



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MÉMOIRES

**Master Justice et droit du procès
Dirigé par Madame le Professeur Cécile Chainais
2021**

***La réparation de la faute commise
pendant le procès en matière civile***

Constance MIROU

Sous la direction de Madame le Professeur Lucie Mayer

Remerciements

Je remercie vivement Madame le Professeur Lucie Mayer pour ses précieux conseils, sa grande disponibilité et ses qualités d'écoute dans la direction de mes recherches. Je lui suis particulièrement reconnaissante de m'avoir laissé une telle latitude dans la détermination de mon sujet.

J'ai également une pensée particulière pour Madame Clara Boulanger, doctorante au Centre de Recherche sur la Justice (CRJ), qui m'a considérablement aidée à démarrer la rédaction de ce travail. Nos discussions et sa bienveillance m'ont permis de passer outre le vide abyssal qu'est pour moi une page blanche. Merci.

Je souhaite également remercier Madame Anne Belin, première vice-présidente adjointe au tribunal judiciaire de Paris, sans qui je n'aurais jamais eu l'idée de ce sujet de mémoire. J'ai découvert la responsabilité des professionnels du droit grâce à un stage réalisé sous sa tutelle à la première chambre civile du tribunal judiciaire de Paris. J'espère que ce mémoire sera à la hauteur de ses enseignements.

Enfin, de façon plus personnelle, mes remerciements s'adressent aussi à ma sœur jumelle, Héloïse, qui rédige également un mémoire de recherche en droit cette année. Nos journées de recherche côte à côte et nos échanges d'ENT au premier *bug* des serveurs de nos universités respectives ont permis un rythme de travail que je n'aurais pas pu avoir seule.

Sommaire

Remerciements	2
Sommaire	3
Liste des principales abréviations	4
Introduction générale	6
PARTIE 1 : La faute procédurale réparée selon une logique substantielle.....	16
Chapitre 1 : Une réparation doublement extraordinaire	17
Chapitre 2 : Les difficultés propres à l'indemnisation de préjudices processuels..	46
Conclusion de la partie 1	70
PARTIE 2 : La faute dans l'exercice de droits fondamentaux processuels réparée selon une logique processuelle	71
Chapitre 1 : L'abus de droit d'action ou la logique processuelle en puissance.....	73
Chapitre 2 : L'abus de la liberté de la défense ou la logique processuelle en acte	93
Conclusion de la partie 2	115
Conclusion générale	117
Bibliographie.....	118
Table des matières.....	122

Liste des principales abréviations

Art.	Article
Al.	Alinéa
CC	Conseil constitutionnel
Civ.	Civil(e)
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
D. actualité	<i>Dalloz actualité</i>
Éd.	Éditions
Etc.	<i>Et cætera</i>
Ex.	Exemple
Gaz. Pal.	Revue <i>Gazette du Palais</i>
Ibid.	Ibidem
JCP G	Juris-Classeur périodique (<i>La Semaine Juridique</i>) édition générale
JORF	Journal officiel de la République française
L.	Ligne
LPA	Revue <i>Les Petites Affiches</i>
Nott.	Notamment
Op. cit.	<i>Opus citatum</i>
Proc.	Procédure
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RCA	Revue <i>Responsabilité civile et assurance</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
Resp.	Responsabilité
Rép.	Répertoire
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
Rev. Trav.	<i>Revue de droit du travail</i>
Suiv.	Suivant
Sect.	Section
Spéc.	Spécialement

« Si la société nous a donné le duvet des oreillers, elle a certes compensé le bienfait par la goutte, comme elle a mis la procédure pour tempérer la justice, et les rhumes à la suite des châles de Cachemire. »

Honoré de Balzac, *La Peau de chagrin*, 1855.

Introduction générale

Dans *La Peau de Chagrin*, Honoré de Balzac fait déclarer par un participant à un banquet que « Si la société nous a donné le duvet des oreillers, elle a certes compensé le bienfait par la goutte, comme elle a mis la procédure pour tempérer la justice, et les rhumes à la suite des châles de Cachemire »¹. L'auteur, juriste formé à la faculté de droit de Paris et chez un avoué, met la procédure sur le même plan que des maladies tandis que la justice est comparée à des remèdes. La procédure a longtemps été considérée comme un « droit servant (...) auxiliaire et dépendant »² du droit substantiel, seul véritable droit. Selon cet état d'esprit, rien n'était plus révoltant qu'une personne ne pouvant obtenir justice pour ce qui était perçu comme une simple raison de procédure. En conséquence, dès 1889, la Cour de cassation reconnaît que le justiciable privé d'accès au juge d'appel par la faute d'un huissier bénéficie d'une action en responsabilité civile contre ce professionnel : l'huissier est alors contraint de réparer la perte de chance subie par le justiciable³. La faute du professionnel du droit peut avoir des conséquences particulièrement graves. Pour autant, ce dernier est également susceptible de commettre une faute à l'occasion d'un procès et d'être condamné à la réparer ; la faute commise lors du procès n'est pas l'apanage du professionnel. Ces multiples fautes et les réparations conséquentes sont l'objet de régimes de responsabilité particuliers, plus ou moins adaptés au cadre du procès.

La réparation de la faute commise pendant le procès en matière civile. Dès lors, il convient d'étudier la réparation de la faute commise pendant le procès en matière civile. Cette thématique doit être d'abord comprise dans son objet, c'est-à-dire la réparation de la faute, et dans son domaine, le procès en matière civile.

L'objet : la réparation de la faute et non la responsabilité civile. La question de la réparation de la faute est généralement abordée par le droit de la responsabilité civile. Effectivement, ce droit peut être défini comme « l'ensemble des règles qui obligent l'auteur ou celui qui contribue à la réalisation d'un dommage causé à autrui à le réparer en offrant à la victime une compensation »⁴. Pourtant, il ne s'agit pas ici de s'interroger sur la responsabilité

¹ H. de Balzac, *La peau de chagrin*, 2008 (texte de 1855), Hachette, coll. Biblio-lycée, p.68, l. 1723-1726.

² N. Cayrol, « Le droit civil aujourd'hui », *RTD civ.*, 2020, p.502.

³ Cass. Req., 17 juillet 1889, D. 1891, 1, 381, S. 1891, 1, 399 cité in L. Vitale, *La perte de chances en droit privé, thèse*, 2020, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit privé, p.18, §24.

⁴ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., 2019, LGDJ, coll. traité de droit civil, p.9, n°1.

mise en place par le seul droit civil. Par ailleurs, les termes choisis ne limitent pas le sujet à la responsabilité civile. En effet, depuis le célèbre arrêt Blanco⁵, il est établi que « la responsabilité, qui peut incomber à l'État pour tous les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particuliers à particuliers »⁶. La question de la réparation de la faute échappe donc, pour partie, au droit de la responsabilité civile. Il n'est donc pas question de se limiter à l'étude de ce dernier. Cette séparation entre responsabilité civile et responsabilité issue du droit public est contestée par certains auteurs comme le Dr. Jeremy Antippas qui appelle à l'établissement d'un « droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques » en faisant valoir que « les deux branches civile et administrative du droit de la responsabilité se caractérisent non seulement par une communauté de fondements et de fonctions (...) mais également par une évolution convergente »⁷. Dans ces conditions, il est possible de penser la réparation de la faute par-delà la *summa divisio* entre droit public et droit privé.

Le droit de la responsabilité contient une seconde *summa divisio* : la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Celle-ci a fait l'objet de nombreux écrits depuis la promulgation du Code civil. Les auteurs n'accordent pas tous la même importance à la distinction : selon les courants doctrinaux, elle devrait être surpassée ou bien est absolument fondamentale⁸. Par ailleurs, la frontière entre ces deux ordres de responsabilité prête encore aujourd'hui à discussion. Ainsi, une thèse de 1978 porte exclusivement sur cette délimitation et reste tellement d'actualité qu'elle a été rééditée en 2020⁹. Pour le professeur Geneviève Viney qui a préfacé cette édition, « l'apport essentiel de cet ouvrage (...) consiste à faire ressortir l'originalité fondamentale de la responsabilité contractuelle qui (...) assume à la fois une fonction de paiement (...) et une fonction de réparation pour les dommages consécutifs à l'inexécution »¹⁰. Dès lors, la réparation est un point commun de ces deux responsabilités. L'étude de la réparation des fautes peut aussi bien amener à étudier des dispositions de droit des contrats que des règles tirées de la responsabilité

⁵ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 1^{er} suppl 61.

⁶ *Ibid.*

⁷ J. Antippas, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2021, Dalloz, coll. essai, p. 73 et 74, §11.150.

⁸ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p.376 et suiv., §226 et suiv.

⁹ J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les ordres de responsabilité*, thèse, 2020 (soutenue en 1978), Éditions Panthéon-Assas, coll. Introuvables.

¹⁰ *Ibid.*, p.8.

extracontractuelle. Là encore, le sujet invite à ne pas limiter l'étude à un domaine juridique mais à envisager la réparation sous toutes ses formes.

Cette démarche doit également être appliquée au concept de faute. Effectivement, ce terme n'est pas seulement un terme juridique, c'est également un nom employé dans le langage courant, sans référence au droit. Son étymologie vient du latin *fallita* qui désigne l'action de faillir, nom dérivant du verbe latin *fallere* qui signifie tromper, échapper à, faire défaut¹¹. Le dictionnaire de l'Académie française¹² définit la faute de deux façons. Il s'agit soit d'un manque, soit d'un manquement. Ce dernier peut consister en un « manquement à un devoir, à une règle morale », une « mauvaise action », un « péché » mais aussi en un « manquement à une règle professionnelle, à une obligation légale ou contractuelle, etc. »¹³. C'est ici que réside la faute juridique. Elle ne doit pas être confondue avec la faute morale ou le péché religieux. Cette distinction entre le droit et la morale existe depuis le droit romain et fait l'objet de différents débats mais est tenue par certains auteurs comme une « distinction capitale dans une démocratie »¹⁴. Il convient donc de bien concevoir la faute comme un objet juridique et non comme un concept moral. En outre, le terme est commun à la responsabilité extracontractuelle et au droit des contrats. Une fois ces précautions respectées, il est possible de s'approcher plus avant de la notion juridique.

La faute est techniquement définie comme « l'acte illicite supposant la réunion d'un élément matériel, le fait originaire (...), d'un élément d'illicéité, la violation d'un devoir, la transgression du Droit (loi, coutume, etc.), [et] (sous réserve de la théorie de la faute dite objective) d'un élément moral (d'imputabilité), le discernement de l'auteur du fait »¹⁵. En résumé, la faute contient deux éléments, parfois trois. Les deux premiers forment ensemble un acte illicite. Le troisième relève de l'intériorité de la personne fautive : il faut qu'elle soit capable de distinguer le bien et le mal¹⁶. La théorie de la faute dite objective renvoie à ce qui est parfois qualifié de responsabilité sans faute : l'auteur d'un dommage devra alors le réparer indépendamment de sa capacité à discerner.

¹¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., 2015, PUF, p.451, notice « faute ».

¹² Collectif, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., 1992-... (en cours), notice « faute », <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9F0336> (adresse consultée le 07/03/2021 à 11h30).

¹³ Ibid.

¹⁴ Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, 6^e éd., 2016, LGDJ, coll. droit civil, p.43, §29.

¹⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.451., notice « faute ».

¹⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.352, notice « discernement ».

La réparation, quant à elle, désigne le « dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement », le « rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit ». Elle « désigne aussi bien l'action de réparer que le mode de réparation »¹⁷. Le terme devra être compris dans ces deux acceptations. Il ne résume pas à lui seul les enjeux de la responsabilité civile. Effectivement, un débat existe quant à la nature de « peine privée » qu'aurait le droit de la responsabilité civile¹⁸. Une partie de la doctrine civiliste propose même la création d'une « action autonome en réparation-expiation » aux côtés de « l'action en réparation-compensation »¹⁹. Une telle compréhension de la responsabilité civile tend à éloigner la réparation de son but primitif : l'indemnisation, c'est-à-dire « l'opération consistant à rendre indemne la victime d'un dommage en réparant celui-ci de la manière la plus adéquate »²⁰. La réparation et l'indemnisation permettent donc à la victime de voir son dommage effacé²¹. La différence entre les deux termes est que la réparation désigne à la fois un objectif et un processus quand l'indemnisation n'est que le résultat final. Il s'agit donc à la fois d'étudier ce qui est attribué à la victime et la façon dont cette indemnisation est attribuée.

En définitive, l'expression « réparation de la faute » renvoie à la fois à l'indemnisation du préjudice causé par la faute et au processus suivi pour y aboutir. Ce sujet suppose donc d'étudier la faute cause du dommage, les spécificités processuelles mises en place et l'indemnisation finale. Afin de pouvoir aborder différents modes d'indemnisation, seuls ces trois éléments seront étudiés. Ainsi, des éléments comme les causes d'exonération de responsabilité ou l'exécution du jugement de réparation seront exclues de cette étude.

Le domaine : le procès en matière civile. La réparation de la faute est ici abordée dans un cadre précis : une faute a été commise pendant un procès en matière civile. Il convient donc d'identifier la nature du procès et le champ de la matière civile.

¹⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.899, notice « réparation ».

¹⁸ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., 2019, LGDJ, coll. traité de droit civil, p.14 et suiv., §6.

¹⁹ *Ibid.*, p.24, §12.

²⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.537, notice « indemnisation ».

²¹ La personne indemne est la personne « qui n'a subi aucun dommage » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.537, notice « indemne ».)

Il y a probablement autant de définitions du procès que d'auteurs ayant cherché à le définir. Ainsi, pour le Professeur Soraya Amrani-Mekki, le procès a trois éléments constitutifs : la procédure nécessairement respectueuse de certaines garanties fondamentales, l'existence de prétentions caractérisant un litige et l'intervention d'un tiers légitime²². Le Doyen Guinchard, quant à lui, considère également que le procès est constitué de trois éléments mais ils ne sont pas identiques à ceux relevés par le Professeur Amrani-Mekki. Le procès requiert un élément d'altérité (« la contestation initiale entre deux ou plusieurs parties »), un élément d'autorité (« l'intervention d'un juge revêtu d'une certaine légitimité ») et un élément de pouvoir (« la possibilité de procéder à l'exécution forcée de la décision du juge »)²³. La définition retenue par le Doyen Cornu est que le procès désigne le « litige soumis à un tribunal », la « contestation pendante devant une juridiction » et est parfois synonyme d'instance²⁴. Cette définition, plus consensuelle, sera retenue. Elle exclut du champ du procès la matière gracieuse qui suppose une absence de litige²⁵. Dès lors, le régime spécial de responsabilité prévu en cas de faute du juge des tutelles à l'article 422 du Code civil ne sera pas étudié en ce qu'il relève de cette matière²⁶.

L'expression de « matière civile » est polysémique. En droit processuel, elle est le plus couramment employée selon le sens que lui a donné la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette définition est issue de l'interprétation effectuée par la Cour de Strasbourg du champ d'application de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention EDH). En effet, cet article limite la portée du droit au procès équitable aux « contestations sur les droits et obligations de caractère civil » et aux « accusations en matière pénale ». Ces deux ensembles forment respectivement la matière civile et la matière pénale, distinction cardinale dans la jurisprudence de la Cour. C'est en ce sens qu'il faut ici comprendre la « matière civile ». Elle suppose tout d'abord une contestation, notion qui ne nécessite pas de plus amples développements puisque cette étude porte sur le procès c'est-à-dire forcément sur une contestation selon la définition du Doyen Cornu. Il convient donc de déterminer ce que sont les droits et obligations de caractère civil. Ils doivent, tout d'abord, être reconnus en droit interne²⁷. Ensuite, il ressort de la jurisprudence de

²² S. Amrani-Mekki, « le procès », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, PUF, p.1081.

²³ Ibid.

²⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.811-812, notice « procès ».

²⁵ Rép. proc. civ., Dalloz, Matière gracieuse, 2019, S. Hazoug, §38.

²⁶ Ibid.

²⁷ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lonneroth*, série A, n°52, § 81.

la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) que la nature civile du droit ou de l'obligation repose principalement sur son caractère patrimonial²⁸. Sont ainsi concernés les procès devant le tribunal judiciaire, le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux, etc. Le procès devant les juridictions administratives occupe une place un peu particulière en ce que tous les litiges qui s'y déroulent ne relèvent pas de la matière civile. Effectivement, tous n'ont pas un enjeu patrimonial et différents éléments comme l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde d'intérêts généraux peuvent exclure une contestation portant sur des droits et obligations patrimoniaux du champ de la matière civile²⁹. Pour ne pas complexifier inutilement le propos - l'objet de notre étude étant la réparation de la faute et non la matière civile - les règles propres à l'ordre juridictionnel administratif ne seront pas étudiées puisqu'elles ne concernent pas exclusivement la matière civile. En effet, un tel travail entraînerait nécessairement des développements sur l'adéquation d'un système unique à des instances qui ne sont pas tous soumis aux droits fondamentaux du procès dégagés par la Cour EDH. Les procédures étudiées seront donc celles qui sont intégralement soumises à l'article 6§1 de la Convention EDH en ce qu'elles appartiennent à la matière civile.

Les acteurs du procès susceptibles de commettre une faute. La faute commise lors du procès peut être le fait d'un grand nombre d'auteurs différents : greffier, huissier, magistrat... L'étude peut être resserrée autour de quatre acteurs potentiellement fautifs : le justiciable, l'avocat, le juge professionnel et l'État. Ceux-ci ont trois points communs : chacun joue un rôle bien défini, jouit d'un statut distinct et ils interviennent tous, en principe³⁰, dans le procès civil. Ces différences se reflètent sur les modalités selon lesquelles leurs fautes seront, ou non, réparées.

Le justiciable est une personne privée ou publique qui défend ses intérêts sans avoir de lien avec l'administration judiciaire. Il est partial et complètement délié de l'institution.

²⁸ S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 10^e éd., 2019, Dalloz, coll. précis, p.184-185, §14. ; E. Jeuland, *Droit processuel général*, 4^e éd., 2018, LGDJ, coll. précis Domat, p.242, §132.

²⁹ E. Jeuland, *Droit processuel général, op. cit.*, p.242, §132.

³⁰ Tout litige amené devant le juge civil suppose évidemment la présence d'un juge, l'organisation de l'État et la saisine d'un justiciable. La présence de l'avocat suppose soit que la représentation est obligatoire, soit qu'au moins une partie a décidé de se faire représenter : tous les litiges en matière civile ne se déroulent donc pas avec un avocat. Toutefois, la représentation obligatoire est le principe devant le tribunal judiciaire (article 760 CPC), tribunal de droit commun en matière civile (COJ, article L.211-3).

L'avocat est un auxiliaire de justice chargé de défendre les intérêts d'une partie. Il est partial mais a une relation plus ambiguë avec l'institution. Son serment d'indépendance le rend totalement autonome et l'exercice libéral de sa profession est incompatible avec tout lien de subordination. Il a donc deux raisons incontestables d'être indépendant de l'institution judiciaire. Pour autant, il est un auxiliaire de justice : son ministère de tutelle est le ministère de la justice et il est un professionnel du droit. L'avocat ne peut donc être traité ni comme un acteur extérieur à l'institution judiciaire *lato sensu*, ni comme une personne soumise à l'institution judiciaire *stricto sensu*. Il fait partie des « gens de justice » au même titre que le magistrat.

Le juge professionnel, quant à lui, est également un professionnel du droit mais il est caractérisé par son impartialité et son indépendance, tout en étant un magistrat, c'est-à-dire un agent public. Cette dernière qualité est ici particulièrement prégnante tant sa responsabilité est liée à celle de l'État. Pourtant, sa responsabilité civile personnelle peut également être engagée. Son régime de responsabilité est le même que celui du procureur. Comme celui-ci intervient moins souvent en matière civile, le propos se limitera au cas du juge.

L'État est responsable en tant qu'organisateur du procès : il est chargé du respect des droits fondamentaux et est civilement responsable du comportement de ses agents. Toutefois, son rôle est limité à l'organisation : il ne doit jamais intervenir directement dans le procès et peut même dans certains cas devenir lui-même un justiciable.

Les enjeux de la réparation de la faute dans le procès. Si la notion de réparation présente un caractère absolu, le concept de faute est, quant à lui, relatif. Effectivement, la faute commise pendant le procès civil peut prendre plusieurs formes et varier dans son intensité. Ces variations sont le principal outil par lequel le législateur entend réguler le contentieux de la réparation de la faute commise lors du procès. Il fait varier le degré de faute donnant droit à réparation pour tenter de concilier plusieurs impératifs contradictoires.

En effet, le procès est un lieu d'exercice des droits fondamentaux mais aussi un outil de paix sociale puisque, grâce à l'autorité de chose jugée, il apporte une solution définitive aux conflits entre les plaideurs. Dès lors, il est contre-intuitif qu'un procès donne naissance à un nouveau procès dont l'enjeu est totalement différent du premier. Pourtant, lorsqu'une faute est commise pendant l'instance, il est inconcevable que toute réparation du préjudice soit refusée

sur le fondement de l'impératif de préservation de la paix sociale. Il est tout autant nécessaire de maintenir le droit d'accès au juge et l'exercice des droits de la défense que d'éviter les abus et les procès à répétition. En conséquence, il n'est pas possible d'appliquer les régimes de responsabilité de droit commun sans adaptations. Le premier enjeu de la réparation des fautes commises pendant le procès est de trouver un équilibre entre le principe constitutionnel selon lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage doit le réparer³¹ d'une part et la préservation du droit processuel d'autre part. Il convient également de garder à l'esprit des impératifs d'économie processuelle et de paix sociale : il est nécessaire d'éviter les procès à répétition.

Cet enjeu commun entre responsabilité des justiciables, des avocats, des juges et de l'État n'a pourtant jamais été étudié en tant que tel. Ainsi, si les responsabilités de l'avocat et du juge ont déjà été comparées par quelques auteurs sous l'angle de la responsabilité des gens de justice³², elles n'ont jamais été mises sur le même plan que les mécanismes de responsabilité applicables aux justiciables. Les travaux qui s'attachent à analyser leurs régimes le font bien souvent en séparant l'avocat d'une part du juge et de l'État d'autre part. Cette séparation atteint un paroxysme quand il s'agit de la responsabilité du justiciable : les différentes études séparent cette responsabilité selon le fondement de la faute commise. Ainsi, aucun ouvrage ne cherche à comparer la réparation pour abus du droit d'action et celle due en raison de propos insultants, diffamatoires ou outrageants. Chaque question est traitée en profondeur mais individuellement : le corpus existe mais la démarche comparatiste n'est l'objet d'aucun travail publié.

Pourtant, il est possible de penser la réparation de la faute dans le procès comme catégorie à part comme est étudié, par exemple, le « droit des dommages corporels ». Cette matière comprend tous les modes de réparation des dommages corporels, qu'ils soient issus aussi bien d'un accident de travail que de la circulation routière³³. Ce droit du dommage corporel consiste initialement en un regroupement de toutes les règles spéciales à ce type de dommage et non en une discipline juridique distincte. Néanmoins, la matière s'est tellement

³¹ CC, 22 oct. 1982, 82-144 DC. On peut relever que cette reprise de l'article 1240 du Code civil sous la forme de principe constitutionnel rend applicable la formule à la responsabilité de l'État, alors même qu'il n'est pas soumis au Code civil.

³² La revue *Justices* a ainsi consacré un numéro à un colloque au sujet de la « responsabilité des gens de justice » dans laquelle elle étudie aussi bien la responsabilité de l'avocat que celle du magistrat (*Justices*, janvier-mars 1997, n°5).

³³ Rép. civ., Dalloz, *Responsabilité : généralités*, 2020, Ph. Le Tourneau, §248.

complexifiée³⁴ qu'elle a gagné en autonomie et fait désormais l'objet de formations spécialisées en « réparation des dommages corporels »³⁵. Le raisonnement ayant abouti à la reconnaissance d'un droit des dommages corporels peut être appliqué à la réparation de la faute commise dans le procès : il s'agit seulement de prendre en compte les spécificités de régimes de responsabilité en ce qu'il porte sur un type de faute ou de dommage particulier, ici une faute commise lors d'un procès. Le cloisonnement des régimes de responsabilité n'a pour le moment pas permis de penser la réparation de la faute commise lors d'un procès en elle-même. Il s'agit de dépasser ces distinctions pour s'intéresser à ce champ très particulier qui relève à la fois du droit de la responsabilité et du droit processuel. Or, cette double appartenance occasionne parfois des tensions.

La tension entre logique processuelle et logique substantielle. L'impératif de réparation issue du droit de la responsabilité, naît d'une faute commise lors du procès, c'est-à-dire à l'occasion de l'application du droit processuel. Elle peut même avoir une nature procédurale puisqu'il peut s'agir d'un abus de droit processuel. Cette faute entraîne souvent un dommage intrinsèquement lié au procès : il peut même s'agir de la succombance à l'instance. En conséquence, le droit substantiel de la réparation devra parvenir à saisir ces concepts processuels pour les qualifier selon ses propres catégories juridiques.

Réparer une faute procédurale ou un dommage processuel suppose de trouver un équilibre entre une logique substantielle qui tend à la réparation par équivalent et une logique processuelle de cohérence avec la procédure civile et de prise en compte des spécificités du procès. En conséquence, les dispositifs de réparation peuvent relever de deux paradigmes bien distincts. Dans la logique substantielle, le caractère procédural de la faute et du préjudice est effacé au profit de l'application du droit commun de la responsabilité tandis que dans la logique processuelle, la priorité est la préservation de la procédure civile et de l'unité du procès plutôt que l'octroi de dommages et intérêts. Le législateur organise-t-il la réparation de la faute commise pendant le procès selon une logique substantielle ou selon une logique processuelle ?

Le droit positif n'apporte pas de réponse uniforme à ce dilemme. En effet, certaines fautes seront réparées selon une logique plus processuelle tandis que d'autres feront l'objet d'un

³⁴ Ibid. La matière est considérée par l'auteur comme « désordonnée et fâcheuse ».

³⁵ Ainsi, l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne propose un diplôme d'université « réparation du dommage corporel » ([lien vers le site internet de la formation](#)).

traitement substantiel plus classique mais présentant parfois des adaptations. Le critère de répartition entre ces deux paradigmes se trouve dans la qualité du fautif. Ainsi, la logique substantielle est privilégiée uniquement si le fautif n'est pas une partie à l'instance. Dans le cas contraire, la question de la réparation se greffe sur le litige en cours et sera réglée au cours du même procès. Pour autant, chaque logique n'écarte jamais totalement l'autre et vise à trouver le meilleur équilibre possible, quand bien même parfois il n'existe « aucune solution satisfaisante »³⁶. La réparation de certaines fautes pourrait faire l'objet d'un traitement différent de ce que prévoit actuellement le droit positif. Cette étude est donc l'occasion d'envisager d'éventuelles évolutions du droit positif.

Les régimes de responsabilités qui répondent à une logique purement substantielle correspondent à ceux des professionnels : la responsabilité du juge ou de l'avocat sera engagée à l'occasion d'une autre instance en suivant les grands principes du droit de la responsabilité. Les modalités de la réparation ne diffèrent du droit commun que lorsqu'il prend en compte les spécificités dues au procès, principalement la stabilité de l'institution judiciaire. Pourtant, la logique substantielle est clairement privilégiée (Partie 1).

La responsabilité du justiciable, quant à elle, prend directement en compte la spécificité du procès. Cette prise en compte ne signifie pas que la logique processuelle est totale : elle est seulement privilégiée. Deux régimes de responsabilité illustrent cette tendance : la réparation de l'abus de droit d'action d'une part, celle de l'abus de la liberté de la défense d'autre part. Les points communs entre ces deux régimes seront l'occasion d'envisager une évolution vers une logique plus processuelle que ce que prévoit le droit positif (Partie 2).

³⁶ À propos de la responsabilité de l'État et des magistrats, in G. Wiederkehr, « La responsabilité de l'État et des magistrats du fait de la justice », in *La responsabilité des gens de justice*, Justices, n°5/1997, p.13

PARTIE 1 : La faute procédurale réparée selon une logique substantielle

Chaque acteur du procès civil est susceptible de commettre une faute. La responsabilité des professionnels du procès est organisée selon une logique substantielle : un second procès est organisé afin d'ordonner la réparation par équivalent de la faute professionnelle.

Les acteurs professionnels du procès civil peuvent aussi bien être des personnes privées ou des agents publics. Il existe autant de régime de responsabilité que de statut d'acteurs professionnels du procès civil. Ainsi, la responsabilité d'un avocat ne sera pas engagée comme celle d'un magistrat et la faute d'un huissier n'aurait pas les mêmes conséquences juridiques que celle d'un greffier. Pour des raisons pratiques, il a été décidé de ne s'intéresser qu'aux responsabilités des avocats et des juges. De même, la faute commise sans relation avec la profession ne sera pas traitée. Il s'agit d'étudier la faute de l'avocat ou du juge dans l'exercice de ses fonctions et non en tant que personne privée, même si elle a lieu sur le temps de travail : les hypothèses dans lesquelles un professionnel insulterait ou blesserait physiquement une personne ne seront pas traitées.

La faute n'est pas l'apanage des acteurs du procès. L'État, qui en est l'organisateur, peut également commettre des fautes. Il bénéficie en conséquence d'un régime de responsabilité qui lui est propre.

Le mécanisme de réparation mit en place questionne des principes aussi fondamentaux que l'obligation constitutionnelle de réparation et le dualisme juridictionnel. Effectivement, le degré de faute recherché est soumis à d'intenses variations, lesquelles peuvent entraîner l'échec de l'indemnisation. Ensuite, la procédure de réparation a toujours lieu devant les juridictions judiciaires, quand bien même serait en jeu la faute d'un agent public ou de l'État lui-même. On retrouve de moindres spécificités en matière de responsabilité de l'avocat. Toutefois, il demeure possible d'affirmer que ces responsabilités permettent une réparation doublement extraordinaire (Chapitre 1).

L'indemnisation ne se fait pas sans difficultés dans la mesure où la faute n'entraîne pas un simple préjudice moral ou pécuniaire mais la perte définitive d'un procès ou de garanties processuelles. La réparation de préjudices aussi intimement liés au procès doit alors être conciliée à la logique substantielle, ce qui pose d'importantes difficultés (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une réparation doublement extraordinaire

La réparation du préjudice causé par un autre acteur qu'une partie au procès suit une logique substantielle mais ne saurait être confondue avec une simple application du droit commun. En effet, elle est doublement extraordinaire.

Le préalable de la procédure de réparation est la caractérisation de la faute de l'acteur ou organisateur du procès. Or, selon la qualité de la personne fautive, il existe une grande variabilité dans le degré de faute recherché (Sect. 1).

Sur le plan procédural, ce « procès sur le procès » est le lieu d'application de règles tout à fait exceptionnelles (Sect. 2).

Le cas du juge se rattache plus largement à la responsabilité des magistrats. Par souci de rigueur, il convient de ne pas induire que la loi ferait une différence entre juge et procureur alors qu'elle ne parle que du magistrat sans plus de précision. Par conséquence, le terme de « magistrat » sera privilégié pour désigner ce régime de responsabilité. Pour autant, il n'y aura aucun développement sur le cas du procureur agissant en matière civile puisque son cas a été exclu précédemment.

Sect. 1 : Une grande variabilité du degré de faute retenu

L'intensité de la faute susceptible de permettre un dédommagement varie selon la qualité de la personne fautive. Une faute identique commise par un avocat ou par un magistrat n'aura donc pas les mêmes conséquences en termes de responsabilité.

D'un côté, pour les avocats, toute faute suffit à faire aboutir la procédure de réparation. Le droit commun de la responsabilité civile s'applique sans aucun égard pour les spécificités processuelles. La logique substantielle est totale (§1).

De l'autre, pour l'État et le magistrat, il est nécessaire de prouver l'existence d'une faute lourde ou bien d'un déni de justice. Cette restriction vise à limiter les actions en responsabilité du fait de la justice par une prise en compte de ses spécificités. Toutefois, ces

deux notions ont connu, ces dernières années, une extension considérable afin de faciliter la réparation (2).

§1 : La faute simple

Le fait générateur de la responsabilité de l'avocat est sans aucun doute l'élément qui relève le plus de la logique substantielle de tous les régimes étudiés. En effet, il est le même quelle que soit l'activité de l'avocat : qu'il s'agisse d'un simple conseil juridique ou bien d'une argumentation directement présentée au juge, la responsabilité de l'avocat sera toujours engagée par une faute simple.

Étudier la responsabilité de l'avocat suppose au préalable de résoudre une difficulté : l'identification de l'ordre de responsabilité applicable à la relation entre avocat et client et, le cas échéant, de la nature du contrat qui les lie (A). Il sera ensuite possible d'étudier la caractérisation de la faute simple (B).

A. La délicate identification du fondement de la responsabilité de l'avocat

Identification de l'ordre de responsabilité. Le mécanisme de responsabilité civile professionnelle des avocats repose largement sur le droit commun. Il existe, en droit français, deux ordres de responsabilité civile : la responsabilité civile contractuelle et la responsabilité civile extracontractuelle, également qualifiée de délictuelle. La nature de la relation entre l'avocat et son client a fait, historiquement, l'objet de controverses. Ainsi, de grands auteurs comme les Professeurs Aubry, Ray et Fosse considéraient que « les rapports entre l'avocat et son client ne peuvent faire l'objet d'un contrat »³⁷. Ce refus venait notamment de la vision traditionnelle des honoraires de l'avocat. Avant la loi n°57.1420 du 31 décembre 1957³⁸, ceux-ci ne pouvaient faire l'objet de contestations en justice et d'éventuels recouvrements forcés. Dès lors, un éventuel contrat entre l'avocat et son client serait dépourvu de cause du point de vue de l'avocat³⁹. Il faut ajouter à ce premier obstacle la faculté qu'avait l'avocat d'abandonner à tout moment la défense de son client⁴⁰. Il est difficile de voir un contrat là où un service est facultatif et la rémunération ne peut être réclamée en justice. Ces difficultés ont, par la suite,

³⁷ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, 4^e éd., 2021, Dalloz, coll. Dalloz Référence, p.28, §111.31.

³⁸ *Journal officiel de la République française*, 5 janvier 1958, p.194.

³⁹ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, *op. cit.*, p.28, §111.31.

⁴⁰ *Ibid.*

été écartées si bien qu'il est établi que la relation entre l'avocat et son client ne peut qu'être contractuelle.

Identification du contrat liant avocat et client. Cette avancée ne permet pas pour autant de déterminer si ce contrat est nommé ou innommé. La Cour de cassation a écarté la qualification de mandat conventionnel dès 1894⁴¹ mais des arrêts plus récents ont considéré qu'un avocat pouvait être le mandataire conventionnel de son client, notamment lorsqu'il intervient en dehors du prétoire⁴². L'autre contrat spécial évoqué tant par la doctrine que par la pratique est le contrat de louage de service⁴³, lequel a pu être qualifié « d'auberge espagnole des contrats spéciaux »⁴⁴ tant ses éléments constitutifs sont larges. La jurisprudence n'a, ici, pas tranché de façon définitive et absolue. Cette absence de certitude concernant la nature du contrat est sans incidence sur la caractérisation de la faute de l'avocat : il suffira de démontrer qu'il existe une relation contractuelle basée soit sur un contrat de louage de service, soit sur un contrat innommé pour pouvoir engager sa responsabilité contractuelle.

La faute comme inexécution contractuelle. Contrairement à toutes les autres hypothèses de faute commise par les acteurs du procès – professionnels ou non –, il n'existe pas de texte spécial s'intéressant à la faute de l'avocat. En effet, depuis la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, l'avocat est responsable des « négligences et fautes commises dans l'exercice de [ses] fonctions » mais puisque qu'il est lié à son client par contrat, cette responsabilité est organisée par le droit commun des obligations. Dès lors, le client ne pourra demander une réparation à son avocat que s'il démontre qu'une obligation du contrat a été méconnue.

Le droit des obligations a fait l'objet d'une importante réforme consistant en l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ratifiée avec quelques modifications par la loi n°2018-287 du 20 avril 2018, lesquelles ont renuméroté et modifié nombre de dispositions. Les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, restent

⁴¹ Cass. req., 28 mai 1894, D. 1894 I. 533 : « l'avocat n'étant pas le mandataire mais le conseil et le défenseur de la partie » cité in Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, op. cit., p.28, §111.34.

