
a.	La nature de l'exécution de l'ordonnance sur requête lors de la phase unilatérale de la procédure 384	

b.	Les conditions de la mise en œuvre de l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution	386
α.	<i>Les réparations consécutives à l'anéantissement de la mesure ordonnée sur requête</i>	386
β.	<i>Les restitutions consécutives à l'anéantissement de la mesure ordonnée sur requête</i>	388
B.	Le régime de la demande en réparation	389
1.	La compétence de principe du juge de l'exécution	390
2.	La compétence subsidiaire et provisoire du juge des requêtes	391
PARTIE II. LE PROVISOIRE STRUCTUREL DES ORDONNANCES SUR REQUETE		394
TITRE I. LE DROIT A L'ORDONNANCE SUR REQUETE		396
Chapitre I. Les conditions d'intervention du juge des requêtes		398
Section I. Les conditions d'intervention communes à la procédure de référé et sur requête		399
§1. L'urgence		399
A.	L'urgence en tant que notion	400
1.	La caractérisation de l'urgence	401
a.	Caractère relatif	401
b.	Caractère objectif	403
α.	<i>L'urgence ne peut résulter de la seule attitude des parties</i>	403
β.	<i>L'urgence est la prise en compte d'un péril</i>	404
2.	La constatation de l'urgence	406
B.	L'urgence en tant qu'instrument de la protection juridictionnelle provisoire	407
1.	Le domaine de l'urgence dans la procédure sur requête	408
a.	L'application du critère fondé sur la nature de l'ordonnance sur requête	408
α.	<i>L'urgence dans les ordonnances sur requête innommées</i>	408
β.	<i>L'urgence dans les ordonnances sur requête nommées</i>	409
b.	La critique du critère	412
α.	<i>Le lien entre la condition d'urgence et la nature provisoire de l'ordonnance sur requête</i>	412
β.	<i>L'incertitude de la jurisprudence en matière de mesures d'instruction in futurum</i>	413
2.	Les degrés de l'urgence dans la procédure sur requête	415
§2. L'obligation non sérieusement contestable		416
A.	L'apparence de bien fondé du droit, socle commun de la justice provisoire	417
1.	L'obligation non sérieusement contestable en matière de référé	417
a.	La conception classique des référés : l'interdiction de préjudicier au principal	417
b.	De l'interdiction de préjudicier au principal à l'absence de contestation sérieuse	419
2.	Le droit apparent en tant que chef de saisine du juge des requêtes	420
a.	L'application des critères du provisoire à l'obligation apparente	420
b.	Pour une nouvelle conception du droit apparent au sein de la procédure sur requête	421
B.	Le cas particulier des procédures d'injonction	423
1.	Les procédures d'injonction au regard des théories du provisoire	424
a.	Les procédures d'injonction et la décision provisoire par nature	424
b.	Les procédures d'injonction l'ordonnance sur requête non provisoire	425
2.	Les procédures d'injonction : un mode sui generis de liaison du contentieux	427
Section II. Les conditions d'intervention propres à la procédure sur requête		429
§1. La portée de l'éviction du contradictoire dans la procédure sur requête		430
A.	Le domaine de l'exigence probatoire de circonstances rendant nécessaires la procédure unilatérale	430
1.	Les ordonnances innommées	430
2.	Les ordonnances nommées	433
a.	Le principe : une dispense de démonstration des circonstances exigeant l'éviction du contradictoire	433
b.	L'exception : le concours textuel des procédures de référé et sur requête	435
α.	<i>Le concours de mesures provisoires</i>	435
β.	<i>Le concours de mesures définitives</i>	436
B.	Le lien entre le non-contradictoire et le caractère provisoires des ordonnances sur requête	439
1.	L'émergence du critère téléologique pour l'emploi de la procédure unilatérale	439
2.	L'application du critère téléologique	440