⁴² Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1993, n°91-17.600, Bull. civ. I, n°162. En l'espèce, un avocat était intervenu dans l'élaboration d'un contrat de vente immobilière. Il s'agissait de savoir si l'avocat devait être titulaire d'un mandat exprès pour ce faire ou si son lien avec le client suffit. La Cour de cassation retient qu'il devait être titulaire d'un mandat exprès. Ce faisant, elle reconnaît la possibilité de conclure une convention de mandat avec un avocat.

⁴³ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, op. cit., p.28, §111.35 ; p.32, §111.66.

⁴⁴ RTD civ. 1971, 170, n°3 cité in Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, op. cit., p.32, §111.66.

régis par le droit antérieur⁴⁵. C'est pourquoi, le fondement légal à la responsabilité de l'avocat peut donc être différent selon l'époque à laquelle le contrat a été formé. Lorsque la relation contractuelle a débuté avant la réforme, le jugement vise l'article 1147 ancien du Code civil⁴⁶. Au contraire, pour les contrats récents, il faut appliquer l'article 1231-1 du même code. Le contenu du texte n'a pas, pour ce qui intéresse cette étude, changé. Il dispose dans les deux versions que : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution ». La modification ne concerne que les éventuels faits justificatifs permettant à un contractant d'échapper à la sanction.

La faute reprochée à l'avocat consiste donc en une inexécution contractuelle de droit commun. De façon classique, il n'est pas exigé de degré particulier : la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'avocat est une faute simple.

B. La caractérisation de la faute simple

Les nombreuses obligations légales de l'avocat. La faute de l'avocat constitue en un manquement à l'une de ses obligations contractuelles. Le décret n°2000-790 du 12 juillet 2005 applicable aux avocats exerçant au contentieux comme lors de leurs missions de conseil distingue 17 « vertus cardinales » qui peuvent être classées en deux catégories : le devoir de conseil d'une part, le devoir de prudence et de diligence d'autre part⁴⁷. Chaque contrat passé entre un avocat et son client contient implicitement une obligation de les respecter à la charge de l'avocat.

Le devoir de conseil. Le devoir de conseil concerne aussi bien la rédaction des actes de procédure que le choix des moyens, les voies de recours empruntées ou encore l'utilisation de mesures conservatoires⁴⁸. Cette obligation est un devoir professionnel autonome en ce qu'elle n'est pas rattachée à un contrat nommé : elle n'existe que parce qu'un cocontractant est avocat. Son importance est, en pratique capitale. L'avocat doit, en tant que professionnel, supporter la preuve qu'il a respecté ce devoir⁴⁹. Cette règle née en matière médicale au sujet de

⁴⁵ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, article 9, alinéa 2.

⁴⁶ Voir par exemple : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, n°03-16.329.

⁴⁷ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, *op. cit.*, p.60, §121.00.

⁴⁸ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, *op. cit.*, p.63, §121.20.

⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 29 avril 1997, n°94-21.217, Bull. civ. I, n°132.

l'obligation d'information⁵⁰ vise à ne pas mettre à la charge de la victime une preuve « diabolique ». En effet, demander la preuve qu'un fait ne s'est pas produit est bien souvent impossible, et en conséquence est apparenté à une *probatio diabolica*⁵¹. L'avocat doit donc prendre garde à conserver des traces de son exécution de l'obligation de conseil en faisant signer à son client un document par lequel il reconnaît avoir été conseillé de telle manière⁵². La méthode dénote donc par rapport au droit commun des obligations mais traite l'avocat en professionnel plus qu'en acteur du procès.

L'omission d'un moyen approprié ou imparable est un excellent exemple de la faute en violation de son obligation de conseil commise par l'avocat. Il peut s'agir aussi bien d'un avocat qui omet de soulever la prescription de l'action intentée contre son client⁵³ ou bien qui s'abstient de présenter un moyen de droit substantiel⁵⁴. Cette dernière hypothèse était retenue dès la première moitié du XXe siècle, alors même que l'avocat était à cette époque largement irresponsable⁵⁵. La faute de l'avocat dans le choix des fondements juridiques est donc classique. Elle n'entre pas en contradiction avec la logique du procès. Il s'agit simplement d'une obligation professionnelle : on attend du professionnel qu'il apporte un travail de qualité à son client. Il n'y a pas de raison pour qu'un professionnel du procès rende moins compte de son travail à son client qu'une autre profession.

Néanmoins, cette solution est d'autant plus sévère qu'une instruction reçue par l'avocat de la part de son client ne saurait l'exonérer de son devoir de communiquer les moyens susceptibles de faire obstacle à la prétention adverse⁵⁶ et que le juge n'est, en principe, nullement contraint de relever d'office les moyens de droit applicables au litige⁵⁷. L'avocat doit donc se montrer extrêmement prudent : les autres acteurs professionnels du procès ne commettent pas de faute en s'abstenant d'empêcher le sinistre et les éventuelles compétences

⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, n°94-19.685 ; Bull. civ. I, n°75, *Gaz. Pal.*, 1997, I, 274, note A. Dorsner-Dolivet.

⁵¹ Ph. Malaurie, P. Morvan, *op. cit.*, p.199, §228.

⁵² M.-H. Maleville, V. Maleville, « la spécificité de l'obligation d'information de certains professionnels », *Petites affiches*, 15 août 1997, n°98, p.15.

⁵³ Paris, 1^{er} février 2000, *Jurisdata* 103879, cité in Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, *op. cit.*, p.65, §121.33.

⁵⁴ Lyon, 13 janvier 1932, S. 1932, II, 46. En l'espèce, dans une instance d'expulsion, l'avocat s'était borné à demander un délai de grâce quand sa cliente se trouvait dans une situation protégée par le droit positif de l'époque (mère d'un soldat mort pour la France) qu'elle était en mesure de prouver. L'avocat s'abstint de présenter cet argument et de produire la pièce.

⁵⁵ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, *op. cit.*, p.65, §121.33.

⁵⁶ Cass. 1^{re} civ./, 9 mai 1996, n°94-14.022, Bull. civ. n°191, p.134.

⁵⁷ Cass. ass. plén., 21 décembre. 2007, n°06-11.343, Bull. ass. plén. n°564.

du client n'ont aucune incidence sur l'engagement de la responsabilité civile professionnelle de l'auxiliaire de justice⁵⁸. Enfin, le devoir de conseil suppose donc que l'avocat maîtrise parfaitement le droit positif et les éventuels aléas de la jurisprudence.

L'avocat doit donc prendre toutes les précautions possibles pour éviter la faute professionnelle. Cette règle peut plus facilement entrer en conflit avec des considérations de bonne administration de la justice puisque l'avocat est encouragé à soulever tous les moyens susceptibles de soutenir sa demande, quand bien même son client s'y opposerait. De conclusions longues et denses doivent être privilégiées par l'avocat alors même que ce n'est pas nécessairement dans l'intérêt des autres acteurs du procès, y compris de son client. La question de la responsabilité de l'avocat gagnerait ici à être traitée selon un point de vue plus processuel mettant en parallèle responsabilité civile professionnelle et répartition des offices entre juges et parties.

Le devoir de prudence et de diligence. Au devoir de conseil, s'ajoute un devoir de prudence et de diligence. Ces deux obligations font l'objet de définitions doctrinales : la prudence consiste à « agir avec précaution, en prêtant attention aux conséquences de ses actes (...) [et à] prendre toutes les dispositions nécessaires pour éviter les erreurs et ne pas engager son client dans des procédures hasardeuses. »⁵⁹ tandis que la diligence implique de « montrer une grande disponibilité et apporter un soin appliqué à sa défense. [L'avocat] ne doit pas, pour quelque motif que ce soit, négliger un dossier »⁶⁰.

L'exemple-type du manquement au devoir de prudence est la situation dans laquelle un avocat ne doit pas conseiller avec légèreté à son client d'exercer un appel contre tous les chefs d'une décision qui lui est partiellement favorable⁶¹. Ce faisant, le client prend le risque d'obtenir un arrêt d'appel qui reviendrait sur les chefs de la décision qui lui étaient bénéfiques. Un tel conseil est donc imprudent.

⁵⁸ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, op. cit., p.81-82, §121.81.

⁵⁹ S. Bortoluzzi, D. Piau, Th. Wickers, H. Ader, A. Damiens, *Règles de la profession d'avocat*, 16^e éd., 2018, Dalloz, coll. Dalloz action, p.427, §315.53.

⁶⁰ Ibid. p.425, §315.43.

⁶¹ Voir, par ex. : Paris, 1^{re} ch., sect. A, 3 novembre 2003 cité in Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, op. cit., p.91, §121.145. En l'espèce, un appel avait été formé contre une décision d'un conseil de prud'hommes qui donnait raison à l'appelant sur 3 points d'un litige qui n'en connaissait que 4. L'arrêt de cour d'appel était moins favorable à l'appelant, lequel a engagé avec succès la responsabilité de son avocat.

Pour ce qui est de la diligence, l'hypothèse représentative est celle dans laquelle le professionnel s'abstient par négligence de produire des pièces sur lesquelles s'appuie son argumentation⁶². Dans ce cas, l'avocat fait courir le risque que les demandes de son client soient rejetées en raison d'un défaut de preuve. Le justiciable doit, là encore, être protégé de la légèreté de son avocat.

Dès lors, ce devoir de prudence et de diligence, contrairement à l'obligation de conseil, porte moins sur la subtilité de l'argumentation juridique que sur l'exigence d'une certaine rigueur professionnelle. En conséquence, sa mise en œuvre ne soulève aucun problème de compatibilité avec le procès et aucun aménagement ne saurait exister.

Le critère de la faute. La faute simple est constituée dès que l'avocat viole l'une de ses obligations. Ce critère suppose néanmoins d'identifier la nature de l'obligation.

En principe, les devoirs de l'avocat doivent être considérés comme des obligations de moyens renforcées qui connaissent toutefois des limites « subtiles et mouvantes » puisque la faute doit être appréciée selon les particularismes de la matière considérée et les diligences que le client était en droit d'attendre⁶³. Néanmoins, par exception, lorsqu'il s'agit de l'efficacité des actes de procédure, l'avocat est tenu par une obligation de résultat⁶⁴.

Cette distinction issue de la jurisprudence se justifie par l'existence d'un aléa inhérent à tout procès alors que la rédaction d'un acte obéit à des règles précises qui garantissent la validité de l'acte qui les respecte. Là où les textes privilégient une logique purement substantielle, la jurisprudence a pris en compte les différentes tâches de l'avocat lors du procès pour adapter la nature de l'obligation. Ce mode de raisonnement existe également dans toutes les branches de la responsabilité civile mais il est intéressant de relever que la logique substantielle n'est pas totalement imperméable aux spécificités du procès.

⁶² Voir, par ex. : Paris, 1^{re} ch. B, 15 mai 1998, *Gaz. Pal.* 1998, Somm. 475 cité in Y. Avril, *La responsabilité des avocats, op. cit.*, p.94, §121.172. En l'espèce, l'avocat avait remis à la juridiction une pochette censée contenir les justificatifs du préjudice allégué par son client mais celle-ci était vide.

⁶³ M.-H. Maleville, V. Maleville, « la spécificité de l'obligation d'information de certains professionnels », *Petites affiches*, 15 août 1997, n°98, p.15.

⁶⁴ Fiche d'orientation, *Avocat (responsabilité civile professionnelle)*, Dalloz, Septembre 2020, §1.1.

La hausse contemporaine des sinistres. La période contemporaine connaît une hausse des sinistres. Ainsi, en 1998, des auteurs relevaient que « les dossiers traités par les Mutuelles du Mans qui assurent près de 80% des avocats, sont passés ces dernières années de 750 à 14.000 par an »⁶⁵. Cette évolution importante est multifactorielle. Les mêmes auteurs considèrent que « s'il est vrai que le droit est devenu un peu plus compliqué, ce qui multiplie les risques de faute, cette évolution correspond aussi et surtout à la sévérité accrue de la jurisprudence à l'égard des professionnels et à la prise en considération des assurances et garanties financières qu'ils ont dû contracter. »⁶⁶.

Cette évolution peut également être issue d'un besoin de justice dans une société qui a de plus en plus recours au droit. Ce mouvement est également visible lorsqu'on s'intéresse à la responsabilité de l'État et des magistrats, laquelle ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde ou de déni de justice.

§2 La faute lourde et le déni de justice

Les enjeux de la responsabilité de l'État du fait de la justice et des juges dépassent largement la simple réparation du préjudice. En effet, ce régime doit concilier des impératifs tout à fait contradictoires. Il s'agit de permettre une indemnisation sans mettre en cause l'indépendance de la justice ni l'autorité de ses décisions tout en protégeant les magistrats d'actions vindicatives mais sans pour autant déresponsabiliser l'autorité judiciaire. Le Doyen Wiederkehr conclut : « Il n'existe en la matière aucune solution satisfaisante. Il faut se contenter de compromis que d'aucuns qualifieront de boiteux »⁶⁷ quand le Professeur Martine Behar-Touchais considère que « ainsi globalement posée, la question paraît insoluble »⁶⁸. Pour le Professeur Giudicelli-Delage, cette « question s'enracine dans la légitimité d'un système qui a délibérément verrouillé la responsabilité du juge au nom de l'intérêt général, de la vérité judiciaire et de la sécurité juridique »⁶⁹. Il s'agit de trouver un équilibre entre ces principes

⁶⁵ M. Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.516.

⁶⁶ M. Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.516.

⁶⁷ G. Wiederkehr, « La responsabilité de l'État et des magistrats du fait de la justice », in *La responsabilité des gens de justice*, Justices, n°5/1997, p.13

⁶⁸ M. Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.531 (spéc. p.529)

⁶⁹ G. Giudicelli-Delage, « Rapport de synthèse » in *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, actes du colloque de l'Institut de Sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence (5-6 mai 2000), 2000, Presse universitaire d'Aix-Marseille, p.237.

d'une part et l'obligation constitutionnelle de réparer⁷⁰, laquelle peut également relever du droit naturel⁷¹.

Le droit positif actuel est issu 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. Ce texte a institué un véritable régime de responsabilité là où n'existait que la procédure de la prise à partie, laquelle était considérée par le CPC de l'époque comme une voie de recours extraordinaire⁷². L'objet de cette réforme est de s'éloigner d'un régime de réparation processuelle pour entrer dans une logique substantielle de réparation. La responsabilité des juges est pensée comme un régime de responsabilité exceptionnel applicable à tous les magistrats et non plus comme une voie de recours contre une décision juridictionnelle.

Ce régime présente plusieurs spécificités dont la plus importante, sur le plan substantiel, est l'exigence d'une faute lourde ou d'un déni de justice comme fait générateur de responsabilité. Ces notions doivent être distinguées (A) puis étudiées l'une après l'autre (B et C).

A. Distinction et éléments de définition

Fondement de la distinction. L'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « Sauf dispositions particulières », la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice « n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice. ». Le Code de l'organisation judiciaire ne définit aucune de ces deux notions.

La faute lourde n'est pas le déni de justice. Cette distinction est issue la loi du 5 juillet 1972. À cette époque, le déni de justice était défini dans l'ancien Code de procédure civile : selon son article 506 le déni de justice survient « lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées ». Ces exacts

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, reproduit in *Écrits, études et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, 2^e éd., 2009, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, p.60 et suiv. (spéc. p.60).

⁷² Intervention du Professeur Jean Foyer à l'Assemblée nationale, voir : Journal officiel, Assemblée nationale, 23 juin 1972, p.2813 (disponible en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/4/cri/1971-1972-ordinaire2/054.pdf>).

termes ont été conservés dans le Code de l'organisation judiciaire à l'article L. 141-3 alinéa 3 applicable à la procédure de prise à partie qui concerne uniquement les juges non professionnels. Si cette formule n'est plus directement applicable aux juges étatiques aujourd'hui, il demeure que le législateur l'avait sans doute à l'esprit lorsqu'il fit référence au déni de justice en 1972. En outre, le déni de justice est interdit par un article plus général, l'emblématique article 4 du Code civil qui dispose que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. ». Le champ du déni de justice est donc limité à l'hypothèse dans laquelle le juge ne statue pas. Cette notion est donc bien plus spéciale que celle de faute lourde qui vise une « erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entraîné »⁷³. On peut donc affirmer que la faute lourde n'est pas nécessairement un déni de justice en ce qu'elle peut concerner d'autres hypothèses.

Un déni de justice n'est pas une faute lourde. Dans ces conditions, il apparaît difficile de soutenir qu'un juge qui refuse de statuer ne commet pas une faute lourde⁷⁴. Toutefois, comme le relève le Professeur Hourquebie, le déni de justice considéré à l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire ne recouvre en réalité pas seulement un acte volontaire du juge mais peut être assimilé à « tout manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu »⁷⁵. Dès lors, le déni de justice est une catégorie plus réduite que celle de la faute lourde mais qui ne se confond pas entièrement dans cette dernière. Il existe donc des dénis de justice qui ne sont pas des fautes lourdes.

Ces premières distinctions permettent d'entrer dans le détail des caractéristiques de la faute lourde et du déni de justice.

B. Caractéristiques de la faute lourde

Un critère récent du point de vue judiciaire mais classique en droit administratif.

Le recours au critère de la faute lourde en la matière remonte à la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile. Son rapporteur n'est autre que le Professeur Jean Foyer. S'adressant aux parlementaires, il considérait que « à

⁷³ Cass. 1^{re} civ., 20 février 1996, n° 94-10606, Bull. civ. I, n°94.

⁷⁴ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, 2010, LGDJ, p.175.

⁷⁵ Ibid.

raison des difficultés exceptionnelles que présente l'exercice de la fonction juridictionnelle, la commission vous invite à décider que cette responsabilité ne sera engagée que pour faute lourde »⁷⁶. La faute lourde était alors perçue uniquement de manière subjective comme une erreur grossière ou intentionnelle commise par un agent public.

On peut relever que si la faute lourde est globalement récente en tant que critère d'engagement de la responsabilité de l'État du fait de la justice judiciaire, elle a été largement utilisée en droit administratif dès qu'était en cause la puissance publique (services fiscaux, police administrative...) ou bien dès qu'il existait des « difficultés particulières » (services hospitaliers...) ⁷⁷. Néanmoins, ce critère est en net recul en droit administratif si bien que le critère de la faute simple a été généralisé en 2011⁷⁸ mais reste exclu s'agissant de la responsabilité du fait du dysfonctionnement des juridictions administratives malgré quelques concessions faites aux droits européens⁷⁹.

La jurisprudence judiciaire, tenue par la lettre de l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire ne peut faire évoluer le régime de responsabilité avec autant de libertés que le Conseil d'État. Néanmoins, elle s'inscrit dans l'évolution tendant à permettre plus d'indemnisation au titre de la faute lourde.

L'apparition d'une faute lourde « objective ». La définition de la faute lourde a été élargie par la Cour de cassation à l'occasion d'une affaire pénale qui a marqué les annales judiciaires : « l'affaire Grégory ». Le 16 avril 1984, un enfant âgé de quatre ans est tué après que ses parents aient été menacés par de nombreuses lettres anonymes. L'instruction de ce dossier se fait au grand jour, devant toute la presse française. Le juge d'instruction entre sur la scène médiatique et des services d'enquêtes sont mis en cause. Un suspect est arrêté puis relâché et tué quelques semaines plus tard par le père de la victime au moment même où les soupçons

⁷⁶ Intervention du Professeur Jean Foyer à l'Assemblée nationale, voir : Journal officiel, Assemblée nationale, 23 juin 1972, p.2814 (disponible en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/4/cr/1971-1972-ordinaire2/054.pdf>).

⁷⁷ B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *L'action administrative*, 6^e éd. 2016, Flammarion, coll. Champs université, p.300.

⁷⁸ CE, Sect., 21 mars 2011, *Krupa*, AJDA 2001, p.1278. Voir : B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op. cit.*, p.301.

⁷⁹ B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op. cit.*, p.302-304 (pour les critères, voir spéc. p.303-304). Cette responsabilité est uniquement fondée sur la jurisprudence du Conseil d'État. Outre la faute lourde, la jurisprudence permet l'engagement de la responsabilité de l'État que pour le dépassement du délai raisonnable (Convention EDH, art 6§1) et la violation d'une « disposition communautaire ayant pour effet de conférer des droits aux particuliers ».

se portent sur la mère de l'enfant, laquelle sera par la suite innocentée⁸⁰. Ce dossier, toujours en cours aujourd'hui, a donné lieu à plusieurs actions contre l'État dont une action pour disfonctionnement du service public de la justice⁸¹.

Dans un arrêt du 23 février 2001⁸², l'assemblée plénière de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence qui élargit le critère de la faute lourde. La juridiction était saisie d'une part de la question de la conventionnalité de l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire en ce qu'il limite l'accès au juge à l'existence d'une faute lourde ou d'un déni de justice et d'autre part de la définition de la faute lourde. En effet, quelques années auparavant, la Cour EDH avait considéré que le fait de conférer une immunité totale une administration chargée d'un service public, en l'espèce des services de police, pouvait être justifiée au regard du but poursuivi mais ne saurait être considéré comme légitime en raison de son caractère absolu⁸³ : il s'agissait de savoir si la restriction française revenait à faire bénéficier d'une quasi-immunité le service public de la justice. Il existait un risque que le dispositif français soit considéré comme trop restreint au regard de l'exigence européenne de proportionnalité. La Cour de cassation considère d'abord que le droit français est conforme à la Convention EDH mais, dans un second temps, élargit la notion de « faute lourde » à « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi ».

Cette nouvelle décision procède d'une « objectivation de la notion de faute lourde »⁸⁴. Ainsi, il ne s'agit plus seulement de retenir qu'un professionnel a commis une erreur grossière ou a eu une volonté de nuire. La seule constatation d'une faute en conséquence de laquelle « le résultat du fonctionnement du service public de la justice ne correspond pas à ce que les justiciables peuvent normalement attendre de lui »⁸⁵ suffit à engager la responsabilité de l'État. La notion de « faute lourde » objective apporte un élargissement considérable au champ de

⁸⁰ M. Peyrot, « un père aux assises », *Le Monde*, 6-26 novembre 1993 in P. Robert-Diard, D. Rioux (dir.), *Les grands procès (1944-2010)* (Recueil d'articles du journal *Le Monde*), 2009, Les Arènes, p.341 et suiv.

⁸¹ La famille de l'ancien suspect assassiné reprochait également à l'État l'absence de protection policière à leur domicile alors que le père de la victime aurait prononcé des menaces à son encontre. Voir : Tribunal des conflits, 19 octobre 1998, n°03088, publié au recueil Lebon.

⁸² Cass. ass. plén., 23 février 2001, n°99-16.165, Bull. ass. plén. n°5, BICC 1er avr. 2001, p. 10, concl. de Gouttes, rapp. Collomp, D. 2001. 1752, note Debbasch, JCP 2001. II. 10583, note Menuret, LPA n°165, 19 août 2002, note Guettier, RCA 2001. Chron. 10, obs. Vaillier

⁸³ CEDH (Grande Chambre), 28 oct. 1998, n° 23452/94, Osman c. Royaume-Uni.

⁸⁴ Rep. resp. de la puissance publique, Dalloz, Service public de la justice – conditions et modalités de mise en cause de la responsabilité de l'État, 2019, S. Petit, §305 et suiv.

⁸⁵ C. Debbasch, « le nouveau régime de responsabilité de la justice », D. 2001, p.1752.

l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire. La logique substantielle de réparation prime clairement sur celle des enjeux procéduraux : il ne s'agit plus de considérer une faute commise dans la procédure mais d'envisager le rôle de l'institution judiciaire dans son ensemble pour favoriser l'indemnisation. L'évolution du droit se fait selon une logique substantielle plutôt que vers une prise en compte du caractère processuel de la faute : selon cette définition, il est possible d'identifier une faute lourde alors même que la procédure a été respectée à la lettre.

Inconvénients de la faute lourde objective. Cette objectivisation de la faute lourde peut être rapprochée du phénomène tendant à prendre en compte les conséquences graves d'un acte plutôt que la gravité de l'acte lui-même. En effet, la faute lourde objective est définie en fonction de son résultat et non pour ce qu'elle est elle-même. Cette tendance se retrouve plus largement en justice quand il est question de faute lourde tant en droit privé que dans la jurisprudence administrative si bien que dans son étude des responsabilités civile et administrative le Dr Jérémie Antippas dénonce la dérive qui consiste à confondre la gravité du fait générateur et l'importance du préjudice⁸⁶.

Si cette objectivisation permet d'étendre les possibilités de réparation, elle présente l'inconvénient majeur d'entretenir un certain flou notionnel. Or, de telles hésitations ne sont guère souhaitables en matière de responsabilité : l'agent doit être conscient des actes qui risquent d'engager sa responsabilité. Il n'est pas envisageable d'apprécier le caractère fautif uniquement en fonction du résultat de l'acte puisque, dans bien des cas, l'étendue du préjudice ne peut être connue avant que le fait générateur ait été commis. Si cette définition distincte du droit commun semble prendre en compte les spécificités de la justice, il demeure qu'elle favorise la réparation plutôt que la cohérence du droit processuel. Cette idée se retrouve, dans une moindre mesure, lorsqu'on s'intéresse aux caractéristiques du déni de justice.

⁸⁶ J. Antippas, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, op. cit., p.463, §21.721.

C. Caractéristiques du déni de justice

Une interdiction classique. L'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire exprime une interdiction classique en droit français. Dès 1804, le Code civil que Demolombe et Carbonnier qualifièrent de « Constitution de la société civile française »⁸⁷ reprend cette interdiction en son article 4. Cette prohibition revêt même un caractère pénal du fait de l'article 434-7-1 du code pénal qui réprime « le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs ». Dans ces conditions, il apparaît logique que le déni de justice ouvre droit à la réparation. Le déni de justice est un fait générateur de responsabilité du juge et de l'État depuis une loi du 9 février 1933⁸⁸.

La définition contemporaine élargie du déni de justice. La définition du déni de justice qui renvoie classiquement au refus de statuer⁸⁹ a été élargie dans le droit français contemporain. Il est désormais compris comme « tout manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu »⁹⁰. Cette définition provient des travaux du Professeur Louis Favoreu qui a dégagé l'idée selon laquelle « en dehors de très rares exceptions, le déni de justice n'est jamais "voulu", mais qu'il était "subi" tant par le juge que par les plaideurs »⁹¹. Le célèbre processualiste italien Giuseppe Chiovenda considère que la protection juridictionnelle signifie que « dans la mesure où cela est en pratique possible, le procès doit donner à celui qui a un droit tout ce à quoi exactement il a le droit de prétendre »⁹².

La nouvelle définition du déni de justice a été utilisée telle quelle par des juges du fond⁹³ et par les praticiens, notamment les avocats aux Conseils qui y font fréquemment référence dans leurs pourvois sans pour autant que la Cour de cassation la reprenne

⁸⁷ Y. Gaudemet, « Le Code civil, Constitution civile de la France », *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, 2004, Dalloz, p.297.

⁸⁸ Journal officiel du 9 février 1933, loi sur les garanties de la liberté individuelle, p.1354 et suiv, spéc. p.1356. Disponible sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65465196/f4.item.r=prise%20%C3%A0%20partie>.

⁸⁹ Voir nott : Cass. civ., 12 juin 1929, *Gaz. Pal.* 1929, 2, p.541.

⁹⁰ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français* (thèse), LGDJ, 1964, p. 559

⁹¹ Ibid. p.534.

⁹² G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Naples, Jovene, 1933, n°12, p.42 cité in C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, 35e éd., octobre 2020, Dalloz, coll. précis, p. 119, §131 (note de bas de page n°4).

⁹³ Voir nott : CA Paris, pôle 2 ch. 1, 15 mars 2011, RG 09/24959.

explicitement⁹⁴. Elle apparaît toutefois dans des conclusions d'avocats généraux, notamment dans les conclusions de M. de Gouttes rendues dans l'arrêt d'assemblée plénière du 23 février 2001 précité⁹⁵.

Cette redéfinition signifie que la tardiveté d'une décision peut constituer un déni de justice : il n'est pas nécessaire que le juge ne statue jamais, le fait de statuer tardivement revient au même. Le manquement au devoir de protection juridictionnelle implique que la décision soit rendue en temps utile et dans un délai raisonnable⁹⁶. Ainsi, tout dépassement du délai raisonnable prévu à l'article 6§1 de la Convention EDH sera analysé en droit interne comme un déni de justice⁹⁷ qui prive le justiciable de son droit à la protection juridictionnelle⁹⁸. La violation du délai raisonnable, est appréciée selon la durée globale de la procédure⁹⁹. Cette question particulière sera développée à propos de la réparation du préjudice causé par la violation de cette obligation.

Par ailleurs, la nouvelle définition du déni de justice permet d'élargir son domaine aux refus de rendre un acte d'administration judiciaire¹⁰⁰. Ainsi, la jurisprudence accepte d'examiner si des décisions de renvoi constituaient des dénis de justice¹⁰¹ en ce qu'elles violeraient le droit à un délai raisonnable des plaideurs. L'élargissement de la notion est considérable tant elle s'éloigne d'un refus de statuer. Le juge qui accepte de trancher le litige mais prend une décision juridictionnelle renvoyant à plus tard son jugement commet une faute au même titre que celui qui refuse de statuer.

⁹⁴ Voir nott les pourvois présentés dans les affaires suivantes : Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2015, 14-15.396 ; Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2016, 15-14.788 ; Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, 16-15.702 ; Cass. 1^{re} civ., 17 mai 2017, 16-14.637 ; Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2018, 17-20.522 ; Cass. 1^{re} civ., 5 septembre 2018, 17-22.530 ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2021, 19-18.317.

⁹⁵ Conclusions de R. de Gouttes sur Cass. ass. plén., 23 février 2001 (précit.) cité in F. Hourquebie, *op. cit.*, p.175.

⁹⁶ A. Hacene, « Responsabilité de l'État : délai raisonnable de la durée d'une information judiciaire », *D. actualité*, 25 septembre 2017.

⁹⁷ Voir par exemple : Cass. 1^{re} civ. 13 sept. 2017, n°16-22.673. Pour un arrêt des juges du fond, voir : CA Paris, 1^{re} ch. A., 14 octobre 1999, D. 2000. IR 31.

⁹⁸ Voir par exemple : TGI Paris, 1^{re} ch., 5 novembre 1997, D. 1998, p.9.

⁹⁹ S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 10e éd., 2019, Dalloz, coll. précis, p.1073, §610.

¹⁰⁰ Rep. resp. de la puissance publique, Dalloz, Service public de la justice – conditions et modalités de mise en cause de la responsabilité de l'État, 2019, S. Petit, §228.

¹⁰¹ M.-A. Frison-Roche, « Les lenteurs procédurales excessives constituent un déni de justice engageant la responsabilité de l'État », *D.*, 1998, p.9.

En définitive, si la responsabilité de l'État et du juge est limitée par l'exigence d'une faute lourde ou d'un déni de justice, il demeure que ces notions ont été élargies ces dernières années. Cette limitation ne doit pas être considérée comme le signe d'une logique processuelle : la redéfinition de la faute lourde fait totalement abstraction de la notion de violation d'une obligation préexistante et tend à objectiver le régime. Les évolutions de la notion de déni de justice conservent, quant à elles, une certaine cohérence avec les obligations processuelles de l'État tout en élargissant les possibilités d'indemnisation.

Sect. 2 : Les particularités procédurales du procès sur le procès

La faute du professionnel étant survenue à l'occasion d'un procès, l'action en responsabilité porte sur le comportement que le professionnel aurait dû avoir lors du premier procès. Il s'agit en conséquence d'un « procès sur le procès ». Le paradigme est exactement le même lorsqu'est en jeu la responsabilité de l'État, organisateur du procès.

Cette originalité donne lieu à des particularités procédurales de deux ordres : quant à la compétence de la seconde juridiction d'abord, quant à la répartition de la responsabilité entre magistrats et de l'État ensuite.

Ainsi, l'article 47 du Code de procédure civile prévoit que « Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe ». Cette disposition permet à l'avocat dont la responsabilité civile professionnelle est engagée de ne pas voir sa réputation professionnelle altérée devant le tribunal où il exerce habituellement. Par ce biais, la réparation de la faute commise par l'avocat peut également prétendre au titre de réparation doublement extraordinaire : la faute fait l'objet d'une appréciation différente selon la prestation réalisée et la compétence territoriale peut être aménagée. Pour autant, ce caractère extraordinaire est très réduit par rapport à la responsabilité des juges et de l'État.

Effectivement, celle-ci ne déroge pas à la compétence territoriale mais à la répartition des compétences entre ordres juridictionnels judiciaire et administratif (§1).

En outre, elle donne lieu à une répartition de la responsabilité entre État et magistrats dont les conséquences procédurales sont particulièrement dérogoires (§2).

§1 La compétence de l'ordre judiciaire relative à un service public

La justice comme service public. La justice est un service public¹⁰² au même titre que le service public de la fourniture d'électricité ou celui de la culture¹⁰³. Elle présente toutefois la spécificité d'être un service public régalién¹⁰⁴ exercé par une autorité constitutionnellement reconnue et protégée¹⁰⁵. En sa qualité de service public, l'institution judiciaire est soumise à un certain nombre de règles et de liens avec l'État qui ont pu être contestées devant les juridictions administratives. Ainsi, le Premier Ministre, bien qu'appartenant au pouvoir exécutif, peut nommer une « commission chargée de mener une enquête administrative » sur d'éventuelles dysfonctionnements et pressions au sein d'un tribunal comme il peut le faire pour tout service public dès lors que cette entité n'est pas investie de pouvoirs contraires à la Constitution¹⁰⁶.

Ces hésitations ont été relevées par le Conseil d'État lui-même qui, dans son rapport public de 1994, relève : « Il est clair que, dans l'esprit de certains, et notamment de certains membres du corps judiciaire, la justice ne saurait être regardée comme un service, et qu'il s'agit d'un pouvoir, à tout le moins une autorité. La notion de service public de la justice n'est pas moins une notion classique du droit administratif et nombre de problèmes qui se posent aux autres services publics (accessibilité en particulier) se posent dans des termes voisins pour celui-ci. »¹⁰⁷. Dès lors, la qualification de la justice comme pouvoir ou autorité n'empêche pas de la considérer comme un service public. Cette qualification suppose que l'État mette à disposition

¹⁰² La qualification est aussi bien issue de la loi que de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pour la loi, voir : COJ, titre IV. Pour la jurisprudence, voir, par ex : CC, 19 février 1998, n°98-396 DC, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire* (spéc. §10 : « le bon fonctionnement du service public de la justice »).

¹⁰³ B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.72.

¹⁰⁴ B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.33.

¹⁰⁵ Voir le titre VIII de la Constitution du 4 octobre 1958 « De l'autorité judiciaire » (spéc. l'article 64).

¹⁰⁶ CE, 25 février 2005, n°265482, *Syndicat de la magistrature*, AJDA 2005, p.995, obs. C. Landais et F. Lenica.

¹⁰⁷ Rapport public du Conseil d'État, 1994, *Service public, services publics : déclin ou renouveau ?*, EDCE n°46, La Documentation française, 1995, p.18 cité in H. Pauliat, « L'administration de la justice dans les institutions françaises », *L'éthique des gens de justice*, actes du colloque des 19-20 octobre 2000, Presses universitaires de Limoges, 2001, p.75 et suiv. (spéc. p.82).

des moyens de fonctionnement, puisse en contrôler l'usage efficient et soit responsable en cas de manquement du service public.

Au-delà de ces hésitations, il faut convenir que le rôle de l'institution judiciaire correspond bien à celui d'un service public. En effet, cette notion est définie par son créateur, le Professeur Léon Duguit, comme « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation est au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de nature telle qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante »¹⁰⁸. Aujourd'hui, la plupart de la doctrine administrativiste a renoncé à donner une définition unique du service public et préfère avoir recours à des critères d'identification tant le champ de la notion s'est élargi¹⁰⁹. Il demeure que dès l'origine, dès les premières conceptualisations du service public, la justice entrait dans cette catégorie. Activité régaliennne par excellence¹¹⁰, sa qualité de service public régalien n'est guère contestable.

Le service public comme chef de compétence du juge administratif. La notion de service public a été construite par la doctrine du XXe siècle dans un but précis : mieux comprendre la jurisprudence administrative, qui se confondait alors avec le droit administratif. Cette École du service public tire d'un arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits de 1873¹¹¹ une interprétation « trop constructive »¹¹² selon laquelle la juridiction administrative est compétente dès qu'un service public est en cause.

Aujourd'hui encore, le juge administratif est compétent dès lors qu'est en cause un service public administratif c'est-à-dire un service public dont « l'objet, l'origine des ressources et les modalités d'organisation et de fonctionnement » le distingue d'un service rendu par une

¹⁰⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, 3^e éd. 1928, Éditions de Bocard, p. 61, cité in B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.37.

¹⁰⁹ B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.37.

¹¹⁰ Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à la construction médiévale de l'État qui a été centrée sur le pouvoir judiciaire (le roi justicier, fontaine de justice) et non sur le pouvoir législatif. On peut convoquer à titre d'illustration l'image d'Épinal de Louis IX rendant la justice sous un chêne. Sur ce sujet, voir par ex : J. Hilaire, *Histoire du droit*, 14^e éd., 2017, Dalloz, coll. Memento, p.124 et suiv.

¹¹¹ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, GAJA n°1.

¹¹²B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.234.

entreprise privée¹¹³. Il l'est *a fortiori* lorsque ce service public est géré par une personne publique¹¹⁴.

L'attribution du contentieux de la responsabilité de l'État du fait du service public de la justice à l'ordre judiciaire. Pourtant, l'ordre judiciaire est compétent pour ce qui est du service public de la justice. Cette compétence est issue de l'opposition cardinale inspirée par la décision *Préfet de Guyane* rendue par le Tribunal des conflits le 27 novembre 1952¹¹⁵ : la distinction entre activité juridictionnelle et « l'organisation même du service public de la justice ». Lorsqu'est en jeu un acte juridictionnel, l'ordre judiciaire est compétent. Au contraire, s'il s'agit d'une question organisationnelle, comme c'était le cas en l'espèce, le litige sera tranché par le juge administratif. L'ordre judiciaire est donc compétent pour connaître d'un litige afférent à un service public mais cette compétence est strictement circonscrite aux actes juridictionnels.

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, la compétence de l'ordre judiciaire n'a initialement pas été retenue sur le fondement de la séparation des ordres juridictionnels alors même qu'il paraît pertinent que le juge administratif ne soit pas le juge de la qualité du travail de l'ordre judiciaire. Ainsi, les débats parlementaires sur la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 ne mentionnent jamais la solution dégagée par l'arrêt *Préfet de Guyane*. Au contraire, le rapporteur de la commission, le Professeur Jean Foyer, se borne à rappeler que « à une époque où l'appel hiérarchique du droit romain n'était pas encore prôné dans ce pays, on avait imaginé comme voie de recours de faire un procès au juge à qui l'un reprochait d'avoir mal jugé. C'étaient les anciennes procédures d'appel de défaut de droit ou d'appel de faux jugement. » et que la procédure de prise à partie qui existait alors était qualifiée de voie de recours extraordinaire¹¹⁶. La compétence du juge judiciaire pour juger de la responsabilité de l'État du fait d'un service public est donc née d'une assimilation entre responsabilité du juge et voie de recours. Elle est issue de la logique processuelle qui présidait autrefois à la responsabilité des juges. L'État n'a

¹¹³ Le service public administratif (SPA) est ici défini par opposition à la définition du service public « industriel et commercial » (SPIC) du Professeur Bertrand Seiller. La distinction et la règle de compétence qui en découle est tirée de l'arrêt du tribunal des conflits « Société commerciale de l'Ouest africain » (également dit « Bac d'Eloka) du 22 janvier 1921 (GAJA n°35). B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.46 et p.48.

¹¹⁴ B. Seiller, *Droit administratif*, t.1 *Les sources et le juge*, 6^e éd., 2016, p.253.

¹¹⁵ Tribunal des conflits, 27 novembre 1952, « Préfet de Guyane », n°01420, recueil Lebon.

¹¹⁶ Intervention du Professeur Jean Foyer à l'Assemblée nationale, voir : Journal officiel, Assemblée nationale, 23 juin 1972, p.2814 (disponible en ligne : <https://archives.assemblee-nationale.fr/4/cr/1971-1972-ordinaire2/054.pdf>).

été introduit dans ce paradigme qu'à partir d'une loi de 1933 qui a modifié l'article 505 de l'ancien Code de procédure civile pour qu'il soit civilement responsable des actes des magistrats¹¹⁷. Alors que la logique substantielle l'a emporté, cette attribution de compétence demeure souhaitable pour garantir la séparation des ordres juridictionnels. Néanmoins, la question de la répartition de la charge de l'indemnisation entre l'État et le magistrat se pose avec plus d'acuité.

§2 Les conséquences procédurales de la répartition de l'indemnisation entre l'État et les magistrats

Une fois que le fait générateur de la responsabilité et le juge compétent ont été identifiés, il reste à déterminer quel patrimoine doit supporter le poids de l'indemnisation.

Pour ce qui est de la responsabilité des avocats, on peut seulement relever que la réparation de la faute de l'avocat collaborateur, du stagiaire de l'avocat ou de son remplaçant est à la charge de l'avocat sous le contrôle duquel il travaille¹¹⁸. On peut relever que la responsabilité de l'auditeur de justice en stage chez un avocat est, quant à elle, garantie par l'État sur le fondement de l'article 63 de la loi n°90-1256 du 31 décembre 1990¹¹⁹.

Le recours à la garantie de l'État existe également pour les magistrats. Suivant une répartition classique en droit public, l'État est civilement responsable des fautes de service commises par ses agents (A). Néanmoins, la comparaison s'arrête lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité personnelle du magistrat. En effet, cette distinction entraîne plusieurs originalités procédurales et présente la caractéristique de n'avoir jamais été mise en œuvre depuis sa création en 1971 (B).

A. Le rôle de garant de l'État vis-à-vis des magistrats

Le rôle de l'État dans le contentieux de la responsabilité administrative. La responsabilité de l'État relève principalement du droit public. Cette responsabilité administrative est gouvernée par la distinction cardinale entre fautes personnelles et fautes de

¹¹⁷ Journal officiel du 9 février 1933, loi sur les garanties de la liberté individuelle, p.1354 et suiv, spéc. p.1356. Disponible sur Gallica :

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65465196/f4.item.r=prise%20%C3%A0%20partie>.

¹¹⁸ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, op. cit., p.165 et suiv., 131.72 et suiv.

¹¹⁹ Ibid.

services¹²⁰. Le Conseil constitutionnel a pris acte de la distinction dans une décision de 1983 que « l'État répond des fautes commises par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions et ne peut mettre en cause la responsabilité personnelle de ceux-ci qu'en cas de faute personnelle de leur part »¹²¹. Cette répartition n'a rien d'évident. Dans la première moitié du XIXe siècle, les fonctionnaires n'étaient quasiment jamais responsables personnellement : l'État était civilement responsable de leurs actes suivant le principe de la « garantie des fonctionnaires » né dès la Constitution de l'an VIII (art. 75) et il n'était possible de rechercher leur responsabilité qu'avec une autorisation spéciale du Conseil d'État¹²².

La distinction entre faute de service et faute personnelle a donc, dès l'origine, pour objectif de permettre un équilibre dans l'engagement de la responsabilité. Il s'agissait de passer d'un système d'irresponsabilité totale à un possible engagement de responsabilité répondant à de strictes conditions. Il faut permettre une réparation soit supportée par le fonctionnaire sans pour autant que celui-ci ne soit comptable des fautes de l'État ou bien qu'il n'ose plus exercer son office de peur d'engager son patrimoine personnel. Par ailleurs, au-delà de la logique punitive de la réparation, il faut relever que du point de vue de l'indemnisation, l'État est un débiteur dont les moyens sont bien plus conséquents qu'une personne privée. La garantie de l'État n'est donc pas une mauvaise chose pour les administrés dès lors que la réparation atteint une somme telle qu'un particulier serait incapable de la payer.

Si la distinction est nette, il demeure que les définitions de ces fautes ne sont pas des plus évidentes ni exemptes de subjectivité¹²³. Edouard Laferrière, qui fut vice-président du Conseil d'État de 1886 à 1898, considérait dans des conclusions de 1877 que la faute personnelle est celle qui révèle « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »¹²⁴. La faute personnelle a toutefois un rapport avec le service : il s'agit de reprocher à un fonctionnaire d'avoir commis une faute en exerçant sa fonction et non dans sa vie personnelle. Aujourd'hui, la jurisprudence administrative tend à « limiter le caractère de faute personnelle aux actes les plus impardonnables »¹²⁵.

¹²⁰ B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.284.

¹²¹ CC, 20 juillet 1983, n° 83-162 DC, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, §74.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ E. Laferrière, conclusions sur Tribunal des conflits, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol*, cité in B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.285.

¹²⁵ B. Seiller, *Droit administratif*, t.2 *op.cit.*, p.286.

Les avantages de cette distinction ont entraîné la transposition du système administratif au service public de la justice judiciaire.

La transposition du système administratif au service public de la justice judiciaire. Lors des débats relatifs au nouveau Code de procédure civile, le Professeur Jean Foyer et le Docteur Pierre Mazeaud proposèrent de mettre en place un nouveau système de responsabilité des magistrats fondé sur la distinction entre faute de service et faute personnelle, telles qu'issues du droit administratif¹²⁶. C'est pourquoi la loi du 5 juillet 1972 met en place cette opposition.

Comme pour la responsabilité des fonctionnaires, la distinction entre faute de service et faute personnelle vise à remplacer l'ancienne technique de la prise à partie autrefois assimilée à une voie de recours extraordinaire. Pour autant, elle ne signifiait pas nécessairement que le juge était responsable sur ses deniers personnels puisqu'une loi du 9 février 1933 prévoit que l'État est civilement responsable des fautes des magistrats¹²⁷.

Depuis la loi du 5 juillet 1972, lorsqu'une faute commise par le magistrat se rattache au service public de la justice mais lui est personnelle, le justiciable ne peut qu'engager la responsabilité de l'État sur le fondement de l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire mais l'État pourra ensuite rechercher la responsabilité de l'agent public. Dès lors, l'État joue en réalité plutôt un rôle de garant, qu'on pourrait comparer à celui de l'assurance souscrite par les professionnels du droit comme les avocats¹²⁸. Il s'agit d'une « mutualisation des risques »¹²⁹. Cette réflexion sur le rôle de l'État dans la responsabilité des juges doit se doubler d'une réflexion sur le rôle de sa propre responsabilité. En effet, si la première fonction de la responsabilité civile est l'indemnisation, alors « le justifiable aurait tout intérêt à trouver

¹²⁶ F. Sarda, *Les responsabilités des juridictions*, 1999, PUF, coll. Que sais-je ?, p.79. Voir aussi : O. Renard-Payen, Y. Robineau, « La responsabilité de l'État pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2002, 2^e partie.

¹²⁷Journal officiel du 9 février 1933, loi sur les garanties de la liberté individuelle, p.1354 et suiv, spéc. p.1356. Disponible sur Gallica :

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65465196/f4.item.r=prise%20%C3%A0%20partie>.

¹²⁸ M. Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.530.

¹²⁹ S. Guinchard, « Rapport de synthèse », in « La responsabilité des gens de justice », *Justices*, 1997, n°5, p.109 et suiv.

en face de lui l'État »¹³⁰. Cette idée se trouvait déjà dans le système administratif. Selon ce paradigme, la fonction de moralisation de la responsabilité serait issue non pas de la responsabilité civile mais de la responsabilité disciplinaire¹³¹. Cette conception n'est toutefois pas celle qui se dégage du droit positif puisqu'il prévoit une responsabilité civile personnelle du magistrat.

Si la responsabilité de l'État est strictement conditionnée, il apparaît que la responsabilité personnelle des magistrats « paraît encore plus étroite »¹³². Ainsi, elles supposent déjà qu'il y ait faute lourde ou déni de justice, puis qu'une faute personnelle puisse être identifiée mais la procédure ne s'arrête pas là. En effet, l'action engagée par le justiciable vise uniquement l'État et ne peut être exercée directement contre le magistrat. Celui-ci ne peut être visée que par une action récursoire de l'État devant la Cour de cassation.

B. L'action récursoire de l'État contre les magistrats

Définition et origine. Dès 1933, sous l'ancien système de la prise à partie, l'État devenu civilement responsable de la faute d'un magistrat s'est vu ouvrir la possibilité d'exercer une action récursoire contre le fautif¹³³. Le terme d'action récursoire désigne le « recours en justice de la personne qui a dû exécuter une obligation dont une autre était tenue (...) contre le véritable débiteur de l'obligation »¹³⁴. Cette notion n'est pas inédite : l'État peut également engager une telle action contre ses fonctionnaires¹³⁵.

Toutefois, de façon très originale, aux termes de l'article 11-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature, l'action récursoire n'est pas exercée devant le juge de première instance mais directement devant « une chambre civile de la Cour de cassation ». Il ne s'agit pas d'une innovation puisque ce système se retrouvait déjà dans la procédure de prise à partie telle que réformée par la loi sur les garanties de la liberté

¹³⁰ G. Giudicelli-Delage, « Rapport de synthèse » in *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, actes du colloque de l'Institut de Sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence (5-6 mai 2000), 2000, Presse universitaire d'Aix-Marseille, p.240.

¹³¹ G. Giudicelli-Delage, *op. cit.*, p.234.

¹³² F. Hourquebie, *op. cit.*, p.176.

¹³³ Journal officiel du 9 février 1933, loi sur les garanties de la liberté individuelle, p.1354 et suiv., spéc. p.1356. Disponible sur Gallica :

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65465196/f4.item.r=prise%20%C3%A0%20partie>.

¹³⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.27, notice « action ».

¹³⁵ CE, Ass., 28 juillet 1951, *Laruelle*, Lebon p.464.

individuelle du 9 février 1933¹³⁶. Toutefois, on peut relever que la procédure mise en place devant en cas de dysfonctionnement du service public de la justice administrative ne permet que la compétence du Conseil d'État, qu'il s'agisse de la responsabilité de l'État ou de l'action récursoire. Certains auteurs considèrent que le régime de responsabilité de la justice judiciaire devrait se dérouler même vis-à-vis de l'État devant la Cour de cassation¹³⁷. Toute la procédure aurait donc lieu devant la même juridiction.

Justification du système et comparaison avec la responsabilité disciplinaire. Ce système obéit à une justification principale : il s'agit d'éviter que la responsabilité personnelle des juges puisse être recherchée trop facilement par un justifiable mécontent. Il permet de dresser « une sorte d'écran entre le juge et celui qui est devenu une victime »¹³⁸. L'indépendance du juge telle que comprise en droit processuel est un statut¹³⁹ mais il faut également permettre au juge de trancher les litiges avec sérénité. Or, la perspective d'être soi-même attiré devant un tribunal par une partie déboutée ne permet pas cet état d'esprit. L'État s'interpose donc entre la potentielle victime de la faute du juge et ce dernier.

Cette idée d'écran entre juge et victime existe pour la responsabilité civile mais, de façon surprenante, pas pour la responsabilité disciplinaire. Depuis la loi organique 2010-830 du 22 juillet 2010, un article 50-3 a été ajouté au statut de la magistrature pour permettre à « tout justiciable qui estime qu'à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant le comportement adopté par un magistrat du siège dans l'exercice de ses fonctions est susceptible de recevoir une qualification disciplinaire »¹⁴⁰ de saisir directement le Conseil supérieur de la magistrature (CSM). Cette saisine est particulièrement aisée puisqu'un simple formulaire du Centre d'enregistrement et de révision des formulaires administratifs (CERFA) disponible en ligne¹⁴¹ permet de présenter la demande. La représentation n'est pas obligatoire et le formulaire décrit

¹³⁶ Journal officiel du 9 février 1933, loi sur les garanties de la liberté individuelle, p.1354 et suiv., spéc. p.1356. Disponible sur Gallica :

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65465196/f4.item.r=prise%20%C3%A0%20partie>.

¹³⁷ M. Delamarre, « La réparation des préjudices nés du délai déraisonnable de la procédure juridictionnelle », *LPA* 25 mars 2015, p. 6

¹³⁸ Zappalà, « La responsabilité des juges en Italie », in *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, actes du colloque de l'Institut de Sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence (5-6 mai 2000), 2000, Presse universitaire d'Aix-Marseille, p.158-159.

¹³⁹ S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p.841 et 842, §465.

¹⁴⁰ Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature, article 50-3, alinéa 1 (extrait).

¹⁴¹ Ce formulaire est disponible à l'adresse suivante : https://www.formulaires.service-public.fr/gf/cerfa_16126.do.

au justiciable toutes les conditions nécessaires pour engager la responsabilité du magistrat. Cet engagement direct de la responsabilité disciplinaire dénote fortement avec la longue procédure de mise en cause de la responsabilité civile du magistrat, laquelle suppose d'abord une procédure de droit commun devant le tribunal judiciaire puis une action récursoire de l'État devant la Cour de cassation. Cette différence est d'autant plus marquante que la matière disciplinaire vise à sanctionner la « violation par un agent public ou un travailleur des obligations disciplinaires résultant de la discipline qui le régit »¹⁴². Le justiciable qui saisit le CSM n'obtiendra donc aucun avantage. Il peut exercer une action qui, en droit de la fonction publique, n'appartient qu'à l'employeur qui apprécie l'opportunité des poursuites¹⁴³. La réforme de 2010 était justifiée devant l'Assemblée nationale par le secrétaire d'État à la justice Jean-Marie Bockel comme un moyen de rapprocher la justice du citoyen en suivant trois principes, « l'indépendance, l'ouverture, la transparence », l'ensemble constituant « une vraie innovation dans le droit français »¹⁴⁴. Cette ouverture est une innovation mais, au regard de la logique qui doit présider à l'articulation des responsabilités, on peut regretter que la victime du dommage n'ait pas plutôt bénéficié d'un accès plus aisé à une réparation. Dans ce paradigme, il est tout à fait possible qu'une victime puisse obtenir une sanction disciplinaire contre un magistrat sans pour autant recevoir une indemnisation de l'État dès lors que le magistrat a commis une faute simple.

Il ne faut néanmoins pas surestimer la saisine directe du Conseil supérieur de la magistrature. En effet, l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 prévoit un système de filtre, toutefois moins important que « l'écran » de la responsabilité civile. D'abord, le président de la commission d'admission des requêtes peut immédiatement « rejeter les plaintes manifestement infondées ou manifestement irrecevables » et ensuite cette même commission statue sur la recevabilité de la plainte. L'accès du justiciable n'est donc pas aussi simple qu'il ne le paraît. Ainsi, en 2019, seules 11 plaintes sur 324 requêtes ont été déclarées recevables et une seule plainte examinée au fond a finalement permis le renvoi du magistrat devant la

¹⁴² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.352, notice « disciplinaire ».

¹⁴³ Le conseil de discipline ne peut être saisi par un tiers mais seulement par l'autorité administrative qui emploie l'agent. L'hypothèse paraît tellement improbable que les manuels de droit de la fonction publique ne prennent pas la peine de la réfuter. Voir, par ex : A. Taillefait, *Droit de la fonction publique*, 8e éd., 2018, Dalloz, coll. Précis, p.412, §708.

¹⁴⁴ Débats parlementaires, compte-rendu intégral de la séance du 23 juin 2010 publié sur le site internet de l'Assemblée nationale, prise de parole de M. Jean-Marie Bockel : <https://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2009-2010/20100230.asp>.

formation disciplinaire¹⁴⁵. Les rapports d'activités des années précédentes font état de statistiques similaires¹⁴⁶.

Cette ouverture plus large de l'action disciplinaire que de l'action civile contre le magistrat montre que la fonction répressive de la responsabilité prime en la matière sur la réparation. Pour autant, la pratique montre que les plaintes disciplinaires des justiciables aboutissent peu et que l'État n'utilise pas l'action récursoire engageant la responsabilité civile du magistrat. Le résultat concret obtenu par les justiciables n'est pas si différent. En conséquence, il est légitime de s'interroger sur l'opportunité d'un « écran » aussi total que l'action récursoire : un filtre plus accessible au justiciable permet également de protéger les magistrats.

La mise à l'écart du justiciable. Ce système d'action récursoire en matière civile a pour défaut de mettre à l'écart le justiciable dès lors que « ce n'est pas envers lui que le juge doit répondre de ses actes. (...) Dans le système français, pour le moins, le justiciable est le grand absent »¹⁴⁷. Cette critique se double d'une « absence de transparence »¹⁴⁸ dans la mise en œuvre de la responsabilité civile des magistrats. Cette problématique est d'autant plus prégnante que, dans les faits, l'État n'a *jamais* exercé cette action récursoire. Les auteurs les plus disposés à accepter ce système d'écran entre le justiciable et son juge relèvent également ce point : « Ce n'est pas tant le fait que l'État réponde des fautes de ses juges et qu'il n'exerce jamais d'action récursoire contre eux qui est critiquable. »¹⁴⁹.

Le rejet de la dimension punitive de la responsabilité civile. À partir du moment où le droit ménage la possibilité d'une responsabilité personnelle du magistrat, on peut en déduire que ce système n'a pas seulement pour but la réparation mais a aussi une dimension punitive dans la désignation du patrimoine responsable du dommage. Pourtant, au regard de son

¹⁴⁵ Rapport d'activité 2019 du CSM, disponible sur son site internet : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/rapports-annuels-dactivite/rapport-annuel-dactivite-2019>.

¹⁴⁶ Le site du CSM contient tous les rapports d'activité entre 1995 et aujourd'hui. Les rapports rendus après 2010 montrent que la majorité des requêtes des justiciables ne sont pas examinées au fond faute d'être recevables. <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/rapports-annuels-dactivite>

¹⁴⁷ G. Giudicelli-Delage, « Rapport de synthèse » in *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, actes du colloque de l'Institut de Sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence (5-6 mai 2000), 2000, Presse universitaire d'Aix-Marseille, p.234.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.530.

application, il apparaît qu'une fois le justiciable indemnisé, l'État ne cherche pas à établir des responsabilités personnelles. Dès lors, « ce qui pourrait être dit de la responsabilité des juges ne vise pas à leur faire payer des dommages et intérêts sur leur patrimoine personnel »¹⁵⁰. La réparation est en pratique le seul objectif recherché en cas de dysfonctionnement du service public de la justice mais elle demeure limitée aux hypothèses de faute lourde et de déni de justice.

Justification pratique au non-exercice de l'action récursoire par l'État. Selon certains auteurs, le non-exercice de l'action récursoire par l'État peut s'expliquer. Le principal obstacle à l'engagement de la responsabilité personnelle du juge est le secret du délibéré. En effet, à partir du moment où la juridiction statue collégalement, il est difficile de rechercher la responsabilité d'un juge qui, dans le secret du délibéré, a peut-être voulu empêcher la faute lourde ou le déni de justice. Dès lors, la faute ne lui serait pas personnellement imputable.

Cette difficulté a été écartée dans d'autres pays à la tradition juridique proche de la nôtre. Ainsi, en droit italien¹⁵¹, l'État a la possibilité d'exercer une action récursoire à l'égard du magistrat en se reportant à un procès-verbal dressé pendant le délibéré¹⁵². Pour préserver le secret, ce procès-verbal est cacheté et transféré à la Chancellerie italienne. Il contient la position brièvement motivée des juges ayant délibéré en cas de désaccord de l'un ou plusieurs d'entre eux. Il s'agit donc en quelque sorte d'ébauches d'opinions dissidentes destinées uniquement à établir les responsabilités des juges. Par contre, en 2000, le Doyen Zappalà¹⁵³ relevait que l'action récursoire à l'italienne ne revêtait, selon la lettre de la loi, aucun caractère obligatoire contrairement à ce qu'elle prévoit pour les actions disciplinaires. Une telle interprétation revient à permettre une « ingérence de l'exécutif »¹⁵⁴ et devrait être écartée. Pour autant, le Doyen ne peut que constater que ces dispositions qui n'avaient que 2 ans à l'époque de sa prise de parole n'ont guère fait évoluer l'importance de la responsabilité civile des magistrats si bien que « la responsabilité civile du magistrat était et reste une hypothèse vide de consistante »¹⁵⁵.

¹⁵⁰ M. Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.530.

¹⁵¹ E. Zappalà, *op. cit.*, p.158.

¹⁵² Loi du 13 avril 1998 n°117, article 7 et 8.

¹⁵³ E. Zappalà, *op. cit.*, p.158-159.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

Justification politique au non-exercice de l'action récursoire par l'État. Il existe également des raisons plus politiques à l'absence pratique d'actions récursoires de l'État contre les magistrats français. Ainsi, pour le Professeur Hourquebie, « il faut certainement y voir la volonté de l'État de ne pas entraver encore un peu plus l'exercice de l'activité juridictionnelle, et le souhait de ne pas pousser les magistrats à souscrire des assurances civiles professionnelles, comme en Espagne, afin de prévenir les conséquences financières d'une telle action »¹⁵⁶.

L'argument selon lequel l'État ne voudrait pas entraver l'exercice de l'activité juridictionnelle est recevable mais il est possible de considérer que « l'écran » que constitue l'action récursoire suffit à protéger le juge de toute action vindicatoire. En outre, cet argument n'est pas compatible avec l'ouverture de l'action disciplinaire. À ce titre, on peut relever que l'ouvrage du Professeur Hourquebie a été publié l'année-même de cette ouverture et en relate les vicissitudes. Il considère que la saisine du CSM est « très encadrée »¹⁵⁷ et renvoie à la future jurisprudence du CSM. Or, depuis, il a été constaté que l'évolution législative n'avait pas eu de conséquences pratiques puisque quasiment aucun recours de particulier n'a abouti depuis. Dès lors, le juge peut actuellement être considéré comme un irresponsable de fait, faute d'exercice par l'État de l'action récursoire contre lui. Il paraît tout à fait envisageable d'appliquer le droit actuellement en vigueur sans pour autant tomber dans la « banalisation de la responsabilité du juge »¹⁵⁸ contre laquelle le Professeur Hourquebie met en garde le lecteur.

Par ailleurs, la création d'assurances civiles professionnelles pour les magistrats peut tout à fait être considérée comme une solution à la réticence qu'a l'État d'engager leur responsabilité personnelle. Aujourd'hui, la multiplication des contentieux de responsabilité professionnelle a entraîné un recours massif aux assurances en matière médicale¹⁵⁹ mais aussi dans les professions juridiques et judiciaires comme chez les avocats¹⁶⁰. Il existe également des systèmes de garanties collectives au sein d'une profession comme par exemple pour les notaires¹⁶¹. Le juge qui doit par ses décisions exiger d'autres professions qu'elles s'assurent

¹⁵⁶ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, 2010, LGDJ, p.178.

¹⁵⁷ Ibid., p.197 et suiv. (spéc. p.198).

¹⁵⁸ Ibid., p.179.

¹⁵⁹ Rép. civ. Dalloz, Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires, 2020, E. Terrier, J. Penneau, §4.

¹⁶⁰ Voir : Y. Avril, *op. cit.*, p.210 et suiv., §141.32. Voir également : Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, article 27.

¹⁶¹ Ph. Brun et a., *Responsabilité des notaires*, 3^e éd., 2019, Dalloz, coll. Dalloz Référence, p.123 et suiv., §15.00 et suiv.

pour permettre l'indemnisation des dommages causés pourrait tout à fait y être également soumis : pour des raisons d'exemplarité, il apparaît contestable de refuser cette possibilité. C'est d'autant plus le cas que l'action récursoire exercée lorsque les conditions de la responsabilité personnelle sont réunies ne ferait pas peser sur le magistrat un risque inconsidéré puisque toute la procédure est pensée pour éviter la banalisation de la responsabilité du juge.

Conclusion du chapitre 1

La réparation des fautes professionnelles commises par les acteurs et l'organisateur du procès est doublement extraordinaire.

En effet, contrairement au droit commun des obligations, la faute professionnelle varie dans son degré, y compris selon que le fautif est un juge ou un avocat alors même qu'ils occupent tout deux des professions juridiques et ont suivi une formation universitaire identique. La responsabilité de l'avocat peut être engagée bien plus facilement et la prise en compte des spécificités de son rôle dans le procès est minime. La différence de degré dans la responsabilité professionnelle de l'avocat et du juge s'explique par le rôle social de l'institution judiciaire et le but de garantir son indépendance. Toujours à cette fin, la responsabilité de l'État s'interpose entre le justiciable victime de la faute professionnelle et le juge fautif. Il convient toutefois de nuancer le propos puisqu'il est toujours préférable d'avoir un débiteur avec le patrimoine de l'État plutôt qu'une simple personne physique.

La procédure suivie est particulière dans les deux cas mais la plus grande originalité reste le chemin procédural aboutissant à la responsabilité personnelle du juge. Bien que permise par le droit positif, la complexité de sa mise en œuvre et la large liberté laissée à l'État ont empêché toute mise en cause personnelle d'un juge sur le plan civil. De façon particulièrement marquante, le législateur a souhaité renforcer la confiance entre juge et justiciable grâce à un mécanisme de responsabilité mais n'a pas choisi la responsabilité civile : les fonctions dissuasives et répressives restent totalement détachées de la réparation.

Ces différents régimes de responsabilité relèvent tous d'une logique substantielle en ce qu'ils mettent complètement de côté la nature processuelle de la faute : il est même possible que l'organisateur du procès soit reconnu responsable d'un dommage alors que la procédure et ses propres obligations ont été respectées à la lettre. Dans le même ordre d'idées, la

responsabilité de l'avocat est la même qu'il agisse en tant que représentant de son client ou en tant que simple conseil hors de toute instance. Pour le juge, seul son statut de magistrat est pris en compte sans que le moindre égard ne soit accordé à son rôle dans la procédure puisque le même régime de responsabilité s'applique aux procureurs.

Pour autant, cette démonstration ne suffit pas pour affirmer que ces différents régimes de responsabilité organisent la réparation selon un paradigme substantiel. Il est plus aisé de mettre en place une logique substantielle au stade de la faute qu'au stade de l'indemnisation tant la réparation de préjudices processuels pose des problèmes tout à fait particuliers.

Chapitre 2 : Les difficultés propres à l'indemnisation de préjudices processuels

Lorsqu'un professionnel ou l'État faillit à ses obligations, le préjudice causé est intimement lié au cadre dans lequel il est apparu. Dès lors, il s'agit bien souvent d'un préjudice processuel. Il peut consister, par exemple, en la succombance d'une partie ou bien en une perte de temps consécutive à la violation du délai raisonnable. Ce lien avec le droit processuel cause de multiples difficultés.

Penser le préjudice matérialisé par la succombance à un procès revient à penser la perte de chance d'avoir gagné son procès. Cette idée parfaitement logique d'un point de vue de droit substantiel soulève pourtant des difficultés lorsqu'on le confronte à des concepts de droit processuel. Toutefois, ceux-ci n'empêchent pas la réparation de cette perte de chance. (Sect. 1)

La question est autrement plus difficile dans les hypothèses concernant l'indemnisation de la violation des obligations processuelles de l'État. Il s'agit alors de penser non pas au justiciable qui a perdu son procès mais à celui qui l'a gagné, malgré des défaillances majeures. Des obligations processuelles ont été violées mais le justiciable a obtenu gain de cause en justice. Il est alors légitime de se demander s'il serait tout de même en mesure d'obtenir réparation (Sect. 2).

Sect. 1 : L'indemnisation de la perte de chance de gagner son procès

L'indemnisation de la perte de chance de gagner un procès suppose d'abord que le juge puisse franchir plusieurs obstacles théoriques à l'indemnisation (§1).

Ensuite, concrètement, cette réparation suppose que soit reconnu l'existence de l'aléa judiciaire et de chances perdues (§2).

§1 : Obstacles théoriques à la réparation

Pour savoir s'il y a perte de chance, il faut encore savoir si la victime n'aurait pas pu gagner son procès en exerçant des voies de recours contre la décision qui lui était défavorable. Cette question de l'exercice des voies de recours paraît très théorique. En réalité, elle pose la question de la subsidiarité de l'action en réparation (A).

L'obstacle théorique le plus important sur le chemin vers l'indemnisation est l'autorité de chose jugée. Toutefois, aussi important que soit ce concept, une étude approfondie montre qu'il ne s'agit que d'un obstacle apparent (B).

A. L'exercice des voies de recours

Exercice des voies de recours et subsidiarité de l'action en réparation. Poser la question de l'exercice des voies de recours revient notamment à se demander si l'action en réparation présente un caractère subsidiaire par rapport à elles. L'hypothèse est la suivante : un justiciable obtient une décision défavorable en raison de la faute d'un avocat, d'un juge ou de l'État et souhaite engager la responsabilité du fautif. Il s'agit alors de se demander s'il peut engager immédiatement cette responsabilité ou bien s'il doit préalablement exercer les voies de recours ouvertes contre la décision. S'il doit d'abord exercer des voies de recours, l'action en réparation est alors considérée comme la solution subsidiaire.

Sur le plan des catégories juridiques substantielles, la subsidiarité s'analyse du point de vue du caractère certain du préjudice : l'action en réparation est subsidiaire parce qu'avant exercice des voies de recours, elle ne vise pas un préjudice certain. Cette grille d'analyse est moins adaptée que celle de la subsidiarité parce que la solution retenue diffère selon qu'on s'intéresse à l'avocat d'une part, ou au juge et à l'État d'autre part. Il ne s'agit donc pas uniquement d'apprécier l'existence du préjudice, mais bien d'établir si une action est subsidiaire par rapport à une autre. Ce vocabulaire étranger au droit des obligations est pourtant issu de la jurisprudence de la Cour de cassation.

L'absence de subsidiarité de la responsabilité de l'avocat. En effet, elle proclame au visa de l'article 1147 du Code civil « qu'il résulte de ce texte que la responsabilité des professionnels du droit ne présente pas un caractère subsidiaire » dans deux arrêts du même jour, l'un applicable à l'avocat et l'autre au notaire¹⁶². L'attendu de principe rendu dans la décision concernant l'avocat est particulièrement explicite puisqu'il précise que « la mise en jeu de la responsabilité d'un avocat n'est pas subordonnée au succès de poursuites préalables contre un autre débiteur » et « qu'est certain le dommage subi par sa faute, quand bien même la victime disposerait, contre un tiers, d'une action consécutive à la situation dommageable née de cette faute et propre à assurer la réparation du préjudice ».

Dès lors, quand il s'agit d'un « professionnel du droit » l'existence ou l'exercice de voies de recours sont indifférents¹⁶³. Certains auteurs regrettent cette solution et font valoir que la haute juridiction aurait pu opter pour une « minimisation du préjudice »¹⁶⁴. Ce refus de la subsidiarité est tel que l'avocat et docteur en droit Yves Avril relève même qu'en cas de défendeur à l'instance insolvable, il vaut mieux engager la responsabilité de son représentant fautif pour obtenir l'indemnisation d'une perte de chance plutôt que de former une voie de recours et d'obtenir une condamnation pour le total qui ne sera jamais exécutée¹⁶⁵. La solution est donc extrêmement sévère pour les avocats et laisse le plaideur libre d'élaborer des stratégies contentieuses plus ou moins rémunératrices.

Cette solution envisage le procès comme le fruit d'une seule instance devant un même juge et non pas comme le parcours juridictionnel d'un même litige du tribunal à la Cour de cassation. Ainsi, le dommage constitué par la succombance en première instance est à la charge de l'avocat fautif, quand bien même la victime ne contesterait pas sa défaite en appel. La logique suivie n'est pas celle de la procédure civile mais celle du droit substantiel : toute personne qui commet une faute doit la réparer et ne peut se défendre en disant que la victime n'a pas œuvré pour limiter son dommage. Effectivement, en droit de la responsabilité civile français, il

¹⁶² Cass. 1^{re} civ., 22 septembre 2016, n°15-20.565, Bull. civ. I n°936, D. 2016, p.1926 (avocat), Cass. 1^{re} civ., 22 septembre 2016, n°15-13.840, Bull. civ. n°938 (notaire).

¹⁶³ P. Jourdain, « La responsabilité des professionnels du droit n'a pas un caractère subsidiaire », *RTD civ.*, 2017, p.154. Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, *op. cit.*, p.142, §124.56.