a.	Les ordonnances sur requête provisoires par nature	441
b.	Les ordonnances sur requête définitives.....	442
α.	<i>Le critère téléologique et les ordonnances sur requête en la forme</i>	442
β.	<i>Le critère téléologique et les ordonnances gracieuses</i>	443
§2.	La nature des circonstances exigeant l'éviction du contradictoire	445
A.	L'effet de surprise.....	446
1.	L'effet de surprise en tant que moyen : prévenir un comportement dommageable	446
a.	La notion de comportement dommageable.	446
b.	L'appréciation du comportement dommageable.....	447
2.	L'effet de surprise en tant que fin : assurer l'efficacité d'une mesure	448
B.	L'impossibilité d'attraire l'adversaire en justice	450
1.	Il n'existe aucun défendeur pouvant être assigné en référé	450
2.	Le défendeur existe mais son identité est inconnue	452
a.	La nécessité d'agir par la voie unilatérale	452
α.	<i>L'absence de voies de droit satisfaisantes</i>	452
β.	<i>L'expulsion ordonnée sur requête : une création prétorienne.</i>	454
b.	Le régime de l'ordonnance sur requête en l'absence d'adversaire.....	456
α.	<i>L'insuffisance d'un seul acte introductif d'instance</i>	456
β.	<i>Une articulation procédurale particulière</i>	456
Chapitre II.	Les mesures ordonnées par le juge des requêtes	460
Section I.	Les mesures de conservation	462
§1.	La mesure conservatoire en tant que voie de préservation du droit en péril	462
A.	Les moyens des mesures conservatoires : la préservation du droit invoqué	463
1.	La préservation d'un droit substantiel.....	464
a.	Les distinctions fondées sur l'objet du droit protégé : les mesures conservatoires et les mesures de sauvegarde	464
b.	Les distinctions fondées sur la nature du droit invoqué : les actes conservatoires et les actes de conservation	467
2.	La préservation d'un droit processuel	468
a.	Les mesures d'instruction <i>in futurum</i>	469
α.	<i>Les caractères de la protection conservatoire in futurum</i>	470
β.	<i>Le régime de la protection conservatoire in futurum</i>	476
b.	L'interruption de la prescription par la requête introductive d'instance	480
B.	La fin des mesures conservatoires : la réponse à un péril	486
1.	La menace dans le recouvrement, fondement des mesures conservatoires.....	486
2.	Les périls autres que la menace dans le recouvrement, fondement des mesures de sauvegarde..	488
§2.	La place des mesures de conservation dans la protection juridictionnelle provisoire octroyée sur requête	491
A.	L'absence de satisfaction immédiate du requérant	491
1.	La recherche d'un critère fondé sur la satisfaction du requérant.....	492
a.	La distinction entre l'acte de conservation et l'acte d'exécution	492
b.	La distinction entre l'acte de conservation et l'acte d'anticipation.....	494
2.	L'application du critère aux ordonnances sur requête	495
a.	Les ordonnances innommées	496
b.	Les ordonnances nommées	497
B.	La nécessité de l'intervention juridictionnelle du juge des requêtes	500
1.	Le cas particulier des mesures conservatoires	501
a.	Le titre au sens de l'article L. 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution	501
b.	L'incidence de la dispense d'autorisation judiciaire sur le caractère provisoire des mesures mises en œuvre	502
2.	La recherche de l'efficacité dans les mesures autres que conservatoires	504
a.	La nécessité de l'intervention juridictionnelle dans les ordonnances nommées.....	504
b.	La nécessité de l'intervention juridictionnelle dans les ordonnances innommées.....	506
Section II.	Les mesures d'anticipation.....	509
§1.	Le domaine de l'anticipation	511