¹⁶⁴ Ph. Brun, O. Gout, Ch. Quézel-Ambrunaz, « Responsabilité civile », *D.*, 2017, p.24. La situation étudiée dans cet article concerne la faute d'un notaire qui prive son client d'une sûreté contre un débiteur mais pas de son action contre lui. La question de la subsidiarité se pose donc dans les mêmes termes que pour l'avocat : est-ce que le professionnel doit être tenu d'indemniser une perte de chance (ici : d'obtenir le recouvrement et non la décision de justice favorable) alors même que la victime dispose d'une action en justice pour la même fin ?

¹⁶⁵ Y. Avril, *La responsabilité des avocats*, *op. cit.*, p.144, §124.59.

n'existe pas d'obligation de minorer son dommage à la charge de la victime¹⁶⁶. En conséquence, il est possible de soutenir devant un juge qu'une décision de justice est contraire au droit positif ou bien repose sur des faits erronés tout en s'abstenant d'exercer une voie de recours contre elle.

La subsidiarité de l'action fondée sur l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire. Cette solution particulièrement stricte pour le fautif n'est pas retenue s'agissant de la responsabilité de l'État et des juges puisque la jurisprudence de la Cour de cassation exige que la victime exerce préalablement les voies de recours : « l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi ne peut être appréciée que dans la mesure où les voies de recours n'ont pas permis de réparer le mauvais fonctionnement allégué »¹⁶⁷.

Cette faveur accordée aux voies de recours n'est pas fondée sur une obligation pour la victime de réduire son préjudice mais sur les particularités du service public de la justice. Il a longtemps été considéré que « la responsabilité de l'État est nulle quand cette fonction confine à la souveraineté »¹⁶⁸, si bien que le fonctionnement du service public de la justice ne pouvait faire lieu d'aucune action en responsabilité. Même en permettant une telle action, il convient de « la fonction de juger ne soit pas trop facilement déstabilisée par les justiciables »¹⁶⁹. Dès lors, il faut permettre au service public de la justice de rétablir la situation en censurant la décision contestée.

En outre, lorsqu'il s'agit d'un déni de justice, la subsidiarité est liée à la nature même de la faute. Effectivement, comme l'analyse le Professeur Louis Favoreu dans sa thèse de doctorat, il ne peut y avoir de déni de justice sans que la défaillance ait un caractère définitif : dès lors qu'un recours existe, « le plaideur sera mis à même finalement d'obtenir d'un juge l'application intégrale de la règle de droit »¹⁷⁰.

¹⁶⁶ P. Jourdain, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », *RTD civ.*, 2003, p.716. Pour une source plus récente, voir : Ph. Le Tourneau et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^e éd., 2021, Dalloz, coll. Dalloz action, p.77, §0113.32.

¹⁶⁷ Cass. 1^{re} civ. 11 janvier 2005, n°02-15.444, Bull. civ. I n°20.

¹⁶⁸ E. Laferrière, *Traité de juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, 1989 (réédition de l'ouvrage de 1888), LGDJ, p.174 cité in F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p.169.

¹⁶⁹ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p.169.

¹⁷⁰ L. Favoreu, *op. cit.*, p.532 et suiv (spéc. p.533).

Toutefois, cette obligation d'exercer les voies de recours est parfois considérée comme liée à un autre obstacle théorique à l'indemnisation propre au service public de la justice : l'autorité de chose jugée.

B. L'autorité de chose jugée

L'autorité de chose jugée présentée comme un obstacle à la perte de chance de gagner son procès. Le Professeur Hourquebie retient que l'autorité de chose jugée constitue le « second obstacle » à l'engagement de la responsabilité de l'État et des magistrats¹⁷¹. Il considère que l'autorité de chose jugée constitue le « fondement théorique le plus sérieux au principe d'irresponsabilité de l'État et du juge » en ce qu'une décision de justice consacre la vérité judiciaire¹⁷². Si le propos du Professeur Hourquebie ne s'étend pas à la responsabilité de l'avocat et à la perte de chance de gagner un procès en général, il demeure que la problématique de l'autorité de chose jugée est la même : comment admettre qu'un juge puisse établir qu'une décision de justice rendu par une autre juridiction n'est pas conforme à ce qui aurait dû être jugé ? Cette difficulté dépend en réalité de la définition retenue de l'autorité de chose jugée.

La difficulté surmontée par les définitions des autorités de chose jugée. L'autorité de chose jugée est un concept qui donne lieu à une controverse doctrinale. Son siège légal se trouve à l'article 1355 du Code civil. Cette situation a de quoi surprendre, d'autant plus que le texte s'insère dans un titre relatif à la preuve des obligations. L'autorité de chose jugée avait été consacrée en 1804 comme une des « présomption légale » prévues par le Code civil : elle consistait en une présomption de vérité dont bénéficiaient les décisions de justice. Cette nature de présomption de vérité est justement ce qui rend difficile la conceptualisation de la perte de chance de gagner un procès : il s'agit d'admettre qu'un juge reconnaisse qu'une décision de justice n'est pas la vérité ou du moins qu'elle aurait dû être différente. Ainsi, le Professeur Behar-Touchais se demande « Comment indemniser davantage les victimes des juges sans porter atteinte (...) à la présomption de vérité judiciaire attachée à ses décisions ? »¹⁷³. Cette définition de l'autorité de chose jugée est largement contestée aujourd'hui, si bien que la réforme du droit des contrats et des obligations opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a supprimé la référence à la présomption légale.

¹⁷¹ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p.170.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ M. Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.529.

Pour surpasser la difficulté, il convient déjà de distinguer les notions. L'autorité de chose jugée consacrée à l'article 1355 du Code civil ne concerne en réalité qu'un seul aspect du concept doctrinal d'autorité de chose jugée : il ne s'agit *que* d'interdire à un juge de rejurer ce qui a déjà été jugé. L'autorité est alors dite « négative » : tout litige déjà soumis à un juge par les mêmes parties ayant une cause et un objet identique ne peut être rejugé en dehors de l'exercice des voies de recours¹⁷⁴. Dès lors, cette « dimension négative de l'autorité de chose jugée » renvoie en fait au principe *ne bis in idem*¹⁷⁵ en ce qu'il s'agit simplement de ne pas juger deux fois la même chose. Qu'on considère qu'il s'agisse d'une dimension négative de l'autorité ou bien d'une autorité négative de la chose jugée revient ici au même : le juge saisi de la réparation d'une perte de chance de gagner un procès n'est pas chargé de trancher à nouveau le même litige entre les mêmes parties. L'autorité de chose jugée telle que formulée à l'article 1355 du Code civil n'est donc pas un obstacle à la réparation.

Toutefois, cette dimension négative est le reflet d'une « autorité positive » de chose jugée¹⁷⁶. Celle-ci consiste en l'interdiction faite à une juridiction de contredire ce qui a été jugé par un précédent juge. Or, elle n'est pas reconnue à titre général en droit positif. En conséquence, elle ne saurait constituer un obstacle à la reconnaissance par un juge, qu'un justiciable a perdu une chance d'obtenir une décision différente.

Le souci de préserver « l'autorité morale » des décisions de justice. La difficulté était donc principalement causée par la définition de l'autorité de chose jugée comme une présomption légale de vérité. Une fois écartée, il demeure que la reconnaissance de la perte de chance de gagner son procès porte bien atteinte à une certaine « autorité » des décisions. Pourtant, il ne s'agit pas de l'autorité de chose jugée mais d'une autorité morale. En effet, le terme « autorité » désigne dans le langage courant la « faculté de s'attirer la considération, le respect, l'obéissance d'autrui »¹⁷⁷. Or, il est capital que les décisions de justice en général soient considérées, respectées, obéies.

¹⁷⁴ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, décembre 2019, LGDJ, coll. Précis Domat, privé, §354.

¹⁷⁵ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, 35e éd., octobre 2020, Dalloz, coll. précis, p. 856, §1199.

¹⁷⁶ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 880, §1223 ; J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, §370.

¹⁷⁷ Collectif, Dictionnaire de l'Académie française, *op. cit.*, notice « autorité », <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A3300> (adresse consultée le 15/05/2021 à 16h50).

Une question particulière reflète ce souci de préserver la considération, le respect, l'obéissance que doivent inspirer les décisions de justice. Au XIXe siècle, il a été considéré que la hiérarchie des tribunaux faisait obstacle à ce qu'un tribunal puisse établir comment une juridiction supérieure, comme une cour d'appel, aurait statué si le litige avait été jugé¹⁷⁸. Il était considéré comme irrespectueux et illogique qu'un simple tribunal puisse prétendre que la Cour de cassation aurait jugé différemment l'affaire. Le respect accordé aux juridictions était alors teinté de hiérarchie. Cette vision doctrinale a été contestée. Dès 1938, des auteurs de référence¹⁷⁹ font valoir que si des voies de recours sont exercées, rien n'empêche qu'à terme une juridiction du même degré que celle qui aurait dû statuer se prononce. La décision des juges inférieurs pourrait donc à terme être soumise aux juges supérieurs de même niveau. Dès lors, l'autorité de ces derniers serait préservée.

¹⁷⁸ Note anonyme sous CA Besançon, 23 février 1880, *Gaz. Pal.*, 2, 9, l'auteur estime que « la jurisprudence semble définitivement reconnaître la compétence absolue de la cour (d'appel) » en citant pour appuyer son propos un arrêt CA Nîmes, 10 févr. 1859, *S.* 1859, 2, 74, cité in L. Vitale, *La perte de chances en droit privé*, thèse, 2020, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit privé, p.174, §333.

¹⁷⁹ A. Tunc, H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 3^e éd., Sirey, 1938, §219 cité in L. Vitale, *La perte de chances en droit privé*, thèse, 2020, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit privé p.174, §333.

§2 : Application de la « théorie » de la perte de chance

Lorsqu'un justiciable considère qu'il n'a pas obtenu ce qu'il demandait en justice en raison de la faute d'un professionnel, il ne peut faire valoir qu'une perte de chance d'obtenir le succès de ses prétentions.

La « perte de chance » peut être considérée comme une « protection de l'aléa heureux »¹⁸⁰. Cette notion vise à indemniser la perte par la victime d'une « situation caractérisée par un processus aléatoire qui a été interrompu et qui ne peut désormais plus courir », dont l'un des exemples-types est le « plaideur empêché de plaider sa cause en justice »¹⁸¹.

Le recours à la théorie de la perte de chance suppose donc tout d'abord que la demande du justiciable soit l'objet d'un processus aléatoire. Cet énoncé peut paraître au premier abord choquant : le procès n'est pas une loterie et n'est plus une ordalie ou un duel judiciaire. Il s'agit exclusivement de l'application rigoureuse du droit. De ce point de vue, la perte de chance de gagner son procès paraît être une aberration. Il faut aller au-delà de cette première impression pour reconnaître l'existence de l'aléa judiciaire (A).

Outre l'existence d'un aléa, le justiciable qui fait valoir une perte de chance doit également apporter la preuve qu'il avait bien une chance de remporter son procès. Il doit donc démontrer qu'une chance de succès existait (B).

A. L'existence d'un aléa : l'aléa judiciaire

L'aléa décisionnel tenant à la décision d'un tiers. Selon le Dr Laura Vitale, il existe en matière de perte de chance plusieurs types d'aléas qu'elle classe en trois catégories : l'aléa décisionnel ou subjectif, l'aléa contextuel ou objectif, et l'aléa mixte¹⁸². L'aléa contextuel est dû au contexte dans lequel évolue la victime : marché, loterie etc. L'aléa décisionnel ou subjectif signifie que « le dénouement du processus dans lequel la victime est engagée dépend de l'exercice du libre-arbitre de la victime elle-même, d'un tiers ou des deux »¹⁸³. C'est en ce sens qu'il est admissible de parler d'aléa judiciaire. Il ne s'agit donc pas de traiter le dénouement

¹⁸⁰ L. Vitale, *La perte de chances en droit privé*, thèse, 2020, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit privé, p.10, §13.

¹⁸¹ Ibid., p.10, §14.

¹⁸² Ibid., p.150, §290.

¹⁸³ Ibid., p.151, §292.

d'un procès comme un processus strictement dû au hasard. Plus précisément, Laura Vitale considère que l'aléa judiciaire est un « aléa décisionnel tenant à la décision d'un tiers »¹⁸⁴. L'aléa judiciaire signifie donc en tout premier lieu que le sort du justiciable dépend de la décision d'autrui. Différentes justifications peuvent compléter cette première analyse.

Justifications de la reconnaissance de l'aléa judiciaire. Trois arguments permettent de justifier de l'existence de l'aléa judiciaire.

Tout d'abord, on peut retenir l'argument de la « teneur évolutive du droit »¹⁸⁵ qui tient tant par la succession de textes de loi dont l'application peut se heurter à des difficultés d'interprétation et d'articulation avec les autres normes, que par le caractère relatif de la jurisprudence qui peut changer du jour au lendemain. La Cour de cassation a, sur ce dernier aspect, déjà affirmé dans un arrêt opérant un revirement de jurisprudence que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée »¹⁸⁶. Cette versatilité reconnue de la jurisprudence est porteuse d'aléa. Nul ne peut affirmer qu'une affaire qui s'est arrêtée à la première instance n'aurait pas, en cassation, pu donner lieu à un revirement de jurisprudence spectaculaire.

Ensuite, il faut encore composer avec l'appréciation souveraine des juges du fond, qu'il s'agisse de preuves ou de qualification¹⁸⁷. Un bon exemple de qualification non-contrôlée par la Cour de cassation ayant donné lieu à des solutions divergentes devant les juges du fond est le contentieux relatif à la vaccination et à au développement d'une sclérose en plaques. En effet, sa jurisprudence avait établi qu'il était possible d'établir un lien de causalité entre la vaccination et la maladie au moyen d'une présomption. La condition posée suppose d'examiner si « les éléments de preuve, (...) constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi »¹⁸⁸. Or, la Cour de cassation ne contrôle pas ce que sont ces « présomptions graves, précises et concordantes », si bien que les juridictions du fond ont

¹⁸⁴ Ibid., p.170 et suiv., §327 et suiv.

¹⁸⁵ Ibid. p.171, §329.

¹⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 9 oct 2001, n°00-14564, *Bull. civ.* I, n°249.

¹⁸⁷ L. Vitale, *op. cit.*, p.172, §329.

¹⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, 06-10.967, D. 2008, p.2894.

rendu des décisions tout à fait divergentes dans des espèces similaires. Un auteur a même parlé de « loterie judiciaire » pour les qualifier¹⁸⁹.

Enfin, l'idée selon laquelle tous les juges seraient de compétence égale et trancheraient tous sans jamais commettre une erreur de droit même minime est si idéale qu'elle en paraît peu compatible avec la réalité des natures humaines. Le doyen Carbonnier lui-même relève que si « nous rejetons dans la mythologie le juge de Melle, qui tirait ses jugements à la courte paille. Mais nous nous accommodons assez bien d'un régime où la plus ou moins bonne indemnisation des victimes dépend des hasards de la compétence »¹⁹⁰.

Ces différentes considérations ont fait de l'aléa judiciaire une notion bien admise en jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation a même reconnu de façon plus générale qu'un droit litigieux est « nécessairement aléatoire »¹⁹¹.

La perte de chance d'agir en justice, terreau d'apparition de la perte de chance.

Aussi étonnant que cela puisse paraître au regard de ces débats sur la justification de l'aléa judiciaire, la perte de chance d'agir en justice est apparue alors que la théorie de la perte de chance commençait à peine à se développer. Ainsi, on trouve cette idée dès un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 25 juin 1875 à propos de la faute d'un huissier empêchant un justiciable d'accéder au juge¹⁹². De nombreux auteurs considèrent même que la théorie de la perte de chance a été consacrée explicitement pour la première fois par la Cour de cassation¹⁹³ dans une espèce relative à une perte de chance de gagner son procès¹⁹⁴. Ainsi, Laura Vitale considère que la perte de chance s'est « épanouie dans le contentieux de la responsabilité des auxiliaires

¹⁸⁹ O. Gout, « Responsabilité civile », *D.* 2018, p.35 (comm. de CJUE, 2^e ch., 21 juin 2017, aff. C 621/15).

¹⁹⁰ J. Carbonnier, préface de la thèse de A. Bénabent, *La chance et le droit.*, LGDJ, 1973 cité in (L. Vitale, *op. cit.*, p.173, §331.

¹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1985, Bull. civ. I, n°106, n°83-13.600. La question posée à la Cour de cassation était de savoir si une cession de droits de successions faisant l'objet d'un litige présentait un caractère aléatoire.

¹⁹² CA Grenoble, 25 juin 1875, S., 1876, 2, 147, cité in L. Vitale, *op. cit.*, p.16-17, §22 : dans cette espèce, un huissier avait, par sa faute, entraîné la nullité d'un appel. La juridiction examine alors les chances de succès dudit appel pour déterminer le préjudice dont a souffert le justiciable et en conclut qu'il n'avait « aucune chance de succès ». L'expression « perte de chance » n'est pas encore employée mais la démarche existe déjà.

¹⁹³ Cass. Req., 17 juillet 1889, *D.* 1891, 1, 381, *S.* 1891, 1, 399 cité in L. Vitale, *op. cit.*, p.18, §24. Cet arrêt concerne la même hypothèse c'est-à-dire l'acte d'appel déclaré nul en raison de la faute d'un huissier.

¹⁹⁴ Voir les références citées in L. Vitale, *op. cit.* : H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 3^e éd., Sirey, 1938, n°219 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, coll. traités, sous-coll. traité de droit civil, n°280.

de justice »¹⁹⁵. D'autres auteurs vont en ce sens en considérant la perte de chance de gagner son procès comme le « terrain de prédilection »¹⁹⁶ de la théorie.

Le développement rapide de la théorie de la perte de chance est tempéré par Laura Vitale qui précise que les juges du fond ont été, dans un premier temps, extrêmement réticents à concevoir des éventualités favorables¹⁹⁷.

L'aléa judiciaire comme seul aléa de la perte de chance de gagner un procès.

Aujourd'hui, la Cour de cassation reconnaît sans difficulté la perte de chance due à l'aléa judiciaire et va même plus loin puisque seul l'aléa judiciaire peut servir de fondement à une perte de chance de gagner son procès. Ainsi, un arrêt du 25 novembre 2010¹⁹⁸ précise qu'il ne faut pas prendre en compte l'impécuniosité du défendeur au procès initial mais seulement le contenu de la décision juridictionnelle. Dès lors, seul compte l'aléa judiciaire et non l'impossibilité matérielle de récupérer la somme.

Distinction entre l'aléa judiciaire et l'aléa jurisprudentiel. Dans le même ordre d'idée, l'aléa judiciaire reconnu en jurisprudence n'est pas assimilable avec l'aléa jurisprudentiel.

Ce dernier correspond au risque d'un revirement de jurisprudence en cours d'instance ou à l'occasion du litige. Cet aléa peut causer un dommage à un justiciable mais il est inhérent à la nature même de la jurisprudence, laquelle est caractérisée par un principe de rétroactivité naturelle¹⁹⁹. Il ne saurait en conséquence être fautif²⁰⁰. Ce caractère rétroactif a été renforcé par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 2 avril 2021²⁰¹ qui a admis qu'un arrêt d'appel statuant sur renvoi après cassation en se conformant à la décision des juges supérieurs pouvait faire l'objet d'un pourvoi dès lors qu'il y avait eu un revirement de jurisprudence entre-temps. Ainsi, l'arrêt d'appel, bien que parfaitement conforme au droit au

¹⁹⁵ L. Vitale, *op. cit.*, p.19, §25

¹⁹⁶ G. Deharo, « Perte de chance de gagner un procès : l'avocat n'est pas le garant des espoirs déçus des plaideurs », *Gaz. Pal.*, 12 février 2013, n°43.

¹⁹⁷ Voir, par exemple, pour une perte de chance de gagner une course hippique : CA, Limoges, 24 mars 1896, *D.* 1898, 2, 259 qui exclut tout préjudice issu de la perte de chance qu'avait le maître du cheval non présenté d'obtenir des prix sans plus de recherches sur la matérialité de la chance perdue.

¹⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 2010, n°09-69.191.

¹⁹⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2014, La Documentation française, p.334.

²⁰⁰ M. Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, La responsabilité, aspects nouveaux, 1999, LGDJ, p.536.

²⁰¹ Cass. ass. plén., 2 avril 2021, n°19-18.814, P + R.

moment où il a été rendu, pourra être censuré sur le fondement de la jurisprudence nouvelle. L'aléa jurisprudentiel a donc été renforcé. Pour autant, il demeure qu'il n'est pas inclus dans l'aléa judiciaire.

Ainsi, lorsque la Cour de cassation considère que la cour d'appel saisie sur renvoi après cassation ne va pas forcément statuer en respectant l'arrêt de cassation, elle se fonde sur l'aléa judiciaire et non sur l'aléa jurisprudentiel²⁰².

Les contestations historiques éparses de la légitimité du concept d'aléa judiciaire.

Si l'application de la théorie de la perte de chance – et donc l'idée qu'il n'est pas possible d'accorder la totalité de ce que le juge aurait pu accorder – a été acceptée par la grande majorité de la jurisprudence, des décisions isolées de juge du fond ont contesté le domaine de l'aléa judiciaire.

Ainsi, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt de 1962²⁰³, déclara qu'elle « a pour mission de rechercher, non pas quel aurait été le degré de probabilité d'une réformation de la décision du tribunal (...) – ce qui serait tenir le sort d'un procès comme relevant, au moins partiellement, du caprice du hasard conduisant à une fixation nécessairement toute arbitraire de l'indemnité – mais de dire quelle décision aurait été rendue par la juridiction supérieure » et en conclut qu'elle pouvait accorder des dommages et intérêts correspondant à la totalité de l'avantage perdu. Cette position, bien que minoritaire, s'explique par des considérations d'ordre philosophique et politique. Le droit français postrévolutionnaire s'est construit dans le rejet de l'arbitraire du juge. Les révolutionnaires tenaient à respecter strictement l'idée de Montesquieu selon laquelle le juge est la bouche de la loi. Admettre que deux juges prennent des décisions différentes revient donc à leur reconnaître un pouvoir d'appréciation individuelle alors même que leur légitimité ne vient que de la maîtrise du droit et de leur formation. Dans ces conditions, l'appréciation individuelle du juge pourrait devenir un nouvel arbitraire.

Ces contestations ne se retrouvent plus dans la jurisprudence contemporaine qui s'étend davantage sur l'existence des chances de succès.

²⁰² Cass. 1^{re} civ., 12 octobre 2016, n°15-23.230 et n°15-26.147 : « la cour d'appel a pu retenir qu'existait un certain aléa judiciaire de nature à conduire la juridiction de renvoi à une solution différente ».

²⁰³ CA Paris, 13 novembre 1962, *Gaz. Pal.*, 1963, 1, p. 86.

B. L'existence de chances perdues : la chance de succès

L'exigence de chances et non d'espérances. L'aléa judiciaire est pleinement accepté par la jurisprudence contemporaine. La principale difficulté de la victime ayant succombé au procès est donc de démontrer qu'elle a été privée d'une chance de succès. En effet, il n'y a perte de chance qu'à partir d'une certaine probabilité que le plaideur aurait pu gagner son procès.

Dans sa thèse sur la perte de chance, Laura Vitale évoque la fable de La Fontaine « La Laitière et le pot au lait » pour affirmer que « les tribunaux ne doivent pas pour autant indemniser les rêves comme les réalités »²⁰⁴. Dans cette fable²⁰⁵, une laitière portant du lait à vendre imagine tout ce qu'elle pourra acheter grâce au profit futur. Perdue dans ses rêves, elle saute de joie et perd son précieux produit. Dans cette histoire, la laitière perd toute chance d'obtenir le prix du lait mais seulement des espérances, des rêves de le réinvestir. En conséquence, si la perte avait été causée par un tiers, seul le prix du lait aurait pu faire l'objet d'une indemnisation.

D'une certaine manière, l'exigence de chances perdues par opposition à d'éventuelles espérances relève de la causalité. Par exemple, si le plaideur empêché, privé d'accès au juge d'appel, ne présentait pas le moindre argument sérieux, la faute de son avocat dans l'exercice de la voie de recours ne change rien au résultat final du procès : il aurait été débouté. Dès lors, la faute de l'avocat n'a pas causé le préjudice.

L'identification des chances par la reconstitution du procès. Pour identifier s'il existe une chance de gagner le procès, le juge doit reconstituer ce qui aurait dû être jugé. Cette solution est ancienne puisqu'elle était déjà retenue par le premier arrêt de la Cour de cassation à reconnaître une perte de chance de gagner un procès. Dans cette espèce, il s'agissait de la faute d'un huissier ayant privé l'appelant de son accès à la juridiction d'appel. Aussi, la Cour de cassation retient que « la décision à rendre sur la responsabilité encourue par l'huissier découlant nécessairement du résultat que l'appel aurait pu amener, la Cour ne pouvait faire

²⁰⁴ L. Vitale., *op. cit.*, p.14, §19.

²⁰⁵ J. de La Fontaine, *Fables*, Livre VII, Fable X.

autrement que de se livrer à l'examen du mérite de cet appel »²⁰⁶. Cette solution est naturellement transposable à l'avocat et au juge. Aujourd'hui encore, il est établi que « La perte de chance s'apprécie au regard d'un examen de ce qui aurait pu être si les droits de la victime avaient été correctement exercés »²⁰⁷.

S'il est établi que celui qui souffre d'un tel préjudice ne peut pas demander la totalité de ce qu'il aurait pu obtenir en justice, il demeure que la jurisprudence a une vision très restrictive de la réparation susceptible d'être obtenue. Seule compte la qualité de l'argumentation de la victime : il y a réparation si elle était fondée²⁰⁸ mais si ce n'est pas le cas, aucun dédommagement ne sera alloué : ni au titre de la perte de chance, ni au titre des frais engagés dans la procédure vouée à la nullité par la faute du tiers²⁰⁹. Ces jurisprudences anciennes sont toujours valables aujourd'hui.

En effet, la jurisprudence retient toujours que le justiciable ne peut que demander une perte de chance si la reconstitution du procès lui est favorable. Elle affirme qu'il ne suffit pas de démontrer que les chances n'étaient pas totalement nulles « compte tenu de l'existence d'un aléa affectant toute décision judiciaire » : il faut opérer une « reconstitution fictive » de ce qui aurait dû être jugé²¹⁰.

Dès lors, on peut relever que l'aléa n'existe qu'au détriment du justiciable : même en faisant valoir des moyens parfaits, il ne peut jamais demander la totalité de ce qu'il aurait pu obtenir mais en cas d'argumentation mal fondée, il n'obtiendra rien du tout. L'aléa judiciaire n'existe donc qu'au bénéfice de celui qui devait gagner son procès. Attribuer 90% de la valeur d'une demande à celui qui a parfaitement raison (par exemple, le demandeur) revient alors à considérer que celui qui avait complètement tort (ici, le défendeur) avait tout de même 10% de chances de convaincre le juge. Or, dans cette hypothèse, ce dernier ne peut jamais faire valoir

²⁰⁶ Cass. Req., 17 juillet 1889, *D.* 1891, 1, 381, *S.* 1891, 1, 399, cité in L. Vitale, *op. cit.*, p.18, §24.

²⁰⁷ G. Deharo, « Perte de chance de gagner un procès : l'avocat n'est pas le garant des espoirs déçus des plaideurs », *Gaz. Pal.*, 12 février 2013, n°43.

²⁰⁸ Voir par ex. CA Besançon, 23 février 1880, précit. pour un appel fondé entaché de nullité par la faute d'un tiers.

²⁰⁹ Voir par ex. CA Grenoble, 25 juin 1875, précit. : « c'était donc mal à propos et sans aucune chance de succès que le syndic de la faillite a formé son appel contre la décision rendue par les premiers juges qui ont refusé d'annuler l'inscription attaquée ; qu'il n'éprouve, dès lors, aucun préjudice de la nullité dont son appel a été entachée par la faute de l'huissier Labrot, non plus que les frais d'instance devant la Cour, frais qu'il aurait supportés avec un accroissement de charges en voyant son appel repoussé au fond, au lieu de l'être seulement en la forme. »

²¹⁰ Cass. 1^{re} civ. 1 juin 2016, n°15-20.397.

que le juge aurait pu statuer différemment : on considère qu'il n'avait aucune chance d'obtenir le rejet de la prétention adverse. Cette affirmation tend aujourd'hui à disparaître avec l'abandon par la Cour de cassation de l'exigence que les chances présentent un caractère sérieux : le défendeur qui n'avait qu'une chance minimale d'obtenir satisfaction pourra alors prétendre à l'indemnisation.

Les évolutions jurisprudentielles quant au sérieux des chances. La jurisprudence avait mis en place un seuil minimal en-deçà duquel elle refuse d'envisager que la chance existe. Ce palier était exprimé par l'exigence de chances réelles et sérieuses. Son contenu a évolué dans la période récente afin de permettre plus largement la réparation. Ce mouvement rejoint le mouvement d'extension du préjudice connu en droit civil²¹¹. Là encore, la réparation de la faute commise pendant le procès rejoint l'évolution du droit substantiel.

L'adjectif « sérieux » peut être ici défini comme « ce qui mérite la considération en raison de son importance »²¹². En conséquence, on pourrait logiquement en déduire que « seules des chances substantielles de parvenir à la situation regrettée par la victime devraient lui ouvrir droit à réparation en cas de lésion alors que, a contrario, des chances dérisoires ne sauraient trouver grâce aux yeux du juge »²¹³. L'évolution de la jurisprudence n'est pas allée dans ce sens.

Pourtant, dans un premier temps, la jurisprudence a assimilé les chances faibles aux chances inexistantes²¹⁴. Ainsi, pour la doctrine de la seconde moitié du XXe siècle, une perte de chances inférieure à 0,5 (50%) ne devrait pas être indemnisée²¹⁵ alors même que les décisions de justice n'aient chiffré la perte de chance qu'à partir des années 2000²¹⁶.

À partir du début du XXIe siècle, les demandes de réparations de pertes de chances minimales se sont succédées : des justiciables demandaient des réparations de perte de chance correspondant à 20% voire même 5% du gain espéré. Ce mouvement coïncide avec la

²¹¹ Th. Pasquier, « Le préjudice à la croisée des chemins », *Rev. Trav.*, 2015, p.714. Cet article porte à la fois sur le droit civil et le droit du travail.

²¹² L. Vitale., *op. cit.*, p.265, §496.

²¹³ *Ibid.*, p.266, §498.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 269, §505 et suiv.

²¹⁵ A. Bénabent, *La chance et le droit*, préf. J. Carbonnier, 2014 (réédition de la thèse publiée en 1973), LGDJ, coll. Anthologie du droit, p.180, n°237.

²¹⁶ L. Vitale., *op. cit.*, p.274, §518.

multiplication des velléités indemnitaires en responsabilité civile²¹⁷. Il a été accueilli par la jurisprudence en matière de perte de chance de gagner un procès. Par un arrêt du 16 janvier 2013²¹⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en considérant que « la perte certaine d'une chance même faible, est indemnisable ». Dès lors, une cour d'appel ne peut rejeter une demande pour défaut de chances suffisantes que si elle démontre « l'absence de toute probabilité de succès de l'appel manqué ».

Néanmoins, de façon surprenante, la Cour de cassation a, par deux arrêts de 2014 publiés au bulletin²¹⁹, semblé revenir sur cette solution. Ces arrêts de rejet maintiennent dans l'ordre juridique des arrêts par lesquels les juges du fond ont rejeté des demandes d'indemnisation en retenant l'absence de « chances raisonnables » de succès. La contradiction avec l'arrêt du 16 janvier 2013 est flagrante : il paraît peu cohérent de soutenir que toute chance, même faible, doit être indemnisée tout en retenant qu'un arrêt exigeant des chances raisonnables ne doit pas être cassé. L'interprétation de ces arrêts de la Cour de cassation ne fait pas consensus : certains auteurs analysent les arrêts de 2014 comme des revirements de jurisprudence tandis que d'autres affirment qu'ils portent sur des espèces où aucune chance n'a été perdue.

Ainsi, le Professeur Leduc considère que les deux derniers arrêts portent en réalité sur des espèces dans lesquelles aucune chance n'a été perdue en retenant que cet arrêt n'a que « l'aspect d'un revirement »²²⁰. Cette idée est soutenue par d'autres auteurs comme le Professeur Julie Traullé qui retient que « la solution consacrée en 2013 ne doit pas être considérée comme abandonnée » et que les arrêts peuvent être conciliés²²¹. Cette position n'est pas unanime, si bien que les arrêts du 30 avril 2014 sont également analysés par une partie de la doctrine comme des revirements de jurisprudence. Ainsi, le Professeur Borghetti affirme que

²¹⁷ Ibid. p. 275, §575.

²¹⁸ Cass. 1re civ., 16 janvier 2013, n°12-14.439, Bull. civ. I, n°24, D. 2013, p.619, note M. Bacache, RTD civ., 2020, p.629.

²¹⁹ Cass. 1re civ. 30 avril 2014, n°12-22.567, Bull. civ. I, n°78 et Cass. 1re civ. 30 avril 2014, n°13-16.380, Bull. civ. I, n°76.

²²⁰ F. Leduc, « Dommage - Perte de chance : manquement à un devoir de conseil (fédération de victimes ; notaire) », *RCA*, 2014, com. 215.

²²¹ J. Traullé, « la réparation de la perte de chance, entre clarification et interrogations persistantes », *D.* 2017, p.46.

l'exigence « quantitative quant à la chance perdue, qui doit avoir un minimum de consistance » est réintroduite dans un arrêt qui consiste en une « solution de principe »²²².

Pour Laura Vitale, autrice d'une thèse récente sur le sujet, ces arrêts ne sont que « le reflet d'une hésitation finalement tarie » et ne constituent qu'une « jurisprudence tout à fait erratique »²²³. Effectivement, depuis 2014, on trouve des arrêts rendus dans les deux sens²²⁴ mais elle affirme que la Cour de cassation s'oriente vers la protection de toutes les chances, même minimales. Les arrêts permettant leur réparation seraient, selon ses recherches entreprises pour sa thèse de doctorat, « plus nombreux que les rares arrêts affirmant encore la formule "chance réelle et sérieuse" » et les juridictions du fond seraient nombreuses à procéder à des réparations évaluées à moins de 5% de chances. En définitive, Laura Vitale en conclut qu'il « semble qu'ait triomphé la thèse selon laquelle la disparition de toute chance ouvre droit à réparation »²²⁵. Ce changement est très critiqué dans la thèse qui considère que le seuil minimal de sérieux devrait être restauré²²⁶.

S'agissant uniquement de la perte de chance de gagner un procès, on peut relever un argument particulièrement fort. Ce nouveau système permettant la réparation de toute perte de chances, si minimales soient-elles, est une « grâce pour le mauvais contentieux » en ce qu'il est à craindre une multiplication des contentieux dans lesquels l'aléa, quoique minime, est toujours présent comme celui de la responsabilité professionnelle des auxiliaires de justice²²⁷. Par cette ouverture, il devient beaucoup plus simple d'engager la responsabilité de l'avocat dont le fait générateur est la faute simple.

Cette ouverture de la notion de perte de chance est regrettée par le Professeur Borghetti qui craint que ne se forme un « mauvais contentieux », c'est-à-dire un contentieux « qui consomme une ressource disproportionnée de ressources collectives par rapport au bénéfice que peuvent en retirer les parties »²²⁸. Cette évolution est fort loin de l'adage *de minimis non*

²²² J.-S. Borghetti, « Réparation de la perte de chance : la Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue », *RCA*, 2014, comm. 815.

²²³ L. Vitale., *op. cit.*, p.286, §542.

²²⁴ Pour des arrêts favorables au critère quantitatif : voir nott. Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2015, n°14-25109 et Cass. com., 8 mars 2016, n°14-26212 ; Pour des arrêts défavorables au critère quantitatif : voir nott. Cass. com. 13 mars 2014, n°13-11758, Cass, 1^{re} civ. 12 octobre 2016, n°15-23230 et n°15-26147.

²²⁵ L. Vitale., *op. cit.*, p.290, §549.

²²⁶ *Ibid.*, p.290 et suiv., §550 et suiv.

²²⁷ *Ibid.*, p.297, §566.

²²⁸ J.-S. Borghetti, « la faible chance revient en force », *RDC*, 2017, p.27.

curat praetor. Or, comme l'a écrit le Doyen Carbonnier²²⁹, cet adage protège également le demandeur contre « lui-même, contre sa prodigalité de quérulent ».

Alors que l'institution judiciaire poursuit un objectif de paix sociale et d'apaisement des conflits, le développement de la réparation de la perte de chance de gagner un procès fait figure de « mauvais contentieux ». Ce constat s'applique davantage à la responsabilité de l'avocat qu'à celle du juge et de l'État, puisque les obstacles à leur mise en cause sont nombreux. Néanmoins, la responsabilité liée au service public défectueux de la justice participe aussi à cette idée de mauvais contentieux lorsqu'il s'agit d'indemniser la violation des obligations processuelles de l'État. En effet, cette indemnisation peut aussi bien avoir lieu alors qu'une chance de gagner le procès a été perdue que lorsque le procès a été gagné : le contentieux peut se poursuivre alors même que la victime a obtenu une décision qui lui était favorable.

Sect. 2 : L'indemnisation de la violation des obligations processuelles de l'État

La réparation de la violation des obligations processuelles de l'État peut consister en l'indemnisation de la perte de chance de gagner un procès mais peut également être analysée de manière autonome.

Le cas le plus évident est la violation de la durée raisonnable du procès. Dans cette hypothèse, le justiciable a bénéficié d'un avocat parfaitement professionnel et d'un juge revêtu de la même qualité. Aucune faute n'a été commise par les acteurs de la justice et il a obtenu l'application du droit. Toutefois, l'État a l'obligation de garantir la durée raisonnable du procès. L'indemnisation portera uniquement sur cette question (§1).

La durée raisonnable du procès n'est pas la seule obligation processuelle que doit garantir l'État. Il s'agit alors d'étudier la réparation de la violation d'une de ses autres obligations processuelles en elle-même et non en ce qu'elle a entraîné une perte de chance (§2).

²²⁹ J. Carbonnier, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p.75.

§1 : La question particulière de la durée raisonnable du procès

L'autonomie de la réparation du préjudice causé par une durée déraisonnable.

La réparation du préjudice causé par une durée déraisonnable doit être étudiée de façon autonome. Pour cette étude, il convient non seulement de l'isoler de la perte de chance de gagner un procès mais aussi de l'affirmer en tant que réparation.

La responsabilité de l'État et celle des magistrats, peuvent être engagées pour faute lourde ou déni de justice. Or, le déni de justice renvoie également à la violation du délai raisonnable issu de l'article 6§1 de la Convention EDH. Une telle faute est considérée de façon objective puisque seul compte la violation du délai. La réparation du dépassement du délai raisonnable peut donc être pensée de façon autonome, alors qu'il n'y a pas de perte de chance de gagner son procès. Le peintre et auteur Michel Ange écrivait que « La plus irréparable des pertes est celle du temps »²³⁰. Pourtant, il s'agit bien ici d'indemniser le temps perdu lors de la procédure.

Par ailleurs, une autre difficulté est que l'objectif de la Convention EDH et de la jurisprudence de la Cour européenne n'est pas l'indemnisation des fautes ou même leur sanction mais l'absence de violation du délai raisonnable²³¹. Penser la réparation de ce préjudice sans adopter ce point de vue prophylactique est donc particulièrement intéressant : plutôt que de s'intéresser au niveau « macro » c'est-à-dire de rechercher si la responsabilité de l'État permet à l'avenir de faire baisser les violations du délai raisonnable, il s'agit d'étudier le niveau « micro » c'est-à-dire d'étudier l'indemnisation que reçoit un justiciable en particulier. En effet, l'objectif de la responsabilité privilégié dans cette étude est uniquement la réparation offerte à la victime.

²³⁰ Michel Ange, L'œuvre littéraire de Michel Ange, 2e éd., 1911, Librairie Ch. Delagrave, Madrigal XXI ; disponible en livre électronique à l'adresse suivante : https://fr.wikisource.org/wiki/L%E2%80%99%C5%92uvre_litt%C3%A9raire_de_Michel-Ange/Texte_entier.

²³¹ B. Delaunay, « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », *RFDA*, 2009, p.551 : « il s'agit aujourd'hui moins de sanctionner en aval le délai excessif que de s'efforcer de garantir en amont un délai raisonnable ».

La nature substantielle de la réparation. Plusieurs façons de réparer un tel préjudice pourraient être envisagées. On pourrait retenir, par exemple, qu'une procédure qui dure depuis trop longtemps doit être clôturée ou bien qu'une décision intervenue trop tard doit être annulée. Ces hypothèses de réparation ont été présentées, sans succès, devant le juge français.

Ainsi, il n'est pas possible de faire valoir la violation du délai raisonnable pour demander la clôture d'une procédure de liquidation des biens quand bien même elle empêcherait le débiteur d'administrer et de disposer de ses biens pendant 33 ans²³². Dans cette décision, la Cour de cassation prend toutefois la peine de préciser que si le délai « n'est pas sanctionné par la clôture de la procédure de liquidation des biens » il demeure qu'il « lui ouvre l'action en réparation prévue à l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire, qu'il peut exercer au titre de ses droits propres ». Cette situation particulièrement choquante a entraîné une réforme du droit des entreprises en difficulté : l'article L.643-9 alinéa 4 du Code de commerce permet aux créanciers de demander la clôture de la procédure au bout de 2 ans. Il demeure que cette possibilité n'est réservée, de façon assez logique sur le plan substantiel, qu'aux créanciers. Or, dans l'espèce considérée ici, la victime du délai raisonnable était le débiteur. Même hors du champ de l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire, la logique substantielle l'emporte sur l'obligation processuelle de garantir un délai raisonnable. Le remède processuel qu'est la clôture de la procédure n'est disponible que dans une matière particulière pour certaines parties.

Dans le même ordre d'idées, des plaideurs ont déjà tenté d'obtenir, en tant que réparation de leur préjudice, l'annulation de la décision rendue tardivement. Ces tentatives sont restées vaines. Par exemple, dans une décision du 13 décembre 2001, la cour d'appel de Paris a été amenée à affirmer que « la sanction attachée à la violation éventuelle de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable ne peut être l'annulation de la procédure, mais la réparation du préjudice susceptible d'avoir été causé par une telle durée »²³³.

En conséquence, « la réparation du préjudice prévue à l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire demeure la seule voie ouverte » à la victime de cette faute²³⁴. Cette affirmation d'une réparation par équivalent en numéraire participe de la logique substantielle

²³² Cass. com., 16 décembre 2014, n°13-19.402, RTD com, J.-L. Vallens, p.161.

²³³ CA Paris, 1^{re} ch., section H, 13 décembre 2001, RG n°2001/03672.

²³⁴ S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p.1076, §611.

retenue pour la responsabilité de l'État. Aucune réparation processuelle n'est retenue en général dès lors qu'il s'agit de violation du délai raisonnable.

L'appréciation du préjudice. Le préjudice causé peut être matériel ou moral mais, du fait de la jurisprudence de la Cour EDH, ce dernier fait l'objet d'une présomption simple²³⁵. Dès lors, il est bien plus aisé d'obtenir une réparation pour un préjudice moral que pour un préjudice matériel²³⁶.

Le préjudice moral indemnisé en cas de violation du délai raisonnable est qualifié par le Pr. Marie-Anne Frison Roche de « forme de chagrin de ne plus vivre dans un pays dont la justice soit suffisamment efficace puisqu'elle n'est plus en mesure de pratiquer son office, équivalent à une sorte de tarif »²³⁷. Cette idée de tarif, de forfait est particulièrement visible devant le Conseil d'État en matière administrative : dans la plupart des décisions, chaque année passée à attendre la décision de justice donne lieu à une indemnité comprise entre 500 et 1000 euros²³⁸. Pour ce qui est de la matière civile, il est plus difficile de réaliser une telle étude puisque l'appréciation des juges du fond est, en la matière, souveraine²³⁹ et que, contrairement à l'ordre administratif, la juridiction suprême n'est pas compétente pour aller ces réparations²⁴⁰. Il n'y a donc pas de mouvement d'uniformisation. En outre, il convient de relever que le juge national bénéficie vis-à-vis de la Cour de Strasbourg d'une marge nationale d'appréciation²⁴¹ si bien qu'il n'existe pas de contrôle sur le montant de ces indemnités. Il demeure que le principe de la réparation intégrale est applicable : le préjudice entier doit être réparé. Le mouvement de

²³⁵ CEDH, grande ch., 29 mars 2006, n°64890/01, *Apicella c/ Italie*, §93. Voir également pour la reprise de la présomption par le juge interne : M. Delamarre, « La réparation des préjudices nés du délai déraisonnable de la procédure juridictionnelle », *LPA* 25 mars 2015, p. 6.

²³⁶ Voir par ex. : CA Paris, pôle 4, ch. 13, 31 mars 2021, RG n°20/07267. Dans cette affaire, le juge accepte d'indemniser un préjudice moral mais rejette toute indemnisation du préjudice matériel (constitué selon la demanderesse par la non-délivrance par son employeur d'une attestation lui ouvrant les droits à une allocation chômage ; rejeté par la cour d'appel car la demanderesse n'a passé qu'un mois sans activité professionnelle). On peut relever que dans cette espèce, le juge considère en équité qu'il n'y a pas lieu à ce que le défendeur succombant paye les frais irrépétibles. Pour un exemple moins flagrant, voir : CA, pôle 2, ch. 1, 16 juin 2020, RG n°18/17790.

²³⁷ M.-A. Frison-Roche, « Les lenteurs procédurales excessives constituent un déni de justice engageant la responsabilité de l'État », *D.*, 1998, p.9.

²³⁸ B. Delaunay, « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », *RFDA*, 2009, p.551 ; M. Delamarre, « La réparation des préjudices nés du délai déraisonnable de la procédure juridictionnelle », *LPA* 25 mars 2015, p. 6.

²³⁹ Rep. resp. de la puissance publique, *op. cit.*, §342.

²⁴⁰ M. Delamarre, « La réparation des préjudices nés du délai déraisonnable de la procédure juridictionnelle », *LPA* 25 mars 2015, p. 6.

²⁴¹ B. Delaunay, « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », *RFDA*, 2009, p.551.

forfaitisation est une réponse à la difficulté d'évaluer une perte de temps, les angoisses du plaideur etc.

Le préjudice matériel peut également être indemnisé mais le pouvoir souverain des juges du fond ne permet pas la formation d'une jurisprudence précise en la matière. Toutefois, on peut relever qu'il peut être plus difficile de le distinguer d'une simple perte de chance. Ainsi, la Cour de cassation a dû rappeler que le dommage causé par un retard dans le prononcé d'une décision n'est pas réductible à la perte de chance d'en obtenir plus tôt l'exécution²⁴². Le préjudice matériel est bel et bien un concept autonome mais son domaine dépend largement des cas d'espèce.

Ces difficultés ne sont pas propres à la violation du délai raisonnable : elles se retrouvent dès qu'une obligation tirée du droit à un procès équitable est violée.

§2 : Le droit à une protection juridictionnelle effective

Le respect des autres obligations processuelles pensé de manière autonome. En effet, il est plus difficile de penser à la réparation d'obligations processuelles comme la publicité ou l'impartialité sans entrer sur le terrain de la perte de chance de gagner le procès. Pourtant, une telle indemnisation peut également être pensée de manière autonome.

Pour le Professeur Behar-Touchais, « les fautes commises dans l'organisation de l'instance sont plus fréquentes qu'on ne le pense »²⁴³. Elles ne constituent pas toutes des fautes lourdes mais certaines d'entre elles peuvent recevoir cette qualification. Il est alors possible de s'interroger sur la nature de la réparation de la violation de ces obligations processuelles en l'absence de perte de chance de gagner son procès.

²⁴² Cass. 1^{re} civ. 4 juin 2009, n°08-16.480.

²⁴³ M. Behar-Touchais, « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.532.

La réparation pécuniaire face aux apports du procès équitable. Le mécanisme de l'article L.141-1 du Code de l'organisation judiciaire prend en compte les spécificités du service public de la justice en tant qu'autorité judiciaire mais ne s'inscrit pas dans une logique processuelle.

L'exemple de la publicité est particulièrement éloquent. Il est possible d'envisager qu'une violation du principe de publicité des débats constitue une faute lourde du juge²⁴⁴. La publicité des débats constitue une « exigence démocratique essentielle » en ce qu'elle permet une « justice transparente » vis-à-vis des parties et de l'ensemble de la population²⁴⁵. En outre, la publicité reflète aussi l'adage de *common law* accueilli en droit processuel européen : *justice is not only to be done, but to be seen to be done*²⁴⁶. La partie qui aurait été privée de cette garantie peut donc souffrir d'un préjudice quand bien même elle aurait obtenu gain de cause.

Cette situation a déjà été étudiée en psychologie sociale par des chercheurs américains²⁴⁷ à propos d'une hypothèse très particulière. Dans le cas étudié, un juge chargé de punir des infractions routières mineures à Chicago convoquaient les parties à une audience. Les justiciables qui se déplaçaient bénéficiaient automatiquement d'une relaxe : le magistrat considérait que le déplacement un jour de semaine était, par les contraintes qu'il impliquait, déjà une forme de sanction. Cette décision est favorable au justiciable : le simple fait de se présenter à l'audience permet d'obtenir gain de cause quand bien même l'infraction est constituée. Or, les chercheurs constatèrent que l'initiative du juge était très mal vécue par les justiciables. Ils avaient bénéficié d'une décision qui leur était favorable mais ils voulaient plaider leur cause devant le juge. La relaxe ne représentait donc pas une victoire totale : le rituel judiciaire, pour reprendre l'expression du Dr Antoine Garapon²⁴⁸, manquait. Dans ces conditions, le justiciable qui est contraint de ne pas assister à l'audience subit bien un préjudice sans rapport avec l'issue du procès. Dans ces conditions, une simple indemnisation ne permet

²⁴⁴ L. Mayer, « Nouveaux pouvoirs accordés au juge civil : l'urgence sanitaire peut-elle tout justifier ? », *Gaz. Pal.*, 28 avril 2020, n°16, p.81.

²⁴⁵ Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p.1035, §582.

²⁴⁶ Soit, en français : « la justice ne doit pas seulement être rendue, il faut aussi que chacun puisse voir qu'elle est rendue » in Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p.1035, §582.

²⁴⁷ E. Allan Lind, T. R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, 1re éd., 1988, Springer-Verlag New York Inc. cite in R. Théry, Séminaire de philosophie de la justice (Master 2 Justice et droit du procès), 2020-2021, Université Paris II Panthéon-Assas.

²⁴⁸ A. Garapon, *Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire*, 2001, Odile Jacob, p.269 : « le rituel (...) délimite un espace séparé du prétoire et reconstitue un univers symbolique à l'image du monde, introduit une coupure du temps et reconstitue les faits dans un seul trait de temps, investit des acteurs et permet un dédoublement de personnalité, et, enfin, redouble le réel par un conditionnement procédural ».

pas véritablement de *réparer* la frustration du justiciable : il ne s'agit que d'un équivalent compensant le préjudice moral subi.

La difficulté de la réparation par équivalence est connue de longue date en droit de la responsabilité civile, elle n'est pas propre à la faute commise pendant le procès. Néanmoins, les spécificités de la matière interrogent quant à l'opportunité de ne permettre aucun remède processuel à la violation d'une obligation processuelle.

L'hypothèse d'un nouveau procès, réparation parfaite mais inadéquate. Dans ces conditions, la seule manière d'offrir une véritable réparation de l'obligation processuelle serait d'organiser un nouveau procès afin de recommencer le rituel judiciaire en respectant toutes les obligations processuelles violées. Plusieurs difficultés s'y opposent.

Tout d'abord, on peut arguer qu'il serait illégitime et dénué de sens d'organiser un nouveau procès tout en reconnaissant que son issue devrait être identique. En effet, s'il est impossible de saisir à nouveau un juge du litige lorsque la décision aurait dû être différente, la solution devrait valoir *a fortiori* quand la violation d'une obligation processuelle n'a pas changé l'issue du procès. Une telle solution manquerait donc de cohérence. Dès lors, pour préserver la cohérence, il faudrait donc pouvoir rejuger tous les litiges à l'occasion desquels une faute a été commise par un professionnel ou l'État. Une telle solution n'est pas opportune en raison du souci de préserver l'autorité négative de chose jugée et la paix sociale. Il ne s'agit pas de pouvoir recommencer à l'infini des procès en profitant de la faute plus ou moins bénigne d'un professionnel.

Enfin, il convient de rappeler que ce « nouveau procès » existe déjà : par l'exercice de voies de recours, la victime de la faute pourra obtenir devant une autre juridiction le respect de son droit au procès équitable. Les hypothèses dans lesquelles celui-ci serait violé à chaque fois qu'un juge doit se prononcer sur son litige sont très limitées. La question est donc principalement théorique.

En conséquence, le recours à la logique substantielle ne doit pas être perçue de manière caricaturale : il permet ici la protection d'institutions processuelles aussi capitales que l'autorité de chose jugée quand un remède processuel les mettrait en péril. Cette constatation ne signifie

pas pour autant qu'il est impossible d'avoir recours à une logique processuelle dans la réparation de la faute commise pendant le procès en matière civile.

Conclusion du chapitre 2

La réparation de préjudices processuels selon une logique substantielle présente de multiples difficultés.

D'une part, elle suppose d'indemniser le préjudice constitué par la succombance à un procès sans pour autant trahir les grands principes de la procédure civile. Ceux-ci forment autant d'obstacles théoriques à la reconnaissance de la perte de chance de gagner son procès. L'un de ces obstacles, l'exercice des voies de recours, présente la particularité de ne pas être traité de la même façon selon la qualité du fautif. Cette différence montre à quel point il n'existe pas de réponse cohérente à la question de la réparation de la faute commise pendant le procès. Même au sein de régimes correspondants à une logique plus substantielle que processuelle, se trouvent des distinctions difficilement justifiables.

D'autre part, elle implique d'indemniser la violation par l'État de toutes ses obligations processuelles, quand bien même la victime n'aurait pas perdu de chance de gagner son procès. Dans cette hypothèse, il est impossible de satisfaire pleinement l'objectif de réparation. La logique substantielle trouve rapidement sa limite : il est très difficile de réparer du temps perdu mais il est quasiment impossible d'estimer la valeur pécuniaire des apports d'un procès équitable. Ces préjudices processuels ne pourraient être réparés que par l'organisation d'un nouveau procès mais un tel remède piétinerait la cohérence de la procédure civile : un procès serait organisé pour lui-même, alors que le litige est déjà résolu. Face à une telle difficulté, à une telle perte de sens, la logique substantielle permet d'obtenir la solution la moins désavantageuse.

Conclusion de la partie 1

La réparation des fautes commises par le juge, l'État ou de l'avocat relève d'une logique substantielle en ce qu'elle passe par l'application des grands principes du droit de la responsabilité, y compris lorsqu'une prise en compte plus importantes des enjeux processuels inviteraient à procéder différemment.

Bien que guidés par une logique commune, ces régimes de responsabilité présentent des degrés variés. Quand la responsabilité civile professionnelle de l'avocat ne présente que quelques particularités par rapport au droit commun, la responsabilité de l'État et, plus encore, celle du juge sont largement dérogoires. Ce caractère n'est pas issu d'une sollicitude particulière pour la logique de la procédure civile ou du droit processuel en général mais du souci de préserver l'autorité morale de l'institution judiciaire et de limiter les actions contre l'État. Aucune action dirigée personnellement contre un juge n'a été engagée depuis la mise en place du système actuel.

Cette logique substantielle n'est pas un « mal » mais part d'un simple constat. Elle est d'autant plus visible que d'autres voies sont possibles. Ainsi, l'ancienne procédure de la prise à partie était considérée de façon mixte : classée parmi les voies de recours extraordinaires, elle permettait également à la victime d'obtenir la réparation de la faute causée par le juge. Le remède reste alors substantiel mais la responsabilité du juge est abordée d'un point de vue processuel.

La logique processuelle existe encore en droit positif français. Elle inspire le régime de la liberté d'expression des plaideurs et pourrait être développé dans le cadre de la réparation de l'abus de droit d'action.

PARTIE 2 : La faute dans l'exercice de droits fondamentaux processuels réparée selon une logique processuelle

Les droits fondamentaux processuels ont, ces dernières années, connu un essor très important sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour EDH. Leur importance a également été affirmée à différents niveaux du bloc de constitutionnalité. Pour autant, ces droits ne sont ni absolus, ni discrétionnaires. Celui qui en bénéficie peut être amené à rendre compte de ses actes.

Certains droits ont nécessairement pour conséquence de nuire à autrui. S'il est naturel que le demandeur nuise au défendeur quand il le cite en justice ou révèle des comportements que ce dernier aurait préféré garder secret, il est anormal qu'une action ou des actes de procédure aient pour seul objectif de nuire à autrui. Une telle hypothèse relève de l'exercice fautif d'un droit fondamental processuel. Dès lors, il n'est pas envisageable d'appliquer à ces

abus de droit processuel les règles de droit commun de responsabilité. C'est pourquoi l'abus du droit d'action en justice et l'abus de la liberté d'expression de la défense présentent des régimes exceptionnels et ne se fondent pas sur les textes de droit commun. Devant un tel enjeu, la logique processuelle l'emporte sur la logique substantielle de la réparation : il est préférable que le juge devant lequel s'exercent ces droits fondamentaux soit compétent pour estimer si leur exercice est devenu fautif. Il existe toutefois une différence de degré dans la prise en compte de cette spécificité.

En effet, la réparation du préjudice causé par un abus du droit d'action ne répond à la logique processuelle que de façon limitée. Déjà, comme la faute commise est un abus de droit processuel, elle ne peut être analysée comme une faute substantielle. En outre, en pratique, la procédure suivie se déroule toujours devant le juge saisi de l'action abusive. Ces éléments permettent d'identifier une logique processuelle potentielle, une logique processuelle en puissance (Chapitre 1).

La réparation du préjudice causé par un abus de la liberté de la défense se fait incontestablement selon une logique processuelle. Ainsi, il est interdit de rechercher la responsabilité de l'auteur de la faute en dehors de l'instance d'origine et la réparation peut consister en un remède processuel plutôt qu'en une indemnisation pécuniaire. Dans ces conditions, ce régime de responsabilité correspond à une logique processuelle en acte (Chapitre 2).

D'autres droits fondamentaux du justiciable auraient pu être traités dans ce travail mais seuls ces deux cas emblématiques seront abordés. On peut toutefois mentionner que la question aurait pu être posée pour ce qui est de l'abus du droit d'action du défendeur, des manœuvres dilatoires exercées sous couvert des droits de la défense²⁴⁹ et de l'exercice des voies de recours²⁵⁰.

²⁴⁹ CPC, articles 188, 123, 550 et 560.

²⁵⁰ CPC, articles 559, 581 et 628. Une telle analyse aurait bien évidemment supposé de se demander si le droit d'accès au juge supérieur est, ou non, un droit fondamental.

Chapitre 1 : L'abus de droit d'action ou la logique processuelle en puissance

Le droit contemporain admet que le titulaire d'un droit subjectif puisse, par l'usage qu'il en fait, commettre une faute. Cette vision est bien éloignée de la solution du droit romain, époque à laquelle le jurisconsulte Ulpien proclamait « Celui qui use de son droit ne lèse personne »²⁵¹.

Tout justiciable bénéficie du droit d'agir en justice. Ce droit, qui doit être analysé au regard des notions de droit d'action et de droit d'accès à un tribunal, n'est pas absolu et peut faire l'objet d'un abus. La théorie de l'abus de droit, issue du droit privé, intervient donc sur un concept qui relève à la fois de la procédure et des droits fondamentaux. L'étude de l'abus du droit d'agir en justice est l'occasion de confronter droit substantiel et droit processuel (Sect. 1).

Une fois l'abus de droit d'action admis, il reste à juger ce nouveau litige substantiel. La réparation de l'abus du droit d'action doit être distingué de la simple succombance au procès : il s'agit, pour le juge, de trancher une nouvelle question de droit. Pour autant, ce nouveau litige ne donnera pas lieu à un nouveau procès et fera seulement l'objet d'une demande nouvelle. Le caractère processuel de la réparation de l'abus du droit d'action s'arrête ici : la réparation se fait par équivalent et jamais par un remède processuel (Sect. 2).

Sect. 1 : L'abus du droit d'agir en justice

L'abus de droit est « la faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux »²⁵².

Le présupposé de cette règle est l'existence d'un droit. Pour caractériser l'abus du droit d'agir en justice, il faut encore reconnaître et qualifier ce droit dont la liberté est l'une des principales caractéristiques (§1).

²⁵¹ M.-R. Renard, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2017, p.6.

²⁵² G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.7, notice « abus ».

L'application de la théorie de l'abus de droit, ou plutôt des théories de l'abus de droit, à l'action en justice soulève plusieurs difficultés. Il s'agira d'analyser comment ce droit processuel est appréhendé par des théories d'origine substantielle (§2).

§1 La reconnaissance du droit d'agir en justice

Le droit d'agir en justice est caractérisé par sa place particulière : l'action en justice est ce qui permet d'aborder ensuite le fond du litige. Pour autant, ce concept n'est pas purement processuel : sa définition a longtemps été intimement liée, voire confondue avec la notion de droit subjectif.

L'évolution de la notion est liée à celle du statut de la procédure civile : d'un simple droit accessoire vers le droit du procès civil²⁵³. Encore aujourd'hui, l'action n'est pas une notion sans aucun rapport avec le droit substantiel comme peut l'être par exemple la signification. Elle constitue un maillon déterminant d'une chaîne allant de l'existence virtuelle d'un droit subjectif substantiel à sa reconnaissance par une décision de justice. Cette première caractéristique suppose d'étudier la difficile catégorisation de l'action en justice (A).

Pour autant, le droit d'agir en justice ne saurait être réduit à la définition technique du droit d'action puisque ces dernières décennies, il a été affirmé qu'il était également un droit fondamental caractérisé par la liberté. Cet aspect complète le caractère libre de l'action en justice (B).

A. La difficile reconnaissance du droit d'action

Définition légale de l'action en justice. L'action en justice est consacrée par le Code de procédure civile aux articles 30 et suivants. L'article 30 de ce code définit l'action en justice comme « 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 » (al. 1^{er}) et précise que « pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention » (al. 2nd). Son absence est sanctionnée par l'irrecevabilité des prétentions (CPC, art. 32).

²⁵³ Pour un état des lieux sur la relation entre droit civil et procédure civile, voir : N. Cayrol, « Le droit civil aujourd'hui », *RTD civ.*, 2020, p.502.

Le premier enseignement de ces sources est que l'action est un droit. Il est qualifié de « droit subjectif processuel »²⁵⁴. Ce droit doit être différencié du droit subjectif substantiel qui fonde la demande. Cette distinction apparait particulièrement prégnante lorsque l'on compare la sanction attachée à l'absence de ces droits. Le justiciable qui n'a pas de droit d'action verra sa demande déclarée irrecevable, tandis que celui qui est dépourvu de droit subjectif, mais a bien un droit d'action, sera débouté. Le droit d'action se situe en amont du droit substantiel.

Présentation des controverses doctrinales. Pour autant, une présentation de l'action en justice ne saurait être aussi brève. En effet, cette qualification de l'action comme droit subjectif, bien que consacrée par la loi, n'a rien d'évident et fait l'objet de controverses à la fois historiques et contemporaines. Ainsi, le Professeur Bolard relève que « quand elle est admise, la notion du code est « mal admise »²⁵⁵, à moins qu'on lui préfère l'énoncé de ses conditions »²⁵⁶.

On peut séparer les controverses doctrinales autour de la notion d'action en justice en deux catégories selon la période à laquelle elles ont eu lieu. Il convient d'abord d'analyser la controverse historique c'est-à-dire la thèse selon laquelle l'action était assimilable au droit substantiel défendu. Ensuite, il sera utile de dresser un bref état des lieux afin de comprendre les différentes conceptions contemporaines de l'action en justice et leurs conséquences.

La controverse historique : l'identification de l'action et du droit substantiel. Historiquement, l'action était considérée comme un accessoire du droit subjectif substantiel qui en permettait la sanction. Le célèbre Professeur Demolombe résumait cette « identification de l'action et du droit »²⁵⁷ en la fameuse formule : « l'action en justice est le droit lui-même mis en mouvement (...), le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos, le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix »²⁵⁸. De façon encore plus marquante, le Professeur

²⁵⁴ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 11e éd., août 2020, LexisNexis, coll. manuel, p.284, §317. Voir aussi : S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *Procédure civile*, août 2014, PUF, coll. Thémis droit, p. 61, §29.

²⁵⁵ M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », in *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, 1996, Dalloz, p.1 cité in G. Bolard, « Notre belle action en justice » in *Mélanges Wiederkehr*, mai 2009, Dalloz, p.17.

²⁵⁶ G. Bolard, « Notre belle action en justice » in *Mélanges Wiederkehr*, mai 2009, Dalloz, p.17.

²⁵⁷ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p. 55, §25.

²⁵⁸ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 1855-1866, t. IX, 4^e éd., « Traité de la distinction des biens », 1870, Durand/Hachette, n°388 cité in S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p.5, §6.

Garsonnet affirmait que « L'action n'est pas autre chose que le droit lui-même »²⁵⁹. Cette théorie classique formulée au XIXe siècle a été battue en brèche tout au long du XXe siècle, si bien qu'elle est aujourd'hui « unanimement condamnée »²⁶⁰. La conception de l'action comme droit subjectif processuel, issue de la pensée du Professeur Motulsky²⁶¹ a fini par triompher en droit positif.

L'ancienne conception de l'action en justice traduit la façon dont la relation entre la procédure et le droit substantiel était alors envisagée. Effectivement, la procédure a longtemps été considérée comme un « simple prolongement du droit substantiel », un « droit auxiliaire du droit substantiel »²⁶² ou encore un « droit servant (...) auxiliaire et dépendant »²⁶³. En conséquence, il était plus que logique que l'action se définisse par référence au droit substantiel plutôt qu'en termes purement processuels. À lire l'article 30 du Code de procédure civile, ce rapport de force en faveur du droit substantiel a disparu : l'action devient un droit processuel envisagé de façon autonome.

Les controverses contemporaines : état des lieux. Aujourd'hui encore, la doctrine n'est pas unanime sur la qualification de l'action comme droit subjectif mais ces controverses ne remettent pas en cause l'importance de la procédure civile par rapport au droit civil.

Ainsi, pour certains auteurs²⁶⁴, l'action serait seulement l'ensemble des conditions de recevabilité de la demande ou des défenses. En conséquence, il n'y aurait pas de droit d'action mais seulement des conditions de recevabilité sans lesquelles le fond de la demande ne peut être examiné. Ces auteurs reconnaissent néanmoins que leur conception n'est pas celle de l'article 30 du Code de procédure civile, ni celle retenue dans un certain nombre d'arrêts de la Cour de cassation²⁶⁵. On peut également reprocher à cette conception de ne pas prendre en

²⁵⁹ E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. 1, 2^e éd., 1898, n°289, p.483 cité in L. Cadiet, E. Jeuland, *op. cit.*, p.282, §311.

²⁶⁰ G. Wiederkehr, « une notion controversée : l'action en justice », *Mélanges P. Simler*, 2006, Dalloz-Litec, p. 903.

²⁶¹ H. Motulsky, *Le droit subjectif et l'action en justice*, Arch. philos. chr. 1964, p.215 et s. reproduit in *Écrits, études et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, 2^e éd., 2009, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz.

²⁶² S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p.5, §6 et §7.

²⁶³ N. Cayrol, « Le droit civil aujourd'hui », *RTD civ.*, 2020, p.502.

²⁶⁴ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, §48 et suiv.

²⁶⁵ Voir, par exemple, Cass. com., 22 mai 2007, n°06-12196 dans lequel la chambre commerciale admet qu'une renonciation par un créancier à son droit d'agir en justice contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation et ne fait donc pas obstacle à une action contre la caution solidaire du débiteur. Ce faisant, la Cour considère l'action comme un droit autonome et non comme de simples conditions de recevabilités. «

compte les distinctions que fait le Code de procédure civile, notamment celle entre désistement d'instance et désistement d'action prévue par l'article 398 de ce code²⁶⁶.

Pour d'autres comme les Professeurs Jèze et Vizioz, l'action serait « une faculté d'agir, traduction d'un pouvoir légal »²⁶⁷. Cette conception est adoptée par les auteurs du Précis de procédure civile²⁶⁸ parce qu'elle permet de « rendre compte des cas particuliers où le demandeur n'agit pas dans son intérêt personnel ». Pour autant, ces derniers auteurs réfutent la qualification de « pouvoir » au profit de celle de « prérogative légale »²⁶⁹.

Enfin, il existe une troisième conception selon laquelle l'action, ambivalente par nature, échapperait aux catégories existantes. Selon cette vision, elle ne saurait constituer un droit subjectif. Effectivement, cet accès au juge n'est pas vraiment un droit puisqu'il a pour corollaire l'interdiction de se faire justice à soi-même. Dès lors, devant une telle ambivalence, « toutes les tentatives de la ramener à une catégorie particulière sont vouées à l'échec »²⁷⁰. Cette difficulté est expliquée par le rôle de l'action : « Elle relie le droit substantiel à la procédure. Par un côté, elle est donc liée au fond du droit et par l'autre à la procédure »²⁷¹.

Ces positions doctrinales diverses montrent à quel point il est, encore aujourd'hui, difficile d'adhérer sans aucune hésitation à la conception consacrée droit positif. Une des difficultés s'opposant à une définition unique de l'action est issue de la nature même de l'action en justice, notion juridique qui permet d'établir un lien entre le droit subjectif et la procédure civile. Ainsi, les Professeurs Cadiet et Jeuland considèrent qu'il est excessif de prétendre à une « autonomie absolue de l'action et du droit »²⁷². Pour le reste de cette étude, il convient de retenir que la loi consacre l'action en justice comme un droit subjectif bien que cette qualification soit sujette à débats. Pour autant, la possibilité d'agir en justice ne saurait être considérée *seulement* comme un droit en justice. Elle est aussi un droit fondamental.

²⁶⁶ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p. 63, §31.

²⁶⁷ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p. 65, §34.

²⁶⁸ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, p. 129, §147.

²⁶⁹ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, p. 130, §147.

²⁷⁰ G. Wiederkehr, « une notion controversée : l'action en justice », *Mélanges P. Simler*, 2006, Dalloz-Litec, p. 911.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² L. Cadiet, E. Jeuland, *op. cit.*, p.286, §318.

B. La liberté d'user de son droit fondamental d'agir en justice

Le droit d'agir en justice ne saurait être limité à la définition du droit d'action. Il est impossible d'aborder la question de l'abus du droit d'agir en justice en passant sous silence que l'action peut également être considérée comme un droit fondamental, voire même une « liberté fondamentale » selon certains auteurs²⁷³ (1). En effet, le droit d'agir en justice est caractérisé avant tout par la liberté, y compris du point de vue du régime du droit d'action tel qu'il est reconnu par le Code de procédure civile et la jurisprudence qui proclament le caractère libre de l'action (2).

1. L'action en justice, un droit fondamental

La reconnaissance tardive d'un droit fondamental. Si l'action en justice existe depuis le droit romain – lequel ne connaissait pas de droits subjectifs mais seulement des actions –, il demeure que sa consécration au rang de droit fondamental a été assez tardive. Contrairement à d'autres droits subjectifs comme le droit de propriété, le droit d'agir en justice n'a pas été consacré par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Il n'a pas non plus été retenu par les différentes constitutions qu'a connues la France. L'action en justice n'a été revêtue de cette qualité qu'après la Seconde guerre mondiale par des textes internationaux²⁷⁴.

L'impulsion des sources internationales. Dès la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, l'ouverture d'un « recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnues par la Constitution ou par la loi » est proclamée. Toutefois, ce texte n'a rien d'obligatoire et n'est considéré que comme un « idéal à attendre »²⁷⁵. Le véritable tournant provient de l'interprétation de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 effectué par l'arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975²⁷⁶. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme consacre le droit de toute personne à avoir accès à un juge. En d'autres termes, tout individu « souhaitant introduire

²⁷³ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, p. 119, §131.

²⁷⁴ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, p. 135, §153 et suiv.

²⁷⁵ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, p. 136, §155.

²⁷⁶ CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Roy. Uni*, série A, n°18, §36.

une action, entrant dans le champ d'application de la Convention, »²⁷⁷ doit pouvoir être entendu par un juge. Ce droit d'être entendu par un juge est le pendant, en droit européen des droits de l'homme, de l'action consacrée par l'article 30 du Code de procédure civile français.