A.	La délimitation négative de l'anticipation : la distinction avec des notions voisines	511
1.	La distinction avec les mesures ayant trait au définitif.....	512
a.	Les mesures définitives <i>ab initio</i>	512
b.	Mesures ayant vocation à devenir définitives	512
2.	La distinction avec les mesures ayant trait au provisoire	514
a.	Les mesures d'expérimentation.....	514
b.	Les mesures de transition.....	514
B.	La délimitation positive de l'anticipation : les caractères de l'anticipation.....	515
1.	L'anticipation : un outil de maîtrise du temps	515
a.	L'anticipation : une concrétisation de la prévision	516
b.	L'anticipation : un contrôle de l'avenir	516
2.	L'anticipation : une manifestation du provisoire structurel	518
a.	L'anticipation et la nécessité de l'intervention juridictionnelle	518
b.	L'anticipation et la satisfaction du requérant.....	519
	§2. Le régime de l'anticipation.....	521
A.	La technique de l'anticipation	522
1.	L'appréciation du caractère anticipatoire.....	522
a.	L'anticipation recherchée <i>in abstracto</i> : le cloisonnement rigide entre mesures conservatoires et anticipatoires.....	522
b.	L'anticipation recherchée <i>in concreto</i> : la répartition souple entre mesures conservatoires et anticipatoires	523
2.	L'issue procédurale des mesures anticipatoires	524
a.	Le maintien de l'anticipatoire conforme au définitif	525
b.	La disparition de l'anticipatoire contrariant le définitif	525
B.	L'appréciation du juge quant aux mesures à adopter	527
1.	L'appréciation quant à l'opportunité de l'anticipation	527
2.	L'appréciation quant à l'étendue de l'anticipation.....	528
	TITRE II. LE DROIT DE L'ORDONNANCE SUR REQUETE.....	531
	Chapitre I. Provisoire et déroulement de la procédure sur requête.....	533
	Section I. Le provisoire et le contentieux accessoire dans la procédure sur requête	533
	§1. Les aspects du régime de l'ordonnance sur requête indépendants de la qualification gracieuse ou contentieuse.....	534
A.	Le régime des mesures d'instruction ordonnées par le juge des requêtes	534
1.	Le caractère unilatéral de l'ordonnance sur requête, obstacle au prononcé des mesures d'instruction	535
a.	Lors du prononcé de la mesure	536
b.	Lors de l'exercice du référé-rétractation	539
α.	<i>L'analogie avec l'intervention.....</i>	540
β.	<i>L'analogie avec la tierce opposition</i>	541
2.	Le caractère provisoire de l'ordonnance sur requête, obstacle à la pérennité des mesures d'instruction	542
B.	Le contentieux de la compétence dans la procédure sur requête	546
1.	L'applicabilité de l'article 95 à la procédure sur requête.....	546
2.	La portée de l'autorité issue de l'article 95	550
a.	L'autorité de l'article 95 à l'égard d'un autre juge des requêtes	550
b.	L'autorité de l'article 95 à l'égard du juge des référés ou du juge du principal.....	551
	§2. Les aspects du régime de l'ordonnance sur requête dépendants de la qualification préalable	553
A.	Le domaine de l'exigence de la qualification préalable.....	553
B.	Les pistes pour faciliter la qualification préalable des ordonnances sur requête.....	556
	Section II. Le provisoire et les substituts du contradictoire	560
	§1. L'office du juge.....	561
A.	L'obligation de relever d'office un moyen de droit par le juge des requêtes	561
1.	Le moyen issu de l'absence de saisine.....	562
2.	Le moyen issu de l'inobservation des délais d'action par le requérant	565
B.	L'incompétence relevée d'office par le juge des requêtes	566