La fondamentalisation en droit interne du droit d'agir en justice. Ces différentes sources supranationales ont entraîné en droit interne la reconnaissance du caractère fondamental du droit d'agir en justice. Le Conseil constitutionnel a ainsi consacré le droit d'exercer un recours devant une juridiction²⁷⁸ en se fondant sur une interprétation créative de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen²⁷⁹.

En raison de sa fondamentalisation, il est désormais réducteur de ne considérer le droit d'action qu'en tant que droit subjectif processuel. Ces évolutions constituent un obstacle possible à la reconnaissance d'un abus du droit d'agir en justice. Toutefois, cette difficulté existe également en droit interne puisque le droit d'action consacré par le Code de procédure civile est également caractérisé par la liberté.

2. Le caractère libre de l'action en justice

Définition. L'action en justice, même envisagée comme un droit subjectif processuel, est caractérisée par sa liberté. Ce caractère fait partie du régime du droit d'action en droit interne. Cette liberté renvoie à la fois à un principe positif et à un principe négatif²⁸⁰, à un sens positif et un sens négatif²⁸¹. Le principe positif signifie que toute personne est libre d'agir en justice ou non. Nul ne peut l'y contraindre hors les cas prévus par la loi²⁸². Le principe négatif correspond à « la liberté de se tromper »²⁸³, au « droit d'avoir tort »²⁸⁴, au « droit de perdre son procès »²⁸⁵. Dès lors, le seul fait d'avoir agi en justice ne saurait être constitutif d'une faute au

²⁷⁷ S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p.574, §316.

²⁷⁸ CC, 21 janv. 1994, n°93-335 DC.

²⁷⁹ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 16 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. ».

²⁸⁰ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, op. cit., p.83, §40.

²⁸¹ N. Cayrol, *Action en justice*, novembre 2019, Dalloz, coll. Dalloz-corpus, p.83, §164.

²⁸² Voir par exemple Cass. soc., 11 sept. 2012, *Bull. civ.*, V, n°226, n° 14-11.837 et 14-11.862 dans lequel la Cour de cassation défend à un syndicat d'intenter une action en contestation d'un transfert de contrat de travail car seul le salarié peut l'intenter.

²⁸³ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, op. cit., p.84, §42.

²⁸⁴ Expression du juriste italien P. Calamandrei reprise par le Doyen Cornu et les Professeurs Foyer et Motulsky citée in N. Cayrol, *Action en justice*, op. cit., p.83, §164.

²⁸⁵ N. Cayrol, *Action en justice*, op. cit., p.83, §164.

sens des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁸⁶, même dans l'hypothèse où il devrait perdre le procès *in fine* »²⁸⁷. Ce principe négatif est au cœur de la question de l'abus du droit d'action.

Principe : La liberté du plaideur de se tromper. La liberté suppose donc une certaine « immunité »²⁸⁸ du plaideur succombant. Cette appellation n'est pas partagée par toute la doctrine. Ainsi, d'autres auteurs considèrent plutôt que la liberté implique que « l'exercice d'une action en justice n'est pas, par elle-même, constitutive d'une faute » sans pour autant parler d'immunité²⁸⁹ ou préfèrent parler d'irresponsabilité²⁹⁰. Ce débat n'a toutefois pas d'incidence sur la limite au principe de liberté : l'abus du droit d'action.

Limite : Une liberté relative limitée par l'abus du droit d'action. La liberté attachée au droit d'action n'est pas absolue, c'est-à-dire « souverain, sans limite et sans contrôle »²⁹¹, « qui n'est lié, borné, retenu par rien »²⁹². Le droit d'action ne présente donc pas de caractère discrétionnaire²⁹³. Dès lors, l'exercice du droit d'action est donc susceptible, par exception, d'engager la responsabilité du justiciable. Or, la loi ne réserve qu'une seule exception²⁹⁴ au principe de liberté : l'abus de droit.

§2 Le concept de l'abus de droit appliqué au droit d'agir en justice

Tout d'abord, on tâchera de confronter la théorie de l'abus de droit à l'interdiction de l'abus du droit d'action (A).

Ensuite, on s'intéressera précisément aux conditions nécessaires pour caractériser un abus du droit d'agir en justice (B).

²⁸⁶ Ces articles ont été renumérotés par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Ils portent désormais les numéros 1240 et 1241 C. civ. mais leur substance n'a pas été modifiée.

²⁸⁷ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, p. 119, §132.

²⁸⁸ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, p. 119, §132.

²⁸⁹ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p.84, §42.

²⁹⁰ N. Cayrol, *Action en justice, op. cit.*, p.84, §167.

²⁹¹ Collectif, *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, notice « absolu », <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A0165> (adresse consultée le 23/03/2021 à 10h08).

²⁹² E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1873-1874, L. Hachette, version électronique créée par François Gannaz, notice « absolu », <https://www.littre.org/definition/absolu> (adresse consultée le 23/03/2021 à 10h08).

²⁹³ L. Cadiet, E. Jeuland, *op. cit.*, p.408, §440.

²⁹⁴ M.-R. Renard, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2017, p.6.

A. L'application d'un concept issu du droit privé à un objet processuel

Le fondement : l'article 32-1 du Code de procédure civile. L'article 32-1 du Code de procédure civile prévoit que « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. ».

Pour la majorité des auteurs, ce texte constitue une illustration de la théorie de l'abus de droit²⁹⁵. L'abus de droit n'est pas une notion admise par un texte général dans notre système juridique²⁹⁶. Issue du droit substantiel, elle pénètre ici dans le domaine de la procédure²⁹⁷. Ce n'est pas la seule hypothèse d'abus d'un droit processuel mais certains auteurs considèrent que c'est la « plus délicate »²⁹⁸.

Le concept substantiel d'abus de droit. Initialement, la question de savoir si l'utilisation d'un droit peut être fautive ne connaissait pas de réponse tranchée. La doctrine classique connaissait plusieurs adages latins contradictoires²⁹⁹. Ainsi, on retenait à la fois la maxime d'Ulpien selon laquelle « ne lèse personne celui qui use de son droit » (« *neminem laedit qui suo jure utitur* ») mais aussi la formule « celui qui abuse de son droit doit répondre des dommages qu'il cause à autrui » (« *male enim nostro jure uti non debemus* »). La notion d'abus de droit a toutefois été utilisée par la jurisprudence dès le XIXe siècle. Il existe deux grandes conceptions de l'abus de droit.

D'un côté, il est soutenu que le critère de l'abus est la volonté de nuire à autrui. Ainsi, celui qui utilise son droit dans le seul but de causer un dommage à autrui commet une faute, quand bien même il n'a pas dépassé les limites de ce droit. L'exemple classique de cette hypothèse est la célèbre affaire de la fausse cheminée³⁰⁰ : un propriétaire qui use de son droit de propriété dans le seul but de priver son voisin de la lumière du jour abuse de ce droit. Cette

²⁹⁵ N. Cayrol, *Action en justice*, op. cit., p.87, §174 ; voir aussi C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, op. cit., p.131, §149.

²⁹⁶ M.-R. Renard, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2017, p.6.

²⁹⁷ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, op. cit., p.132, §149.

²⁹⁸ Ch. Guettier et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021, Dalloz, coll. Dalloz action, p.885, n°2213.154.

²⁹⁹ Rép. civ., Dalloz, Abus de droit, 2017, §1 et §2, L. Cadet., Ph. Le Tourneau.

³⁰⁰ Voir le célèbre arrêt relatif à une fausse cheminée : Colmar, 2 mai 1955, Doërr, DP 1856, II, 9 (cité in Ph. Malaurie, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, 2015, LGDJ, p.3.

conception est notamment soutenue par des auteurs comme Marcel Planiol, Georges Ripert ou Jean Carbonnier³⁰¹.

D'un autre côté, une autre école affirme qu'il y a abus dès lors qu'un droit est détourné de sa fonction. Cette théorie dite « des droits fonction » a été initiée par Louis Josserand³⁰². Selon ce courant doctrinal, l'intention de nuire passe au second plan. Il faut identifier si le droit a été utilisé en conformité avec sa fonction, c'est-à-dire avec sa finalité sociale.

L'application théorique du concept d'abus de droit au droit d'agir en justice.

L'abus du droit d'agir en justice présente plusieurs particularités au regard de sa nature même. En effet, l'exercice même de ce droit nuit nécessairement à autrui. Au regard de la doctrine privatiste relative à l'abus de droit, le droit d'action peut s'analyser comme un « droit de nuire ».

Le terme de « droit de nuire » désigne des droits qui, lorsqu'ils sont exercés, entraînent nécessairement une nuisance pour autrui³⁰³. Le dommage causé par l'exercice du droit, dont l'exemple-type est le droit de grève, constitue un but nécessaire autorisé par la loi³⁰⁴. Une limite est toutefois posée : l'exercice fautif du droit de nuire. L'abus entre dans cette catégorie. Il est donc, du point de vue du droit privé, parfaitement concevable que l'exercice du droit d'action – lequel cause nécessairement un dommage à autrui puisque l'autre plaideur *subit* un procès – puisse à partir d'un certain stade tomber dans l'abus. En revanche, cette qualification suppose que la seule intention de nuire qui ne détourne pas le droit d'agir de sa fonction sociale n'est pas une faute³⁰⁵. On ne saurait reprocher à un plaideur de ne pas vouloir le bien de son adversaire : le demandeur réclame quelque chose à un défendeur qui ne veut manifestement pas lui accorder. La seule volonté de nuire n'est pas constitutive d'un abus tant que le demandeur ne cherche pas à aller au-delà de son droit de nuire. La volonté de nuire restée dans le for intérieur n'est pas une caractéristique de l'abus du droit d'agir en justice³⁰⁶. Ainsi, on ne reprocherait pas à un bailleur de vouloir mettre fin au contrat de location d'un immeuble, en raison d'impayés, quand bien même il affirmerait qu'il souhaite que le preneur au bail n'ait plus aucune solution de logement. Le droit de créance qu'a le bailleur sur le preneur à bail peut ici,

³⁰¹ Ph. Malaurie, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, *op. cit.*, p.4 et 5.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ J. Karila de Van, « le droit de nuire », *RTD civ.*, 1995, p.533

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ J. Karila de Van, « le droit de nuire », *RTD civ.*, 1995, p.533.

³⁰⁶ Ch. Guettier et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p.888, n°2213.158.

par l'exercice du droit d'action, devenir un véritable droit de nuire. En toute hypothèse, on ne peut pas affirmer au locataire, qui va perdre son domicile, que le bailleur est totalement dénué d'intention de nuire puisque leurs intérêts sont par définition opposés. Cette intention est indifférente parce que l'exercice du droit lui-même entraîne par essence une nuisance. On pourrait alors penser que la théorie des droits-fonction l'emporte, en cette matière, sur l'école des Professeurs Planiol et Ripert. Ce raisonnement laisse toutefois de côté une hypothèse majeure d'abus du droit d'action.

L'abus du droit d'action sans droit d'action. L'abus du droit d'agir en justice a été précédemment étudié en présupposant que le demandeur était bien titulaire du droit d'action. Selon la théorie classique de l'abus de droit, celui qui abuse d'un droit en est nécessairement titulaire. Pourtant, en procédure civile, il est tout à fait envisageable de condamner pour abus du droit d'action, une personne qui n'en avait pas. Ainsi, un individu qui agit en justice dans le seul but de nuire à autrui, alors même qu'il n'a pas d'intérêt à agir et donc de droit d'action, pourra être condamné à verser des dommages et intérêts en raison d'un abus du droit d'action³⁰⁷.

L'application d'un concept issu du droit substantiel à une notion de droit processuel montre ici ses limites. En effet, il est plus grave d'agir dans le seul but de nuire que d'intenter une action dont on est titulaire en détournant ses fonctions sociales. Dès lors, la logique processuelle l'emporte sur la théorie substantielle là où pour un droit subjectif substantiel la sanction ne passerait pas par un abus de droit. En conséquence, il n'est pas possible d'affirmer que le mécanisme de l'article 32-1 se fonde exclusivement sur la théorie des droits-fonctions puisqu'il ne vise pas uniquement les cas d'abus de droit au sens de la doctrine privatiste, faute de conditionner la réparation à l'existence du droit d'action. L'abus de droit d'action n'est en réalité pas toujours un abus de droit au sens substantiel : il peut s'agir d'un individu qui prétend exercer un « droit d'action » sans en être titulaire. La théorie de l'abus de droit est donc utilisée pour sanctionner davantage de situations.

³⁰⁷ Pour un arrêt particulièrement explicite sur ce point, voir par ex. : Aix-en-Provence, pôle 03 ch. 04, 21 janvier 2021, RG n° 19/18096.

B. Les conditions de l'abus du droit d'action

Lettre de la loi. L'article 32-1 du CPC vise « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive ». Ce plaideur se voit exposé à deux risques : une amende civile d'un maximum de 10.000 euros et des dommages et intérêts. Seuls ces derniers visent la réparation du dommage subi et seront donc étudiés. L'action dilatoire est celle qui « tend à retarder le cours de la justice ou l'aboutissement d'une opération »³⁰⁸. Ce concept est distinct de celui d'abus en ce qu'il s'agit d'un concept autonome³⁰⁹ : il peut y avoir abus sans manœuvre dilatoire.

Esprit de la jurisprudence. Si un abus de droit n'est pas une faute comme les autres, l'abus du droit d'action présente des enjeux encore plus considérables. En effet, l'action en justice est à la fois un droit subjectif, un droit fondamental³¹⁰ et une « liberté publique »³¹¹. Malgré cette importance, le législateur n'a pas apporté de précision sur ce en quoi consistait l'action abusive. En conséquence, pour préserver le caractère libre de l'action en justice, la jurisprudence a adopté une « conception stricte »³¹² de la notion d'abus. Il en ressort notamment qu'elle affirme que « l'exercice d'une action en justice ne peut constituer un abus de droit que dans des circonstances particulières le rendant fautif »³¹³.

L'identification de la faute. Pour qu'une partie soit condamnée à payer des dommages et intérêts pour abus d'action en justice, la victime du dommage doit prouver trois conditions classiques en droit de la responsabilité³¹⁴ : la faute, le dommage, un lien de causalité qui relie la faute et le dommage³¹⁵. Il s'agit ici d'identifier la faute que constitue l'abus du droit d'action.

³⁰⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.348, notice « dilatoire ».

³⁰⁹ Ch. Guettier et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p.889, n°2213.164.

³¹⁰ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, p.119, §131.

³¹¹ L. Cadiet, E. Jeuland, *op. cit.*, p.409, §441.

³¹² L. Cadiet, E. Jeuland, *op. cit.*, p.409, §441 ; voir aussi C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, p.132, §149.

³¹³ Cass. 2^e civ., 11 janvier 2018, n°16-26.168, Bull. civ. II, n°2.

³¹⁴ Certains auteurs ne retiennent d'ailleurs de l'article 32-1 du CPC que la possibilité de demander une amende civile et fondent les dommages et intérêts sur l'article 1240 du Code civil et la théorie générale de l'abus de droit. Pour cette position, voir par exemple : C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, 3^e éd., novembre 2020, Dalloz, hors collection, §343.51

³¹⁵ M.-R. Renard, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2017, p.6.

La faute ne saurait consister en le seul fait ni d'avoir agi en justice et succombé³¹⁶, ni d'avoir introduit une nouvelle instance contre un adversaire d'un procès en cours³¹⁷. Ces solutions s'expliquent par la nécessité de préserver le caractère libre de l'action. Outre le cas de l'action dilatoire, l'abus du droit d'action en justice peut constituer en deux grands types de fautes : la mauvaise foi d'une part, la légèreté blâmable d'autre part³¹⁸.

L'action dilatoire est l'action qui a pour objectif de « retarder le cours de la justice » par « un comportement habile mais non toujours illicite en soi »³¹⁹.

La mauvaise foi peut être comparée au dol³²⁰. La mauvaise foi est « l'attitude de celui qui se prévaut d'une situation juridique dont il connaît (ou devrait connaître) les vices »³²¹. Un arrêt de chambre mixte rendu le 6 septembre 2002 par la Cour de cassation³²² et publié au bulletin civil fournit un bon exemple de ce qu'est une action en justice malicieuse. Pour avoir intenté une action en sachant qu'il ne pouvait aucunement prétendre à ce qu'il réclamait, le plaideur a fait un usage malicieux de son droit. Il s'agit donc d'un abus du droit d'action.

La légèreté blâmable renvoie à une hypothèse distincte de la faute intentionnelle³²³. Il s'agit d'une faute simple³²⁴ qui ne peut cependant être caractérisée par la seule témérité³²⁵. La légèreté blâmable est un concept utilisé dans d'autres champs du droit, notamment en droit du

³¹⁶ Voir nott : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, op. cit.*, p. 119, §132. ; S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p.84, §42. ; N. Cayrol, *Action en justice, op. cit.*, p.84, §167.

³¹⁷ Cass. 2^e civ., 19 novembre 1986, *Bull. civ. II*, n°171, n°85-14.941. Dans cette espèce, deux parties s'opposaient à la fois au fond et en référé. Le demandeur au pourvoi s'était vu reprocher par les juges du fond d'avoir introduit une demande alors qu'il avait déjà agi en référé contre le même défendeur et qu'une instance (vraisemblablement au fond) avait déjà été engagée par son adversaire. La Cour de cassation ne s'étend pas sur la procédure et relève simplement que les juges du fond n'ont pas caractérisé la faute : « en ne caractérisant pas (...) la faute qu'aurait commise Mme Y... en introduisant une instance et en défendant à une autre, le Tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ».

³¹⁸ L. Cadiet, E. Jeuland, *op. cit.*, p.409, §441. Voir aussi : S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p.86, §43.

³¹⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.348, notice « dilatoire ».

³²⁰ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p.86, §43.

³²¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.647, notice « mauvaise foi ».

³²² Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, *Bull. Civ. n°5*, n°98-14.397, *RCA* 2002, n°12, comm. 350. Dans cette espèce, un homme avait été tiré au sort par une société de vente par correspondance pour participer à un second tirage au sort à condition d'envoyer un bon de participation. Il soutient qu'il a envoyé le bon et assigne la société en paiement des lots mis en jeu : il savait qu'il ne l'avait pas fait mais tente tout de même l'action.

³²³ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p.86, §43.

³²⁴ Ch. Guettier et a., *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, p.886, n°2213.155.

³²⁵ *Ibid.* Voir nott. Cass. com. 19 mars 1980, n° 78-15.079, *Bull. civ. IV*, n°134 : la cour d'appel qui se borne à relever que l'action est téméraire pour retenir un abus du droit d'action ne caractérise pas la faute qu'aurait commis le requérant. Même solution dans un autre arrêt publié ultérieur : Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1984, *Bull. civ. I*, n°300.

travail³²⁶. Elle désigne « l'excès manifeste de désinvolture ou d'irréflexion dans une décision entraînant pour autrui de graves conséquences »³²⁷ ou encore « l'irréflexion dans l'exercice d'une action »³²⁸. L'apparition de la légèreté blâmable dans le champ de l'action en justice constitue un assouplissement de la notion d'abus de droit d'action³²⁹. Ce concept est parfois utilisé pour sanctionner un défaut de fondement ou de « moyen sérieux »³³⁰. D'une certaine façon, on peut considérer que si la mauvaise foi peut être comparée au dol, la légèreté blâmable relève de l'erreur inexcusable : le plaideur voulait tant agir qu'il ne s'est pas intéressé au sérieux de sa cause avant de la porter devant le juge.

La Cour de cassation a dû rappeler dans de nombreux arrêts que la faute est une condition qui doit être prouvée distinctement du préjudice³³¹. Ainsi, par exemple dans un arrêt du 21 janvier 1998 de la troisième chambre civile³³², la haute juridiction sanctionne une cour d'appel qui avait retenu que « les nombreuses procédures qui se sont succédées pour que soit reconnu le droit de Mme A. à la propriété des biens litigieux ont été pour elle génératrices de soucis et de dépenses ». Ce faisant, la cour d'appel n'avait pas caractérisé une faute mais seulement un préjudice : introduire de nombreuses procédures n'est pas, en soi, une faute. Cette solution montre à quel point la jurisprudence cherche à protéger la liberté d'agir en justice.

Conclusion de la section 1

Le droit d'agir en justice est à la fois un droit substantiel processuel et un droit fondamental. Reconnu à la fois dans le Code de procédure civile et dans des textes internationaux, il est caractérisé par la liberté.

Toutefois, cette caractéristique n'est pas absolue : il demeure susceptible d'abus. Si l'abus de droit d'action prévu par le Code de procédure civile est analysé comme une illustration de la théorie de l'abus de droit, il demeure que la compatibilité n'est pas parfaite. L'abus du

³²⁶ Il s'agit alors de la « qualification appliquée par la jurisprudence au comportement de l'employeur afin de condamner comme abusif l'usage du droit de congédiement, lorsque celui-ci est rendu vexatoire par l'arbitraire des motifs invoqués ou la particulière inopportunité de la décision ». Voir : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.601, notice « légèreté blâmable ».

³²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.601, notice « légèreté blâmable ».

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ Ch. Guettier et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p.886, n°2213.155.

³³⁰ Ch. Guettier et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p.886, n°2213.155.

³³¹ M.-R. Renard, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2017, p.6.

³³² Cass. 3^e civ. 21 janv. 1998, *Dalloz Affaires*, 1998, p. 293.

droit d'action est plus marqué par une logique processuelle que par les catégories classiques du droit substantiel. Cette tendance à la logique processuelle n'est jamais pleinement affirmée mais existe en puissance : il s'agit potentiellement d'une préférence pour le paradigme processuel. Ce potentiel non réalisé se retrouve également lorsqu'on étudie la procédure de réparation et l'indemnisation elle-même.

Sect. 2 : La naissance d'un nouveau litige substantiel

Lorsqu'un abus de droit d'action est dénoncé par une partie, celle-ci engage la responsabilité de son adversaire. Elle pose alors au juge une nouvelle question de droit portant exclusivement sur l'existence d'une faute et d'un droit à réparation. Ce nouveau litige substantiel ne se traduit pas par un second procès mais par une nouvelle demande formulée devant le même juge (§1).

La logique processuelle s'arrête là dans la mesure où la réparation ne pourra prendre la forme que d'un dédommagement pécuniaire (§2).

§1 Une nouvelle demande formulée devant le même juge

Il convient d'abord de s'intéresser aux conditions d'introduction d'une nouvelle demande (A), puis de le confronter au cas de l'abus de droit d'action (B).

A. Les conditions classiques d'introduction d'une nouvelle demande

Conditions de droit commun d'introduction d'une nouvelle demande. Le justiciable qui agit en justice formule une demande initiale c'est-à-dire « celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge des prétentions » (CPC, art. 53, al.1^{er}). Cette demande introduit l'instance (CPC, art. 53, al.2nd). Pour pouvoir introduire une nouvelle demande, il faut respecter les articles 63 et suivants du CPC en plus des conditions habituelles³³³. Ces articles traitent des demandes incidentes c'est-à-dire des demandes « formées alors qu'une ou plusieurs demandes initiales ont déjà été soumise au juge »³³⁴. L'article 63

³³³ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, p.115, §124.

³³⁴ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, p.112, §117.

admet trois types de demandes incidentes : la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention.

Ces trois types de demandes font l'objet de définitions légales. La demande reconventionnelle est « la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire » (CPC, art. 64). La demande additionnelle est « la demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures » (CPC, art. 65). L'intervention est « la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé contre les parties originaires ».

Toutes ont une condition commune de recevabilité : elles ne sont recevables « que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant » (CPC, art. 70, al. 1^{er}). Cette condition est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond³³⁵. Elle a pour objectif d'éviter un accroissement injustifié de la matière litigieuse³³⁶. Le « lien suffisant » signifie que la demande incidente doit être liée à la demande principale par un lien de connexité, notion non définie par le CPC³³⁷. Pour mieux appréhender sa définition, il est utile de se reporter à l'article 101 du même code qui dispose que le lien de connexité requis pour que l'exception du même nom puisse être accueillie est « un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de (...) faire instruire et juger ensemble » les affaires.

B. La demande d'indemnisation formulée en pratique devant le même juge

Comparaison du droit commun et du régime des demandes de réparation d'un abus de droit processuel. Les demandes tendant à la réparation d'un abus de droit d'action sont formées devant le juge saisi du litige à l'occasion duquel la faute a été commise. Il s'agit donc, formellement, soit de demandes additionnelles soit de demandes reconventionnelles. Il n'existe pas de régime particulier concernant les demandes de réparation d'abus de droit d'action mais, en pratique, la logique processuelle triomphe

³³⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1978, n°77-11.051, voir aussi pour un arrêt plus récent : Cass. 3^e civ., 4 avril 2002, n°00-70.158, Bull. civ. III, n°79.

³³⁶ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, p.115, §124.

³³⁷ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, p.116, §125 et suiv.

Absence d'obligation de présenter la demande dans une même instance. Au titre de l'article 32-1 du CPC, la demande tendant à la réparation d'un abus du droit d'action ne présente aucune particularité. Aucun texte n'empêche le justiciable-victime de préférer présenter sa demande dans une instance distincte de celle à l'occasion de laquelle l'abus a été commis. Il apparaît donc vraisemblable qu'une nouvelle instance puisse être engagée pour réparer cet abus.

Cette hypothèse existe même de façon explicite en raison de l'articulation des compétences des deux ordres de juridiction. Dès lors, le justiciable qui abuse de son droit d'agir devant le juge administratif pourra être assigné en réparation devant le juge judiciaire³³⁸. En effet, l'application classique des règles de compétence rend le juge judiciaire compétent pour toute action en responsabilité civile exercée par une personne privée contre une autre personne privée. Dans ce cadre, la demande pour abus de droit d'action peut donc être formée soit de façon reconventionnelle, soit de façon autonome. Or, certains contentieux administratifs interdisent les demandes reconventionnelles³³⁹. Il n'est donc pas étonnant de trouver des arrêts dans lesquels le juge judiciaire n'est saisi que de la question d'un abus de droit d'action survenu devant une juridiction administrative. L'autonomie du litige relatif à l'abus de droit d'action par rapport au litige d'origine apparaît alors pleinement.

En conséquence, la Cour de cassation a été amenée à proclamer que : « il n'était pas justifié en la cause d'une exception à ces principes qui ne saurait résulter (...) de la simple application de la règle selon laquelle le juge saisi d'une instance serait nécessairement celui devant connaître du caractère abusif de sa saisine »³⁴⁰. Cette « règle » refusée par la juridiction est formulée par la troisième branche du moyen formulé par le demandeur au pourvoi, lequel reproche au juge judiciaire de s'être déclaré compétent pour trancher un abus de droit d'action alors que le juge administratif était seul compétent pour juger du bienfondé de cette action. Cet arrêt montre bien qu'il n'existe pas de règle rattachant l'abus de droit d'action au litige initial. Cette solution peut être appliquée *a fortiori* à l'intérieur du champ de compétence du juge judiciaire : compétent pour connaître le fond du premier litige, il est *a fortiori* compétent pour

³³⁸ Florian POULET, « La condamnation de l'administration à des dommages-intérêts pour résistance abusive : Une hypothèse de responsabilité administrative à encourager ? », *Revue générale du droit* (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et réflexions 2015, numéro 16 (spéc. p.2).

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Cass. 3^{ème} civ., 9 mai 2012, n° 11-13.597, Bull. civ. III, n° 71

être saisi de façon autonome du second litige quand bien même il s'agirait de réparer une faute commise pendant un autre procès.

Le triomphe en pratique de la logique processuelle. Si aucune règle n'existe pour obliger le demandeur à se plaindre d'un abus du droit d'action dans l'instance où il a été commis, il demeure qu'il forme sa demande dès la naissance de l'abus dans l'immense majorité des cas. Le lien suffisant avec le litige d'origine est systématiquement reconnu si bien que l'hypothèse d'une instance introduite devant le juge judiciaire pour sanctionner un abus survenu devant le juge judiciaire est purement théorique. Cet état de la pratique consiste en un triomphe de la logique processuelle. L'abus du droit d'action est considéré comme une interdiction processuelle relevant à ce titre du juge conduisant la procédure à l'occasion de laquelle il a été commis. La question de fond est traitée comme une question procédurale. Toutefois, elle ne fera pas l'objet d'un mode processuel de réparation.

§2 L'attribution d'un dédommagement pécuniaire

Notion de dommages et intérêts. La réparation d'un abus de droit d'action se fait nécessairement sous la forme de dommages et intérêts, c'est-à-dire d'une « somme d'argent qui est due pour la réparation du dommage causé par un délit ou un quasi-délit »³⁴¹. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, ils répondent à l'objectif de « réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit »³⁴². Ce principe de réparation intégrale ou d'équivalence entre le dommage et la réparation³⁴³ est au cœur du droit français de la responsabilité civile. Toutefois, il faut rappeler que ce principe n'a ni valeur constitutionnelle³⁴⁴, ni valeur conventionnelle³⁴⁵ et n'est pas absolu³⁴⁶. Pour autant, aucune des exceptions à ce principe ne concerne une faute commise lors du procès.

Distinction des dommages et intérêts, des dépens et des frais irrépétibles. Il est tentant de penser que la somme allouée à la réparation d'un abus de droit d'action a pour objectif de couvrir les dépenses engagées par le défendeur injustement attiré en justice. Or, les articles

³⁴¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.370, notice « dommage ».

³⁴² Cass. 2e civ., 23 janvier 2003, no 01-00.200, Bull. civ. II, n°20.

³⁴³ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p.153, §116.

³⁴⁴ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p.173, §122.

³⁴⁵ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p.174, §1123.

³⁴⁶ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p.174, §124.

695 et 700 du CPC ont déjà pour objectif de couvrir les dépens et frais irrépétibles engagés par le plaideur victorieux. En conséquence, la Cour de cassation a dû rappeler qu'il est strictement interdit d'allouer une somme unique au titre des frais irrépétibles et de l'abus du droit d'action³⁴⁷. Cette distinction n'a pas toujours été évidente en jurisprudence si bien qu'il a pendant un temps existé une « certaine confusion » quant à la distinction entre les deux notions³⁴⁸. Il est aujourd'hui bien établi que l'abus de droit d'action en justice est une faute civile qui crée un droit substantiel à réparation distinct des dépens et des frais irrépétibles.

Contenu du préjudice. Puisque le préjudice causé par le droit d'action exclut la charge financière du procès supportée par le plaideur succombant³⁴⁹, il constitue généralement un préjudice moral. En effet, il englobe tous les autres « soucis causés » tels « le temps perdu, l'atteinte à la considération, ou le traitement contre l'insomnie »³⁵⁰. L'évaluation pécuniaire de ce préjudice pose des questions classiques en droit de la responsabilité civile : il est très difficile d'estimer la valeur d'un sentiment ou du temps perdu.

On peut toutefois relever que le montant accordé au titre des frais irrépétibles peut être modifié voire supprimer en équité. Dès lors, si jamais le juge décidait que l'équité s'oppose à ce que les frais irrépétibles doivent être supportés par la victime de l'abus de droit d'action – ce qui est une hypothèse improbable – il serait toujours possible de demander leur remboursement en tant que partie du préjudice causé par le procès au nom du principe de réparation intégrale.

Conclusion de la section 2

La réparation de l'abus de droit d'action constitue un nouveau litige détaché du procès initial. De fait, elle ne se déroule pas forcément devant le juge saisi de ce procès. Toutefois, en pratique, la demande de réparation est systématiquement formulée via une demande incidente : un tel procédé relève plutôt d'une vision processuelle de la faute commise pendant le procès.

³⁴⁷ Cass. 3e civ., 6 janvier 1981, no 79-10.651, Bull. civ. III, n°4.

³⁴⁸ Rép. proc. civ., Dalloz, *Frais irrépétibles*, 2019, §8 et suiv. (spéc. §12 et §13), F. Arbellot.

³⁴⁹ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, p.64, §56.

³⁵⁰ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, p.65, §58.

La forme prise par la réparation est, quant à elle, totalement détachée du caractère processuel de la faute puisqu'il ne peut s'agir que de dommages et intérêts. Toutefois, ceux-ci ont la particularité de n'indemniser dans l'immense majorité des cas qu'un préjudice moral : le coût du procès abusivement intenté contre la victime est déjà, en principe, supporté par la partie succombante.

Conclusion du chapitre 1

Le droit d'agir en justice peut à la fois être analysé comme un droit subjectif processuel – le droit d'action – et comme un droit fondamental. S'il est caractérisé par la liberté, il demeure que ce n'est pas un droit absolu. Dès lors, il est possible que son exercice revête un caractère fautif.

La nature de cette faute est ambiguë. En effet, il s'agit d'un abus de droit processuel mais cet abus entraîne la création d'un nouveau litige substantiel. C'est d'autant plus le cas que l'abus de droit d'action ne suppose pas nécessairement que le justiciable fautif soit titulaire du droit d'agir en justice. La logique issue des théories substantielles ayant fondé la notion d'abus de droit est alors rejetée au bénéfice d'une logique processuelle soucieuse de dissuader les plaideurs agissant avec légèreté. Il s'agit alors moins de réparer un abus de droit que de prévoir une sanction procédurale. Dans ces conditions, il paraît séduisant de rattacher la réparation de l'abus de droit d'action à la logique processuelle.

Néanmoins, cette analyse ne résiste pas à la façon dont la réparation est accordée. La loi ne prévoit nulle part que l'abus de droit d'action doit être jugé par le juge devant lequel il a été commis. Dès lors, l'esprit du texte n'est pas d'ordonner une sanction procédurale. En outre, la forme de la réparation est nécessairement un dédommagement pécuniaire ce qui est propre aux réparations relevant de la logique substantielle.

En conséquence, il existe en la matière une différence entre la théorie et la pratique. Si en théorie, l'action en réparation est un litige substantiel distinct de l'instance à l'occasion de laquelle l'abus a été commis, il demeure qu'en pratique les plaideurs et la jurisprudence ont tendance à traiter l'abus de droit d'action comme un aspect procédural de l'instance. Cette logique processuelle reste alors une logique processuelle en puissance.

Chapitre 2 : L'abus de la liberté de la défense ou la logique processuelle en acte

La réparation de la faute commise pendant le procès peut s'opérer selon une logique processuelle. Ce paradigme a été retenu lorsqu'un plaideur commet une injure, un outrage ou une diffamation à l'occasion du procès. Cette situation a été analysée par certains auteurs comme relevant de l'abus de droit³⁵¹ en considérant que le plaideur outre-passe sa liberté d'expression renforcée par les droits de la défense. Son argumentation devient alors fautive (Sect. 1).

La réparation de cette faute constitue un triomphe pour la logique processuelle tant les règles procédurales et remèdes proposés sont éloignés du droit commun (Sect. 2).

Sect. 1 : L'argumentation fautive au-delà des droits de la défense et de la liberté d'expression

Le justiciable est protégé par un certain nombre de droits qui visent à lui garantir la possibilité de s'exprimer pendant l'instance. L'expression « droits de la défense » désigne en matière civile « l'ensemble des garanties fondamentales dont jouissent des plaideurs dans un procès civil pour faire valoir leurs intérêts, au rang desquelles figurent pour l'essentiel, le principe de la contradiction et la liberté de la défense »³⁵². Elle n'apparaît pas dans le Code de procédure civile. Le Doyen Cornu, l'un des rédacteurs du nouveau Code de procédure civile, explique que « l'expression a été abandonnée en raison de sa connotation pénale (défense-accusation) par le CPC qui en a consacré la substance dans les principes directeurs du procès »³⁵³.

L'utilisation de cette expression en matière civile mérite donc une justification. Trois raisons peuvent être avancées à cette fin. Tout d'abord, les droits de la défense constituent un ensemble de différents droits si bien qu'il est plus aisé de se référer à la catégorie qu'à la liste des contenus. Ensuite, si les principes directeurs contiennent des droits de la défense, ils contiennent également d'autres dispositions qui ne peuvent être classées dans cette catégorie. Ainsi, les Professeurs Amrani Mekki et Strickler écrivent que « le respect des droits de la

³⁵¹ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit., p.371, §333.24.

³⁵² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.311, notice « défense ».

³⁵³ Ibid.

défense » est placé « à un niveau de valeur important » *parmi* les principes directeurs³⁵⁴, ce qui signifie que les concepts de droits de la défense et de principes directeurs ne se recoupent donc pas. Enfin, l'expression « droits de la défense » n'a disparu ni de la doctrine processualiste civiliste, ni de la pratique. En effet, outre le manuel des Professeurs Amrani Mekki et Strickler, on peut citer l'ouvrage de référence destiné aux praticiens *Droit et pratique de la procédure civile* dirigé par le Doyen Guinchard qui contient un chapitre 222 consacré aux « principes des droits de la défense »³⁵⁵.

L'usage des droits de la défense permet donc aux justiciables, seuls ou à travers leur représentant, de faire valoir leurs intérêts devant le juge. Concrètement, chaque plaideur va présenter à la juridiction une argumentation permise et protégée par les droits de la défense. Cette prise de parole, écrite ou orale, est caractérisée par une double liberté. Elle est à la fois garantie par la liberté d'expression reconnue par une multitude de textes supralégislatifs et par les droits de la défense. La liberté de parole semble même renforcée devant les juridictions (§1).

Toutefois, cette liberté d'expression de la défense n'est pas absolue. Cet affermissement de la liberté d'expression tend à constituer une supériorité du droit processuel sur le droit substantiel plutôt qu'à apporter une protection véritablement supérieure (§2).

§1 La liberté d'expression renforcée par les droits de la défense

Présentation du droit commun : la liberté d'expression et ses limites. La liberté d'expression est protégée par de nombreux textes supralégislatifs au premier rang desquels figure la Convention EDH (art.10) et la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (art.11). On peut la définir comme « la possibilité offerte à tout individu de transmettre ou de ne pas transmettre un message, quel que soit son contenu (opinion, information et autres) et quelle que soit sa forme d'expression (par la voie d'un langage conventionnel ou non-conventionnel) »³⁵⁶. Cette liberté n'est pas absolue : celui qui l'utilise peut voir *a posteriori* sa

³⁵⁴ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p.357, §183.

³⁵⁵ S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 2017-2018, Dalloz, coll. Dalloz action, §222.01 et suiv.

³⁵⁶ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, thèse, avril 2006, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 16, §10.

responsabilité engagée. Il existe donc des « règles de responsabilité qui limitent la liberté d'expression »³⁵⁷. Or, « l'objectif essentiel de la responsabilité civile » est aujourd'hui la réparation du préjudice subi par la victime³⁵⁸. Toute expression qui cause un dommage à autrui peut, sous certaines conditions, donner lieu à réparation. Dans ce cadre, on peut se demander si ces règles de responsabilité sont modifiées lorsqu'on s'intéresse aux fautes commises à l'occasion du procès civil.

La liberté d'expression renforcée des plaideurs. Le plaideur ne bénéficie pas seulement de la liberté d'expression. Il est également protégé par les droits de la défense, lesquels comprennent notamment la liberté de la défense³⁵⁹. Cette liberté constitue le « droit pour tout justiciable de choisir à son gré son défenseur et, pour celui-ci, d'organiser à sa guise la défense de son client »³⁶⁰. Or, la défense du plaideur, laquelle doit être comprise comme le fait de « faire valoir devant le juge ses droits ou ses intérêts »³⁶¹, prend la forme d'une argumentation. Pour autant, le législateur n'a pas voulu que les limites habituelles de la liberté d'expression s'appliquent telles qu'elles aux plaideurs. Ainsi, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse – qui régit également la liberté d'expression et écarte la responsabilité civile de droit commun en la matière³⁶² - prévoit en son article 41 alinéa 4 que « ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, (...) les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ». Le plan de la loi qualifie lui-même ce procédé d'immunité de la défense. Elle est valable devant toutes les juridictions même du provisoire³⁶³.

La portée de cette immunité est limitée à trois infractions – qui constituent également des fautes civiles – alors que l'immunité protégeant les débats parlementaires (art. 41 al. 1 de la même loi) est totale. Cette limitation a déjà été ignorée dans un jugement de tribunal correctionnel³⁶⁴ aussitôt réformé en appel³⁶⁵. Elle est parfois regrettée par la doctrine et les praticiens. Ainsi, Me Christophe Bigot écrit que cette solution est « peu satisfaisant[e] du point de vue de la liberté d'expression judiciaire qui devrait être protégée dans sa globalité, car il

³⁵⁷ Ibid.

³⁵⁸ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., p.92, §48.

³⁵⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.311, notice « défense ».

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit., p. 113, §311.12.

³⁶³ Cass. soc., 30 septembre 2020, n°18-19.740.

³⁶⁴ TGI Paris (17e ch.), 2 oct. 1998, D. 1999. IR 48.

³⁶⁵ Voir les motifs repris dans Cass. crim. 11 juin 2002, n°01-85.237.

s'agit de l'exercice du droit fondamental de la défense »³⁶⁶. Il demeure que cette disposition insiste fortement sur la protection dont bénéficie le plaideur qu'on en oublierait presque qu'il demeure civilement responsable malgré cette immunité.

La tendance contemporaine au renforcement de la liberté d'expression de la défense. Cette interprétation du texte comme excluant toute responsabilité du plaideur paraît tout à fait plausible au regard de l'évolution récente de la liberté d'expression des plaideurs. L'exemple du serment prêté par les avocats est particulièrement révélateur. Initialement, ces auxiliaires de justice prononçaient ces mots : « Je jure de ne rien dire ou publier, comme défenseur ou conseil, de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'État et à la paix publique, et de ne jamais m'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques ». Cette formule créée à l'époque du Consulat³⁶⁷ a été modifiée par la loi n°82-506 du 15 juin 1982³⁶⁸ sous l'impulsion de l'avocate Gisèle Halimi³⁶⁹. Ce serment était perçu comme une limitation de la liberté de paroles des avocats, et ce dès les années 1950³⁷⁰, sans que cette opposition ne soit partagée par toute la profession³⁷¹. Cette modification législative est issue d'un incident d'audience survenu en mars 1980 au tribunal correctionnel de Quimper³⁷². Un avocat, Me Yann Choucq, s'était étonné qu'un des mis en cause, seul à ne pas avoir été poursuivi était le fils d'un magistrat du parquet de cette juridiction. Il s'exprima en ces termes : « Je n'ose croire que les liens de parenté existants entre ce manifestant et un membre du parquet soit pour quelque chose dans sa libération »³⁷³. Ces propos furent considérés comme un outrage à magistrat. La polémique gonfla et aboutit sur la loi du 15 juin 1982 qui réforme également la responsabilité disciplinaire de l'avocat. Cette affaire entraîna une prise de conscience de la nécessité d'apporter une protection supplémentaire aux plaideurs : il ne s'agit pas seulement de liberté d'expression mais aussi des droits de la défense. Pour autant, ces évolutions en faveur de la liberté d'expression et des droits de la défense ne signifient pas que la liberté de parole des plaideurs est absolue.

³⁶⁶ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit., p. 367, §333.22.

³⁶⁷ H. Leclerc, *La parole et l'action, itinéraire d'un avocat militant*, février 2020, Pluriel, p.66.

³⁶⁸ Cette loi n'apparaît pas directement sur Légifrance comme ayant modifié l'article 3 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Toutefois, c'est bel et bien cette loi qui a supprimé l'ancien serment. Elle a été publiée au journal officiel du 16 juin 1982 à la page 1899.

³⁶⁹ D. de la Garanderie, « Gisèle Halimi, une vie d'avocate », *D. actualité*, 11 septembre 2020.

³⁷⁰ H. Leclerc, op. cit., p.66.

³⁷¹ G. Halimi, A. Cojean, *Une farouche liberté*, août 2020, Grasset, p.37 et 38.

³⁷² H. Leclerc, op. cit., p.383 et suiv.

³⁷³ Ibid., voir aussi C. Tual, *Le Monde*, « La cour d'appel de Rennes annule la sanction infligée à Me Yann Choucq », 16 mai 1980.

§2 La faute dans l'exercice de la liberté d'expression de la défense

Plusieurs textes apportent des limites au principe de liberté des plaideurs. Ces limites constituent des fautes civiles qui peuvent même dans un cas très particulier être sanctionnées pénalement. Toutes ont pour point commun de dépasser à la fois les limites de la liberté d'expression et les limites des droits de la défense. L'argumentation du plaideur devient alors fautive. Tout d'abord, l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 qui consacre la liberté d'expression de la défense prévoit la possibilité d'action en responsabilité civile en raison de discours injurieux, outrageants ou diffamatoires envers une personne privée (A). Ensuite, le CPC lui-même prévoit, parmi les principes directeurs, une limite processuelle à la liberté d'expression de la défense : l'obligation de réserve (B).

A. La limite substantielle : les alinéas 5 et 6 de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881

Distinction opérée par le texte. L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 comportent deux alinéas qui réduisent considérablement la portée de l'immunité de la défense. Ils distinguent deux situations. L'alinéa 5 pose le principe qui vaut pour « les discours injurieux, outrageants ou diffamatoires ». L'alinéa 6, quant à lui, réserve une hypothèse plus spéciale : les faits diffamatoires étrangers à la cause. La conséquence de cette distinction est l'ouverture d'une action devant un autre juge : seuls les fautes en rapport avec la cause, c'est-à-dire le procès³⁷⁴, seront jugées au sein de la même instance. Les faits diffamatoires sans lien avec le procès pourront, par exception, faire l'objet d'une autre action, y compris pénale.

Enjeu de la distinction. L'enjeu de cette distinction est particulièrement fort. En effet, les discours diffamatoires extérieurs à la cause peuvent faire l'objet d'une action en diffamation dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire comme s'ils n'avaient pas eu lieu dans l'enceinte judiciaire. La relation avec la cause permet donc d'écarter totalement les enjeux de droit processuels propres à la faute commise dans l'exercice des droits de la défense : cette faute sera traitée selon le droit de la presse et sa procédure spéciale. Au-delà de l'obligation

³⁷⁴ Le terme de « cause » présente de nombreuses acceptations. Dans ce contexte, il s'agit d'un emploi de moins en moins courant de nos jours qui renvoie au procès, à l'affaire. Voir : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.154, notice « cause ».

réparation, son auteur risquera même une sanction pénale. Cette exception est toutefois assez limitée : pour les injures, outrages et les autres diffamations, la logique processuelle l'emporte toujours. Effectivement, le juge saisi de la cause sera compétent pour supprimer les propos incriminés des conclusions de la partie fautive et pourra la condamner à des dommages et intérêts. Cette immunité ne permet donc pas à la partie d'échapper à toute sanction³⁷⁵.

Mise en œuvre de la distinction. La mise en place de ce critère d'extranéité par rapport à la cause n'est guère aisée. Ainsi, si le conseiller Nicolas Bonnal considère que « rien de ce qui se rattache à la cause ne saurait lui être considéré comme étranger »³⁷⁶, le Professeur Evan Raschel retient, quant à lui, une définition plus restreinte en considérant qu'il faut vérifier si l'écrit diffamatoire est utile à la défense³⁷⁷. Cette dernière définition semble avoir la faveur de la Cour de cassation qui invite les juges du fond à vérifier si les propos exprimés s'inscrivent dans « les limites d'une défense légitime »³⁷⁸.

Rattachement souhaitable à la notion d'abus de droit. Pour Me Bigot, « cette notion d'extranéité à la cause semble essentiellement casuistique et laisse perplexe »³⁷⁹. Me Bigot préfère avoir recours à la théorie de l'abus de droit : selon lui, il faudrait s'attacher à vérifier s'il existe une intention gratuite et délibérée de nuire, ou bien un détournement de la fonction sociale de la défense³⁸⁰. Cette opinion est rejointe par d'autres auteurs³⁸¹ qui citent pour appuyer leurs propos un arrêt publié de la chambre sociale de la Cour de cassation qui pose explicitement « l'abus » comme étant une limite à l'immunité accordée aux discours prononcés et écrits produits devant les tribunaux tout en reprenant le critère selon lequel les propos ne doivent pas dépasser « les limites d'une défense légitime »³⁸². Cette expression est donc compatible avec un raisonnement fondé sur la théorie de l'abus de droit. Le propos qui outrepassé les limites d'une défense légitime serait alors un propos abusif, un propos qui,

³⁷⁵ Règle rappelée par Cass. soc. 13 avril 2010, n°09-41.136. En l'espèce, la cour d'appel avait considéré que l'immunité de la défense empêchait toute condamnation à des dommages et intérêts et suppression des propos fautifs parce qu'ils n'étaient pas étrangers à la cause.

³⁷⁶ N. Bonal, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n°1158, cité in C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, 3^e éd., novembre 2020, Dalloz, hors collection, p.371, §333.24.

³⁷⁷ E. Raschel, fasc. 136, (...), n°86, cité in C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, 3^e éd., novembre 2020, Dalloz, hors collection, p.371, §333.24.

³⁷⁸ Voir nott. : Cass. 1^{er} civ., 10 juin 2015, n°14-10.377 et n° 14-12.553, Bull. civ. I. n°648 ; Cass. com., 21 octobre 1997, n°95-17.183.

³⁷⁹ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit., p.371, §333.24.

³⁸⁰ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit., p.371, §333.24.

³⁸¹ S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., p.883, n°222.52.

³⁸² Cass. soc., 15 novembre 1990, n°87-45.862, Bull. civ. V., n°560, D. 1990, p.291.

camouflé derrière la liberté d'expression de la défense, a en réalité pour but d'attenter à l'honneur d'autrui.

L'avantage d'un tel rattachement du propos dépassant les limites d'une défense légitime à l'abus de droit serait de mettre l'accent sur les droits de la défense plutôt que sur l'immunité qui en découle. Quand on parle d'immunité, on suppose que la situation de principe est la responsabilité. Or, à partir du moment où il ne s'agit pas seulement de liberté d'expression mais surtout des droits de la défense il est souhaitable d'inverser la perspective. Plutôt que de dire que le plaideur est par principe responsable et qu'il peut le cas échéant se défendre en faisant valoir l'immunité de la défense, il s'agirait d'affirmer que par principe les propos du plaideur ne feront l'objet d'aucune action à moins qu'il abuse des droits de la défense. Dans la pratique, une telle vision permet un résultat similaire mais sur un plan doctrinal les droits de la défense sont bien plus affirmés dans le système de l'abus de droit.

Un autre avantage de ce rattachement serait d'aller vers un système plus cohérent au sein des fautes causées par l'expression d'une personne. En effet, pour examiner les infractions de presse, la Cour de cassation parle parfois des « abus de la liberté d'expression »³⁸³ ou du fait de « dépasser les limites admissibles de la liberté d'expression »³⁸⁴. Dès lors que la jurisprudence parle déjà de dépasser « les limites d'une défense légitime », il serait logique d'analyser également la situation comme dérivant également d'un abus de la liberté d'expression de la défense.

Enfin, cette référence à l'abus de droit a le mérite d'être parfaitement compatible avec le système juridique dans lequel a lieu l'argumentation. Il paraît parfaitement logique que les critères par lesquels l'action en justice fautive est sanctionnée puissent être retenus pour sanctionner l'argumentation fautive. Le droit d'action est le droit d'être entendu sur le fond de sa prétention tandis que la liberté d'expression de la défense permet de formuler le plus librement possible les moyens soutenant les prétentions. Un tel changement unifierait alors le régime de ces abus de droit processuels. C'est d'autant plus le cas que la liberté d'expression est, elle aussi, assimilée aux « droits de nuire »³⁸⁵ : l'abus d'un tel droit n'est caractérisé que

³⁸³ Par ex : Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2018, n°17-12.027.

³⁸⁴ Par ex : Cass. ass. plén., 16 déc. 2016, n°08-86.295.

³⁸⁵ Rép. civ., Dalloz, *Abus de droit*, 2017, §1 et §2, L. Cadiet., Ph. Le Tourneau.

lorsqu'il est détourné de sa fonction sociale³⁸⁶. Ces droits de nuire processuels seraient en conséquence traités de manière similaire. La proposition de Me Bigot est donc particulièrement séduisante.

B. La limite processuelle : l'article 24 du CPC

L'obligation de réserve, principe directeur du procès civil. L'article 24 du CPC instaure un principe directeur à part : l'obligation de réserve. Sur ce fondement, « les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice ». La violation de cette obligation par un plaideur constitue une faute commise pendant le procès. La présence d'une telle disposition parmi les principes directeurs étonne.

En effet, les principes directeurs du procès sont les « règles placées en tête du CPC qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil et d'établir certaines garanties fondamentales de bonne justice »³⁸⁷. Elles tiennent leur nom du « rayonnement que leur donne d'une part leur généralité d'application (devant toutes les juridictions, en toute matière), d'autre part la légitimité intrinsèque que leur infuse l'esprit de justice et d'équité qui les anime »³⁸⁸. Le Doyen Cornu, qui a participé à la rédaction du CPC, affirme « leur aptitude, en tant que maximes résumant la conception française du procès civil et porteurs de l'esprit de la loi, à guider l'interprète dans l'application du code »³⁸⁹.

L'obligation de réserve s'inscrit donc parmi des règles à la portée considérable. Toutefois, elle est le dernier principe directeur présenté par le code et, contrairement à nombre d'autres principes, n'a pas donné lieu à quantité controverses et d'analyses³⁹⁰. Son importance n'est néanmoins pas à négliger puisqu'elle est un principe tenant à la sérénité des débats³⁹¹ sans laquelle la contradiction ne pourrait pas s'exercer. La place occupée par l'obligation de réserve au sein des principes directeurs permet d'affirmer que « liberté n'est pas licence »³⁹² : la liberté d'expression et les droits de la défense ne peuvent s'exercer que dans un cadre respectueux de

³⁸⁶ J. Karila de Van, « le droit de nuire », *RTD civ.*, 1995, p.533.

³⁸⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.351, notice « directeur ».

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Pour s'en convaincre, il suffit de consulter le Répertoire Dalloz de procédure civile : là où chaque principe directeur fait l'objet de développements, l'obligation de réserve est traitée en un paragraphe ne contenant que quatre phrases. Voir : Rép. proc. civ., Dalloz, Principes directeurs du procès, 2020, §338, A. Danet.

³⁹¹ Rép. proc. civ., Dalloz, Principes directeurs du procès, 2020, §337, A. Danet.

³⁹² S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p.84, §43.

« la justice ». Le Professeur Corinne Bléry analyse la violation de l'obligation de réserve comme un « abus dans l'exercice des libertés processuelles »³⁹³.

Contenu de l'obligation de réserve. La formulation de l'article 24 du CPC est particulièrement vague. Le « respect dû à la justice » n'est pas défini par la jurisprudence. On peut vraisemblablement retenir qu'il s'agit d'une déférence envers l'institution, de la reconnaissance de son autorité³⁹⁴. Pour autant, le comportement incriminé n'est pas décrit avec précision. La jurisprudence a été amenée à apporter des éclaircissements quant à la définition positive de l'obligation de réserve et à sa définition négative.

Ainsi, le respect est dû non seulement au juge³⁹⁵, mais aussi aux auxiliaires de justice³⁹⁶ et aux décisions de justice elles-mêmes. En effet, dans un arrêt non publié du 21 octobre 1997³⁹⁷, la Cour de cassation rejette un pourvoi qui critiquait l'arrêt ayant retenu que la production d'une décision judiciaire portant dans la marge l'annotation manuscrite « erreur grossière » présentait « un caractère injurieux et outrageant pour la justice ». La cour d'appel avait découvert la mention pendant son délibéré et avait ordonné d'office le retrait de la pièce. L'appréciation de la faute est ici très légère. Dans une note sur cet arrêt à la *Gazette du palais*, un auteur invite en conséquence à la prudence : « il paraît utile d'attirer l'attention sur [cet arrêt] pour inciter les plaideurs et leurs conseils, à ne pas verser aux débats des décisions judiciaires revêtues de quelque appréciation que ce soit, et cela, que ces décisions émanent ou non de la juridiction devant laquelle ils se trouvent »³⁹⁸. Cette restriction à la liberté d'expression des plaideurs est très importante. Par prudence, ils sont invités à ne porter *aucune* appréciation sur les décisions de justice. Cette solution est particulièrement sévère quand on a à l'esprit le régime de responsabilité de l'État et des juges : il paraît difficile de pouvoir démontrer qu'une juridiction a commis une faute lourde quand la simple allégation d'une erreur grossière est considérée comme une faute.

³⁹³ JCl. Proc. Civ., LexisNexis, Synthèse – principes directeurs du procès, 2020, C. Bléry, §21.

³⁹⁴ Voir : Collectif, *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, notice « respect », <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9R2081> (adresse consultée le 17/04/2021 à 9h35).

³⁹⁵ Voir par exemple : Cass. 2^e civ., 2 mars 2000, n°97-21.165, Bull. civ. II n°40.

³⁹⁶ Voir par exemple : Cass. 2^e civ. 26 février 1975, n°73-14.714, Bull. civ. IV, n°668.

³⁹⁷ Cass. com., 21 octobre 1997, n°95-17.183, *Procédures* 1998, n°84, obs. Croze ; *Gaz. Pal.* 1-2 juill. 1998, p. 20, note Perdriau.

³⁹⁸ A. Perdriau, *Gaz. Pal.* 1-2 juill. 1998, p. 20.

L'obligation de réserve prolonge en termes processuels l'interdiction pénale de jeter le discrédit sur une décision de justice exprimée à l'article 434-25 du code pénal, infraction considérée comme une « atteinte à la justice, dans son autorité ou indépendance »³⁹⁹. Il demeure que cette dernière fait l'objet, comme toute infraction pénale, de conditions bien plus strictes. En conséquence, face à la sévérité de la jurisprudence, on ne saurait que souhaiter que le champ de l'obligation de réserve soit défini avec plus de précisions.

Distinction avec l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. La distinction entre les champs de l'article 24 du CPC et de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 n'est pas toujours évidente. Selon des arrêts d'appel récents, le respect tiré de l'article 24 du CPC est également dû aux autres justiciables. Ainsi, des conclusions qui soutiennent que le demandeur a intenté son action « dans le dessein d'obtenir la mort des intimés »⁴⁰⁰ ou bien qui affirment que l'adversaire est un pédocriminel alors que le litige n'a aucun rapport avec de tels faits⁴⁰¹ violent *à la fois* la loi du 29 juillet 1881 et l'article 24 du CPC. Cette position n'est pas toujours contredite par la Cour de cassation qui a ainsi déjà évoqué la demande de suppression de propos offensants envers une partie en visant l'article 24 du CPC et non l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881⁴⁰². Malgré ces quelques errances jurisprudentielles, la position de la Cour de cassation semble plutôt consister en un partage de domaine entre l'article 24 du CPC et l'article 41 de la loi de 1881. Ainsi, elle a déjà cassé plusieurs arrêts d'appel qui avaient appliqué le seul article 24 du CPC à des offenses commises entre justiciables⁴⁰³ en estimant que seul l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 était applicable. Pour autant, les rares auteurs qui se sont intéressés au sujet ne présentent pas cette solution comme acquise et constatent seulement que « c'est bien semble-t-il en ce sens que la Cour de cassation s'est orientée »⁴⁰⁴. Ce hiatus entre le quai de l'Horloge et les juridictions du fond met en lumière un problème d'articulation entre l'article 24 du CPC et l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881.

³⁹⁹ Pour un exemple d'application de cette disposition, voir Cass. crim., 23 mai 2018, n°17-82.355, Bull. crim. __, JCP G. n°36, 3 septembre 2018, p.898, note A. Serinet, « Thémis au pilori : la répression des atteintes au respect dû à la justice ». La citation provient de la note de Mme Serinet.

⁴⁰⁰ Paris, pôle 6 ch. 6, 26 novembre 2020, RG n°17/15512.

⁴⁰¹ Poitiers, ch. civ. 4, 24 février 2021, RG n°20/00286.

⁴⁰² Cass. soc. 1^{er} avril 2009, n°07-45.518.

⁴⁰³ Cass. 2^e civ. 6 février 2003, n°00-20.780, Bull. civ. II, n°28 ; voir aussi Cass. soc., 15 déc. 2009, n°09-11.124 pour la même solution.

⁴⁰⁴ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse, op. cit.*, p.369, §333.24.

Articulation de l'article 24 du CPC et de la loi du 29 juillet 1881. Les décisions des juges du fond et les conclusions qui leur sont adressées visent tantôt à la fois l'article 24 du CPC et la loi du 29 juillet 1881⁴⁰⁵, tantôt l'article 24 du CPC uniquement⁴⁰⁶. Il en va de même pour les arrêts de cassation qui retiennent tantôt les deux textes⁴⁰⁷, tantôt seulement l'article 24 du CPC⁴⁰⁸ et tantôt le seul article 41 de la loi du 29 juillet 1881⁴⁰⁹. Cette confusion n'existe que pour les demandes visant à faire supprimer un passage des écritures d'une partie puisque l'article 24 du CPC ne permet pas d'allouer des dommages et intérêts.

Si la distinction opérée par certains arrêts de la Cour de cassation entre les deux textes paraît préférable, il est toutefois légitime de se demander pourquoi les praticiens du droit persistent à viser l'article 24 du CPC quand la seule loi de 1881 est suffisante. Or, si on ne considère que la suppression des propos litigieux, la principale différence entre les deux textes est que l'article 24 du CPC est un fondement processuel à l'abus de la liberté d'expression de la défense.

Un fondement processuel à l'abus de la liberté d'expression de la défense. Le législateur prévoit une forme de réparation spéciale (la suppression des propos outrageants) commune aux offenses envers un justiciable et à celles envers l'institution mais la sépare en deux articles : d'une part un texte de droit substantiel applicable aux offenses commises entre justiciables, d'autre part un texte de droit processuel relatif aux seules offenses faites à la justice. Pourtant, quand les praticiens s'en saisissent, ils ont tendance à citer les deux articles : même lorsque seul le texte général substantiel est applicable, ils citent également le principe directeur du procès civil. Pour justifier d'une atteinte à la liberté des droits de la défense, à un droit processuel, le juriste est tenté de citer un principe processuel et non seulement une règle de fond. Cette tendance se retrouve même dans certaines encyclopédies qui précisent les limites de l'expression dans les écritures : ils ne citent que l'article 24 du CPC, la limite procédurale, et non l'article 41 de la loi de 1881 qui peut pourtant également aboutir sur la suppression d'une

⁴⁰⁵ Voir par exemple : Poitiers, ch. civ. 4, 24 février 2021, RG n°20/00286 (demande accueillie) ; Nancy, ch. civile 1, 11 janvier 2021, RG n°15/01014 (rejet de la demande), Paris, pôle 6 ch. 6, 26 novembre 2020, RG n°17/15512 (demande accueillie).

⁴⁰⁶ Voir par exemple : Aix-en-Provence, pôle 3 ch. 1, 25 février 2021, RG n°2021/55 (rejet de la demande) ; Aix-en-Provence, pôle 1 ch. 7, 22 décembre 2020, RG n°18-16115 (affaire radiée du rôle ; demande non examinée) ; Paris, pôle 5 ch. 11, 18 décembre 2020, RG n°18/04939 (demande rejetée).

⁴⁰⁷ Voir par exemple : Cass. soc. 1^{er} avril 2009, n°07-45.518.

⁴⁰⁸ Voir par exemple : Cass. soc. 1^{er} avril 2009, n°07-45.518

⁴⁰⁹ Cass. 2^e civ. 6 février 2003, n°00-20.780, Bull. civ. II, n°28.

partie des écritures⁴¹⁰. Cette omission peut s'expliquer par la nature substantielle de la règle : ces encyclopédies n'abordent que les règles de forme à respecter pour que les conclusions soient recevables et la suppression des écritures n'est alors pas une règle procédurale. Il demeure que l'effet est le même : il importe peu au justiciable que ses conclusions sont annulées en raison d'une règle de fond ou d'une règle de procédure. Dans une autre encyclopédie, l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 est cité mais uniquement pour rappeler l'existence de l'immunité de la défense ; son contenu en tant qu'il permet de supprimer des propos judiciaires offensants devant le juge saisi n'est même pas mentionné⁴¹¹. Ne pas évoquer l'article 41 de la loi de 1881 en étudiant les règles permettant la suppression d'écrits procéduraux est symptomatique de la frontière mentale que font les juristes entre droit processuel et droit substantiel, alors même que cette disposition permet un remède processuel à l'offense.

Effectivement, il est foncièrement contre-intuitif de considérer qu'une règle de fond peut prévoir une réparation qui se manifeste uniquement sur le plan procédural. Il est naturel de penser que l'insulte faite à un adversaire dans des écritures relève du pouvoir de police du tribunal et non d'un nouveau litige de fond, d'une nouvelle question substantielle. C'est d'autant plus le cas que, dans un arrêt non publié du 21 octobre 1997⁴¹², la Cour de cassation retient que les pouvoirs de l'article 24 du CPC relèvent des pouvoirs de police du juge, ce qui est repris en doctrine⁴¹³. Quand un principe directeur du procès civil prévoit que le juge est titulaire de pouvoirs de police en cas de propos outrageants pour « la justice », il est tentant de considérer qu'il s'agit là de l'expression procédurale des limites substantielles à la liberté d'expression. Cette mise à l'écart de la loi du 29 juillet 1881 de l'analyse processuelle des conclusions explique probablement pourquoi les praticiens sont si mal à l'aise pour prononcer la suppression d'écrits procéduraux sur un fondement substantiel.

⁴¹⁰ JCl. proc. civ., LexisNexis, fasc. N°1100-75, Tribunal judiciaire, procédure devant le tribunal judiciaire - disposition communes, 2021, M. Douchy-Oudot, §110 ; Rép. proc. civ., Dalloz, Actes de procédure – conditions de formes, 2021, §7, G. Maugain.

⁴¹¹ Rép. proc. civ., Dalloz, Assignation, 2021, §7, G. Maugain.

⁴¹² Cass. com., 21 octobre 1997, n°95-17.183, *Procédures* 1998, no 84, obs. Croze ; *Gaz. Pal.* 1-2 juill. 1998, p. 20, note Perdriau.

⁴¹³ Rép. proc. civ., Dalloz, Principes directeurs du procès, 2020, §338, A. Danet.

Conclusion de la section 1

Un justiciable ou son avocat peut, à l'occasion d'un procès, dépasser les limites de la liberté d'expression. Dans un tel cas, il convient d'aborder la liberté d'expression sous un angle particulier : celui des droits de la défense. La faute devient alors un abus de la liberté d'expression de la défense.

Les difficultés causées par l'articulation de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1880 et de l'article 24 du Code de procédure civile montrent à quel point il paraît étrange qu'un texte substantiel puisse avoir une logique processuelle. Celle-ci apparaît déjà dans l'immunité dont bénéficient les plaideurs qui ne commettent pas de diffamation sans rapport avec la cause. Elle est encore plus flagrante lorsqu'on s'intéresse au juge compétent et aux modes de réparation prévus par les régimes de responsabilité. Ces matières révèlent le triomphe de la logique processuelle.

Sect. 2 : Le triomphe de la logique processuelle

La réparation de l'abus de liberté d'expression de la défense se fait selon une logique processuelle complète. Ce triomphe de la logique processuelle se caractérise par l'attribution du nouveau litige au juge saisi du procès (§1) et par l'existence de remèdes procéduraux en guise de réparation (§2).

§1 L'attribution du nouveau litige au juge saisi du procès

Cette attribution passe d'abord par l'interdiction d'engager une nouvelle instance (A). Elle se prolonge dans un cas tout à fait exceptionnel dans lequel l'auto-saisine du juge est permise (B).

A. L'interdiction d'engager une nouvelle instance

L'obligation de présenter la demande dans la même instance selon une logique processuelle. L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit explicitement qu'en dehors du cas de la diffamation sans rapport avec la cause, seul le juge saisi du litige peut indemniser les propos diffamatoires, injurieux ou outrageant survenus à cette occasion. L'option permettant

au plaideur de choisir entre formuler une nouvelle demande et saisir ensuite un autre juge est donc totalement supprimée : le droit commun est écarté.

La logique processuelle comme mesure de protection du plaideur fautif. Il s'agit là d'une véritable mesure de faveur pour le plaideur fautif. C'est une façon de protéger la liberté d'expression de la défense et non la liberté d'expression en général. La diffamation qui n'a pas de lien avec la cause est traitée comme n'importe quelle infraction de presse. Quand un plaideur diffame son adversaire alors qu'il n'y a aucun lien avec le litige, il perd la protection due aux droits de la défense et pourra être attiré à ce titre devant le juge civil ou pénal.

La logique processuelle permet d'accorder une plus grande protection au plaideur de bonne foi, dont l'argumentation bien qu'abusivement porte bien sur le procès en cours. Dans cette hypothèse, le juge amené à examiner son argumentaire sur le fond du droit est le mieux placé pour savoir si les propos incriminés dépassent la liberté d'expression de la défense et à allouer une réparation. Il s'agit alors seulement de réparation et jamais de sanction pénale. La logique processuelle permet au plaideur fautif de ne pas risquer de procès pénal. Il n'encourt que des mesures de réparation où il aurait pu être visé par une action pénale sans considération particulière pour la liberté d'expression de la défense. Dès lors, il pourra utiliser sa liberté d'expression de la défense sans crainte.

La logique processuelle ne consiste toutefois pas toujours en une faveur accordée au plaideur fautif. En effet, elle permet également au juge de s'auto-saisir de la faute commise pendant le procès.

B. L'hypothèse limitée de la saisine d'office

Définition. La saisine d'office, ou auto-saisine, « permet à une juridiction de se saisir d'un litige, en l'absence de demandes des parties concernées⁴¹⁴ ». Elle est souvent présentée comme une caractéristique de la procédure inquisitoire alors même que les procédures pénales et administratives ne connaissent pas particulièrement plus de cas de saisines d'office que les autres matières⁴¹⁵. Il demeure que la procédure civile, procédure traditionnellement accusatoire, est gouvernée par un principe d'interdiction. Cette spécificité s'explique par l'objet même du

⁴¹⁴ B. Rolland, « réflexions sur la saisine d'office », *Mélanges G. Wiederkehr*, mai 2009, Dalloz, p.685.

⁴¹⁵ B. Rolland, *op. cit.*, p.685.

droit du procès civil : il s'agit d'offrir un cadre procédural à la résolution de litiges privés. Or, « comment admettre que le juge puisse s'emparer d'une situation privée ? »⁴¹⁶.

Principe d'interdiction. Le tout premier article du CPC prévoit que « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement ». Cette interdiction repose sur une « conception libérale du procès, fondée sur le respect de la liberté individuelle des plaideurs »⁴¹⁷. Elle peut être résumée par l'adage de l'ancien droit germanique « *Ohne Kläger, kein Richter* » (« sans plaignant, pas de juge »)⁴¹⁸. Pour autant ce principe n'est pas absolu puisque le texte réserve lui-même l'existence d'exceptions.

En cas de faute commise par l'un des justiciables, le principe demeure que le juge ne peut s'auto-saisir à moins qu'un texte ne l'y autorise expressément. Ainsi, dans le cas de l'abus de droit d'action étudié précédemment, seule une partie peut saisir le juge⁴¹⁹.

Justifications traditionnelles de la saisine d'office. Traditionnellement, le recours à la saisine d'office fait l'objet de deux justifications qui permettent de comprendre pourquoi elle existe en matière de réparation d'abus de droits processuels.

D'une part, il est soutenu que le juge joue un « le rôle particulier (...) dans certaines procédures »⁴²⁰. Cette justification traditionnelle ne semble pas fonctionner pour l'exercice fautif de droits fondamentaux processuels. Elle renvoie à des procédures en des matières très particulières où le justiciable doit être protégé, éventuellement contre lui-même, comme l'assistance éducative⁴²¹.

D'autre part, l'auto-saisine est utilisée pour sauvegarder des « intérêts supérieurs »⁴²² et pallier « l'absence d'initiative privée »⁴²³. Cette justification a longtemps été utilisée en matière d'entreprises en difficulté mais est en net recul aujourd'hui en raison des difficultés

⁴¹⁶ B. Rolland, *op. cit.*, p.688.

⁴¹⁷ L. Mayer, « Rapport français » in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, oct. 2019, Dalloz, coll. Thèmes et commentaire, p.98.

⁴¹⁸ B. Rolland, *op. cit.*, p.685.

⁴¹⁹ L. Cadet, E. Jeuland, *op. cit.*, p.409, §441.

⁴²⁰ B. Rolland, *op. cit.*, p.691.

⁴²¹ Art. 375 du Code civil.