§2. Le principe de loyauté	570
A. Les manifestations du principe de loyauté dans la procédure sur requête.....	571
B. Les sanctions du comportement déloyal du requérant.....	574
Chapitre II. La place de l'ordonnance sur requête dans le schéma procédural général	578
Section I. La place de l'ordonnance sur requête au sein de la justice provisoire.....	579
§1. L'articulation de la juridiction des requêtes de droit commun avec les juridictions particulières des requêtes	579
A. Le domaine de l'articulation des compétences entre les juridictions des requêtes.....	580
1. La juridiction des requêtes du juge aux affaires familiales	580
2. La juridiction des requêtes du juge de l'exécution	586
a. Les compétences véritablement concurrentes du juge de l'exécution et du juge des requêtes de droit commun.....	587
b. La possibilité d'une saisine successive du juge de l'exécution et du juge des requêtes de droit commun	590
B. Le régime de l'articulation des compétences entre les juridictions des requêtes.....	593
1. Les hypothèses de dépassement des domaines de compétence	593
2. Les sanctions de la saisie d'un juge des requêtes incompetent	595
§2 L'articulation de la juridiction des requêtes avec la procédure des référés	597
A. L'articulation des procédures de référé et sur requête aux fins de préserver le droit d'agir au fond..	597
B. L'emploi de la procédure sur requête aux fins de préserver le droit d'agir en référé.....	598
Section II. La place de la requête au regard de la justice définitive	601
§1. L'articulation normale des procédures : l'ordonnance sur requête structurellement provisoire	601
A. Le lien structurel entre l'ordonnance sur requête et le procès au fond	602
1. Les manifestations du lien structurel en droit positif	602
a. Le lien structurel négatif	602
b. Le lien structurel positif	604
2. Le lien structurel dans la théorie du provisoire structurel	607
a. Le lien structurel <i>de lege lata</i>	608
b. Le lien structurel <i>de lege ferenda</i>	610
B. L'ordonnance sur requête en cours d'instance au fond	614
1. L'accès à l'ordonnance sur requête en cours d'instance	614
a. Le juge compétent	614
b. L'appréciation des chefs de saisine	617
2. Le provisoire structurel des ordonnances sur requête rendues au cours d'une instance au fond..	619
§2. L'articulation anormale des procédures : l'instrumentalisation des ordonnances sur requête	621
A. Les moyens de l'instrumentalisation	623
1. Le domaine de l'instrumentalisation des ordonnances sur requête	624
2. Les causes de l'instrumentalisation des ordonnances sur requête	625
B. La place de l'instrumentalisation dans la théorie du provisoire structurel	630
1. L'instrumentalisation des ordonnances sur requête, voie d'eau dans la mécanique de la protection juridictionnelle provisoire	631
2. L'apport de la théorie du provisoire structurel.....	632
CONCLUSION GENERALE	634
ANNEXE : PROPOSITIONS DE THESE	642
BIBLIOGRAPHIE	648
INDEX DES DECISIONS CITEES	682
INDEX ALPHABETIQUE	698
TABLE DES MATIERES	702

Alexey Varnek

Le juge des requêtes, juge du provisoire

Résumé

L'article 493 du Code de procédure civile définit l'ordonnance sur requête comme une « décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ». Proche, dans sa nature, de l'ordonnance de référé, elle s'en démarque par son aspect unilatéral, qui en conditionne l'efficacité. L'ordonnance sur requête est au cœur de nombreuses controverses, d'une part sur sa qualification, d'autre part sur l'autorité dont elle doit être revêtue. Ces incertitudes rendent inconstant le régime des ordonnances sur requête, dont l'application varie fortement selon les juridictions. La notion de provisoire, combinée à la considération du caractère unilatéral de la procédure, doit servir de guide pour lever ces doutes. L'analyse de l'ordonnance sur requête sous ce prisme aboutit à la conclusion que l'ordonnance sur requête est une mesure procédurale d'attente, provisoire en ce qu'elle permet de préparer l'intervention du juge du principal sans le lier dans sa décision.

* Procédure civile * Voies d'exécution * Protection juridictionnelle provisoire * Ordonnance sur requête * Ordonnance de référé *

Résumé en anglais

The 493rd article of the french code of civil proceedings defines the *injunction on demand* as a “provisional decision taken unilaterally when there is no need to call the opposing party”. While close by its nature to the *référé* injunction, the injunction on demand is specific by its unilaterality that marks its efficiency as a procedure. Numerous questions remain to this day unsolved regarding both its legal definition and its significance. These controversies make the daily use of the injunction on demand vary wildly according to every court. The concept of *provisional decision*, as well as the unilaterality of this specific injunction, can serve as a guide to finding a satisfying solution. The research leads to the conclusion that the injunction on demand is provisional in the sense that its role is to preserve the rights of the parties involved in order to prepare the definitive decision taken by the court, on which the injunction has no legal influence.

* Civil proceedings * Civil decisions enforcement * Provisional jurisdiction * Injunction on demand * Référé injunction *