⁴²² B. Rolland, *op. cit.*, p.691.

⁴²³ Ibid.

constitutionnelles que posaient le dispositif en vigueur⁴²⁴. Elle se retrouve encore aujourd'hui en matière de protection des incapables majeurs⁴²⁵.

Domaine de la saisine d'office : l'article 24 du CPC. L'abus de droit processuel peut être constitué par un abus du droit d'action ou bien un abus de la liberté d'expression de la défense. Si le premier fait nécessairement une victime privée, le second peut constituer en une atteinte au respect dû à la justice⁴²⁶. Il s'agit là d'une atteinte à un intérêt supérieur qui ne pourra pas être sanctionnée par une initiative privée. Il est donc naturel que le juge puisse, avec l'autorisation expresse de l'article 24 du CPC, se saisir d'office de cette faute. Les hésitations quant au domaine de cette disposition ont ici un enjeu majeur. En effet, si jamais on admettait, au rebours de ce que semble faire la Cour de cassation, que l'atteinte au respect de la justice puisse être un propos outrageant un justiciable, la justification de l'auto-saisine prévue par l'article 24 du CPC disparaîtrait. Une telle saisine d'office serait d'autant plus dommageable que l'abus de la liberté d'expression de la défense peut se manifester par une atteinte à l'honneur, préjudice particulièrement personnel. Cette spécificité est même exprimée par l'article 48 6° de la loi du 29 juillet 1881 qui réserve l'action pénale pour diffamation ou injure à la seule victime de l'infraction. Le ministère public lui-même ne peut se saisir de ces questions⁴²⁷. En conséquence, si on admettait que le juge civil s'auto-saisisse de l'injure ou diffamation survenue pendant l'instance, cela reviendrait à contourner l'esprit de cette loi alors que si le ministère public ne peut se saisir, le juge civil ne devrait *a fortiori* pas pouvoir le faire quand bien même il ne pourrait ordonner « seulement » un remède procédural.

§2 Les remèdes procéduraux

La réparation est à la fois le « dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement », et le « rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage

⁴²⁴ J. Héron, T. Le Bars, K. Salhi, *op. cit.*, p.226, §270 et suiv ; S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès, op. cit.*, p.938 et suiv., §528.

⁴²⁵ L. Mayer, « Rapport français » in Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky, oct. 2019, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p.100.

⁴²⁶ CPC, art. 24.

⁴²⁷ L'article 48 6° de la loi du 29 juillet 1881 prévoit des exceptions si « la diffamation ou l'injure aura été commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » et si « la diffamation ou l'injure aura été commise envers un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ». Ces exceptions rejoignent l'une des justifications de l'auto-saisine en procédure civile : on estime que les intérêts protégés sont si forts qu'il n'est plus justifié de protéger le droit de la personne privée à ne pas engager d'action.

consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit »⁴²⁸.

Lorsque la liberté d'expression de la défense dégénère en propos diffamatoires, outrageants ou injurieux, elle cause des dommages à l'honneur et à la réputation. Attribuer une indemnisation pécuniaire pour réparer ces atteintes à l'honneur est chose complexe. Ainsi, le Professeur Ewald considère que, dans ce genre de cas, « la réparation intégrale n'est jamais que forfaiture »⁴²⁹. Il relève qu'il « n'y a pas de réparation possible, adéquate, complète »⁴³⁰ en ce que le dommage contient une part d'irréversible et qu'une somme d'argent ne saurait avoir de rapport avec le préjudice véritablement subi. Finalement, il conclut que « indemniser veut bien dire qu'il s'agit d'un pis-aller : on donne de l'argent faute de mieux »⁴³¹. Cette difficulté a été prise en compte par le législateur dans le cas de la faute commise pendant le procès. Ainsi, la réparation des offenses à l'honneur peut se faire selon des remèdes procéduraux et non seulement par une compensation financière. Il s'agit bien de réparations processuelles de fautes substantielles et non de sanctions procédurales. Ainsi, dans un article très détaillé sur les sanctions en procédure civile, les deux remèdes procéduraux identifiés ici ne sont pas mentionnés⁴³².

L'objet de ces remèdes procéduraux est le « rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit »⁴³³. Puisque le dommage a été causé par une faute processuelle, il est naturel que le rétablissement de l'équilibre détruit se fasse par le biais de remèdes procéduraux. Ces deux modes de réparation sont la suppression des écrits (A) et l'extension de la publicité du jugement (B).

⁴²⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.899, notice « réparation ».

⁴²⁹ F. Ewald, « L'équité dans la réparation du préjudice », in Collectif, *Les Limites de la réparation du préjudice*, 2009, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p.5 et suiv., spéc. p.128.

⁴³⁰ Ibid. spéc. p.129.

⁴³¹ Ibid. spéc. p.130.

⁴³² C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile. À la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais, D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.375 et suiv.

⁴³³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.899, notice « réparation ».

A. La suppression des écrits

Définition et appréciation : un mode processuel de réparation efficace. L'article 41 de la loi du 29 juillet 1880 et l'article 24 du CPC prévoient un mode de réparation tout à fait original : la suppression des écrits. Par ce biais, en cas d'abus de la liberté d'expression de la défense, le juge peut faire effacer les propos outrageants. Ce remède procédural complète le dédommagement : l'offense disparaît pour le présent et l'avenir. Ce mode de réparation peut être rattaché à « l'atténuation ou la cessation du trouble », notion connue par le droit de la responsabilité⁴³⁴ et le droit de la presse⁴³⁵. L'expression de la partie fautive est ramenée dans les limites des droits de la défense et de la liberté d'expression. Un dommage a été causé par l'exercice d'un droit processuel, il est réparé par une restriction de l'usage de ce droit afin de rétablir la situation initiale. Ce mode de réparation agit directement sur le dommage en tant qu'il est survenu dans le procès. Il est donc bien plus efficace qu'un dédommagement pécuniaire.

Ces pouvoirs sont prévus à la fois par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 et par l'article 24 du CPC. Dans le second cas, l'injonction faite à la partie de supprimer ses conclusions relève des pouvoirs de police de l'audience⁴³⁶.

Pour Me Christophe Bigot, l'article 24 du CPC consacre des « pouvoirs, qui paraissent quelque peu datés »⁴³⁷. Toutefois, il demeure que si le juge de cassation a rarement l'occasion de connaître de ces questions⁴³⁸, les plaideurs n'hésitent pas à demander aux juges du fond d'utiliser ces pouvoirs⁴³⁹. Cette différence entre juridictions du fond et juge de cassation peut s'expliquer parce que le juge de cassation n'exerce pas de contrôle sur le caractère calomnieux des écrits susceptibles d'être supprimés ce qui réduit considérablement les possibilités de pourvoi contre les nombreuses décisions des juges du fond statuant à ce sujet. Néanmoins, la question de la suppression des écrits a fait l'objet de plusieurs arrêts particulièrement

⁴³⁴ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, p.107 et suiv., §80 et suiv.

⁴³⁵ *Ibid.*, p.114, §86.

⁴³⁶ JCl. proc. civ., LexisNexis, fasc. N°800-50, Audience et débats, 2020, N. Fricero, §94.

⁴³⁷ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, *op. cit.*, p.369, §333.24.

⁴³⁸ Les bases de données ne recensent que peu d'arrêts de la Cour de cassation mentionnant l'article 24 du CPC : 3 sur Légifrance.gouv.fr, 4 sur Dalloz.fr, 4 sur Lexbase.fr, 32 sur Lexis360.fr (recherche effectuée le 07/04/2021).

⁴³⁹ Le nombre d'arrêts de cours d'appel mentionnant l'article 24 du CPC (dans les motifs ou parmi les demandes des parties) est bien plus élevé : 313 sur Dalloz.fr, environ 300 sur Lexbase.fr, 433 sur Lexis360.fr (recherche effectuée le 07/04/2021).

intéressants quant à l'étendue de la suppression et, pour l'article 24 du CPC, quant à la large marge de manœuvre dont dispose le juge.

Un remède heureusement limité aux propos fautifs. La suppression des écrits ne peut concerner que les propos offensants contenus dans les conclusions et non celles-ci en totalité⁴⁴⁰. La Cour de cassation a dû éclaircir ce point à l'occasion d'une espèce particulièrement marquante⁴⁴¹. Des justiciables expulsés d'un immeuble à la suite d'un jugement rendu en référé avaient, dans leurs conclusions d'appel, employé des « termes injurieux à l'égard du juge ayant rendu la décision ». Leurs écritures suivantes affirmaient le souhait des appelant de « persister dans leurs précédentes écritures ». Cette mention fut interprétée par les juges d'appel comme de nouvelles injures si bien qu'ils crurent bon de supprimer l'intégralité des conclusions produites par ces justiciables. Cette solution est censurée par la Cour de cassation dans un arrêt publié au bulletin. Le juge ne peut supprimer l'ensemble des conclusions « sans rechercher si les mentions qu'elle estimait injurieuses affectaient l'ensemble du contenu des écritures ».

Cette solution est bienvenue en ce qu'elle préserve au maximum les droits fondamentaux de la partie fautive. En effet, la suppression pure et simple de la totalité des écritures empêcherait le justiciable de faire entendre sa cause. Son droit d'accès au juge s'en trouverait considérablement affecté. La sanction de l'abus de la liberté d'expression de la défense le priverait de son droit d'agir en justice.

Un remède parfois dangereux : l'éviction de la contradiction et l'absence de contrôle du juge de cassation. Si les pouvoirs du juge lui permettant la suppression des propos sont utiles du point de vue de la réparation, ils présentent toutefois des risques certains du point de vue des droits fondamentaux.

L'article 24 du CPC permet explicitement au juge de procéder d'office à la suppression. La jurisprudence va même plus loin en admettant que cette suppression se fasse sans respecter le principe de la contradiction. Dans un arrêt non publié du 21 octobre 1997⁴⁴²,

⁴⁴⁰ S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., p.537, §161.92.

⁴⁴¹ Cass. 2^e civ. 2 mars 2000, 97-21.165, Bull. civ. II n°40.

⁴⁴² Cass. com., 21 octobre 1997, n°95-17.183, *Procédures* 1998, no 84, obs. Croze ; *Gaz. Pal.* 1-2 juill. 1998, p. 20, note Perdriau.

la Cour de cassation affirme que ce pouvoir appartient à la catégorie des pouvoirs de police ce qui permet de procéder à une suppression d'office sans recueillir les observations des parties. Elle rejette en conséquence le pourvoi qui considérait au contraire que la contradiction doit être respectée même lorsque le juge utilise un pouvoir qu'il peut exercer d'office. Cette solution peut étonner. Cette disposition permet déjà au juge de se saisir d'office de propos irrespectueux envers la justice mais, en plus de cette dérogation importante à la logique de la procédure civile, il a la possibilité de procéder à la suppression sans même recueillir les observations des parties. Ce pouvoir présente un risque certain puisque, comme on l'a vu, la faute consistant en un irrespect pour la justice peut être entendue largement : la seule mention manuscrite « erreur grossière » en marge d'une décision de justice peut ainsi être interprétée comme un manque de respect envers la justice⁴⁴³. Dans ce genre de cas, le juge n'a pas à inviter les parties à produire à nouveau la pièce sans cette mention : il peut statuer en l'écartant, sans même respecter la contradiction.

Cette éviction de la contradiction est d'autant plus grave que la Cour de cassation refuse de contrôler le caractère calomnieux des écrits en renvoyant cette appréciation au pouvoir souverain des juges du fond⁴⁴⁴. Le juge peut s'auto-saisir et statuer seul sur cette question sans même que les parties puissent s'exprimer, alors même que cette décision peut entraîner la disparition d'une partie des écritures ou des pièces d'une partie.

B. La publicité renforcée du jugement

La publicité comme modalité de réparation d'un dommage. L'article 24 du CPC prévoit un remède procédural supplémentaire : l'impression et l'affichage du jugement. Ce procédé consiste à renforcer la publicité du jugement en l'affichant à la vue du public. Le même principe existe en matière de presse mais n'est pas prévu à l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. Le juge saisi d'une infraction de presse peut ordonner la publication de décisions judiciaires dans la presse afin que la victime d'une atteinte à la réputation soit rétablie dans son honneur⁴⁴⁵. L'objectif est d'apporter un « rétablissement moral » à la victime⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Cass. com., 21 octobre 1997, n°95-17.183, *Procédures* 1998, no 84, obs. Croze ; *Gaz. Pal.* 1-2 juill. 1998, p. 20, note Perdriau (précitée).

⁴⁴⁴ La solution est constante et valait déjà sous l'empire de l'ancien CPC. Voir : Cass. civ. 18 novembre 1971, n°70-12.252, D. 1972. Somm. 31 ; Cass. 2^e civ. 2 mars 2000, n°97-21.165, Bull. civ. II, n°40 ; Cass. 2^e civ. 19 mai 1998, n°96-13.394.

⁴⁴⁵ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse, op. cit.*, p.463, §343.42.

⁴⁴⁶ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, p.104, §79.

Cette publicité renforcée de la décision de justice existe également en droit de la consommation⁴⁴⁷. Toutefois, l'objectif de ce dispositif est tout à fait différent. Il s'agit, en effet, de faire connaître une condamnation pour des agissements illicites ou bien la suppression d'une clause contractuelle illicite. Il ne s'agit alors uniquement de renforcer la publicité et non de poursuivre un but distinct de celle-ci. Le même dispositif est prévu en d'autres matières comme, par exemple, le droit de la concurrence⁴⁴⁸. Effectivement, la publicité est une garantie fondamentale issue de l'article 6§1 de la Convention EDH qui vaut aussi bien pour les débats⁴⁴⁹ que pour la décision de justice elle-même⁴⁵⁰. Ses objectifs sont multiples et la réparation n'en fait traditionnellement pas partie.

Or, en cas d'atteinte à l'honneur, l'affichage et la diffusion par voie de presse du jugement facilitent la diffusion de la décision rétablissant la réputation de la victime. Le dommage a été causé par une expression mensongère ou insultante, il est réparé par le rétablissement de la vérité et de l'honneur. Le dommage et la réparation interviennent sur le même plan. C'est donc, dans ces cas précis, une modalité de réparation bien plus efficace que le dédommagement pécuniaire. Le domaine de l'affichage du jugement est toutefois limité à certains abus d'expression de la défense.

Domaine : l'atteinte au respect dû à la justice mais pas l'atteinte à la réputation d'une partie. L'affichage du jugement ne concerne que l'atteinte au respect dû à la justice. Le renforcement de la publicité permet de défendre l'institution judiciaire en motivant ce pourquoi l'atteinte portée à des gens de justice ou bien l'attaque contre une décision judiciaire n'est pas fondée et ne peut être tolérée.

Il est étonnant que le législateur n'ait prévu d'affichage du jugement que pour l'atteinte faite à la justice et non pour l'atteinte à la réputation. S'il est utile d'affirmer publiquement que la justice est digne de respect, on peut regretter que l'affichage du jugement n'ait pas été retenu dans le cas des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires contre des personnes privées alors même que la publication du jugement par voie de presse est un mode de réparation

⁴⁴⁷ Code de la consommation, articles L.621-2 et L.621-8.

⁴⁴⁸ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p.105, §79.

⁴⁴⁹ S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p.1037 §585 et suiv.

⁴⁵⁰ S. Guinchard et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, op. cit., p.1051, §596 et suiv.

habituelle de ces atteintes lorsqu'elles ont lieu dans les médias. Il est donc particulièrement dommage que le législateur n'ait pas prévu d'équivalent au bénéfice des justiciables.

Nature : un remède processuel à une atteinte processuelle. L'avantage de la publicité renforcée du jugement est également de permettre de réparer un abus de droit processuel sur le plan processuel. La faute est commise grâce à l'exercice des droits de la défense, plus précisément de la liberté d'expression de la défense. Elle est ensuite réparée grâce au renforcement de la publicité, c'est-à-dire d'une garantie processuelle. Faute et remède interviennent donc dans le même domaine. La réparation est bien plus complète que dans le cadre d'un simple dédommagement pécuniaire.

Pour les Professeurs Amrani-Mekki et Strickler, l'impression et la diffusion du jugement sont des conséquences de la violation de l'obligation de réserve qui « dépassent le cadre procédural »⁴⁵¹. S'il est vrai que, contrairement à la suppression des écrits, la publicité renforcée du jugement a des conséquences en dehors du prétoire, il demeure qu'il s'agit à l'origine d'une garantie processuelle. Sortir du cadre de la procédure, c'est-à-dire de l'instance, ne signifie pas sortir du droit du procès civil. Même s'il ne s'agit pas d'une sanction de procédure, la réparation intervient selon une logique processuelle. Cette mesure montre de façon particulièrement marquante qu'une réparation peut être organisée hors de toute logique substantielle. Il ne s'agit pas seulement de faire disparaître l'offense mais de la réparer par un usage spécifique d'une garantie issue du droit à un procès équitable, ici la publicité.

Conclusion de la section 2

La réparation de l'abus de la liberté d'expression de la défense commis lors d'un procès est organisée, par principe, selon une logique processuelle. Ce modèle présente deux caractéristiques : le juge compétent pour ordonner la réparation est nécessairement le juge devant lequel se déroulait le procès ; cette réparation peut prendre la forme d'un remède processuel plutôt que d'une indemnisation pécuniaire.

Ce principe ne cède que lorsque le plaideur fautif a diffamé une partie au procès sans que cette diffamation n'ait un rapport avec le litige. Cette exception est justifiée par l'absence

⁴⁵¹ S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *op. cit.*, p.85, §43.

de liens entre la faute et le procès : celle-ci a bien été commise dans le prétoire mais cette situation n'est qu'une coïncidence. Dès lors qu'il n'y a pas de lien avec le procès, il n'y a plus lieu d'avoir recours à une logique processuelle. La compétence du juge et les remèdes processuels disparaissent alors en conséquence.

Conclusion du chapitre 2

Le régime de responsabilité applicable au plaideur abusant de sa liberté d'expression et des droits de la défense est le seul cas étudié dans lequel la réparation d'une faute commise pendant le procès suit une logique processuelle. Ce paradigme s'exprime à chaque étape du chemin vers la réparation, de la caractérisation de la faute à la forme de la réparation, en passant par la compétence du juge.

Conclusion de la partie 2

Devant une faute dérivant d'un abus de droit processuel, le juge peut être saisi, voire exceptionnellement s'auto-saisir, d'une demande de réparation supplémentaire. Cette demande constitue un nouveau litige, une nouvelle question de droit substantiel alors même que la faute consiste en un usage abusif d'un droit fondamental processuel.

Le cas de l'abus du droit d'agir en justice présente en pratique certaines caractéristiques de la logique processuelle mais relève également de la logique substantielle. Pourtant, de par ses caractéristiques et sa perception par la pratique, cette faute pourrait plutôt être réparée selon le paradigme processuel. De par son caractère mixte et son potentiel, elle relève d'une logique processuelle en puissance.

L'abus de la liberté d'expression de la défense, quant à lui, relève incontestablement d'une logique processuelle. En effet, il ne s'agit pas seulement d'accorder des dommages et intérêts à la victime du dommage, il convient également de procéder à une réparation processuelle de l'offense. En outre, toute action ultérieure devant un autre juge est strictement interdite. Tout est fait pour éviter un second procès reconstituant ce qu'une partie pouvait ou non dire sur sa défense. La reconstitution du procès, le procès sur le procès, est ici impossible.

L'objectif est de trancher immédiatement ce nouveau différend tout en proposant un mode de réparation au plus près du dommage causé.

L'exception de la diffamation sans lien avec la cause apparait comme l'exception qui confirme la règle : en l'absence de lien avec le procès initial, la logique processuelle s'efface et le droit de la responsabilité – ici le droit de la presse – redevient applicable.

Conclusion générale

La réparation de la faute commise pendant le procès prend des formes diverses qui visent à trouver un équilibre entre l'application du droit commun – la logique substantielle – et la prise en compte des spécificités de la faute et du préjudice en ce qu'ils sont de nature processuels – la logique processuelle.

Dès qu'est en cause une personne qui n'est pas partie au procès, la logique substantielle est privilégiée. La réparation sera alors l'objet d'une seconde instance se déroulant devant un autre juge. L'appréciation du préjudice entraîne alors souvent une reconstitution du procès pour déterminer quelle partie aura dû l'emporter. Cette logique de réparation ne doit pas être perçue de façon caricaturale puisqu'elle permet également de mieux préserver l'autorité des décisions de justice en évitant que de nouveaux procès soient organisés *ad vitam eternam*. La logique substantielle protège la paix sociale au prix d'une réparation par équivalent pas toujours adaptée aux spécificités de la faute commise pendant le procès.

Lors que le fautif est une partie au procès qui a abusé de ses droits fondamentaux processuels, le paradigme de la réparation peut être plus processuel. Ainsi, la réparation de l'abus de la liberté d'expression de la défense se fait lors de la même instance grâce à des remèdes procéduraux peu connus et parfois confondus avec les pouvoirs de police du président de la juridiction. Cette logique processuelle en acte tranche avec la logique processuelle en puissance que sous-tend le régime de réparation de l'abus de droit d'action. En effet, si la pratique traite l'abus de droit d'action devant le juge saisi du procès initial, il demeure que le Code de procédure civile ne prévoit rien de tel. Toutefois, la définition de l'abus de droit d'action s'éloigne de la logique substantielle en ce qu'il n'est pas nécessaire d'être titulaire d'un droit d'action pour en « abuser ». Cette vision, à rebours de la théorie de l'abus de droit, repose plus sur la volonté de la jurisprudence d'indemniser les défendeurs injustement ou légèrement attraités en justice que sur une logique substantielle. Le régime de l'abus de droit tend vers une logique processuelle sans toutefois achever ce mouvement.

Les régimes de responsabilité permettant la réparation de la faute commise pendant le procès sont caractérisés par leur diversité qui reflètent l'opposition entre deux logiques bien distinctes. Pourtant, ils relèvent également d'une certaine unité en ce qu'ils visent tous le même objectif : la réparation de fautes commises dans un cadre procédural et institutionnel précis qu'il ne faut pas trahir.

Bibliographie

I. Dictionnaires

CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, PUF.
Collectif, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., 1992-... (en cours).
CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11e éd., 2015, PUF.
LITTRÉ E., *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1873-1874, L. Hachette, version électronique créée par GANNAZ F. (<http://www.littre.org>)
MALAURIE Ph., *Dictionnaire d'un droit humaniste*, 2015, LDGJ.

II. Ouvrages généraux

1) Droit du procès civil

AMRANI MEKKI S., STRICKLER Y., *Procédure civile*, août 2014, PUF, coll. Thémis droit.
CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 11e éd., août 2020, LexisNexis, coll. manuel.
CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER L., GUINCHARD S., *Procédure civile*, 35e éd., octobre 2020, Dalloz, coll. précis.
HÉRON J., LE BARS T., SALHI K., *Droit judiciaire privé*, décembre 2019, LGDJ, coll. Précis Domat, privé

2) Droit processuel

GUINCHARD S. et a., *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 10e éd., 2019, Dalloz, coll. précis.
JEULAND E., *Droit processuel général*, 4e éd., 2018, LGDJ, coll. précis Domat.

3) Droit civil

VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, 4e éd., 2019, LGDJ, coll. traité de droit civil.
VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S., *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., 2019, LGDJ, coll. traité de droit civil.

4) Introduction au droit

MALAURIE Ph., MORVAN P., *Introduction au droit*, 6e éd., 2016, LGDJ, coll. droit civil.

5) Droit public

SEILLER B., *Droit administratif*, t.1 et t.2, 6e éd. 2016, Flammarion, coll. Champs université.
TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, 8e éd., 2018, Dalloz, coll. Précis.

III. Ouvrages spéciaux

1) Thèses et mémoires

BENABENT A., *La chance et le droit*, 2014 (réédition de la thèse publiée initialement en 1973), LGDJ, coll. Anthologie du droit.
FAVOREU L., *Du déni de justice en droit public français*, thèse, 1964, LGDJ.
HUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les ordres de responsabilité*, thèse, 2020 (soutenue en 1978), Éditions Panthéon-Assas, coll. Introuvables.
LÉCUYER G., *Liberté d'expression et responsabilité*, thèse, avril 2006, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.
VITALE L., *La perte de chances en droit privé*, thèse, 2020, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit privé.

2) Monographies

- ANTIPPAS J., *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2021, Dalloz, coll. Essai.
- AVRIL Y., *La responsabilité des avocats*, 4e éd., 2021, Dalloz, coll. Dalloz Référence
- BIGOT C., *Pratique du droit de la presse*, 3e éd., novembre 2020, Dalloz, hors collection.
- BORTOLUZZI S., PIAU D., WICKERS TH., ADER H., DAMIENS A., *Règles de la profession d'avocat*, 16e éd., 2018, Dalloz, coll. Dalloz action.
- BRUN Ph. et a., *Responsabilité des notaires*, 3e éd., 2019, Dalloz, coll. Dalloz Référence.
- CAYROL N., *Action en justice*, novembre 2019, Dalloz, coll. Dalloz-corpus.
- GUETTIER Ch. et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021, Dalloz, coll. Dalloz action.
- LE TOURNEAU Ph. et a., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12e éd., 2021, Dalloz, coll. Dalloz action.
- MOTULSKY H., *Écrits, études et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, 2e éd., 2009, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz.
- SARDA F., *Les responsabilités des juridictions*, 1999, PUF, coll. Que sais-je ?.

3) Ouvrages collectifs

- GUINCHARD S. (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 2017-2018, Dalloz, coll. Dalloz action.

4) Encyclopédies et répertoires

- JCl. proc. civ., LexisNexis, fasc. N°800-50, *Audience et débats*, 2020, N. Fricero.
- JCl. Proc. Civ., LexisNexis, fasc. N°1100-75, *Tribunal judiciaire, procédure devant le tribunal judiciaire - disposition communes*, 2021, DOUCHY-LOUDOT M.
- JCl. Proc. Civ., LexisNexis, *Synthèse – principes directeurs du procès*, 2020, BLÉRY C.
- Rép. civ., Dalloz, *Abus de droit*, 2017, CADIET L., LE TOURNEAU Ph.
- Rép. civ. Dalloz, *Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires*, 2020, TERRIER E., PENNEAU J.
- Rép. civ., Dalloz, *Responsabilité : généralités*, 2020, LE TOURNEAU Ph.
- Rep. resp. de la puissance publique, Dalloz, *Service public de la justice – conditions et modalités de mise en cause de la responsabilité de l'État*, 2019, PETIT S.
- Rép. proc. civ., Dalloz, *Actes de procédure*, 2021, MAUGAIN G.
- Rép. proc. civ., Dalloz, *Action en justice*, 2020, CAYROL N.
- Rép. proc. civ., Dalloz, *Assignment*, 2021, MAUGAIN G.
- Rép. proc. civ., Dalloz, *Matière gracieuse*, 2019, HAZOUG S.
- Rép. proc. civ., Dalloz, *Frais irrépétibles*, 2019, ARBELLOT F.
- Rép. proc. civ., Dalloz, *Principes directeurs du procès*, 2020, DANET A.

5) Actes de colloques

- Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, actes du colloque de l'Institut de Sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence (5-6 mai 2000), 2000, Presse universitaire d'Aix-Marseille.
- L'éthique des gens de justice*, actes du colloque des 19-20 octobre 2000, Presses universitaires de Limoges, 2001.

6) Rapports

- Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2014, La Documentation française.

IV. Articles

BEHAR-TOUCHAIS M.

- « Rapport français », in Travaux de l'association Henri Capitan, *La responsabilité, aspects nouveaux*, 1999, LGDJ, p.513.

BOLARD G.

- « Notre belle action en justice » in *Mélanges Wiederkehr*, mai 2009, Dalloz, p.17.

BORGHETTI J.-S.

- « Réparation de la perte de chance : la Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue », *RCA*, 2014, comm. n°815.
- « La faible chance revient en force », *RDC*, 2017, p.27.

BRUN Ph., GOUT O., QUÉZEL-AMBRUNAZ Ch.

- « Responsabilité civile », *D.*, 2017, p.24.

CAYROL N.

- « Le droit civil aujourd'hui », *RTD civ.*, 2020, p.502.

CHAINAIS C.

- « Les sanctions en procédure civile. À la recherche d'un clavier bien tempéré », in C. Chainais, D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 : La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.375 et suiv.

DEBBASCHC.

- « le nouveau régime de responsabilité de la justice », *D.* 2001, p.1752.

DEHARO G.

- « Perte de chance de gagner un procès : l'avocat n'est pas le garant des espoirs déçus des plaideurs », *Gaz. Pal.*, 12 février 2013, n°43.

DE LA GARANDERIE D.

- « Gisèle Halimi, une vie d'avocate », *D. actualité*, 11 septembre 2020,

DELAMARRE M.

- « La réparation des préjudices nés du délai déraisonnable de la procédure juridictionnelle », *LPA* 25 mars 2015, p. 6

DELAUNAY B.

- « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », *RFDA*, 2009, p.551

EWALD F.

- « L'équité dans la réparation du préjudice », in Collectif, *Les Limites de la réparation du préjudice*, 2009, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p.5 et suiv.

FRISON-ROCHE M.-A.

- « Les lenteurs procédurales excessives constituent un déni de justice engageant la responsabilité de l'État », *D.*, 1998, p.9.

GOUT O.

- « Responsabilité civile », *D.* 2018, p.35.

GUINCHARD S.

- « Rapport de synthèse », in « La responsabilité des gens de justice », *Justices*, 1997, n°5, p.109.

HACENE A.

- « Responsabilité de l'État : délai raisonnable de la durée d'une information judiciaire », *D. actualité*, 25 septembre 2017.

KARILA DE VAN J.

- « le droit de nuire », *RTD civ.*, 1995, p.533

LEDUC F.

- « Dommage - Perte de chance : manquement à un devoir de conseil (fédération de victimes ; notaire) », *RCA*, 2014, com. 215.

JOURDAIN P.

- « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », *RTD civ.*, 2003, p.716.

- « La responsabilité des professionnels du droit n'a pas un caractère subsidiaire », *RTD civ.*, 2017, p.154.

MAYER L.

- « Rapport français » in *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, oct. 2019, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p.98.

- « Nouveaux pouvoirs accordés au juge civil : l'urgence sanitaire peut-elle tout justifier ? », *Gaz. Pal.*, 28 avril 2020, n°16, p.81.

MALEVILLE M.-H. ET MALEVILLE V.

- « la spécificité de l'obligation d'information de certains professionnels », *LPA*, 15 août 1997, n°98, p.15.

PASQUIER Th.

- « Le préjudice à la croisée des chemins », *Rev. Trav.*, 2015, p.714.

RENARD M.-R.

- « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2017, p.6.

RENARD-PAYEN O., ROBINEAU Y.

- « La responsabilité de l'État pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative » in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2002, Études et documents (2^e partie), publié sur le site internet de la Cour ([lien](#)).

ROLLAND B.

- « Réflexions sur la saisine d'office », in *Mélanges G. Wiederkehr*, mai 2009, Dalloz, p.685.

SERINET A.

- « Thémis au pilori : la répression des atteintes au respect dû à la justice », *JCP G*, 3 septembre 2018, p.898.

TRAULLÉ J.

- « la réparation de la perte de chance, entre clarification et interrogations persistantes », *D.* 2017, p.46.

WIEDERKEHR G.

- « une notion controversée : l'action en justice », *Mélanges P. Simler*, 2006, Dalloz-Litec, p. 903.

- « La responsabilité de l'État et des magistrats du fait de la justice », in *La responsabilité des gens de justice*, *Justices*, n°5/1997, p.13

V. Cours et séminaires

THÉRY R., Séminaire de philosophie de la justice (Master 2 Justice et droit du procès), 2020-2021, Université Paris II Panthéon-Assas.

VI. Sociologie, histoire, littérature, témoignages, presse généraliste

CARBONNIER J., *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., 2014, LGDJ.

HALIMI G., COJEAN A., *Une farouche liberté*, août 2020, Grasset.

HILAIRE J., *Histoire du droit*, 14^e éd., 2017, Dalloz, coll. Memento.

LECLERC H., *La parole et l'action, itinéraire d'un avocat militant*, février 2020, Pluriel.

ROBERT-DIARD P., RIOUX D. (dir.), *Les grands procès (1944-2010)* (Recueil d'articles du journal *Le Monde*), 2009, Les Arènes.

Table des matières

Remerciements	2
Sommaire	3
Liste des principales abréviations	4
Introduction générale	6
PARTIE 1 : La faute procédurale réparée selon une logique substantielle.....	16
Chapitre 1 : Une réparation doublement extraordinaire	17
Sect. 1 : Une grande variabilité du degré de faute retenu	17
§1 : La faute simple	18
A. La délicate identification du fondement de la responsabilité de l'avocat.....	18
B. La caractérisation de la faute simple	20
§2 La faute lourde et le déni de justice	24
A. Distinction et éléments de définition.....	25
B. Caractéristiques de la faute lourde	26
C. Caractéristiques du déni de justice	30
Sect. 2 : Les particularités procédurales du procès sur le procès	32
§1 La compétence de l'ordre judiciaire relative à un service public	33
§2 Les conséquences procédurales de la répartition de l'indemnisation entre l'État et les magistrats	36
A. Le rôle de garant de l'État vis-à-vis des magistrats	36
B. L'action récursoire de l'État contre les magistrats	39
Conclusion du chapitre 1	45
Chapitre 2 : Les difficultés propres à l'indemnisation de préjudices processuels..	46
Sect. 1 : L'indemnisation de la perte de chance de gagner son procès	46
§1 : Obstacles théoriques à la réparation	47
A. L'exercice des voies de recours	47
B. L'autorité de chose jugée	50
§2 : Application de la « théorie » de la perte de chance	53
A. L'existence d'un aléa : l'aléa judiciaire	53
B. L'existence de chances perdues : la chance de succès	58

Sect. 2 : L'indemnisation de la violation des obligations processuelles de l'État	63
§1 : La question particulière de la durée raisonnable du procès.....	64
§2 : Le droit à une protection juridictionnelle effective	67
Conclusion du chapitre 2.....	70
Conclusion de la partie 1	70
PARTIE 2 : La faute dans l'exercice de droits fondamentaux processuels réparée selon une logique processuelle	71
Chapitre 1 : L'abus de droit d'action ou la logique processuelle en puissance.....	73
Sect. 1 : L'abus du droit d'agir en justice	73
§1 La reconnaissance du droit d'agir en justice	74
A. La difficile reconnaissance du droit d'action	74
B. La liberté d'user de son droit fondamental d'agir en justice.....	78
1. L'action en justice, un droit fondamental.....	78
2. Le caractère libre de l'action en justice	79
§2 Le concept de l'abus de droit appliqué au droit d'agir en justice.....	80
A. L'application d'un concept issu du droit privé à un objet processuel.....	81
B. Les conditions de l'abus du droit d'action	84
Conclusion de la section 1	86
Sect. 2 : La naissance d'un nouveau litige substantiel	87
§1 Une nouvelle demande formulée devant le même juge.....	87
A. Les conditions classiques d'introduction d'une nouvelle demande .	87
B. La demande d'indemnisation formulée en pratique devant le même juge.....	88
§2 L'attribution d'un dédommagement pécuniaire	90
Conclusion de la section 2	91
Conclusion du chapitre 1	92
Chapitre 2 : L'abus de la liberté de la défense ou la logique processuelle en acte	93
Sect. 1 : L'argumentation fautive au-delà des droits de la défense et de la liberté d'expression	93
§1 La liberté d'expression renforcée par les droits de la défense.....	94
§2 La faute dans l'exercice de la liberté d'expression de la défense.....	97

A. La limite substantielle : les alinéas 5 et 6 de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881...	97
B. La limite processuelle : l'article 24 du CPC	100
Conclusion de la section 1	105
Sect. 2 : Le triomphe de la logique processuelle.....	105
§1 L'attribution du nouveau litige au juge saisi du procès.....	105
A. L'interdiction d'engager une nouvelle instance	105
B. L'hypothèse limitée de la saisine d'office.....	106
§2 Les remèdes procéduraux	108
A. La suppression des écrits.....	110
B. La publicité renforcée du jugement.....	112
Conclusion de la section 2	114
Conclusion du chapitre 2.....	115
Conclusion de la partie 2	115
Conclusion générale	117
Bibliographie.....	118
Table des matières.....	122